

ISSN 2007-6916

alegatos

No. 110

Tercera Época

enero - abril 2022 \$50.00



CS
*División
de Ciencias
Sociales y
Humanidades*

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Universidad
Autónoma
Metropolitana



Casa abierta al tiempo **Azcapotzalco**

110 alegatos

Comité Editorial:

Dra. Rosa M. Álvarez González
Dra. Alicia B. Azzolini Bincasz
Dra. Sofía M. Cobo Téllez
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Mtra. Diana M. Magaña Hernández
Dr. Carlos A. Sanabria Valdés
Dr. Arturo Sotelo Gutiérrez
Dr. José Zamora Grant

Coordinadores:

Directora del Programa Editorial
Mtra. Diana M. Magaña Hernández

Ayudante del Programa Editorial
Damían J. Jiménez Alejos

Traductor de abstracts
Dr. Alejandro Caamaño Tomás

Secretaria del Programa Editorial
Diana Mejía Salazar

<http://alegatosenlinea.azc.uam.mx/>

<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/index>



Alegatos. Tercera Época, Año 36, Número 107, enero-abril de 2021, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana a través de la Unidad Azcapotzalco, División Ciencias Sociales y Humanidades. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex Hacienda San Juan de Dios, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14387 México, Ciudad de México y Av. San Pablo 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200 México, Ciudad de México; Teléfonos 53189412 y 53189109. Página electrónica de la revista: <http://alegatosenlinea.azc.uam.mx> y dirección electrónica: alegatosuam@hotmail.com. Editora Responsable: Mtra. Diana Margarita Magaña Hernández. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo de Título No. 04-2002-112110394400-102, ISSN: 2007-6916, ambos otorgados el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Ing. Ramón Macías Baltazar; Sección de Desarrollo de Sistemas de la Coordinación de Servicios de Cómputo, Unidad Azcapotzalco, Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México, fecha de la última modificación noviembre de 2021. Tamaño del archivo: 32 MB.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Autónoma Metropolitana.

alegatos

(Tercera Época)
Número 110 (enero-abril de 2022)

Directorio

Rector General	<i>Dr. José Antonio de los Reyes Heredia</i>
Secretario General	<i>Dra. Norma Rondero López</i>
Rector de la Unidad Azcapotzalco	<i>Dr. Oscar Lozano Carrillo</i>
Secretaria de Unidad	<i>Dra. Yadira Zavala Osorio</i>
Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades	<i>Lic. Miguel Pérez López</i>
Secretario Académico de la División	<i>Lic. Gilberto Mendoza Martínez</i>
Jefe del Departamento de Derecho	<i>Mtra. Jazmín Sánchez Estrada</i>
Coordinador de Difusión y Publicaciones de la División	<i>Dr. Cesar Daniel Alvarado Gutiérrez</i>

Colaboradores y Árbitros:

Dr. Armando Bartra Vergés (UAM-Xochimilco); Dr. Bernardo Romero Vázquez (Universidad Autónoma de Querétaro); Dr. Carlos Darío Espósito Massicci (Universidad Autónoma de Madrid); Dr. Enrique González Rojo Arthur (Filósofo y Poeta); Dr. Gustavo Cesar Sivilá Peñaralda (Asociación Boliviana de Bioética y Derecho Genético y Biotecnología); Dr. Hugo Barreto Ghione. (Universidad de la República de Uruguay); Dr. Jaime Cárdenas Gracia (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Joan Anton Mellon (Universidad de Barcelona); Dr. Jorge Hernández Martínez (Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos de la Universidad de la Habana); Dr. José Antonio Ibáñez Aguirre (Universidad Iberoamericana); Dr. Leif Korsbaek Frederiksen (Escuela Nacional de Antropología e Historia, ENAH-INAH); Dr. Luciano Concheiro Bórquez (UAM-Xochimilco); Dr. Luis de la Barreda (Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos, UNAM); Dr. Manuel González Oropeza (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Raffaele de Giorgi (Universidad de Salento); Dr. Rene Kuppe (Universidad de Viena); Dr. Salvador Darío Bergel (Universidad de Buenos Aires); Dra. Thais Lucia Colaço (Universidad de Santa Catarina, Brasil); Carlos Guerra Aguilera, (Instituto Federal Electoral); Dra. Loretta Ortiz Ahlf (Universidad Iberoamericana); Correa, C. M. (Universidad de Buenos Aires); Dra. Beatriz Pallarés, (Universidad Nacional del Litoral); Orozco, J. L. (UNAM); Bacigalupo, E. (Universidad Complutense).

alegatos

Certificados de licitud de título y de contenido números 5305 y 4085, respectivamente.

Precio por número: \$ 50.00

Revista del Departamento de Derecho de la División de Ciencias Sociales y Humanidades
Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco

(Tercera Época)

Número 110 (enero-abril de 2022)

Suscripciones y ventas:

Coordinación de Difusión y Publicaciones: publicacionesdcsh@azc.uam.mx, tel.: 555318-9109

Correspondencia: Departamento de Derecho: alegatos@azc.uam.mx, tel.: 555318-9412

Página electrónica: <http://alegatosenlinea.azc.uam.mx>

División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Azcapotzalco,

Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, México, Ciudad de México.

Diseño editorial y de portada: Patricia Alejandra Ibáñez Álvarez

Corrección de estilo: Dr. Alejandro Caamaño Tomás, Alejandro Abarca Reyna, Itzel Hernández A.

Cuidado de la edición: **Alegatos/Concepto Impreso**

NOTA: Todos los artículos publicados, fueron sometidos a arbitraje conforme a lo establecido en las reglas de funcionamiento interno de la revista.

Doctrina

- Derecho y lógica. Justificación interna y justificación externa.*
Primera parte: Lógica y argumentación jurídica 7
Gonzalo Carrasco González
- El “nuevo” derecho a la desconexión digital* 37
Carlos Reynoso Castillo
- El control jurisdiccional del procedimiento legislativo* 65
Johan Martín Escalante Escalante
- Una realidad distorsionada es ahora una necesidad para la pseudojusticia: una razón para creer* 87
Adolfo Gil del Rey

Investigación

- Transhumanismo, naturaleza animal y derecho* 105
Liliana Fort Chávez
- La protesta como diálogo entre el ideal constitucional y la anomia* 137
Humberto Hernández Salazar
- El Consejo General de Salubridad y el semaforo de riesgo sanitario frente a la pandemia de la COVID-19* 159
José Fernando Vázquez Avedillo

Reseñas y Documentos

- La fosa de agua. Desapariciones y feminicidios en el río de los Remedios* 185
Iris Rocío Santillán Ramírez
Anett Morales Espinal

<i>El destino del último súbdito de la nación: Vicente Guerrero y su presunta incapacidad para gobernar</i> Manuel González Oropeza	189
<i>Hacia una visión epistemológica de una nueva especialidad en Derecho Agrario (El caso de la Universidad Autónoma Chapingo)</i> Carlos Humberto Durand Alcántara	195

Derecho y lógica. Justificación interna y justificación externa. Primera parte: Lógica y argumentación jurídica

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

El presente artículo está dividido en dos partes. Esta primera parte se enfoca en dilucidar cuáles son los elementos de la lógica que tienen aplicación en el razonamiento jurídico, así como cuáles son sus límites, de manera específica en la justificación de las decisiones judiciales, desde la perspectiva del modelo lógico deductivo y las teorías de la argumentación. Se analiza el debate entre los tratadistas que plantean el desplazamiento en la aplicación en las decisiones judiciales de la lógica jurídica, y la de aquellos que argumentan la complementariedad de la lógica jurídica y las teorías de la argumentación en la actividad judicial.

Abstract:

This article is divided into two parts. This first part focuses on elucidating what are the elements of logic that have application in legal reasoning, as well as what are its limits, specifically in the justification of judicial decisions, from the perspective of the deductive logic model and the theories of the argument. The debate between the writers who propose the displacement in the application of legal logic in judicial decisions, and that of those who argue the complementarity of legal logic and argumentation theories in judicial activity is analyzed.

Sumario: Introducción. El debate entre la lógica jurídica y las teorías de la argumentación / I. Lógica jurídica / II. Teorías de la argumentación jurídica / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción. El debate entre la lógica jurídica y las teorías de la argumentación

Históricamente, la relación entre la lógica y el derecho ha sido motivo de debate entre los juristas, sobre todo la respuesta a la pregunta: ¿cuál es el lugar de la lógica en el razonamiento jurídico? Esta polémica resurge principalmente en la década de los cincuenta del siglo pasado con la publicación de la obra de Ulrich Klug en 1951, *Lógica jurídica*, así como la de Norberto Bobbio, *Derecho y lógica*, en 1962, y a partir de la encuesta preparada por *Archives de Philosophie du Droit*, en 1966 para su número monográfico sobre la “Lógica del Derecho”.¹

De acuerdo con Elías Díaz, en esta encuesta el tema se centraba en las siguientes preguntas dirigidas a especialistas de diferentes países: 1) “¿Qué provecho pueden esperar los juristas del estudio de la lógica moderna? ¿En qué medida, con qué límites encuentra aplicación en el derecho? 2) ¿Existe otra ‘lógica’ que derivaría su inspiración sobre todo de las antiguas teorías de la controversia dialéctica, y de los tratados de la argumentación de la retórica? ¿En los razonamientos de los juristas, qué parte corresponde a la deducción estricta y cuál a la discusión entre opiniones diversas?”²

A este respecto, se han planteado, tres tipos de respuestas: la postura negativa de la conexión entre lógica y derecho; la postura afirmativa que señala la importancia decisiva de la lógica en el derecho; y, una tercera que denominamos postura intermedia que, si bien acepta la conexión entre lógica y derecho, plantea reservas en lo referente a cuáles son los aspectos de la lógica que tienen aplicación en el derecho.

Desde la perspectiva negativista (tesis excluyente), de manera general y desde la perspectiva de la actividad de aplicación del derecho, se niega la conexión entre la lógica y el derecho, es decir, no hay lugar para la lógica en el razonamiento de los juristas, sobre todo desde el punto de vista de la lógica matemática y la lógica formal.

¹ Aunado a lo señalado, no podemos dejar de mencionar autores como Eduardo García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, 1951; Georg Henrik von Wright, *An Essay in Modal Logic*, 1951; Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*; Georges Kalinowski, ensayo sobre la *Théorie des propositions normatives*, 1953; Jerzy Wróblewski, *A propósito de la enseñanza de la lógica a los juristas*, 1955; Chäim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación*, 1958.

² Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 87.

En la perspectiva afirmativa (tesis incluyente) de la conexión entre lógica y derecho, se defiende el argumento de que tanto el derecho como las demás disciplinas de estudio social con pretensión de cientificidad deben recurrir a la lógica, debido a que la observancia de las reglas y principios lógicos es una condición necesaria para todo conocimiento científico y la aplicación del derecho. Si bien, esta perspectiva considera el papel de la lógica en la elaboración del derecho, desde una perspectiva epistemológica da énfasis al papel metodológico que desempeña la lógica en el desarrollo del conocimiento científico. En este sentido, Ulrich Klug ha señalado que: la lógica en sí ha de ser esencial para todas las ramas de la praxis e investigación científico-jurídica, pues de lo contrario, no se podría hablar de *ciencia* del derecho. “Se sigue de lo dicho que, naturalmente, la lógica tiene también mucha importancia para la ciencia del derecho, a menos que quiera renunciarse en su campo a la posibilidad de la discusión, la experiencia de fundamentos y demostraciones, y al desarrollo de teorías”.³

Por su parte, es en la postura intermedia donde consideramos se encuentra el fundamento para promover el desarrollo de la lógica jurídica, esto es, la imbricación entre la lógica y el derecho, con base en una perspectiva integral del derecho se considera la elaboración, la interpretación, la argumentación, y la aplicación del derecho.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión de si la conexión de la lógica con el derecho implica el desarrollo de una lógica especial, esto es, una lógica jurídica con reglas y principios lógicos especiales, ha generado entre los especialistas en la materia la controversia referente a qué partes de la lógica (la lógica formal o pura y la lógica material o aplicada), y qué tipos de la lógica [tradicional, clásica (bivalente), no clásica (polivalente)] son aplicables al derecho. Razón por la cual, es necesario establecer la definición y los contenidos de la lógica jurídica.

A este respecto, de inicio consideramos relevante señalar la postura de Kelsen, para quien:

Es una opinión ampliamente difundida por los juristas que entre el derecho y la lógica —es decir, la lógica tradicional bivalente de verdadero y falso— existe una relación especialmente estrecha; que es

³ Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, pp. 3-4.

una cualidad específica del derecho la de ser lógico; es decir, que las normas de derecho en sus relaciones recíprocas concuerdan con los principios de la lógica. Esto supone que estos principios, ante todo el principio de no-contradicción y la regla de inferencia, son aplicables a las normas en general, y en especial, a las normas jurídicas.⁴

Se puede observar que Kelsen se refiere de manera específica a la elaboración del texto de las normas jurídicas (proposiciones jurídicas), y no a la interpretación o aplicación de éstas. No obstante, tiene presente el debate respecto, por un lado, a si la lógica proposicional puede operar con proposiciones que no son descriptivas (verdadero-falso), y por el otro si con proposiciones jurídicas (válidas-INVÁLIDAS) —las normas jurídicas consideradas como imperativos (deber ser)— pueden elaborarse argumentos lógico-jurídicos.

Este debate que se inició con Jørgen Jørgensen (*Imperativos y lógica*, 1938) puede resumirse así: a) Las proposiciones lógicas se rigen por los valores “verdadera” y “falsa”. Inferir lógicamente una proposición de otra significa que si una de ellas es verdadera, la otra también lo es; y, sucesivamente, una secuencia de proposiciones forman un razonamiento lógico, si todas ellas son verdaderas; b) Esta condición no se cumple con las proposiciones no descriptivas como las normas jurídicas, que no pueden asumir el valor lógico “verdad”, que no son verdaderas ni falsas, por lo que no es posible construir razonamientos lógicos con ellas, no es posible que las inferencias lógicas contengan premisas que sean prescriptivas, y por tanto, no descriptivas.⁵

Alarcón Cabrera señala que esto es lo que convierte la tesis de Jørgensen en dilemática, pues para él parece evidente la posibilidad de construir inferencias lógicas que incluyen premisas prescriptivas. Esta tesis ha sido aceptada por varios tratadistas⁶ para fundamentar los argumentos lógico-jurídicos.

En el mismo sentido, la controversia gira alrededor de establecer en cuál de las actividades del jurista —creación o elaboración, interpretación, argumen-

⁴ Hans Kelsen, *Derecho y lógica*, México, p. 7.

⁵ Véase Carlos Alarcón Cabrera, *Lecciones de lógica jurídica*, p. 32.

⁶ Por ejemplo, Hugo R. Zuleta señala que el problema de asignar valores a las proposiciones normativas es conocido como “dilema de Jørgensen”, por ser ese filósofo quien lo planteó por primera vez, siendo la fundamentación el problema filosófico más importante de la lógica deóntica. Sin embargo, expone Zuleta: “La dificultad no ha sido obstáculo para que los lógicos desarrollaran multitud de sistemas de lógica deóntica tratando a las normas como oraciones susceptibles de ser verdaderas o falsas, sin análisis alguno que justificará el tratamiento. En von Wright (1963) se distingue claramente entre normas y proposiciones normativas. Las oraciones deónticas, dice el autor exhiben

tación, aplicación, así como en la sistemática de la jurisprudencia— es más significativa la relación entre lógica y derecho.

Ahora bien, desde una perspectiva amplia, la utilización de la lógica en el derecho se plantea que está presente en todas las actividades jurídicas citadas. No obstante, desde una perspectiva reduccionista esta conexión se establece de manera más notoria en el marco de las teorías sobre la aplicación del derecho; por ello una parte notable del debate se ha focalizado en el ámbito de la aplicación, esto es, la justificación (argumentación) de la decisión judicial.

Pero esta situación cambió, como ya lo apuntamos, a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el renacimiento de una serie de escuelas que se preocuparon por el aspecto práctico del fenómeno jurídico, particularmente por el tema de la aplicación de las normas al caso concreto, y de ahí, intentar reconstruir una teoría jurídica encaminada sobre todo a justificar la toma de decisiones judiciales de manera razonada, enfatizando así, el aspecto práctico del Derecho.⁷

Debido a que es una idea generalmente aceptada entre los juristas que el Derecho se materializa, se vuelve “vivo” en la realización práctica de la actividad de los tribunales, en la que se decide qué norma jurídica se aplicará en un caso concreto, y cuyo efecto final (la decisión judicial) es una decisión de aplicación del derecho. Para Klug, en la aplicación del derecho se trata de inferencias conclusivas, y la tarea de la lógica jurídica ha de consistir en el análisis lógico de estas inferencias.⁸

El razonamiento jurídico, orientado a la solución de un caso individual, ha sido concebido como una operación lógica en la que la conclusión (decisión judicial o sentencia) se infiere de sus premisas (considerandos normativos y fácticos). Sin embargo, en la decisión judicial de manera tradicional se ha relacionado un precepto jurídico general (premisa mayor) aplicado a un hecho concreto (premisa menor), partiendo del considerando que entre ambas premisas debe existir una relación tal que permita deducir o extraer como conse-

en el lenguaje corriente una ambigüedad característica, pues pueden usarse tanto prescriptiva como descriptivamente. Cuando se expresa prescriptivamente, expresa normas, mientras que cuando se usan descriptivamente, es para informar que ciertas prescripciones existen, es decir que están dadas y están en vigor”. Hugo R. Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, pp. 50 y ss.

⁷ Rodolfo V. Gómez Alcalá, “Filosofía del derecho y argumentación jurídica”, p. 215.

⁸ Véase Ulrich Klug, *op. cit.*, p. 8.

cuencia lógica la solución del caso individual (conclusión o decisión judicial). A esta forma de razonamiento judicial se le conoce como silogismo jurídico.

Es precisamente alrededor del silogismo jurídico, que, desde la postura excluyente de la relación lógica-derecho, se han agudizado las principales descalificaciones a la lógica, puesto que para las corrientes formalistas del derecho (formalistas, normativistas y legalistas), la forma del silogismo tradicional (aristotélico) se ha basado en una aplicación mecánica (simple), en donde la decisión judicial se reducía a una aplicación del derecho al pie de la letra de la disposición jurídica (texto jurídico), sin importar si esta decisión era justa o injusta. No obstante, si bien, en el formalismo jurídico las decisiones judiciales consistían en la aplicación mecánica del silogismo jurídico se debía a que en la decisión judicial no eran consideradas las insuficiencias de la ley (ambigüedad, vaguedad, antinomias, indeterminación, etcétera), reduciendo así la importancia de la interpretación y la argumentación jurídicas. Desde esta perspectiva, el papel de la interpretación y la argumentación mereció poca atención por parte de los operadores del derecho basados en el formalismo jurídico, al grado que algunas corrientes del positivismo llegaron a considerar que la interpretación y la argumentación no eran propias de la ciencia jurídica. Al identificar al derecho con la justicia, desde uno de los dogmas de la ideología positivista, se consideraba que toda decisión judicial formulada en el silogismo jurídico estaba plenamente fundamentada.

Así, las concepciones de la lógica cimentadas en un modelo subsuntivo-aplicativo del derecho, enfatizaban el carácter puramente normativo del derecho, pero a partir del desarrollo de las teorías de la interpretación y la argumentación, se da énfasis entre los juristas al impulso de un modelo argumentativo axiológico-sustancial en la aplicación del derecho. Siguiendo a Hallivis Pelayo, podemos observar que: “han surgido diversas corrientes que consideran a la interpretación y aplicación del derecho como un proceso diferente y mucho más dinámico, en el que, al resolver los casos concretos, se llega a integrar el Derecho, adaptándolo a los cambios que experimenta la sociedad”.⁹

En este último modelo, la interpretación y la argumentación desempeñarán un papel fundamental en la decisión judicial, esto es, primero se va a determinar el contenido del texto normativo (contenido normativo), como resultado

⁹ Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación jurídica*, p. 38.

del proceso de interpretación y después se aplicará ese contenido. Se plantea en el fondo una modificación en la forma de la decisión judicial, la cual debe estar motivada, fundamentada y/o justificada.

Ahora bien, el desarrollo de las teorías de la interpretación y la argumentación ha ido en camino paralelo con el desarrollo de la lógica moderna. Si bien, generalmente se habla de lógica formal, de lógica clásica (bivalente) y de lógicas no clásicas (polivalentes), en las últimas décadas se han desarrollado sistemas lógicos no clásicos (supraclásicos) que constituyen extensiones de la lógica, es decir, lógicas extendidas: las lógicas modales, las lógicas temporales, las lógicas deónticas, las lógicas de la preferencia, las lógicas no monotónicas, etcétera.

Así, en el plano de las explicaciones teóricas esta modificación en la manera de conceptualizar el derecho, se ha reforzado por el resurgimiento de los estudios de la lógica, las interrogantes que nos plantea el método jurídico, así como los medios alternativos de interpretación jurídica como lo es la ponderación, que han demostrado las limitaciones y deformaciones de las teorías jurídicas predominantes durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX.¹⁰

El cambio en las concepciones del derecho incluye modificaciones en las explicaciones teóricas de la forma de concebir el derecho, entre ellas podemos mencionar: las críticas a los dogmas del formalismo-normativismo, y el desarrollo de una perspectiva integral del derecho que incluye valoraciones (enfoque axiológico) en la interpretación normativa y en la fáctica; la vinculación entre el derecho y la moral; frente a la reducción del derecho a la ley como fuente principal se propone incluir a otras fuentes del derecho, básicamente a los principios generales del derecho, así como las fuentes sociales; la rehabilitación de la razón práctica, puesto que la argumentación jurídica se entiende como un caso especial de discurso racional.

Estas nuevas concepciones del derecho tienen como objetivo principal las exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad, de ahí la necesidad de analizar la justificación interna y externa de las decisiones judiciales. Puesto que, como señala Atienza: “Aceptar estos criterios de la justificación externa, de la razón práctica (que, por lo demás, están incorporados en las ins-

¹⁰ Rodolfo V. Gómez Alcalá, “Filosofía del derecho y argumentación jurídica”, p. 213.

tituciones del derecho contemporáneo, en el Estado de Derecho): MacCornick y Alexy tienen sobre todo la pretensión de reconstruir lo que los juristas, los jueces, hacen cuando justifican sus decisiones), plantea la cuestión de cuál es el papel que juega la moral en todo esto”.¹¹

Con base en ello, consideramos pertinente la exposición de los elementos fundamentales de la lógica jurídica y de las teorías de la argumentación jurídica.

I. *Lógica jurídica*

La lógica, de manera general, ha sido definida como el estudio de los métodos y principios que se usan para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto; sin embargo, etimológicamente el término lógica proviene del griego logos (λογος) que significa palabra, expresión oral, lenguaje, discurso entre otras acepciones; el cual es más amplio para relacionar la lógica con el lenguaje, y con ello establecer la relación de la lógica con el derecho. En este sentido, Irving M. Copi y Carl Cohen señalan que la lógica busca formular y sistematizar las *relaciones admisibles* entre las proposiciones y se preocupa por establecer métodos para *decidir* si una proposición se desprende (infiere) o no de otras proposiciones a través de un razonamiento válido.¹² De acuerdo con Wesley C. Salmon: “El análisis lógico se ocupa de la relación entre una conclusión y la demostración aportada en su apoyo (premisas). La lógica se ocupa de argumentos. El argumento consta de algo más que una mera afirmación; consta de una conclusión, juntamente con la demostración que lo apoya”.¹³

Ahora bien, desde una perspectiva metodológica, la lógica ha sido definida por algunos tratadistas como una metaciencia debido a la pretensión de su carácter universal,¹⁴ en el cual se establece el supuesto de que los principios y reglas de la lógica son aplicables a todos los sectores del conocimiento. Igualmente, encontramos gran acierto en señalar que esos procesos racionales y

¹¹ Manuel Atienza, *Cuestiones judiciales*, p. 19.

¹² Irving Copi, y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, p. 19.

¹³ Wesley C. Salmón, *Lógica*, p. 14.

¹⁴ A este respecto, podemos citar, por ejemplo, a Ulrich Klug, quien ha planteado que: “la lógica formal es aquella parte de la teoría de la ciencia que proporciona la técnica de la prueba científica. A esa parte se le puede denominar formal, porque la técnica de la prueba que allí se expone de tal manera que resulta aplicable a todo contenido posible”. Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 2. En el mismo

experimentales constituyen la estructura de ciencias especiales, entre ellas está la ciencia jurídica.

Sin embargo, existe un debate entre los tratadistas acerca de la conexión entre la lógica y el derecho, el cual básicamente ha estado orientado a la cuestión de qué parte de la lógica es aplicable al derecho. De manera general, antes del desarrollo de las lógicas divergentes y/o extensivas se hacía referencia solamente a la lógica simbólica formal¹⁵ como una forma representativa de la lógica general; no obstante, en las últimas décadas se utiliza el término de lógica no formal como una lógica que incluye elementos semánticos (significado de las expresiones), sin tomar en consideración que para algunos autores toda la lógica es formal (lógica sintáctica).¹⁶ Ello, debido a que con el desarrollo de

sentido se expresa Arellano García quien señala que: “Del pensamiento de Jaime M. Puigarnau tomamos algunas importantes reflexiones: La lógica suele dividirse en dos partes la lógica formal o pura y la lógica material o aplicada, la primera estudia las leyes que aseguran la verdad o corrección formal de nuestras operaciones intelectuales. La lógica formal se divide en lógica elemental, que considera los elementos formales del pensamiento: el concepto, el juicio y el raciocinio. La otra división de la lógica formal es la metodología, o lógica de la ciencia; ésta trata del procedimiento a que deben sujetarse nuestras operaciones intelectuales para obtener el conocimiento científico, esto es el conocimiento de cierto de la verdad objetiva, constituye el contenido de la metodología, estudiar las formas especiales resultantes de referir las formas generales al conocimiento científico”. Carlos Arellano García, *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*, p. 58. De acuerdo con Arellano García a la metodología se le considera a sí misma una rama de la lógica, lo que para él es acertado porque aplica los principios y los progresos de la lógica a los objetos especiales de las varias ciencias, entre ellas al derecho.

¹⁵ La lógica formal es el estudio de la estructura de las proposiciones y del razonamiento deductivo, mediante un método que hace abstracción del contenido de las proposiciones consideradas y trata solamente su forma lógica. La lógica formal es la ciencia que estudia las modalidades del pensamiento correcto en las cuales se reflejan las relaciones más simples que existen entre los procesos existentes. En consecuencia, los procesos quedan representados formalmente como objetos, es decir, sin que se consideren sus cambios y sus transmutaciones. Por lo tanto, el dominio de la lógica formal consiste en el conocimiento de las operaciones que resulta posible ejecutar con las formas racionales a que son reducidos los objetos y las relaciones entre los objetos. De esa manera, la lógica formal nos enseña cómo se utilizan los conceptos, los juicios y las inferencias para pensar de un modo, ordenado, preciso, coherente, consecuente y riguroso. Eli de Gortari, *Diccionario de la Lógica*, pp. 292-293.

¹⁶ Debemos precisar que hasta el momento no hemos encontrado entre los especialistas una referencia precisa al concepto de lógica sintáctica, ni de lógica semántica ni de lógica pragmática. Estos conceptos estarían relacionados con las tres dimensiones del lenguaje (sintaxis, semántica y pragmática): la primera se ocupa sólo de la estructura de la proposición sin atender el contenido de los términos, la segunda estudia el significado de las expresiones en cuanto están constituidos por signos, por su parte la pragmática se ocupa de la relación de los signos con el intérprete. Si bien, estas dimensiones del lenguaje son consideradas como parte del estudio de la semiótica, son de gran utilidad en el estudio de la interpretación y la argumentación jurídicas. A este respecto, consideramos relevante la *teoría constitucional del derecho (TCD)* de Gregorio Robles quien enfatiza que al orientarse la TCD hacia el tratamiento propio de la filosofía del lenguaje y de la

la lógica simbólica¹⁷ se dio una tendencia a identificar a la lógica con las matemáticas, confundiendo la lógica con el logicismo, el cual plantea la relación entre lógica y matemáticas, mientras que la lógica no formal se orientaría a cuestiones relativas a la dimensión semántica del lenguaje.

De lo anterior, podemos notar que con el término “lógica” se hace referencia a una variedad de lógicas, lo cual ha dado lugar a imprecisiones en el uso del concepto. Así, podemos observar que la mayoría de especialistas en lógica jurídica utilizan el concepto de lógica formal (estudio de la estructura de los argumentos sin atender su contenido) y lógica no formal (interpretativa, valorativa),¹⁸ cuando quizá se debería hablar de lógica sintáctica y lógica semántica. Por ejemplo, las falacias las podemos dividir en falacias formales (sintácticas) cuando nos referimos a su estructura, es decir, a la forma del argumento y no a su contenido; mientras que las falacias no formales están vinculadas a la ambigüedad y vaguedad del lenguaje, es decir, no dependen de su incorrección formal sino del contenido de la expresión (semántica). Se puede dar el caso que un argumento sea válido formalmente, pero inválido cuando se analiza el contenido de los términos (falacia de ambigüedad).

De la misma manera, el uso extendido de los conceptos de lógica formal y no formal, prescinde de la división de la lógica simbólica en lógica clásica (proposicional y cuantificacional) y lógica no clásica (modales, deónticas, temporales, monotónicas, etcétera). De esta manera, cuando hacen referencia al término de lógica formal, los autores están, quizás haciendo referencia a la lógica clásica o estándar (bivalente); mientras que cuando hablan de

semiótica, sigue los pasos de estas disciplinas, que distinguen tres niveles: pragmática, semántica y sintaxis. Gregorio Robles Morchón, “La teoría constitucional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis”, pp. 19 y ss.

¹⁷ Se les relaciona con la lógica formal a la lógica matemática, la lógica algorítmica y la logística. “Tratamiento de la lógica formal por medio de un lenguaje formalizado o cálculo, cuyo propósito es obviar las ambigüedades y las deficiencias lógicas del lenguaje. Estudio de los diferentes tipos de inferencia que se pueden realizar en los lenguajes naturales y artificiales, por medio de un lenguaje artificial formalizado o cálculo”, Eli de Gortari, *op. cit.*, p. 295.

¹⁸ El punto de arranque de la interpretación jurídica operativa consiste en una duda acerca del sentido “propio” o “verdadero” de la norma que ha de aplicarse al caso en cuestión. La controvertida regla *interpretatio cessat in claris* no resuelve la incertidumbre entre el sentido claro y el dudoso. La existencia de una duda depende de circunstancias concretas del caso, incluso si la norma que ha de aplicarse resulta lingüísticamente clara e inequívoca. Cuando se cuestiona la claridad de la norma, ha de procederse a su interpretación, incluso para mostrar que debería aplicarse en su “significado gramatical”. Se puede demostrar que, al menos en algunas situaciones, la calificación de claridad tiene un carácter valorativo. La lógica no-formal describe y explica las controversias que conciernen a la claridad en estas situaciones. Jerzy Wróblewsky, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 56.

lógica no formal probablemente hacen referencia a una lógica no clásica o no estándar (polivalente o multivalente), la cual, sin embargo, sigue siendo lógica formal.

Existen varios sistemas lógicos, además de la lógica “clásica” (cálculo de proposiciones y cálculo de predicados bivalentes), pero no todas las lógicas “alternativas” mantienen el mismo estatus con relación a la lógica clásica. Julián Velarde Lombraña, diferencia estas lógicas “alternativas” de la siguiente manera:

Estos sistemas lógicos constituyen lógicas extendidas. En este apartado incluye Haack a las lógicas modales, las lógicas temporales, las lógicas deónticas, las lógicas de las preferencias, las lógicas imperativas y las lógicas erotéticas. Tales lógicas constituyen una extensión del sistema clásico y su finalidad consiste en la obtención de un formalismo aplicable a los argumentos informales que resultan inaccesibles al tratamiento formal en el sistema clásico.¹⁹

Un ejemplo de las lógicas extendidas de aplicación al derecho es la lógica deóntica, que de acuerdo con su autor Georg Henrik von Wright (*Deontic logic*, 1951 y *Norm and action*, 1963) en su forma moderna nació como una consecuencia de la lógica modal. Su punto de partida fue la observación entre los conceptos de posibilidad, imposibilidad y necesidad, por una parte, y las nociones de permisión, prohibición y obligación, por otra. La aplicación de los modeladores deónticos (obligatorio, permitido y prohibido) es utilizada en el lenguaje de las normas jurídicas. “La lógica deóntica tiene aplicaciones en la ética y en la filosofía del derecho. Parecería que las aplicaciones a la ética requieren, para ser fecundas, una complementación a través de una lógica de los conceptos de valor. Las aplicaciones a la teoría jurídica son, según me parece de una naturaleza más directa”.²⁰

¹⁹ Julián Velarde Lombraña, “Gnoseología de la lógica versus filosofía de las lógicas”, p. 6.

²⁰ Georg Henrik von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, p. 7. A este respecto Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin señalan: “La lógica deóntica que se ocupa de los conceptos normativos (permisión, prohibición, obligación, etc.) y de los usos normativos del lenguaje, ocupa un lugar prominente entre las lógicas modales. A pesar de tratarse de una disciplina relativamente nueva, se han realizado importantes estudios que han proyectado considerable luz sobre los aspectos del fenómeno normativo, y se han ideado un gran número de diferentes sistemas de lógica deóntica”. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 20.

De la manera, en que lo mencionamos, toda la lógica simbólica es formal, aun cuando algunos especialistas distinguen la lógica formalmente formalizada como aquella lógica dotada de un simbolismo artificial calcado de las matemáticas. Los principios y reglas de las inferencias lógicas están fundados en la lógica formal, por ejemplo, las formas válidas de los silogismos aristotélicos tienen una estructura (modo y figura) que debe ser respetada para fundamentar su validez; lo mismo sucede con las reglas de inferencia (esquemas argumentales): el *modus ponens*, el *modus tollens*, el *silogismo disyuntivo*, el *silogismo hipotético*, etcétera, que para ser válidas se debe aplicar su forma o estructura sin variación alguna.

Por ejemplo, el *modus ponens* (modus ponendo ponens: afirmando-afirmo), en donde si p , entonces q ($p \rightarrow q$), y dado p , por lo tanto q ; establece que teniendo un antecedente y un consecuente, si se afirma el antecedente se puede afirmar válidamente el consecuente; en este caso p y q son variables proposicionales que pueden ser sustituidas por cualquier otro término o, en su caso, por cualquier enunciado. Es un esquema argumental cuya validez depende de su estructura (forma), en donde, de acuerdo con el principio de identidad p es equivalente a p , y q es equivalente a q ; por lo tanto, no pueden ser sustituidos por otra variable proposicional, que no esté de acuerdo con la forma (la estructura del *modus ponens*).

En el caso que presenta García Máñez:²¹

Si alguien mata intencionalmente a otro con ánimo homicida, debe sufrir la pena de muerte.

A no ha matado intencionalmente a X (sino por imprudencia o sin culpa) o lo ha matado; sin propósito homicida.

¿Luego?

En donde en un *modus ponens* $\{(p \rightarrow q) \wedge p\} \rightarrow q$ se pretende sustituir a p por no p ($\neg p$), esto es, $\{(p \rightarrow q) \wedge \neg p\} \rightarrow \neg q$, para deducir no q ($\neg q$), con lo cual se está trastocando el esquema argumental del *modus ponens*, lo que se conoce como falacia del *modus ponens*. Podemos observar la facilidad con que se puede incurrir en errores de razonamiento (falacias formales) al no aplicar de manera adecuada los esquemas argumentales lógicos, razón por

²¹ Véase Eduardo García Máñez, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, pp. 130-131.

la cual el conocimiento y la aplicación de las reglas y principios lógicos son esenciales en la aplicación del derecho.

Con base en Karl Engisch, García Máynez expone que:

Pero en este raciocinio se advierten dos cosas: primera, que la relación natural de antecedente y consecuente, fundada en la ley, es trastrocada, o sea, que lo que en la ley es fundamento [la acción de matar intencionalmente y con ánimo homicida], aparece en la mayor como consecuencia, y lo que en la ley es consecuencia [el ser homicida] figura en la misma premisa como fundamento.²²

Si del rechazo (de la subsunción queremos sacar una consecuencia, tendremos, entonces, menester de una premisa mayor *sui generis*, de acuerdo con este esquema.

Aunado a lo anterior, se debe distinguir entre lógica formal y lógica material a fin de establecer la conexión entre derecho y lógica, y consiguientemente, si se puede fundamentar una lógica especial aplicada al derecho, es decir, la lógica jurídica. De acuerdo con lo expuesto, la lógica formal tiene como objeto la corrección del análisis de la estructura de los esquemas argumentales con una relativa independencia de sus contenidos, dejando de lado la verdad o falsedad de la argumentación, mientras que la lógica material no prescinde de la verdad (material) en tanto que estudia las leyes que rigen la coexistencia de los procesos sociales.

Con base en la lógica material, sin excluir la lógica formal, se ha pretendido fundamentar, entonces, una lógica especial para el derecho, denominada lógica jurídica. En lo que se refiere al derecho, la lógica material sirve para derivar consecuencias jurídicas a partir de normas generales y abstractas específicas correlacionando sucesos materiales especiales con algunos normativos, con base en las argumentaciones jurídicas habituales. La lógica material se pregunta sobre si un concepto jurídico concreto resulta aplicable a un caso concreto. En todos los casos, la lógica jurídica estudia la deducción en el razonamiento jurídico.²³

En el debate respecto si la lógica jurídica es la aplicación de la lógica general al derecho o si la lógica jurídica es una parte autónoma con leyes especia-

²² Engisch, *op cit.*, p. 12, citado en Eduardo García Máynez, *Ibidem*.

²³ Véase Víctor Rojas Amandi, *Argumentación jurídica*, p. 48.

les, en un momento hubo una inclinación entre los tratadistas por la propuesta que era la aplicación al derecho de la lógica general. El planteamiento del problema de la fundamentación de una lógica jurídica, de acuerdo con Norberto Bobbio, estaba en el sentido de responder a las interrogantes de:

Cuando se habla de lógica jurídica, ¿se pretende hablar de una lógica autónoma, de una lógica especial o de una lógica aplicada? Si nos limitamos a los hechos, la respuesta correcta debería de ser la tercera: por ‘lógica jurídica’ se entiende comúnmente una lógica aplicada, o bien la aplicación al discurso jurídico de las reglas estudiadas y admitidas por la lógica general.²⁴

No obstante, ante las objeciones de que no era admisible ni posible la aplicación de la lógica general al derecho, paulatinamente se desarrolló un consenso entre los tratadistas de que la lógica jurídica no es la aplicación de la lógica general al derecho, sino que se aplican las partes de lógica que son pertinentes para el derecho, es decir, una lógica cuya materia es el derecho. Ulrich Klug precisó esta cuestión de la siguiente manera: “cuando se habla de lógica jurídica ya no se trata de una lógica para la que rijan leyes especiales, sino que sencillamente se designa la parte de la lógica que tiene aplicación a la ciencia jurídica”.²⁵

En el mismo sentido, Kalinowski proporciona una definición de lógica jurídica: “la parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales del jurista tanto como sus productos mentales: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y razonamientos jurídicos merece en razón de su objeto, el nombre de lógica jurídica”.²⁶

Con base en los razonamientos expuestos, podemos observar que la lógica jurídica, al ser considerada como parte especial de la lógica general (simbólica formal), se plantea como necesaria en el razonamiento jurídico. En este sentido, Pérez Valera destaca que la lógica jurídica es necesaria en demostraciones, pruebas, deducciones e inducciones para resolver las antinomias, esclarecer conceptos jurídicos y tipificar delitos, entre otras operaciones, y

²⁴ Norberto Bobbio, y Amedeo G. Conte, *Derecho y Lógica. Bibliografía de lógica jurídica*, p. 30.

²⁵ Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, *op. cit.*, pp. 17-18.

²⁶ Georges Kalinowski, “De la spécificité de la logique juridique”, en *Archives de Philosophie du droit*, p. 7; citado en Elías Díaz, *op. cit.*, p. 88.

señala de manera categórica que nadie podrá aceptar un argumento palmariamente ilógico o una ley o una sentencia absurda.

En esta línea, además de la ‘lógica formal’ que estudia los preceptos o arquetipos formales del pensamiento se considera la *lógica jurídica*, que sin apartarse de los principios básicos de la lógica formal, posee premisas y principios propios y especiales, los cuales se conforman mejor a la índole del derecho. Así, habría que tomar en cuenta la utilidad de las máximas y los principios jurídicos como auxiliares de la argumentación jurídica.²⁷

Es innegable que la Lógica proporciona elementos de gran utilidad en la aplicación e interpretación del Derecho. La interpretación de la ley, para esclarecer el sentido en que debe ser aplicada es también una operación mental rigurosamente lógica, de manera especial tratándose de la interpretación sistemática.

Es obvio que los legisladores deben inspirarse, al establecer la norma jurídica, en los principios y reglas de la Lógica, tanto al valorar y exponer la razón o motivos de la ley, como al articular y redactar sus disposiciones. Si la ley, es por definición, una ordenación racional, una ley ilógica implicaría una contradicción *in terminis*, el derecho en su aspecto formal, depende absolutamente de la lógica. No es concebible una regla de conducta cuya forma no se adapte a las reglas del pensamiento. La claridad y certeza de la norma legal, frente a la duda, la ambigüedad y la oscuridad; la generalidad frente al casuismo; la precisión y concisión, frente a la ampulosidad, son requisitos exigidos por la lógica.²⁸

En el mismo sentido, Mans Puigarnau señala que como el ordenamiento varía continuamente a tenor de los frecuentes cambios de la coyuntura social y económica, y de la diversidad de circunstancias propias de los distintos tiempos y lugares, la ciencia jurídica no puede impermeabilizarse ante las nuevas corrientes del pensamiento, pues al rechazar acriticamente las doctrinas modernas por el puro hecho de ser modernas, interrumpiría la necesaria evolución y renovación del derecho y a la postre se produciría el anquilosamiento de la ideología y la fosilización de las instituciones jurídicas.

²⁷ Víctor M. Pérez Valera, *Argumentación jurídica*, p. 104.

²⁸ Jaime Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, p. 14.

Así, podemos observar que la lógica jurídica no se reduce a la aplicación en ésta de la lógica formal de manera exclusiva, sino que incluye elementos propios del derecho tales como las máximas y los principios jurídicos. En la búsqueda de superar la perspectiva normativista y legalista del positivismo —en donde toda valoración moral y política, así como la realidad político-social estaban ausentes— que concibe a la lógica jurídica como una lógica del silogismo jurídico basada en la aplicación mecánica de la subsunción; se plantea una nueva concepción del derecho orientada a la justicia y la equidad, en la cual la inclusión de la moral desempeña un papel fundamental, así como los elementos jurídicos axiológicos (las valoraciones).

A este respecto, Carlos S. Nino plantea por un lado que: “Para algunas versiones extremas del positivismo, el derecho parece reducirse a fórmulas matemáticas, que deben ser aplicadas por los que realmente saben: los científicos del derecho”.²⁹ Pero, asimismo reflexiona en el sentido de que: “(..) no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial —las normas relevantes y la descripción de los hechos decisivos—, se obtengan por procedimientos mecánicos”.³⁰

De esta manera podemos observar que si bien se cuestiona la forma en que se ha aplicado la lógica en las decisiones judiciales, ello no plantea su desplazamiento sino la complementariedad con las nuevas teorías de la argumentación. Por ejemplo, expone Robert Alexy, que Chaïm Perelman no trata de sustituir la lógica forma. Lo que quiere es complementarla. “La nueva retórica no pretende desplazar o reemplazar a la lógica formal, sino añadir a ella un campo de razonamiento que, hasta ahora, ha escapado a todos los esfuerzos de racionalización, esto es, el razonamiento práctico”.³¹

Así, por un lado, con base en la tesis Wróblewski de incluir además de la lógica (la justificación interna) las valoraciones (la justificación externa) en las decisiones judiciales, se desarrolla paulatinamente la teoría de la argumentación jurídica.³² Robert Alexy a su obra magna (1978), (*Theorie der*

²⁹ Carlos Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, p. 8.

³⁰ C. S. Nino, *Introducción al derecho*, pp. 295-296, citado en Mario L. Álvarez Ledesma, *Conceptos jurídicos fundamentales.*, p. 253.

³¹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 158.

³² Con todo desde una perspectiva teórica esta fórmula ha de completarse con una referencia a las directivas de interpretación jurídica y a las valoraciones que determinan su uso. Ahora bien, siempre

Juristisch Argumentation, en alemán), señala como objeto de su investigación lo hay que ha de entenderse por argumentación jurídica racional, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible. Su obra está orientada a elaborar una teoría de la argumentación práctica general, para con base en ella elaborar una teoría de la argumentación jurídica.

En casi todos los escritos de metodología se acentúa actualmente que la jurisprudencia (en los dos sentidos de la expresión) no puede prescindir de tales valoraciones. Así Larenz habla del reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador. Müller es de la opinión de que “una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones... (no sería) ni práctica ni real”. Esser constata que “las valoraciones... (tienen) una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas.³³

En este sentido, tanto Wróblewski, como Robert Alexy y Carlos S. Nino, resaltan la inclusión de las valoraciones morales como elemento esencial para el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica.

II. Teorías de la argumentación jurídica

Previo a la definición de la argumentación es necesario puntualizar que ésta se relaciona directamente con la interpretación y la aplicación del texto jurídico. Ello, por la razón de que algunos especialistas consideran que al ser actividades entrelazadas del jurista, no cabe hacer una distinción entre ellas; por ejemplo, para Carla Huerta: “La tarea interpretativa va unida a la de la justificación de la elección o atribución de significado, por lo que la línea divisoria entre interpretación y argumentación es tenue, si es que en realidad existe”.³⁴

permanece un mayor o menor margen de maniobra para la interpretación jurídica determinado por las características de las valoraciones en cuestión. Hay además otros factores que influyen en la discrecionalidad interpretativa, como la clase de sistema jurídico, la manera de formular la norma jurídica interpretada, la ideología del proceso interpretativo, y así sucesivamente. Los razonamientos jurídicos sometidos a la lógica formal o a la argumentativa dependen siempre de estas presuposiciones valorativas y pueden ser controlados por alguna lógica solamente dentro de su alcance. Jerzy Wróblewski, *op. cit.*, p. 181.

³³ Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 27-28.

³⁴ Carla Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, pp. 241-242.

El texto jurídico, para ser aplicado, debe ser previamente interpretado, y vinculada con estas dos actividades la argumentación es esencial, debido a que en los modelos de justificación (argumentación) se trabaja con teorías que se ocupan, sobre todo de la forma como las conclusiones jurídicas pueden ser justificadas de manera racional.

Desde luego, debemos dar argumentos a favor de las diferentes conclusiones y luego valorarlos para considerar cuán fuertes son realmente. En este sentido, los argumentos tienen una relevancia especial en la actividad interpretativa, pues el discurso del intérprete se halla comúnmente constituido por un enunciado interpretativo (informativo) y por uno o más argumentos ofrecidos para apoyar o respaldar la interpretación propuesta.³⁵

La argumentación está vinculada a la justificación, esto es, para toda tesis o afirmación que se propone se debe ofrecer la razón o razones que la fundamentan, por lo que argumentar es la actividad con la cual se proporcionan las razones (premisas) que justifican una afirmación (conclusión). De ahí que, de manera general, para todo razonamiento con pretensión de científicidad, es condición necesaria la actividad de argumentar.

En segundo lugar, de manera similar como se ha ubicado a la lógica jurídica en tanto una aplicación de la lógica general al ámbito jurídico, la argumentación jurídica es una aplicación de la argumentación general al derecho, con matices específicos de acuerdo con la materia jurídica. Para Robert Alexy el concepto de argumentación jurídica “(...) es un caso especial de la argumentación práctica general. La discusión de la estructura y los problemas de una teoría procesal de la argumentación jurídica que se orienta hacia el concepto de la razón práctica, tiene que comenzar, por lo tanto, con la teoría de la argumentación práctica general”.³⁶

En este sentido, desde la perspectiva de que el propósito toral de la teoría de la argumentación se enfoca a diseñar tipos ideales (modelos o reglas) para arribar a decisiones objetivas basadas en el razonamiento, la argumentación jurídica es esencial para el derecho:

³⁵ Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*, p. 165.

³⁶ Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, p. 60.

Lo anterior al destacar que el derecho —y su aplicación— no es un fin en sí mismo sino un medio para cumplir con otros fines, intereses o propósitos, al grado tal que la argumentación es esencial para el derecho —y su aplicación— para constatar la adecuación de los medios a los fines, así como sus consecuencias y a sus funciones, muchas veces implícitos más que explícitos.³⁷

Ahora bien, los estudios de lógica jurídica tiene una larga tradición histórica, Amedeo G. Conte en la bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)³⁸ cita a 140 autores, aproximadamente, entre los que podemos destacar a Héctor Neri Castañeda, Carlos Cossío, Karl Engisch, Eduardo García Máynez, Jürgen Jörgensen, Georges Kalinowski, Ulrich Klug, Luis Legas y Lacambra, Edward H. Levi, Cesare Magni, Francisco Miró Quesada, Marie-Thérèse Motte, Chaïm Perelman, Alf Ross, Ilmar Tammelo, Theodor Viehweg, Ota Weinberger, Georg Henri von Wright, Jerzy Wróblewski, etcétera.

Por su parte, las teorías de la argumentación en la época actual se considera que inician en la década de los cincuenta del siglo pasado. Rodolfo L. Vigo señala que el desarrollo de la interpretación y la argumentación se da debido a la crisis que se presenta en la teoría iuspositivista —después de la Segunda Guerra Mundial y que se profundizará en las siguientes décadas—, que había predominado hasta entonces en la formación de los juristas y en la operatividad del derecho. Vigo establece de manera precisa las razones que impulsarán a los juristas hacia la investigación de las teorías de la interpretación y la argumentación. Debido a la relevancia y la precisión con las que expone estas razones, las citamos de manera amplia:

- 1) Se procura superar, apoyándose en la rehabilitación de la razón práctica, la alergia y escepticismo jurídico, que evitaba toda impureza ética en el saber jurídico;
- 2) La visión del derecho reducida a normas en las que insistirá Hart se enfrenta con los principios jurídicos como núcleo de validez jurídica;
- 3) La preocupación obsesiva por un saber científico, objetivo y exacto, se fractura reivindicándose protagonismo a la filosofía jurídica y al saber prudencial, concreto y circunstanciado;

³⁷ Imer B. Flores, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, pp. 202-203.

³⁸ Norberto Bobbio, y Amedeo G. Conte, *Derecho y Lógica. Bibliografía de lógica jurídica*, op. cit., pp. 47 y ss.

- 4) La perspectiva ingenua del sistema jurídico único, completo, coherente y jerárquico, pierde entusiasmo y en su lugar se subraya el quehacer permanentemente reconstructivo y aporético del jurista;
- 5) La centralidad y el predominio de la ley como fuente del derecho es sustituida por la presencia omnicomprendensiva y operativa de la Constitución.³⁹

En esta línea de exposición, del desarrollo histórico de las teorías de la argumentación, Rojas Amandi, por su parte, comenta que es hasta la década de los setenta que estas teorías empiezan a ser sistematizadas por los juristas.

A partir de 1970 se ha trabajado en una teoría de la argumentación jurídica como rama independiente de la filosofía y de la teoría del derecho. Y es desde los años ochenta cuando han aparecido aportes integrales y de gran profundidad a dicha teoría. Las principales aportaciones son: la teoría de la justificación de las decisiones judiciales de Neil MacCormick, la teoría de la transformación de argumentación jurídica de Robert Alexy, la teoría de la justificación de las interpretaciones jurídicas de Aulis Aarnio y la teoría pragmatológica de la argumentación jurídica de Eveline Feteris.⁴⁰

No obstante, la opinión de Rojas Amandi, centrada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica, desde la teoría de la argumentación general es necesario resaltar las teorías de Perelman y Toulmin, De acuerdo con Imer B. Flores:

³⁹ Véase Rodolfo L. Vigo, *La Interpretación Jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, p. 11.

⁴⁰ Víctor Rojas Amandi, *op. cit.*, p. 55. En el mismo sentido se pronuncia Chiassoni, al afirmar que: “Una contribución en dicho sentido –enormemente valiosa, ya que aúna a su contacto con la realidad constitucional, el rigor conceptual y la simplicidad– fue ofrecida, a partir de los años setenta del siglo XX, por la llamada “teoría estándar” de la argumentación jurídica: un conjunto de teorías analíticas del razonamiento jurídico, cuya elaboración se debe principalmente a estudios como Jerzy Wróblewski, Robert Alexi, Neil MacCormick, Alexander Pecznik y Aulis Aarnio”. Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, p. 17. Por su parte Vigo proporciona una lista de autores que nos permite tener un panorama más amplio de las aportaciones realizadas: “Perelman (en la superación del legalismo científico dogmático y la recuperación de la razón persuasiva), y a Villey (en la preocupación aporética y realista de lo justo), a Kalinowski (por los aportes en lógica, sin renunciar a la metafísica), a Dworkin (en la atención centralizada en los principios y los derechos humanos preexistentes), a Finnis (por su enriquecimiento y renovación de la ética clásica, en especial su teoría de los ‘bienes humanos básicos’), y a Alexy (con base en sus estudios de la razón práctica)”. Rodolfo L. Vigo, *La Interpretación Jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, pp. 10-11.

Por su parte, la lógica dialéctica asoma cuando Chaïm Perelman —junto con Lucie Olbrecht-Tyteca— publica primero, en 1950, un argumento sobre lógica y retórica, y después, en 1958, un libro, en los cuales adelantarían lo que sería su nueva retórica y que se anticiparían a la lógica prudencial del propio Kalinowski, a la lógica de lo razonable de Recaséns Siches, y a la tópica de Theodor Viehweg, entre otras.⁴¹

Como se puede advertir la argumentación jurídica se apoya tanto en los razonamientos probados de la lógica analítica como de los razonamientos probables de la lógica dialéctica sin olvidar que en algunos casos parece que estamos más bien ante pseudos-razonamientos o silogismos aparentes, mejor conocidos como falacias o paralogismos. Así, está clarísimo que la lógica tanto analítica como dialéctica es central en el derecho, en general, y en la argumentación jurídica en particular.⁴²

Las transformaciones en la concepción del derecho, vinculadas con las aportaciones de los autores citados, permiten explicar las razones de la necesidad de una nueva teoría de la argumentación (teoría estándar de la argumentación). Teoría que paulatinamente, a fin de distinguirse de las anteriores teorías vinculadas con la lógica tradicional (silogismo aristotélico), paulatinamente va a establecer su objeto de estudio, es decir, explicar el sentido o tarea de la argumentación jurídica. “De esta manera las decisiones deben garantizar la rectitud o justicia de una decisión, proporcionar criterios que den informaciones sobre las condiciones bajo las cuales son aceptables los considerandos de una sentencia”⁴³

A este respecto, Wróblewski tuvo la inquietud de determinar el lugar que ocupan la lógica y la argumentación en la actividad judicial y su papel en la justificación de las decisiones probatorias. Para él: “La regulación normativa está basada en la axiología de la decisión judicial en general, y en la axiología de la aplicación judicial del derecho en particular. Determina así el lugar que ocupan la lógica y la argumentación en la actividad judicial y su papel en la

⁴¹ Imer B. Flores, *op. cit.*, p. 207.

⁴² *Ibid.*, p. 206

⁴³ Víctor Rojas Amandi, *op. cit.*, p. 66.

justificación de las decisiones probatoria”.⁴⁴ Por “lógica”, Wróblewski entiende las inferencias basadas en las reglas de razonamiento que no impliquen valoraciones, por “argumentación” la aplicación de otras reglas. Señalando que el problema principal es el de saber si las decisiones probatorias son justificables por la lógica o la argumentación o de ambas según el caso. Enfatiza que su tesis es que las justificaciones de las decisiones probatorias tienen características mixtas.

El problema del papel de la axiología y de la argumentación en la prueba jurídica puede ser analizado en el nivel general de la lógica jurídica, en el sentido amplio de este término, unidos a la teoría general del derecho, en el nivel de los tipos de derechos elaborados por la macrocomparatística jurídica, o, por último, en el nivel de un sistema jurídico particular.⁴⁵

El primer cuestionamiento se dirige a precisar que la argumentación jurídica no descansa primordialmente en la lógica jurídica, sino que en la búsqueda de justicia y equidad en las decisiones judiciales es necesario introducir elementos axiológicos, deónticos, pero además materiales (*de facto*), relacionados con el caso concreto, esto es, transitar de una argumentación normativa deductiva a una argumentación práctica general, cuyo fundamento principal será la razón práctica; dado que se parte del supuesto de que en el caso de la argumentación jurídica resulta que las razones a favor y en contra no son exclusivamente formales (lógica y jurídicamente), sino que además son materiales. “En cuanto a los argumentos lógicos-dinámicos incluyen: razones axiológicas, deontológicas y teleológicas no sólo para medir la eficacia pragmática entre medios-fines, incluida su efectividad sociológica y eficiencia económica, sino también para justificar éticamente una decisión como la adecuada, correcta o justa”.⁴⁶

Derivado de ello, el primer objetivo de los autores de la nueva teoría argumentativa se orientará en proponer la superación del silogismo jurídico tradicional, denominado por ellos simple o mecánico, por el silogismo práctico.⁴⁷ Si bien el silogismo práctico procede de Aristóteles y se encuentra en

⁴⁴ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, pp. 231-232.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 232.

⁴⁶ Imer B. Flores, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁷ Bobbio señala que por “silogismo práctico” se entiende aquel silogismo en el cual una de las

Hegel, su revalorización se atribuye a G. H. von Wright quien ha tratado de mostrar con una gran sutileza el razonamiento teórico complejo que subyace al silogismo práctico.

En síntesis, el esquema del silogismo práctico es el siguiente: 1) el punto de partida de la premisa mayor del silogismo menciona alguna cosa pretendida o la meta de actuación; 2) la premisa menor refiere algún acto conducente a su logro, algo así como un medio dirigido a tal fin; 3) finalmente, la conclusión consiste en este medio de alcanzar el fin de la cuestión.⁴⁸

El silogismo práctico está vinculado al conocimiento práctico (la razón práctica), en palabras de Manuel Atienza, cuando analiza las normas como razones para la acción, las cuales considera como razones complejas, señala que:

Por el contrario, en los casos difíciles —cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas— la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica deductiva —la lógica en sentido estricto o lógica deductiva— deben añadirse los de la llamada “razón práctica”, que se contienen en principios de universalidad, coherencia, consenso, etcétera.⁴⁹

Si bien se señala que en la justificación de la decisión judicial no es suficiente el razonamiento deductivo basado en la lógica jurídica, sino que deben añadirse los criterios de la razón práctica, consideramos importante señalar que con la inclusión de estos criterios tienen, como objetivo, descartar tanto la postura irracionalista o empírica, así como la asimilación de la razón jurídica al tipo de la razón teórica o formalista.

premisas y la conclusión son normas o imperativos... La discusión sobre el silogismo práctico nació del hecho de que su validez ha sido repetidamente puesta en duda mediante un argumento de este género: las normas (o los imperativos) son proposiciones a las que no pueden atribuirse los valores verdadero y falso; las reglas del silogismo valen para proposiciones que son verdaderas o falsas y sirven justamente para extraer conclusiones verdaderas o falsas de premisas verdaderas o falsas; *ergo*, las reglas del silogismo no valen para las normas o para los imperativos. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁸ Von Wright, G. H., Explicación y comprensión, citado en *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, J. M. Mardones y N. Ursua, p. 31.

Al proclamarse una razón práctica que opera con principios, es decir, el contenido moral propio de los mismos y las correspondientes derivaciones en términos de derechos preexistentes, no sólo se está descartando toda postura irracionalista o empirista, sino también se descarta la asimilación de la razón jurídica al tipo de razón teórica o formalista. Pues es indudablemente práctica esa razón o ese saber que accede a la respuesta correcta, y que para ello debe medir la dimensión de peso de los principios comprometidos y, consecuentemente dilucidar desde una visión comprensiva explicatoria o justificatoria de todo el derecho, las conductas que debe exigir o reconocer a las partes en litigio.⁵⁰

Históricamente, los autores impulsores de esta teoría (Recansés Siches, Viehweg, Wróblewski, Perelman, Toulmin, Alexy y Atienza, entre otros), han enfatizado en el aspecto de que la naturaleza del argumento legal subyace en la mejor interpretación moral de las prácticas sociales existentes. Por ejemplo, Recansés Siches reflexionó en este sentido:

Se ha dicho al respecto y también que “... el funcionamiento del Derecho no consiste en una operación lógico-deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso”. Las sentencias de los tribunales y las decisiones administrativas no pueden explicarse como simple deducción lógica, porque si bien el papel que juega la lógica en el Derecho no se puede descartar, su aplicación implica también consideraciones de otro tipo, como es el caso de la solución justa al caso concreto.⁵¹

Podemos observar, entonces, que si bien se cuestiona el papel primordial que se le había dado al silogismo jurídico en el formalismo jurídico, no se descarta el papel de la lógica-deductiva, pero que, paulatinamente, se recuperarán conceptos que la lógica formal-formalizada había dejado de lado, tales como la tópica, la retórica y la dialéctica.

De esta manera podemos observar que con la teoría de la argumentación no se pretende desplazar a la lógica formal (silogística, proposicional y cuan-

⁴⁹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Edit. Ariel, Madrid, 2012 (2001), p. 190.

⁵⁰ Rodolfo L. Vigo, “Lectura no-positivista neo-constitucionalista e lusnaturalista del derecho actual”, p. 55.

⁵¹ Luis Recansés Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 26, citado en *Conceptos jurídicos fundamentales*, Mario L. Álvarez Ledesma, p. 253.

tificacional), sino que la finalidad de ésta es incluir elementos tales como los humanos (la lógica de lo humano de Recansés Siches), la razón práctica, lo axiológico y lo justo.

Lo que se requería, pues era poner el acento en otros aspectos que antes no habían sido atendidos, no deshacerse de la lógica. Así empezaron a surgir una serie de estudios y trabajos que pretendían ocuparse ya no del paso de las premisas a la conclusión, sino de la corrección de las propias premisas. A este nuevo campo de estudio se le denominó por algunos *lógica material* o *lógica de los juristas* y hoy en día las disciplinas que lo estudian se conocen como teorías de la argumentación, mismas que se encargan precisamente de mostrar no sólo como se justifican las decisiones judiciales, sino fundamentalmente de cómo debería justificarse.⁵²

La argumentación jurídica al ocuparse de una materia de estudio compleja como es el derecho, es una actividad amplia y compleja, la cual requiere de un bagaje cultural amplio y el conocimiento de las diferentes teorías jurídicas, es decir, una perspectiva integral del derecho, pues para efectuar un análisis argumentativo de las decisiones judiciales el operador del derecho debe servirse de varios instrumentos, entre ellos, Chiassoni incluye los siguientes:

Primero, un modelo analítico de motivación correcta de las sentencias, sobre las nociones de justificación racional, justificación lógico-deductiva, justificación normativa y justificación probatoria.

Segundo, una tipología de las normas o estructuras lógicas de las sentencias —construida utilizando el esquema inferencial del *modus ponens* y la simbología de la lógica de predicados.

Tercero, una *teoría de los argumentos interpretativos*, equipada con oportunos rudimentos de la teoría de la interpretación jurídica (...).⁵³

Con el propósito de distinguir los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica, Alexy señala que:

⁵² Arturo Bárcena Zubieta, “Enunciados interpretativos y argumentación. Algunos comentarios sobre el razonamiento judicial”, p. 18.

⁵³ Pierluigi Chiassoni, *op. cit.*, p. 16.

(...) en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna (internal justification) y la justificación externa (external justification). En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas.⁵⁴

De esta manera, con base en la justificación de las decisiones judiciales Bárcena Zuleta, establece de manera nítida el papel que desempeñará la lógica por un lado (justificación interna), y la argumentación (justificación externa) por el otro. “En este sentido, las teorías de la argumentación se ocupan sobre todo de controlar (en la medida de lo posible) la *aceptabilidad* de las premisas.⁵⁵ Es decir, la lógica sigue operando para controlar el paso de las premisas a la conclusión, pero las teorías de la argumentación pretenden suministrar criterios para justificar las premisas.

Concebir la lógica jurídica como la conjunción entre la lógica formal y la argumentación implica transitar de un modelo subsuntivo-aplicativo (silogismo jurídico) a un modelo argumentativo (axiológico-sustancial) en el que la decisión judicial contiene no sólo los requisitos de forma sino también los requisitos de fondo o sustancia.

Estos dos últimos temas serán analizados en la segunda parte de este artículo.

III. Conclusiones

Si bien la relación entre la lógica y el derecho históricamente ha sido motivo de debate, éste se acentúa con el desarrollo de las hoy conocidas como teorías de la argumentación. Uno de los aspectos torales de este debate se ha orientado a establecer los límites de la aplicación de la lógica en el derecho.

Sin embargo, al no precisar en cuál de las actividades de los juristas (elaboración o creación, interpretación, argumentación y aplicación del derecho) se cuestiona la conexión de la lógica con el derecho, ha dado lugar a confusiones entre los especialistas en la toma de posición con respecto a este tema.

⁵⁴ Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, pp. 213-214.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 18.

Se puede observar que las tesis incluyentes y excluyentes se realizan desde perspectivas diferentes. Las tesis incluyentes fundamentan sus propuestas con base en los diferentes ámbitos de la actividad jurídica, sobre todo al considerar a la metodología o lógica de la ciencia como parte de la lógica general, por lo que se considera a la lógica como una parte esencial para el desarrollo del conocimiento científico en cualquier disciplina de estudio, entre ellas la jurídica. Además de las tesis de la relación entre lógica y metodología de Ulrich Klug, un ejemplo es lo expuesto por Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin con respecto a la importancia que para la filosofía del derecho tienen las modernas investigaciones lógicas y metodológicas; el título de su libro *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, así como la primera parte de su obra *La lógica de los sistemas normativos*, son un claro ejemplo de la relevancia de la lógica y la metodología en el análisis del derecho desde la perspectiva de los sistemas normativos.

Las tesis excluyentes han centrado su análisis de manera primordial en la actividad de aplicación del derecho, es decir, en la decisión judicial. Sus argumentos han centrado su crítica en lo que consideran una aplicación mecánica del silogismo jurídico, considerando que éste es insuficiente para los propósitos de una sentencia justa y equitativa, con base en el razonamiento práctico. Sin embargo, los tratadistas que postulan esta tesis, reducen su análisis a lo que consideran lógica formal, sin tomar en cuenta el progreso de los nuevos sistemas lógicos (las lógicas modernas) que se han desarrollado, tales como la lógica modal, la lógica deóntica, la lógica no monotónica y, en su conjunto, las lógicas extendidas y/o divergentes.

Ahora bien, la lógica jurídica, considerada como una parte de la lógica general, esto es, como lógica material, parte del supuesto de que no es la aplicación de la lógica general al derecho, sino que se aplican las partes de la lógica que son pertinentes para el derecho, es decir, una lógica cuya materia es el derecho. Con base en la lógica material, sin excluir la lógica formal, se ha pretendido fundamentar, entonces, una lógica especial para el derecho denominada lógica jurídica. En todos los casos, la lógica jurídica estudia la deducción en el razonamiento jurídico.

No obstante, desde una posición reduccionista, algunos tratadistas plantean la exclusión de la lógica en el derecho, promoviendo el reemplazamiento de la lógica por las teorías de la argumentación, esto es, consideran a éstas como excluyentes y no como complementarias. Pero, especialistas

como Wróblewski y Alexy, las consideran incluyentes, es decir, que además de la lógica (la justificación interna) las valoraciones (la justificación externa) en las decisiones judiciales, se desarrolla paulatinamente la teoría de la argumentación jurídica, en la cual se plantea que los razonamientos jurídicos incluyen tanto a la lógica formal (justificación interna) como a la argumentativa (justificación externa).

En un análisis objetivo de la argumentación jurídica, ignorar los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica implica no precisar la distinción de los dos aspectos de la justificación (interna y externa). De acuerdo con Alexy, en la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. Por su parte, Wróblewski entiende por “lógica” las inferencias basadas en las reglas de razonamiento que no impliquen valoraciones; mientras que por “argumentación”, la aplicación de otras reglas.

Con base en las tesis de Wróblewski y Alexy se plantea la conveniencia de aplicar en la justificación de las decisiones judiciales los dos aspectos de ésta: la justificación interna (lógica) y la externa (axiológica), y con la finalidad de superar el problema principal de determinar si las decisiones probatorias son justificables por medio de la lógica o de la argumentación, o de ambas según el caso. Wróblewski enfatiza que su tesis es que las justificaciones de las decisiones probatorias tienen características mixtas.

De ahí, finalmente podemos concluir que desde una perspectiva integral del derecho, no se plantea el desplazamiento de la lógica por las nuevas teorías de la argumentación sino su complementariedad.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alarcón Cabrera, Carlos. *Lecciones de lógica jurídica*. España, Editorial MAD, 2000.
- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política, núm. 30, México, Distribuidores Fontamara, 1994.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (trad.) Manuel Atienza e Isabel espejo, 2a.

- reimp. de la 2ª. ed. actualizada, Madrid/España, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. (1989).
- Álvarez Ledesma, Mario L. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Serie jurídica, México, Edit. Mc Graw Hill, 2008.
- Arellano García, Carlos. *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*. México, Porrúa, 1999.
- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Colección mayor Filosofía y Derecho 1, 2ª. reimp., Buenos Aires, Edit. Astrea, 1993.
- Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política*. No. 91, México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- . *El sentido del derecho*. Edit. Ariel, Madrid, 2012 (2001).
- Bárcena Zubieta, Arturo. “Enunciados interpretativos y argumentación. Algunos comentarios sobre el razonamiento judicial”. *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Carlos Báez Silva, et al, México, Porrúa, 2009.
- Bobbio, Norberto y Amedeo G. Conte. *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica*. México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 78, UNAM-IIJ, 2006.
- Copi, Irving y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*. México, Limusa, 2006.
- Chiassoni, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Colección filosofía y derecho, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. reimpresión de la 2a. ed., Madrid-España, Taurus Ediciones, 1993 (1a. ed. 1971).
- García Máynez, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. 3ª. reimp. México, Fontamara, 2002 (1994).
- Flores, Imer B. “¿Es el derecho un modelo aplicativo?” *La filosofía del derecho hoy*. Juan F. Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandí (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal. “Filosofía del derecho y argumentación jurídica”. *La filosofía del derecho hoy*. Juan Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandí (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Gortari, Eli de. *Diccionario de la lógica*. 1ª. reimp., México, Plaza y Valdés/Universidad Autónoma Metropolitana, 2000 (1988).
- Hallivis Pelayo, Manuel. *Teoría general de la interpretación jurídica*. 3a. ed. 1a. reimp., México, Porrúa, 2012 (2007).
- Huerta Ochoa, Carla. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México, UNAM, 2009.
- Kalinowski, Georges. “De la spécificité de la logique juridique”, *Archives de Philosophie du droit*. tomo XI (1966).
- Kelsen, Hans. *Derecho y lógica*. México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- Klug, Ulrich. *Lógica jurídica*. Colombia, Editorial Temis, 1992.
- Mans Puigarnau, Jaime. *Lógica para juristas*. Barcelona-España, Edit. Bosch, 1978.
- Mendonca, Daniel. *Las claves del derecho*. 1a. reimp. de la 1a. ed., Barcelona-España, Gedisa, 2008.

- Nino, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Pérez Valera, Víctor Manuel. *Argumentación jurídica*. México, Oxford University Press, 2012 (2011).
- Robles Morchón, Gregorio. “La teoría constitucional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis”. *La filosofía del derecho hoy*. Juan F. Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandí (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Rojas Amandí, Víctor. *Argumentación jurídica*. México, Oxford University Press, 2012 (2011).
- Salmón, Wesley Charles. *Lógica*. México, Edit. Colofón, 1995.
- Velarde Lombraña, Julián. “Gnoseología de la lógica versus filosofía de las lógicas”. *EL BASILISCO*, núm. 5, noviembre-diciembre de 1978, www.fgbueno.es
- Vigo, Rodolfo Luis. *La Interpretación Jurídica. Del modelo iuspositivista legalista democimonónico a las nuevas perspectivas*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- Vigo, Rodolfo Luis. “Lectura no-positivista (neo-constitucionalista e Iusnaturalista del derecho actual”. *La filosofía del derecho hoy*. Juan Federico Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandí (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Wright, Georg Henrik von. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 2a. ed. en español, México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1998.
- Wróblewsky, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea. Núm. 9, 2a. reimp. de la 1a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2008 (2001).
- Zuleta, Hugo Ricardo. *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

El “nuevo” derecho a la desconexión digital

Carlos Reynoso Castillo*

A la memoria del Maestro Ismael González M.

Resumen:

El presente trabajo analiza el reconocimiento reciente en México en la Ley Federal del Trabajo del derecho a la desconexión digital, como parte del teletrabajo, explicando sus alcances, objetivos e implicaciones; asimismo, se comentan, con el apoyo de la doctrina y referencias de derecho comparado, las limitaciones de este derecho, además de las dificultades para su aplicación.

Abstract:

This paper analyzes the recent recognition in Mexico in the Federal Labor Law of the right to digital disconnection, as part of teleworking, explaining its scope, objectives and implications; likewise, the limitations of this right are commented, with the support of the doctrine and references of comparative law, in addition to the difficulties for its application.

Sumario: Introducción / I. Evolución / II. Concepto del derecho a la desconexión digital / III. Teletrabajo y derecho a la desconexión digital / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho y Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

La dinámica de las relaciones laborales ha sido una constante a lo largo de la historia y con ella el incansable esfuerzo del derecho del trabajo para ir regulando las nuevas modalidades y situaciones que se presentan en el mundo del trabajo. Cabe recordar, cómo desde siempre, el nacimiento, modificación y adecuación de las normas laborales ha estado influenciado por la manera como se presentan las relaciones obrero-patronales, así como las contantes transformaciones de las maneras de producir los bienes y servicios en una sociedad.

Este dinamismo ha visto un aumento en su velocidad en las últimas décadas, en razón de la irrupción de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el mundo del trabajo. Si bien es cierto, la evolución y perfeccionamiento de las “máquinas” desde la revolución industrial allá por el siglo XVIII, presionaron para que el derecho del trabajo fuera construyéndose, lo cierto es que ha sido en fechas recientes, dentro de la denominada Revolución 4.0¹ en donde esta evolución ha puesto en un serio predicamento a buena parte de las normas laborales y muchos de sus conceptos básicos, las cuales muestran su desadaptación a una realidad que las rebasa. Esta situación se ha presentado de manera más crítica con motivo de la pandemia del covid 19 que azota el mundo desde el año 2020 y en donde la sociedad tuvo, de manera muy rápida, que apoyarse en las nuevas tecnologías para intentar mantener activas las fuentes de empleo, ahí donde era posible llevar a cabo el trabajo a distancia, el cual se convirtió para muchas empresas e instituciones como la única manera posible de protegerse contra el virus, así como mantener activos los procesos productivos.²

Si bien, la idea de avanzar y reconvertir el trabajo presencial tradicional en trabajos a distancia era parte de la estrategia que en muchos países y empresas ya se venía dando, la llegada de la pandemia aceleró este proceso, lo cual vino a crear una “fiebre legislativa” en muchos países, que sería la muestra de la urgente necesidad de que el derecho y en particular el derecho del trabajo

¹ Cf. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Alfredo Sánchez Castañeda, Patricia Kurczyn Villalobos, (coords), *Industria 4.0 Trabajo y Seguridad Social*, pp. XV y s.

² Cf. Ubaldo Márquez Roa y Elizabeth Camacho E., “Conectados-desconectados: el impacto de los derechos a la conexión y desconexión digital en las relaciones jurídicas familiares y laborales”, pp. 115 y s.

dotaran a la nueva realidad laboral de un marco regulatorio conveniente. Los años que vivimos serán recordados, no solo por las desgracias que el virus está causando, sino también por las graves dificultades que el derecho ha tenido para normar situaciones inusitadas y extraordinarias.

La desesperación de muchos legisladores por dotar a la nueva realidad laboral de marcos jurídicos convenientes y adecuados, sería una muestra del ya en ocasiones “normal” alejamiento del derecho frente a esa realidad; de esta manera y en este contexto irrumpieron en la escena jurídica internacional modelos de regulación que buscaban rescatar la esencia tuitiva de las normas laborales, ratificando su carácter protectorio, ahora en las nuevas situaciones, y por otro lado, señalan algunos autores, avanzar en un proceso de mayor flexibilidad en las relaciones laborales.³

La desadaptación de las normas laborales, así como los conceptos básicos en los que se cimentó el derecho del trabajo en el último siglo es algo que se viene comentando desde hace tiempo; sin embargo, la pandemia mostró con crudeza lo alejado que estaban muchas instituciones jurídicas emblemáticas frente a una realidad para la cual nadie estaba preparado, y mucho menos los marcos jurídicos laborales diseñados para otras realidades. Una de esas instituciones pioneras del derecho del trabajo es la jornada de trabajo, la cual desde sus orígenes siempre tuvo como motivación la necesidad de dejar en claro cuál era el tiempo que un trabajador debía poner a disposición de un patrón su tiempo y energía, y a partir de ahí se iría construyendo todo un marco regulatorio de los derechos y obligaciones que tendrían las partes en la relación laboral. Se puede anotar por ejemplo, cómo en varios países de América latina sería la jornada de trabajo uno de los primeros temas que serían objeto de regulación propiamente laboral: así por ejemplo 1929 en Argentina (Ley 11.544), 1934 en Colombia (Decreto 1 de 1934), 1928 en Venezuela (Ley del trabajo), entre otros casos. Si bien el Derecho del trabajo mostró sus primeros

³ “Pero la llegada de estas nuevas herramientas de comunicación ha modificado considerablemente la manera de vivir de los trabajadores y ha consolidado la flexibilidad en el empleo, tanto desde una perspectiva espacial como temporal, de manera que las TICs, en algunos casos, se llegan a percibir como un factor de degradación de la calidad de vida y no necesariamente como factores de motivación y de reconocimiento. Nos encontramos pues, ante una paradójica situación. La conexión es cada vez más permanente y estas tecnologías son tan portadoras de información no deseada, impulsoras de llamadas intempestivas, de sobrecarga de trabajo, de confusión, de nuevas adicciones y de controles no autorizados, como revolucionarias”. Cf. María R. Vallecillos Gámez, “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, p. 216.

esbozos ocupándose de la jornada de trabajo, hay que anotar también como, desde fines del siglo XIX, la idea de regular y limitar el tiempo de trabajo ya formaba parte de los debates políticos e ideológicos del momento. En efecto, cabe recordar, por ejemplo, cómo Carlos Marx al intentar explicar la manera como funcionaba en el siglo XIX el modo de producción capitalista, ya señalaba cómo, con la extensión de la jornada de trabajo, se estaba afectando severamente la vida y la salud de los trabajadores,⁴ lo cual presionaría, en Inglaterra, para adoptar los primeros intentos de regulación y limitación del tiempo de trabajo.

En el mismo sentido, pero desde otros espacios, también la iglesia católica expresaría su preocupación por la necesaria limitación del tiempo de trabajo. En efecto, desde el siglo XIX en algunas de las más importantes encíclicas papales se analizaban y comentaban los riesgos e inconvenientes de que hubiera jornadas extenuantes en los centros de trabajo.⁵

En México también hacia fines del siglo XIX, el tema de la jornada de trabajo y su necesaria limitación y regulación ocuparon amplios espacios de debate en las nacientes relaciones laborales, pero sería en las primeras legislaciones laborales de algunos estados de la república en donde el tema aparecería ya regulado como fue el caso de Yucatán con la Ley del Trabajo de este Estado (Decreto 392, de 11 de diciembre de 1915),⁶ el Estado de San Luis Potosí, Jalisco, Veracruz, entre otros, en donde la preocupación por la limita-

⁴ “Por tanto, al alargar la jornada de trabajo, la producción capitalista, que es, en sustancia, producción de plusvalía, absorción de trabajo excedente, no conduce solamente al empobrecimiento de la fuerza humana de trabajo, despoja de sus condiciones normales de desarrollo y de ejercicio físico y moral. Produce además, la extenuación y la muerte prematuras de la misma fuerza de trabajo. Alarga el tiempo de producción del obrero durante cierto plazo a costa de acortar la duración de su vida”. Cf., Carlos Marx, *El Capital*, p. 208.

⁵ Hay que recordar la encíclica *Rerum Novarum* del Pontífice León XIII en 1891, que trataba sobre la situación de los obreros. Planteó en su momento una posición sobre la situación laboral de la época, en la que trató diversos aspectos de las relaciones laborales y en particular sobre el tema que nos ocupa decía, entre otras cosas, que: “Se ha de mirar por ello que la jornada diaria no se prolongue más horas de las que permitan las fuerzas. Ahora bien: cuánto deba ser el intervalo dedicado al descanso, lo determinarán la clase de trabajo, las circunstancias de tiempo y lugar y la condición misma de los operarios. La dureza del trabajo de los que se ocupan ensacar piedras en las canteras o en minas de hierro, cobre y otras cosas de esta índole, ha de ser compensada con la brevedad de la duración, pues requiere mucho más esfuerzo que otros y es peligroso para la salud”.

⁶ La exposición de esta ley de Yucatán señalaba, por ejemplo, que “Incumbe al Estado proveer a la conservación de la raza, poniendo a sus habitantes en condiciones de vida que permitan el desarrollo de una naturaleza vigorosa que engendre hijos sanos y fuertes. A este efecto, para proteger el organismo humano, siendo el trabajo excesivo perjudicial a la salud se impone la necesidad de limitar la jornada de trabajo, con lo que no resulta perjuicio alguno a los patronos, porque está

ción de las jornadas de trabajo, por la afectación que tenían en la salud de los trabajadores formaba parte de los debates del momento. Estos antecedentes legislativos estatales en México fueron parte de las motivaciones que permitieron que el tema, finalmente, fuera retomado por el Constituyente de 1917 para ser incluido en el texto constitucional en el artículo 123.

La misma Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde sus orígenes, consideró que el tema de la jornada de trabajo era central; así por ejemplo, en uno de sus primeros convenios, el No. 1 de 1919 relativo a las horas de trabajo en la industria, ya señalaba que la duración de la jornada no podía exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo algunas excepciones. De igual manera, otros convenios internacionales abordarían, a lo largo del siglo XX, aspectos del tema, como el Convenio sobre las cuarenta horas de 1935, sobre descanso semanal de 1921, y el de 1957 sobre descanso en las oficinas, entre otros. Así mismo, otras normas internacionales igualmente importantes, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de 1966, señalaría en su art. 7d que toda persona tiene el derecho al goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otras cosas “El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Como puede verse, la regulación de la limitación de la jornada de trabajo ha sido una preocupación recurrente que ha estado de manera constante en los debates sobre la evolución de la legislación laboral en el mundo,⁷ en donde, una de las cosas que se busca, es tratar de trazar con claridad los tiempos en que el patrón puede disponer del trabajo personal y subordinado que ha contratado, y por el trabajador, saber en qué momentos queda “liberado” de sus obligaciones frente la empresa. Es este, precisamente, el tema central hoy en día cuando hablamos de trabajo a distancia y, concretamente, del derecho a la desconexión digital.

La “desconexión”, en un sentido amplio y gramatical tiene que ver con la interrupción del funcionamiento de algún mecanismo, o entre dos cosas o personas. Es decir, algo se desconecta porque estaba conectado o relaciona-

probado que los accidentes de trabajo provienen, en muchos casos del debilitamiento de los obreros por el cansancio que ocasiona el trabajo excesivo”.

⁷ Cf. Francisco Pérez Amorós, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*”, p. 260.

do; esta idea llevada al mundo del trabajo y de las relaciones laborales tiene que ver con el contacto o relación que se da entre un trabajador y un patrón, el cual si bien tiene una expresión jurídica, también presenta manifestaciones concretas y tangibles con motivo de la relación laboral, las cuales pueden interrumpirse temporalmente por diversas circunstancias, una de las más importantes es precisamente en el momento en que un trabajador concluye su jornada diaria. Visto de esta manera, el derecho a la desconexión, del que nos ocupamos hoy en día, puede ser rastreado e identificado desde hace muchos años en la evolución de las relaciones laborales, solo que ahora esa situación se manifiesta en el mundo digital y virtual y no solamente en el espacio físico de la empresa o centro de trabajo donde un operario presta sus servicios cotidianamente.

Sin embargo, cabe recordar que buena parte de la construcción jurídica y conceptual de la jornada de trabajo, partió de la premisa “lógica y evidente” de que el trabajo debía realizarse en el espacio físico de la fábrica, la empresa, la oficina o aquél que, como parte de sus derechos, podía establecer el patrón; de esta manera, las facultades inherentes al patrón, como serían la subordinación y con ella la de dar instrucciones y órdenes sobre cómo y dónde realizar el trabajo, se podrían manifestar y objetivarse contando con la presencia física del trabajador.

Así mismo, hay que anotar cómo el reciente desarrollo y fortalecimiento de los sistemas jurídicos que han colocado a los derechos humanos en el centro de la construcción e interpretación del derecho, incluyendo por supuesto, el derecho del trabajo, han obligado a los expertos a tratar de analizar instituciones jurídicas específicas desde esa óptica. De esta forma, también el derecho a la desconexión digital podría ser visto como un mecanismo que en las relaciones laborales se ha empezado a construir y fortalecer con la finalidad de salvaguardar algunos derechos como el de la intimidad, en este caso de los trabajadores, con motivo del cumplimiento de sus obligaciones laborales.⁸ Si bien el análisis e interpretación del derecho a la intimidad tradicionalmente ha centrado su atención en aspectos como la inviolabilidad del domicilio o las comunicaciones personales, el honor o la propia imagen de la persona, lo cierto es que las TIC pueden ser un mecanismo eficiente para invadir espacios de la vida personal de un trabajador, hasta hace poco inalcanzables para

⁸ Cf. Cristóbal Molina Navarrete, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?”, pp. 892 y s.

los mandatos e instrucciones de un patrón. Se trata de un derecho con un desarrollo constitucional y jurisprudencial en algunos países y en proceso de construcción en casos como el de México.⁹

Esta historia sobre el “tiempo a disposición” que debe realizar un trabajador pareciera estar entrando en una nueva fase a partir del momento en que aquellas premisas cambiaron con el uso de las TIC, en donde la jornada de trabajo y la subordinación que conlleva se trasladarían a otros espacios físicos o virtuales libremente elegidos por el trabajador o de común acuerdo con el patrón y en donde las reglas tradicionales de medición y control de la jornada de trabajo simplemente son inoperantes, lo cual está implicando en muchos casos el regreso de las discusiones decimonónicas sobre los límites y duración del tiempo de trabajo. Estas son parte de las ideas que llevan a pensar que el derecho a la desconexión digital no necesariamente tiene un carácter tan novedoso, si se parte de la premisa de que estamos en presencia de una actualizada y renovada discusión de temas que siempre han sido objeto de debate en el mundo del trabajo, como son la jornada de trabajo y su regulación jurídica.

Con base en el contexto hasta aquí expuesto, en este trabajo se busca presentar el significado y alcances de derecho a la desconexión digital, apoyándose en algunas referencias al derecho comparado y tratando de mostrar la manera como en México y en algunos países de la región se reconoce y regula.

I. Evolución

Como ya se anotó, más bien asistimos a una etapa en la evolución del debate sobre la regulación de la jornada de trabajo y el tiempo a disposición del trabajador. Históricamente esta regulación había sido encomendada a los poderes legislativos por la vía de normas heterónomas, en donde las constituciones, las leyes y códigos de trabajo han dedicado amplios espacios a los diferentes aspectos relacionados con el tiempo que los trabajadores realizan sus actividades (duración, tipos de jornada, pausas en la jornada, extensiones de la misma, jornadas especiales, horas extras, etcétera), aunque ahora pareciera irse dibujando una tendencia legislativa que busca colocar y dar una mayor participación a los trabajadores y a sus sindicatos en el diseño y aplicación concreta de estos nuevos derechos del mundo digital. En efecto, si bien algu-

⁹ Cf. Amalia P. Cobos Campos, “El contenido del derecho a la intimidad”, pp. 45 y s.

nos autores dan cuenta de la incorporación en los últimos años, sobre todo vía negociación colectiva, del derecho a la desconexión digital en algunas empresas transnacionales como la Volkswagen en 2011, Michelin y Mercedes Benz en 2016, Ikea Ibérica y Grupo AXA en 2017,¹⁰ lo cierto es que se trata de un tema que de tiempo atrás se venía dando y discutiendo en el mundo del trabajo en términos diferentes. Estas referencias y “modelos” jurídicos de desconexión digital incluidos en esas empresas son producto de las negociaciones con los respectivos trabajadores y sus sindicatos, de tal manera que no solo el reconocimiento de este derecho, así como sus alcances y desarrollo se ubican en normas autónomas. Esta característica que ubica hoy al tema en el terreno de la negociación colectiva no es menor, ya que en algunos países, entre los cuales esta México, donde también pareciera que se “apuesta” a que el desarrollo del derecho a la desconexión digital se realice por medio de la contratación colectiva al exigir, por ejemplo, que el teletrabajo deba aparecer señalado en los contratos colectivos.

Esta forma de legislar, en donde una norma heterónoma, como es la Ley, induce a que se precise un tema en una norma autónoma, como un contrato colectivo, no deja de ser paradójico en países como México en donde la contratación colectiva solo cubre a un sector muy limitado de la población económicamente activa, aproximadamente 10.5%.¹¹ Desde este punto de vista, en casos como el de México, el derecho a la desconexión digital puede considerarse como un derecho inconcluso en donde la Ley Federal del Trabajo (en adelante LFT o Ley) solo plantea los márgenes dentro de los cuales este derecho podría desarrollarse en el futuro y deja un amplio margen de incertidumbre sobre su viabilidad y concreción. Esta manera en que el legislador mexicano planteó el tema estuvo inspirada en modelos de algunos países europeos, como España y Francia, entre otros países donde la negociación colectiva juega un papel más importante en su modelo de relaciones laborales y en la definición de los derechos de los trabajadores; y en los que desde hace años, el papel de los sindicatos es más relevante en el proceso de construcción normativa de los derechos y obligaciones laborales. México pasa por un momento en el que los debates en el mundo del derecho colectivo del trabajo se centran apenas en la identificación y “legitimación”

¹⁰ Cf. Francisco Pérez Amorós, *op. cit.*, p. 269.

¹¹ Cf. Martín Carrillo Calle, “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América latina”, pp. 3 y s.

de los interlocutores y parte en la negociación colectiva, más que en los contenidos de la misma.

Esta ausencia del Estado en la regulación de un derecho como este, en casos como el de México, puede dejar la falsa impresión de que se alienta y fomenta la negociación colectiva; sin embargo, al no tratar aspectos relevantes desde la Ley de manera más clara, como las implicaciones en la salud de los trabajadores, las diferentes modalidades en que la desconexión se puede dar, los alcances y márgenes para hacer valer el derecho, la capacitación sobre las TIC, entre otros temas, quedan imprecisos los alcances de un derecho como la desconexión digital.

El derecho a la desconexión digital nació y se viene consolidando como un reclamo de los trabajadores ante la invasión que de su vida privada han venido haciendo los patrones con las TIC en los últimos años. En efecto, la idea primaria de la delimitación y regulación jurídica de la jornada de trabajo era precisamente la posibilidad de que el trabajador al final de la misma, pudiera “recuperar su libertad” y disponer de su tiempo como mejor le convenga; sin embargo, las TIC han venido a borrar esa frontera, creando distorsiones en las reglas históricas que venían regulando el tiempo de trabajo.

Así mismo, vale la pena subrayar que el derecho a la desconexión digital supone la existencia de la conexión previa del trabajador a su centro de trabajo con el apoyo de algún tipo de tecnología; es decir, para desconectarse hay que estar conectado, lo cual si bien pudiera parecer una obviedad, no siempre es el caso, ya que la mutación de una relación de trabajo presencial a una a distancia, total o parcial, temporal o definitiva, presupone la aceptación del trabajador, expresada ya sea en su contrato de trabajo o en una modificación al mismo. Este aspecto relacionado con la voluntad del trabajador ha sido desarrollado en varias legislaciones al señalar la necesidad de que un trabajo a distancia o teletrabajo, exigiría la libre expresión de la voluntad del trabajador. De esta manera, si bien el requisito histórico de la necesaria constatación de la voluntad del trabajador para laborar subsiste, en el caso del uso de las TIC y el trabajo a distancia puede asumir otras modalidades y en ocasiones simplemente manifestarse como una situación, de hecho, lejos de cualquier formalidad.

En estudios que hablan de la evolución de este tema, varios expertos señalan a Francia como uno de los países pioneros en su regulación a partir de la Ley 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 en la cual, luego de un amplio debate,

se llegó a una regulación que ha servido, a pesar de lo reciente de su adopción, de modelo de inspiración para otros países y en la cual se enfatiza que su objetivo es el de garantizar a los trabajadores su espacio de descanso, de vida personal y familiar. Se trata de un derecho cuyo reconocimiento expreso ahora, para algunos estudiosos, resulta “inútil”, por lo menos en el caso francés, ya que la misma Constitución de 1946 de ese país informa de la garantía de la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio; idea esta, que ha sido desarrollada por el Código de trabajo en Francia, así como por la jurisprudencia de ese país, además de un interesante debate doctrinal del tema desde principios de siglo.¹² Desde este punto de vista, la referencia constitucional en este tipo de análisis bien pudiera ser aplicable para muchos países latinoamericanos en donde el derecho al descanso también se encuentra expresamente reconocido, por ejemplo, en Argentina, la Constitución habla de la jornada limitada y el descanso (art. 14bis), en Brasil se refiere al descanso y la limitación de la jornada de trabajo (art. 6 y 7.4), mientras que en Colombia su Constitución se refiere al descanso necesario (art. 53).

Otro caso que ha tratado el tema en Europa es el de Italia, que con la Ley No. 81 de 22 mayo del 2017, la que plantea la posibilidad de una organización del “trabajo ágil” con lo que, a partir del acuerdo de las partes, se podrá desarrollar, de manera indistinta dentro o fuera de las instalaciones de una empresa con respeto a los límites del tiempo de trabajo diario y semanal, pero sobre todo las medidas que permitan asegurar la desconexión de los trabajadores de las herramientas tecnológicas de trabajo.

En el mismo sentido cabe anotar el caso de Bélgica, en donde con la Ley de 26 de marzo de 2018, sobre el fortalecimiento del crecimiento económico y de la cohesión social, señala en su art. 16 que con la finalidad de asegurar el tiempo de descanso, de las vacaciones anuales, así como el equilibrio entre el trabajo y la vida privada de los trabajadores, el empleador puede organizar una concertación y consultas en el marco del comité para la prevención y protección del trabajo en la empresa y formularse propuestas que permitan concretar el derecho a la desconexión digital.¹³

¹² Cf., Cialti Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de los que parece?”, pp. 165 y s.

¹³ Cabe recordar que el tema de la desconexión digital ha estado presente en los últimos años a nivel de la Unión Europea, en donde como se acaba de anotar, ya ha habido avances importantes en

Como se anotó, en algunos casos la regulación del teletrabajo y con él, el derecho a la desconexión digital formó parte de las normas que en varios países se adoptaron en el contexto de la pandemia, tal es el caso, por ejemplo, de Perú donde el Decreto de Urgencia No. 127-2020,¹⁴ si bien se ocupó del establecimiento de un subsidio para la recuperación del empleo formal en el sector privado, incluyó como una medida complementaria la posibilidad de que los empleadores en el sector público y privado pudieran modificar el lugar de prestación de servicios de todos sus trabajadores para implementar el “trabajo remoto”, reconociendo como una obligación del empleador “Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral”, precisando, además, que “El empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital” y que “Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral”.¹⁵ Como puede verse, se trata de una regulación general y coyuntural que, sin embargo, planteo de manera más detallada algunas de las implicaciones concretas de este derecho; sin embargo, se ha venido señalando que esta regulación es limitada ya que solo se refiere a quienes hayan firmado un contrato de trabajo con la modalidad

algunos países, pero ahora se busca que haya una legislación homogénea a nivel europeo; en ese sentido, en 2021, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión trabajar en la elaboración de una ley que proponga el reconocimiento de este derecho, incluyendo temas concretos como condiciones de trabajo (descansos, horarios, etcétera). Si bien el tema ya se venía discutiendo tiempo atrás, con directivas europeas (como actos legislativos que orientan la legislación de los estados miembros de la Unión) relacionadas con el tiempo de trabajo, lo cierto es que la pandemia del COVID-19 ha venido a reactivar este debate, en donde se busca que los trabajadores cuenten con una protección más amplia y que, por ejemplo, no estén disponibles fuera de sus horarios laborales, tanto para sus patrones como para sus compañeros de trabajo, que haya maneras de atender quejas derivadas de no respetar la desconexión digital, etcétera. Así mismo, los eurodiputados han señalado las diversas implicaciones que puede tener en la salud de un trabajador la conexión constante con su centro de trabajo, como fatiga, ansiedad, agotamiento, entre otros malestares.

¹⁴ En el caso de Perú vale la pena anotar que estas disposiciones legales fueron complementadas por el Decreto Supremo No. 004-2021-TR, del 10 de marzo 2021 (art. 9A.1) en donde se hacen algunas precisiones sobre los alcances, características y garantías del derecho a la desconexión digital en el contexto de la pandemia.

de trabajo remoto, cuando debiera reconocerse para cualquier modalidad ya que el uso de las TIC y la invasión del tiempo de una persona más allá de su jornada es hoy algo común.

Otro caso interesante en el contexto latinoamericano es el de Colombia, inspirador de algunas legislaciones en la región, donde en el año 2008 con la Ley 1221 se buscó la promoción del teletrabajo como un instrumento de generación de empleo, para lo cual el Estado colombiano diseñó políticas públicas con esa finalidad. Dentro del diseño jurídico e institucional del teletrabajo en Colombia se señaló que “(...) el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo”, así como fomentarse el respeto al derecho a la intimidad y la privacidad del teletrabajador (art. 6-1 y art. 6-i de la Ley 1221). Posteriormente, el Decreto 884 de 2012 vendría a precisar algunos aspectos del teletrabajo reglamentando la Ley 1221, entre los cuales está la obligación de que el contrato de trabajo deba señalar los días y horarios de trabajo con la finalidad de respetar las jornadas máximas legales de trabajo. La evolución del tema en el caso colombiano entro en una fase definitoria cuando el Ministerio de Trabajo, mediante la circular 041 en el año 2020, en el contexto de la pandemia reconoció este derecho, y más recientemente al aprobarse el proyecto de “ley de desconexión digital” en el año 2021 la cual busca regular la desconexión digital tratando que se respete al trabajador su descanso, permisos vacaciones, así como su intimidad personal y familiar.

En Argentina, por ejemplo, se cuenta con la Ley de Teletrabajo 27.555 y su Decreto Reglamentario 27/2021, los cuales señalan que las personas que sean contratadas bajo esta modalidad gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que lo hagan de manera presencial, además de que la jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito respetando los límites legales, y que la tecnología que se use para este tipo de trabajo deberá impedir la conexión fuera de la misma jornada establecida, precisando además, respecto del derecho a la desconexión digital, de una manera más nítida, que “La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o TIC, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral” (arts. 4 y 5 Ley 27.555). Cabe

anotar que desde la publicación de estas normas algunos sectores del empresariado argentino manifestaron sus dudas sobre el significado, por ejemplo de expresiones del texto legal como el que no se le pudieran remitir a un trabajador comunicaciones, por ningún medio fuera de la jornada laboral, a lo cual las autoridades laborales en ese país aclararon que, de ser necesario, sí se le podrían enviar mensajes y documentos a un trabajador fuera de su jornada de trabajo; sin embargo, el trabajador destinatario no estaría obligado a atenderlas y responder fuera de su jornada de trabajo. Como puede advertirse estamos en presencia de regulaciones cuyos alcances y precisiones se vienen dando poco a poco, de tal manera que es de esperarse que en los próximos meses y años el derecho a la desconexión digital sea objeto de aclaraciones y precisiones por diferentes fuentes normativas en cada país.¹⁶

En el caso de México, si bien el tema de la desconexión digital ha cobrado un mayor interés en el marco de la situación sanitaria y económica que se está viviendo, ya había en últimas fechas en el Senado de la República algunos esfuerzos para su reconocimiento, los cuales proponían adiciones a la LFT para considerar expresamente el derecho a la desconexión “fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido”, respetando los descansos de los trabajadores, así como su intimidad personal y familiar, y sujeto a que, en los centros de trabajo, existan políticas internas que permitan su adecuado ejercicio.¹⁷ Estos intentos regulatorios del tema que nos ocupa en el caso mexicano, hacían eco de varias de las tendencias legislativas recientes en varios países.

Como puede verse, la idea de limitar la subordinación y las facultades de mando del patrón más allá de las jornadas legales establecidas ha sido la

¹⁵ *El Peruano, Diario Oficial del Bicentenario*, 31 octubre 2020.

¹⁶ Otros casos de regulación de la desconexión digital lo tenemos en Ecuador en donde el Gobierno en el marco de la pandemia adoptó una serie de medidas económicas y de protección social por medio de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, de 22 de junio 2020, en la cual respecto del tema que nos ocupa estableció una adición al Código de Trabajo, indicando que “El empleador deberá respetar el derecho del teletrabajador a desconexión, garantizando el tiempo en el cual éste no estará obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores”.

¹⁷ Comisión de Trabajo y Previsión Social, Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y la de Estudios Legislativos, en sentido positivo sobre la Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona el artículo 68 bis de la Ley Federal del Trabajo en materia de desconexión digital en el ámbito laboral.

motivación principal para avanzar en este tema, aunque en ocasiones, como en el caso de México, el modelo de regulación adoptado e incluido en la Ley Federal del Trabajo, pudiera no estar abordando la amplia gama de problemáticas que implica un tema tan amplio y en ocasiones tan complejo como la desconexión digital.

Cabe anotar que el tema ya había sido tratado en otras normas de carácter administrativo que las empresas tienen la obligación de cumplir; así tenemos por ejemplo la NOM-035-STPS-2018,¹⁸ la cual se ocupa indirectamente del tema de las excesivas cargas de trabajo como un riesgo para la salud de los trabajadores; en efecto, se trata de una norma cuyo objetivo es el de “Establecer los elementos para identificar, analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial, así como para promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo”, y que al referirse a estos riesgos, señala que éstos pueden ser las jornadas superiores a las de la Ley, así como la realización de turnos sin periodos de recuperación y descanso, además de las situaciones que interfieran en la relación trabajo-familia; de igual manera, esta norma propone como medidas de prevención, entre otras, la planificación del trabajo para tener pausa o periodos de descanso. En el fondo se trata de un esfuerzo normativo al cual estarían sujetas las empresas y que busca salvaguardar la salud de los trabajadores.

II. Concepto del derecho a la desconexión digital

Buena parte de las legislaciones que en los años recientes se han ocupado del derecho a la desconexión digital, no se han aventurado a plantear un concepto de ese derecho, empezando por el derecho francés. Sin embargo, un amplio sector de la doctrina propone conceptos que intentan enfatizar la idea de que este derecho busca poner un límite o frontera entre la jornada de trabajo al cual está obligado un trabajador y tiempo posterior a esta, en el cual no desarrolle actividades laborales y que ello no le traiga consecuencias.¹⁹ En otros

¹⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 octubre 2018.

¹⁹ Así por ejemplo algunos expertos han señalado que “el derecho que tienen los trabajadores a no desarrollar actividades por fuera de la jornada de trabajo, ni a ser contactado por el empleador o sus representantes, a través de medios digitales o electrónicos; sin que su actitud negativa, pasiva y evasiva signifique consecuencia desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo”; *Cf.*, Luz D. Naranjo Colorado, “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral”, p. 51.

casos se enfatiza que una de las maneras en que el trabajador pudiera ser importunado fuera de su jornada de trabajo es por medios digitales o electrónicos.²⁰ Así mismo, algunos autores, al conceptualizar este derecho, centran su atención en la necesaria protección de la voluntad de los trabajadores para realizar el trabajo o dejar de hacerlo en ciertos momentos.²¹ En otros casos, y de manera más pragmática, algunos expertos lo definen como “el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”²² o simplemente argumentando que se trata de un “derecho a no responder fuera del horario laboral”.²³

Un enfoque más amplio sobre el concepto y significado del derecho a la desconexión digital es el desarrollado recientemente en España, donde aparece como parte de la “garantía de los derechos digitales” en el marco de la legislación relativa a la protección de datos personales²⁴ y la cual plantea que en el fondo se trata de proteger la intimidad familiar y personal del trabajador, así como la conciliación de su vida personal y familiar. Esta concepción amplia e

²⁰ En el Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica de Chile, Rodrigo Azócar define el derecho a desconectarse del trabajo como “*el derecho que tienen todos los trabajadores en sus periodos de descanso a desconectarse de los asuntos laborales, a no ser instado a trabajar o ser requerido por cualquier medio, especialmente digitales o electrónicos, ni ser obligados a contestarlos, no pudiendo sufrir represalias de ningún tipo*”, Cf. Mariana González-Prada Felices, “El derecho a la desconexión digital: problemas de técnica legislativa”, Enfoque Derecho, 7 diciembre 2020.

²¹ Francisco Alemán concibe la desconexión como un derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignitativos básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva; citado en Durán Pardo. Cf. Beatriz Durán Pardo, “La desconexión digital”, p. 4.

²² Cf. Cialti Pierre-Henri, *op. cit.*, p. 165.

²³ Cf. Edwin Figueroa Gutarra, “El derecho a la desconexión digital, entre el derecho al descanso y los deberes laborales”.

²⁴ En efecto, el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en el capítulo correspondiente al Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, señala que: 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores,

integral del tema permite ver el derecho a la desconexión digital no solo como un asunto relativo a la salud inmediata de los trabajadores, sino a entenderlo en una dimensión más amplia relativa a la calidad de vida de los trabajadores más allá de los centros de trabajo, de tal manera que la legislación laboral pueda encontrar en esos espacios externos físicamente al centro de trabajo, razones y motivaciones para ampliar su regulación. En este caso se trata de una visión más amplia de la desconexión digital que se ubica en un horizonte que se traduce en una regulación más amplia del tema, concepción esta que, por ahora, está ausente de su regulación en varios países, entre ellos México.

Esta mirada extramuros, según la cual los derechos de los trabajadores pueden trascender el espacio físico donde trabajan, plantea una visión interesante y poco desarrollada por la doctrina laboral, ya que tradicionalmente ha sido el espacio físico de la fábrica y el centro de trabajo donde las normas laborales encontrarían uno de los más importantes referentes objetivos y tangibles para su construcción; sin embargo, la extensión de los “brazos” del Derecho social y su aplicación ha sido un tema que de manera discreta, pero creciente, también ha estado presente en la evolución de las normas del trabajo; baste recordar, por ejemplo, el reconocimiento expreso en las leyes y códigos de trabajo de la obligación, tanto de trabajadores como de patrones, de asumir una conducta de respeto de unos frente a otros más allá de las jornadas de trabajo y más allá de los espacios en que se ejecuta la relación laboral, bajo riesgo de poder provocar una disolución de la relación de trabajo en caso de incumplimiento.

En el caso mexicano la reciente incorporación a la Ley del derecho a la desconexión digital, si bien no incluyó una definición del mismo, si se pueden identificar una serie de elementos que permiten advertir sus rasgos y características, y que son los siguientes: debe verse como parte de un trabajo decente, se trata de una obligación a cargo de las partes, debe derivar de un acuerdo de voluntades y la autoridad debe vigilar su cumplimiento.

a) *Trabajo decente.*- En efecto al regular el teletrabajo, dentro del cual se incluye el tema que ahora nos ocupa, el legislador mexicano ratificó que uno

incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

de los principios generales, que la misma LFT señala desde su artículo 2, que han de inspirar la aplicación e interpretación de las normas del trabajo es que éstas buscan conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo decente, con lo que también debe respetarse aquél trabajo decente en estas nuevas modalidades de prestación del trabajo. Este planteamiento general, tiene manifestaciones y expresiones concretas como son la igualdad de remuneración, capacitación, formación, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales, observar una perspectiva de género, así como conciliar la vida personal y familiar; aspectos todos ellos que deben respetarse en el teletrabajo y, en concreto, al ejercer el derecho a la desconexión digital.

b) *Obligación de las partes.*- En efecto, la Ley señala puntualmente una serie de obligaciones a cargo de cada una de las partes de la relación laboral con motivo del teletrabajo. Por un lado, para el patrón está obligado a respetar el derecho del trabajador a desconectarse al final de su jornada de trabajo, esto supone que debe existir claridad respecto de la duración y límites de dicha jornada de trabajo; mientras que para el trabajador existe la obligación de atender y utilizar los mecanismos y sistemas operativos para la supervisión de sus actividades.

c) *Acuerdo entre las partes.*- Con motivo de la regulación del teletrabajo, la Ley en México señaló que las condiciones de trabajo deberán constar por escrito en un contrato, en el cual deberán hacerse algunas precisiones puntuales como son los mecanismos de contacto y supervisión entre las partes, así como la duración y distribución de horarios, siempre que no excedan los máximos legales. Se trata de precisiones encaminadas a hacer posible el ejercicio del derecho a la desconexión digital, el cual estará determinado en función de esta información que deriva, por lo menos formalmente, del acuerdo entre las partes.

d) *Vigilancia de la autoridad.*- En la regulación del tema, en México se consideró conveniente señalar y ratificar que la inspección del trabajo deberá constatar el debido cumplimiento de las obligaciones especiales establecidas en la misma Ley. Esta idea busca confirmar que las autoridades laborales juegan también un papel en el diseño institucional del derecho a la desconexión digital; se trata más bien de un mensaje pedagógico para los actores sociales y económicos, más que un planteamiento necesario en lo jurídico, si tenemos

en cuenta que la misma Ley ya señala las obligaciones a cargo de la inspección del trabajo.

En el fondo se trata, como ya se anotaba, de un esfuerzo de los Estados y las sociedades de regular el tiempo que el trabajador debe estar a disposición y subordinación de un patrón, ya no solo de manera presencial sino vía electrónica, de tal manera que asistimos a una actualización del viejo debate decimonónico sobre el necesario “trazo” que permita distinguir el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso de una persona.

III. Teletrabajo y derecho a la desconexión digital

El legislador mexicano, en el contexto de la pandemia, así como se ha venido haciendo en otros países, consideró conveniente adicionar a la LFT un capítulo dentro de los trabajos especiales dedicado a la regulación del teletrabajo.²⁵ Se trata de un conjunto de disposiciones por medio de las cuales se busca ofrecer un marco jurídico a las partes en la relación laboral, con la finalidad de ratificar el carácter laboral y subordinado de esta forma de prestar el trabajo y, por otro lado, avanzar en la precisión de los derechos y obligaciones de las partes. En ese sentido, la LFT estableció como elementos del teletrabajo, los siguientes: se trata de una actividad remunerada, realizada en un lugar distinto al establecimiento(s) del patrón, no se requiere presencia física del trabajador, se trata de un trabajo personal, usando “primordialmente” TIC, además que el cambio de la modalidad presencial a la de teletrabajo deberá ser voluntario, salvo casos excepcionales, conservando siempre la posibilidad de “reversibilidad” para regresar a la modalidad anterior, previo acuerdo necesario. A estos elementos se agregó un factor cuantitativo temporal, es decir, para considerar que estamos ante teletrabajo dichas relaciones laborales habrán de desarrollarse en más de 40% del tiempo en un domicilio diferente al de la empresa, y tampoco será teletrabajo aquel que se realice de manera ocasional o esporádica. La intención fue la de tratar de aplicar un nuevo régimen laboral especial sólo a aquellas situaciones en las cuales una buena parte del desarrollo y ejecución de la relación laboral se presenta en estas circunstancias; sin duda, el porcentaje señalado por el legislador puede ser objeto de debate sobre su pertinencia, aunque podrá ayudar a delimitar el campo de aplicación de

²⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de enero 2021.

estas nuevas normas laborales. En algunos casos, como Panamá, se estableció que en los contratos individuales de teletrabajo se precisará de manera clara, entre otras cosas, si este trabajo será “parcial o completo”, así como la duración de la jornada de trabajo (Ley 126 de 18 de febrero de 2020 que establece y regula el teletrabajo).

Así mismo, el legislador mexicano consideró que era conveniente ratificar que las condiciones de trabajo del teletrabajo debían constar por escrito, y que en ese documento, aparte de incluir los datos generales de identificación de las partes, la naturaleza del trabajo, el salario, los mecanismos de supervisión entre las partes, etcétera, debían de expresarse la duración y distribución de los horarios de trabajo, teniendo como márgenes en este último tema, los límites que la misma Ley señala en materia de jornadas de trabajo. Este aspecto tiene cierta relevancia para el tema que nos ocupa en este trabajo, ya que la delimitación del tiempo de trabajo, atendiendo los límites legales, sería el tiempo que normalmente estaría un trabajador a disposición de un patrón, y que en el teletrabajo se podría estar alterando, dado que se borran e inutilizan los controles y registros tradicionales de inicio y terminación de una jornada de trabajo. Cabe recordar que los límites de una jornada y horario ya están señalados en la misma ley laboral, por lo que el margen de maniobra que las partes tendrían en este caso, se acota y debiera ocuparse de aspectos de implementación del tiempo de trabajo.

Este margen y regulación histórica de la jornada de trabajo, ha servido de base para el surgimiento y desarrollo al paso de los años de otros derechos relacionados con la jornada y sus límites, por ejemplo lo relativo a las pausas y descansos que el patrón está obligado a otorgar a sus trabajadores cuando se trata de una jornada continua; cabe recordar que la misma LFT señala que durante la jornada continua de trabajo se concederá al trabajador un descanso de media hora, por lo menos (art. 63); así mismo, en el marco de la regulación de la jornada de trabajo se regulan otros derechos que tienen como base a la misma Ley, por ejemplo los descansos semanales, y las horas extras. Se trata de temas cuyo análisis y aplicación en el marco del teletrabajo se presentan de manera diferente y plantea retos para su cálculo; así por ejemplo, cómo delimitar el tiempo trabajado de aquel tiempo que debe calcularse y, en consecuencia, pagarse como tiempo extra; así mismo, como verificar y controlar el otorgamiento y respeto de los descansos y pausas durante una jornada de trabajo. Si bien, la nueva legislación no hace una referencia expresa a estos

temas concretos, lo cierto es que deberían aplicarse los criterios generales del derecho común del trabajo y, en su caso, de ser posible hacérselas adecuaciones y precisiones necesarias en los contratos individuales y colectivos de trabajo. En ese sentido, cabe recordar que en las reglas que la LFT estableció desde hace años para el caso de los trabajos especiales, se señaló que estos se rigen por sus normas especiales y por las generales de la misma Ley en cuanto no las contraríen (art. 181); esto significa que todos aquellos temas que no tengan en el capítulo especial de la Ley una regulación específica y particular, se regirán por la parte general de la misma. Esta situación descrita asume una gran relevancia en tratándose del teletrabajo, ya que en la práctica en los centros de trabajo será necesario hacer un ejercicio de adaptación de ciertos derechos y prerrogativas de los trabajadores.

En igual situación de necesaria adaptación, se encuentra el ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores para lo cual el legislador mexicano, inspirándose en los modelos francés y argentino, señaló que esta modalidad de trabajo deberá formar parte del contrato colectivo o, en su caso, del reglamento interior de trabajo, si no existiera el primero, del cual deberá entregarse a cada trabajador un ejemplar de tal documento. Esta manera de tratar el tema por el legislador mexicano plantea una serie de dificultades para el ejercicio de estos derechos colectivos en un ambiente muy alejado de aquel para el cual se diseñó el marco jurídico correspondiente. De igual manera, sugerir que el derecho a la desconexión digital se reconozca en un contrato colectivo o, en su caso, en un reglamento interior de trabajo, coloca a estos documentos —que deben consensarse con los trabajadores— en una jerarquía que la LFT no les da, es decir, no tiene que ser más importante un contrato colectivo sobre un reglamento interior, ambos tienen un objetivo y una manera de concretarse y formalizarse diferentes; así mismo, los efectos jurídicos así como la manera de reclamar su eventual revisión o inaplicación transitan por caminos jurídicamente distintos.

Sin embargo, es de esperarse, como de hecho ya está sucediendo en otras latitudes,²⁶ que al convertirse el teletrabajo y con él el derecho a la desconexión digital en un tema sujeto ahora al debate y eventuales acuerdos bilate-

²⁶ Tal es el caso de España, por ejemplo, en donde algunos estudios recientes dan cuenta de la creciente incorporación a los acuerdos colectivos del derecho a la desconexión, y donde los matices sobre sus alcances también han empezado a manifestarse. Cf. Requena Montes O. “Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva”, p. 550.

rales, esta posibilidad podría muy rápidamente derivar en un desarrollo más amplio y detallado de este nuevo derecho de los trabajadores. En efecto, queda abierta la posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se dote al derecho a la desconexión digital de un significado más preciso en situaciones concretas; sin embargo, como se anotó, queda la duda de si en casos como el mexicano esta vía es la más conveniente para el desarrollo de ese derecho.

Finalmente, en México la LFT dispone nuevas obligaciones a los patrones en el caso del teletrabajo, entre las cuales está, precisamente, el derecho a la desconexión digital en los siguientes términos: art. 330-E.- “En modalidad de teletrabajo, los patrones tendrán las obligaciones especiales siguientes: VI. Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral”. Esta obligación patronal, en el caso mexicano, no se correspondió con alguna obligación específica para los trabajadores, aunque existe la obligación genérica del trabajador de cumplir con las obligaciones que asumió en su contrato de trabajo, pero también el teletrabajador debe, como se mencionó, atender y utilizar los mecanismos y sistemas operativos para la supervisión de sus actividades, según se puede leer en el art. 330-F de la LFT.

Si bien, pudiera considerarse un avance importante la inclusión de este derecho en la legislación laboral, el derecho comparado muestra cómo en algunos casos su regulación ha sido más amplia e integral, por ejemplo, en el caso de Chile la Ley 21.220 que regula el teletrabajo y trabajo a distancia, señala que el patrón está obligado a respetar este derecho “garantizando el tiempo en el cual ellos (los trabajadores) no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos”, aparte de que el tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, ni podrá entablar comunicación en los días de descanso o de permisos de los trabajadores (art. 152 quáter). De esta manera se incorpora un elemento tangible que permite medir el tiempo en el cual el derecho puede ser exigible y al mismo tiempo dar certeza a las partes.

En el caso de México, la nueva obligación patronal, de respetar el derecho a la desconexión digital, será objeto de verificación de su cumplimiento por parte de los inspectores de trabajo, lo cual, en un diseño estructural de administración de relaciones laborales no solo es conveniente sino deseable. Sin embargo, plantea retos y además de organización para su cabal funcio-

namiento. En efecto, en un país como México en donde la inspección de trabajo no tiene aún la cobertura y alcances que debían corresponder a su economía, su participación en la supervisión de cumplimiento de este derecho será por lo menos limitada en el corto plazo; así mismo, la inspección de trabajo en el caso del teletrabajo y concretamente en la verificación del respeto al derecho a la desconexión, plantea una serie de retos y desafíos de diversa naturaleza, ya que no se trata de inspeccionar un centro de trabajo en el sentido tradicional, sino de verificar y, sobre todo, de constatar que el uso de las TIC con motivo del trabajo se usen de manera conveniente de acuerdo a la nueva normatividad. Desde este punto de vista, habría que reflexionar si la labor que debe desempeñar la inspección del trabajo no debiera de adecuarse y adaptarse a estas nuevas formas de trabajo a distancia, en virtud de las cuales tal vez se debiera avanzar hacia nuevas maneras de inspeccionar las relaciones de trabajo que incluyeran mecanismos basados en las TIC que permitan verificar si el trabajo en el ciberespacio está cumpliendo con las normas laborales.

El derecho a la desconexión digital no puede estudiarse de manera aislada y debe entenderse y analizarse como parte de una visión y principios inherentes al Derecho del trabajo, que en el caso concreto de México en la LFT se expresa desde sus artículos iniciales, es por esto que tiene sentido que el legislador haya hecho un planteamiento abstracto del tema, dentro del capítulo del teletrabajo en el cual se encuentra el derecho a la desconexión, señalando que:

Artículo 330-H.- El patrón debe promover el equilibrio de la relación laboral de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo, a fin de que gocen de un trabajo digno o decente y de igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales y demás condiciones que ampara el artículo 2o. de la presente Ley a los trabajadores presenciales que prestan sus servicios en la sede de la empresa. Asimismo, deberá observar una perspectiva de género que permita conciliar la vida personal y la disponibilidad de las personas trabajadoras bajo la modalidad de teletrabajo en la jornada laboral.

Este planteamiento nos parece relevante ya que permitiría a los tribunales, en un momento dado, interpretar la finalidad de estas normas.

IV. Conclusiones

Como se precisó al inicio de este trabajo, el derecho a la desconexión digital plantea la necesidad de revisar y analizar diversos conceptos e instituciones tradicionales del derecho del trabajo; sin embargo, uno de ellos es el de la subordinación, como eje central a partir del cual se construyó en los últimos cien años buena parte de la normativa laboral; en efecto, el trabajo subordinado permitía desplegar una serie de obligaciones y derechos entre las partes en la relación laboral que se han visto alteradas a partir del momento en que el trabajador puede escapar a las formas tradicionales de supervisión y cumplimiento de las instrucciones que le puede dar el patrón, de tal manera que el teletrabajo y con él estos nuevos derechos en el nuevo contexto que plantean las TIC, se traducen, a su vez, en nuevas maneras de expresarse de aquella subordinación. En el fondo, el derecho a la desconexión digital bien pudiera ser visto también como una nueva manera de entender la subordinación, o como una nueva etapa en el desarrollo y la evolución de esta.

El debate sobre los alcances e implicaciones de estos “nuevos” derechos como el de la desconexión digital, exige no solo un análisis doctrinal profundo, aún incipiente en países como México, sino que también demanda un cuidadoso ejercicio de coherencia y compatibilidad normativa entre las disposiciones laborales que directa o indirectamente tienen que ver con el tema. En efecto, ya algunos expertos han señalado, incluso antes de la pandemia, cómo los modelos de organización empresarial venían incorporando el teletrabajo como una manera eficiente y conveniente de planear los procesos productivos en donde la invasión de los espacios extraempresa y el tiempo de los trabajadores se estaba afectando, y que muchas veces, esa tendencia podría ser incompatible con el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, de tal manera, que por un lado se fomentan estas nuevas maneras de organizar el trabajo y, por otro, también se reconocen formas de acotarlas.²⁷ Esta percepción debiera traducirse en un ejercicio de armonización legislativa que debía estar motivado y guiado por la protección de los derechos y la salud de los trabajadores involucrados. En países como México esta situación asume cierta relevancia, ya que si bien se ha avanzado en la incorporación de un capítulo especial a la LFT que reconoce el teletrabajo, el derecho a la desconexión digital aparece señalando como un derecho de los trabajadores que laboran en

²⁷ Cf. Ana I. Pérez Campos, “Teletrabajo y la desconexión digital”, p. 501.

esa modalidad, pero sin que el mismo sea objeto de un amplio desarrollo. En efecto, el reconocimiento expreso en México del teletrabajo y con él del derecho a la desconexión digital es un avance importante pero aún insuficiente en el camino hacia la protección de los trabajadores en el nuevo contexto tecnológico; dejar a la contratación colectiva el desarrollo y precisión de este derecho, como ya se anotó, no debiera ser la única vía para su perfeccionamiento; de tal suerte que habría que explorar otros espacios jurídicos de las normas del trabajo para, desde ahí, contribuir a su mejor regulación. Temas como el contenido del contrato individual de trabajo, las obligaciones, derechos y prohibiciones de los trabajadores y patrones, la duración de la desconexión del trabajador, así como los contenidos legales de los reglamentos interiores, sin contar los códigos de ética, son solo algunos documentos normativos en los cuales valdría la pena valorar el reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

De igual manera, el reconocimiento y protección de este derecho también debiera traducirse en el diseño e implementación de una política pública que incluya las maneras en que los diferentes niveles de gobierno apoyarán su implementación, así como la verificación de la protección de los trabajadores involucrados, lo cual supone, entre otros aspectos, la revisión del papel de la inspección del trabajo en estos casos.

Así mismo, cabe anotar y recordar que el reconocimiento en México y en otros países del derecho a la desconexión digital se incluye como parte de la regulación laboral del teletrabajo, lo cual es importante pero solo atiende a una modalidad de trabajo que ha aumentado de manera considerable en los últimos años, pero que deja de lado el necesario reconocimiento del derecho a la desconexión digital en todas las otras modalidades de prestación del trabajo, incluyendo, por supuesto, las tradicionales presenciales. Dicho de otra manera, la necesidad de reconocer el derecho a la desconexión digital no tiene que ver solo con los teletrabajadores, sino con los trabajadores en general, para los cuales también hoy en día es una necesidad proteger sus tiempos de descanso. Esta situación plantea la necesidad de que en un futuro el legislador pueda explorar la posibilidad de reconocer expresamente en la Ley el derecho a la desconexión digital como un derecho de todos los trabajadores y no solo de aquellos que prestan sus servicios con el uso de las TIC; esta idea debiera traducirse en una reforma y adición, en el caso mexicano, a la LFT en donde este derecho se incorpore a las obligaciones generales a cargo de un patrón.

El progresivo reconocimiento de los nuevos derechos en el mundo digital, está en curso, como también lo está el análisis sobre las diversas implicaciones que las nuevas formas de trabajar conllevan, entre las cuales se encuentra sin duda, el tema de la salud de los trabajadores en el nuevo entorno laboral. Por ahora, si bien algunos estudios muestran cómo los efectos adversos en los trabajadores han crecido en calidad y cantidad, lo cierto es que el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, de manera lenta pero consistente van acogiendo en su campo de aplicación estas nuevas problemáticas.²⁸

Si bien, la expectativa en un futuro cercano es que el derecho a la desconexión digital se vaya conociendo y arraigando en las relaciones laborales, y que forme parte de la agenda de los sindicatos, lo cierto es que en muchos centros de trabajo y por la vía de los hechos los trabajadores han empezado en muchos casos a tomar acciones directas o consensadas con la finalidad de desconectarse de sus compromisos profesionales en ciertos momentos del día.

Así mismo, en el horizonte doctrinal no está por hora totalmente acabado el debate en torno al necesario reconocimiento de este derecho en el derecho del trabajo, ya que algunos expertos consideran que se trata simplemente de una nueva manera de ver y regular derechos tradicionales de los trabajadores, como el derecho al descanso y las jornadas de trabajo, al grado que incluso se podría afirmar que tal derecho como tal no existe de manera original y autónoma; mientras que otros autores consideran, por el contrario, que debe de avanzarse hacia una mayor precisión del mismo.²⁹

Como quiera que sea asistimos a una renovación del debate sobre la pertinencia del derecho del trabajo en un contexto cuyos cambios se suceden con gran rapidez y donde, una vez más, las normas del trabajo “corren” detrás de las nuevas maneras de organización del trabajo, intentando no claudicar en su afán de protección de los trabajadores.

²⁸ Cf. Ma. Rosa Martín Muñoz, “Tiempo de trabajo y desconexión digital”, p. 331.

²⁹ Cf. Miguel A. Purcalla Bonilla, “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas”.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Marx, Carlos. *El Capital*. Vol. I, (12ª reimp.), Bogotá, FCE, 1976.

Electrónicas

Carrillo Calle, Martín. “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América latina”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 21, julio-diciembre 2015. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702015000200003

Durán Prado, Beatriz. “La desconexión digital”. http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/10/duran_noticias_cielo_n9_2020.pdf (consultado el 12 de mayo de 2021).

Figuroa Gutarra Edwin. “El derecho a la desconexión digital, entre el derecho al descanso y los deberes laborales”. *Derechos fundamentales. Actas de la V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. Cesar Landa Arroyo, septiembre 2020, Lima Perú, Palestra editores. https://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=G2fDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT209&dq=desconexion+digital+concepto&ots=0KvhDI-Pju&sig=FxajtBoCSrt8qrsjTOVK-sJ_-aM#v=onepage&q=desconexion%20digital%20concepto&f=false

González-Prada Felices, Mariana. “El derecho a la desconexión digital: problemas de técnica legislativa”, *Enfoque Derecho*, 7 diciembre 2020. <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/07/el-derecho-a-la-desconexion-digital-problemas-de-tecnica-legislativa/> (consultado el 12 mayo 2021).

Martín Muñoz, Ma. Rosa. “Tiempo de trabajo y desconexión digital”. *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Santiago González Ortega (coord.), Monografías de temas laborales 62, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2020. <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carl-portal-portlets/documentos?nombre=942a6257-9c56-4ba2-aa31-19cb60dafac1.pdf>

Naranjo Colorado, Luz D. “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral”. *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre 2017, Universidad Libre, Sede Cartagena. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1531> (consultado el 12 de mayo de 2021).

Pérez Amorós, Francisco. “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, enero-junio 2020, Nueva época, Vol. 14, Núm. 45, pp. 257-275. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v14n45/1870-2147-rius-14-45-257.pdf> (consultado el 10 de mayo de 2021).

Pérez Campos, Ana I. “Teletrabajo y la desconexión digital”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 9, núm. 1 enero-marzo 2021. http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/962 (consultado el 4 de junio 2021).

Requena Montes, Óscar. “Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva”. *Lex Social, Revista jurídica de los derechos sociales*. julio-diciembre 2020, vol. 10, núm. 2/2020, Universidad Pablo Olavide, Sevilla. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5076/4427 (consultado el 27 de mayo de 2021).

Senado de la República, LXIV Legislatura, Comisión de Trabajo y Previsión Social. Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y la de Estudios Legislativos, en sentido positivo sobre la Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona el artículo 68 bis de la Ley Federal del Trabajo en materia de Desconexión digital en el ámbito laboral. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2021-04-06-1/assets/documentos/Dict_Com_Trabajo_LFT_Desconexion_Digital.pdf

Hemerográficas

Cialti, Piere-Henri. “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de los que parece? Temas Laborales”. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 137, Sevilla, Universidad de Vigo, 2017.

Cobos Campos, Amalia P. “El contenido del derecho a la intimidad”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, julio-diciembre 2013, México, IJ-UNAM.

Márquez Roa, Ubaldo y Elizabeth Verónica Camacho Estrada. “Conectados-desconectados: el impacto de los derechos a la conexión y desconexión digital en las relaciones jurídicas familiares y laborales”. *Universos Jurídicos, Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar*, año 9, núm. 16, mayo-octubre 2021, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana.

Mendizábal Bermúdez, Gabriela, Alfredo Sánchez Castañeda, Patricia Kurczyn Villalobos. (coords), *Industria 4.0 Trabajo y Seguridad Social*. Serie doctrina jurídica, núm. 872, México, IJ-UNAM, 2019.

Molina Navarrete, Cristóbal. “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre 2017, México, UNAM.

Purcalla Bonilla, Miguel A. “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas”. *Anuario IET. Presente y Futuro del trabajo*, vol. 5, Universitat de Barcelona, 2018.

Vallecillos Gámez María. R. “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. vol. 8, núm. 1, enero-marzo de 2020.

El control jurisdiccional del procedimiento legislativo

Johan Martín Escalante Escalante*

Resumen:

En este trabajo se describen los principales precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refieren al estudio de la regularidad constitucional de una norma, a partir del examen del procedimiento legislativo del que derivó. La finalidad del artículo es exponer los principales aspectos que se deben tomar en cuenta al iniciar el análisis de la validez de una norma y está dedicado a los abogados que inician el ejercicio de la profesión.

Abstract:

This paper describes the main precedents of the Supreme Court of Justice of the Nation that refer to the study of the constitutional regularity of a norm, based on the examination of the legislative procedure from which it derived. The purpose of the article is to expose the main aspects that must be taken into account when beginning the analysis of the validity of a norm and is dedicated to lawyers who begin the exercise of the profession.

Sumario: Introducción / I. La validez formal y material de la norma / II. El procedimiento legislativo y los parámetros para el análisis de su validez / III. El control constitucional / IV. Estudio preferente de violaciones formales frente a violaciones materiales / V. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las violaciones de procedimiento / VI. Violaciones formales que no trascienden / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Licenciado en Derecho por la UAM-A., Profesional operativo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Introducción

Los medios de control constitucional tienen como finalidad que los tribunales analicen la regularidad constitucional de una norma, este análisis se puede realizar partiendo del examen del procedimiento legislativo del cual derivó la norma, o bien, en función del propio contenido sustancial de ésta.

En este ensayo, se describen las cuestiones teóricas y prácticas que deben considerarse al analizar la regularidad constitucional de un procedimiento legislativo ordinario federal. Tomando como referencia a Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini, se precisa en qué consiste la validez formal de la norma y posteriormente se identifican los parámetros que deben tomarse en cuenta para analizar la regularidad constitucional del procedimiento legislativo.

En cuanto a las cuestiones prácticas que se exponen en este ensayo, se describen los principales criterios y metodología que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para analizar la regularidad constitucional de los procedimientos legislativos.

La finalidad de este ensayo es exponer las cuestiones más básicas que deben tomarse en cuenta por un operador jurídico, un postulante o un juzgador al analizar la regularidad constitucional de un procedimiento legislativo ordinario, con la advertencia de que cada procedimiento es único, en virtud de las cuestiones fácticas en las que se desarrolla, de manera que dos o más procedimientos legislativos nunca serán iguales, aunque los rijan las mismas normas.

I. La validez formal y material de la norma

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, el derecho contemporáneo prevé la producción de una norma a través de normas de procedimiento creadas específicamente para dicha producción; igualmente, el derecho prevé los contenidos sustanciales de la norma, los cuales están vinculados a los principios y valores contenidos en las constituciones.¹

Considerando lo anterior, la validez de una norma puede determinarse a partir del análisis del procedimiento que se llevó a cabo para su formación, o bien, contrastando el contenido de la norma con los principios y valores

¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 20.

contenidos en la Constitución. En otras palabras, una norma es válida por dos cuestiones: primero, porque deriva de un procedimiento que respetó ciertas reglas y formalidades, y segundo, porque el contenido de la norma es armónico con el contenido de la Constitución.

Más o menos en el mismo sentido, Riccardo Guastini² precisa que la Constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: formales (o procedimentales) y materiales (o sustanciales):

- Límites formales: mediante normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de modo que el órgano legislativo no puede legislar, si no lo hace de conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución.
- Límites materiales: mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de forma que le está prohibido al legislador aprobar leyes con contenido contrario a las reglas y valores contenidos en la Constitución.

Guastini señala que cuando el legislador no respeta los límites impuestos por la Constitución, la consecuencia es la invalidez de la norma, lo cual puede suceder por diversas situaciones:³

1. Una ley es inválida —por razones formales— cuando ha sido aprobada siguiendo un procedimiento diverso del establecido en la Constitución.
2. Una ley es inválida —por incompetencia material— cuando regula una materia que la Constitución reserva a otra fuente.
3. Una ley es inválida —por incompetencia material negativa— cuando, al regular una materia reservada a la ley misma, no la regula de modo completo, sino que autoriza a otra fuente a regularla.
4. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando viola una prohibición constitucional, o sea, cuando dispone para un supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica que le está prohibido disponer.
5. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice la constitución, o sea, cuando regula un supuesto de hecho ya regulado por la Constitución de forma incompatible con la Constitución misma.

² Riccardo Guastini, “La Constitución como límite a la legislación”, p. 235.

³ *Ibid.*, pp. 238-239.

6. Una ley es inválida —por razones formales— cuando viola las normas procedimentales establecidas por fuentes (no constitucionales) a las que la Constitución reenvía.
7. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice normas (no constitucionales) a las que la Constitución reenvía.

De acuerdo con la clasificación de Riccardo Guastini, una norma será inválida por razones formales, según los numerales 1 y 6, esto es, cuando se aprueba siguiendo un procedimiento diverso al establecido en la Constitución o cuando infringe normas procedimentales contenidas en una ley orgánica, reglamento u otra disposición vinculante para el legislador.

Las normas, constitucionales y legales, que regulan el procedimiento legislativo son creadas por el propio legislador (constituyente o legislador ordinario) para regular su función principal, la de elaborar normas de carácter general, en este sentido, puede decirse que el legislador se regula a sí mismo.

Así pues, cuando el legislador infringe las reglas del procedimiento, la consecuencia es que la norma que derivó de dicho procedimiento será inválida por estar viciada de origen. Si el legislador ya no está conforme con una determinada regla de procedimiento debe reformarla o derogarla.

II. El procedimiento legislativo y los parámetros para el análisis de su validez

El artículo 72 de la Constitución establece las etapas del procedimiento legislativo ordinario federal. De acuerdo con José Luis Camacho Vargas,⁴ este procedimiento se compone de las cinco etapas siguientes (suponiendo que el proyecto no se rechace):⁵

1. Se presenta un proyecto de iniciativa de ley o decreto ante una de las dos cámaras del Congreso de la Unión, la cual fungirá como Cámara de origen.
2. Se turna el proyecto a comisiones para su análisis, discusión y aprobación, así como para la elaboración del dictamen respectivo.

⁴ José L. Camacho Vargas, *Derecho parlamentario mexicano*, p. 151.

⁵ En contraste, para Jaime Cárdenas Gracia el procedimiento legislativo federal se compone de siete etapas: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación, la iniciación de la vigencia y el refrendo ministerial. Jaime Cárdenas Gracia, *Manual de derecho constitucional*, p. 283.

3. Aprobada en comisiones, toca el turno al Pleno de la Cámara de origen para su discusión y votación. Una vez aprobada se envía a la legisladora.
4. La minuta pasa al Pleno de la Cámara revisora, la cual deberá turnarla a comisiones para su análisis, discusión y aprobación, elaborándose el dictamen correspondiente. Volverá al Pleno para su discusión y aprobación y en caso de no haber observaciones, se remite al Presidente de la República.
5. De no haber observaciones por el Presidente, se sancionará la ley o decreto, para después publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*; y posteriormente entrará en vigor.

Para Biglino Campos,⁶ durante el desarrollo del procedimiento legislativo debe respetarse el principio democrático, del cual se derivan tres subprincipios: pluralidad, mayoría y publicidad. Estos subprincipios se consideran formalidades esenciales del procedimiento legislativo, los cuales han sido considerados por la jurisprudencia de la SCJN, tema que se expone más adelante.

Ahora bien, los parámetros que deben tomarse en cuenta para el análisis de la validez del procedimiento legislativo federal son, esencialmente, las fuentes formales del derecho parlamentario y el principio democrático. Antes de pasar a enunciar estas fuentes es necesario hacer una breve precisión en torno al concepto de “parámetro”. Al respecto, Cesar Astudillo considera lo siguiente:

La acepción *parámetro*, desde su contenido habitual, representa el dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación. Evoca la idea de *arquetipo* o *modelo*, y en sentido amplio indica la existencia de un *punto de referencia* que inevitablemente se transforma en un criterio de comparación.

En el contexto de los derechos, el parámetro adquiere un contenido prescriptivo que describe el referente normativo a partir del cual se lleva a cabo el control constitucional y —hay que decirlo— de convencionalidad de las disposiciones jurídicas y de los actos de los poderes públicos.⁷

⁶ Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, pp. 60-66.

⁷ Cesar Astudillo, *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, p. 269.

De acuerdo con Astudillo, para analizar la validez del procedimiento legislativo se tiene que tomar como parámetro de referencia o criterio de comparación, todas aquellas normas que regulan el procedimiento y que establecen derechos para los sujetos que intervienen en el procedimiento (debate parlamentario), es decir, el control de constitucionalidad del procedimiento legislativo debe hacerse, necesariamente, tomando como referencia las fuentes formales del derecho parlamentario.

De acuerdo con Canseco Gómez las fuentes formales del derecho parlamentario son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano en los que estuvieran presentes disposiciones sobre derechos políticos inherentes a la organización y funcionamiento del Congreso, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, los Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, los acuerdos parlamentarios y la jurisprudencia del poder judicial.⁸

Para Cárdenas Gracia,⁹ los fundamentos constitucionales del procedimiento legislativo se encuentran establecidos en los artículos 70, 71, 72 y 92, pues en estos preceptos están contenidas las reglas que el Constituyente estableció para la formación de leyes, las cuales no son disponibles para los legisladores, sino que constituyen un mandato, a menos que se modifiquen mediante una reforma constitucional por el órgano revisor de la Constitución.

Es importante aclarar que a lo largo del texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que regulen el trabajo legislativo, por tanto, en ciertos casos esas disposiciones también podrían representar un parámetro para el análisis de constitucionalidad, además de los artículos citados.

En cuanto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano, en los que estuvieran presentes disposiciones sobre derechos políticos inherentes a la organización y funcionamiento del Congreso, cabe mencionar el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; esencialmente establecen derechos políticos y los

⁸ Canseco Gómez, Morelos, *Apuntes para el estudio del derecho parlamentario mexicano*, tomo I, p. 16.

⁹ Cárdenas Gracia, *op. cit.*, p. 283.

elementos que deben tomarse en cuenta para reglamentar el ejercicio de tales derechos.

Asimismo, el artículo 70, párrafo segundo, de la Constitución, establece que: “El Congreso expedirá la ley que regulará su estructura y funcionamiento internos”. Este es el fundamento constitucional que le permite a las cámaras de Diputados y Senadores crear su Ley Orgánica, en la cual reglamentan su estructura y funcionamiento, pero sobre todo las formalidades del procedimiento legislativo, dentro del marco que les imponen los artículos 70, 71, 72 y 92 constitucionales.

El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General data de 1934, se emitió con fundamento en la fracción XXIII del artículo 73 de la Constitución, sin embargo, dicha fracción se derogó mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de 1977; en la actualidad, solamente están vigentes las disposiciones que se refieren al Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y a la Comisión Permanente.

El artículo 77, fracción III, de la Constitución, establece que cada una de las Cámaras puede, sin intervención de la otra, emitir su reglamento interno, estos reglamentos también constituyen disposiciones que establecen formalidades que inciden en el procedimiento legislativo.

Las Cámaras también pueden emitir acuerdos parlamentarios para regular su régimen interior, según lo dispone la fracción I del artículo 77 de la Constitución. Para Camacho Vargas,¹⁰ los acuerdos parlamentarios tienen como principal característica su temporalidad y pueden modificar el funcionamiento o la organización del Congreso de la Unión o de alguna de sus Cámaras.¹¹ Francisco Berlín Valenzuela considera que los acuerdos parlamentarios “Constituyen pactos entre las fracciones partidistas de las cámaras que se someten a la aprobación del Pleno”.¹² En ese sentido, estos pactos imponen formalidades que deberán acatarse en el procedimiento legislativo.

¹⁰ Camacho Vargas, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹¹ Como ejemplo de estas disposiciones, el Senado, con fundamento en el artículo 77, fracción I, de la Constitución General, emitió el ACUERDO Parlamentario del Senado de la República para la implementación de sesiones a distancia con carácter excepcional durante la emergencia de salud pública por razones de fuerza mayor originada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), publicado el 3 de febrero de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*.

¹² Citado por Camacho Vargas, *op. cit.*, p. 97.

Finalmente, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación es vinculante para los órganos jurisdiccionales al realizar el control constitucional del procedimiento legislativo, en los términos precisados en el artículo 217 de la Ley de Amparo.

De acuerdo con lo expuesto líneas arriba, es posible arribar a una primera conclusión en el sentido de que las fuentes formales del derecho parlamentario constituyen los parámetros de validez que los juzgadores deben tomar en cuenta para analizar la regularidad de un procedimiento legislativo.¹³

Es importante precisar que una transgresión al procedimiento legislativo por inobservar o transgredir lo dispuesto en disposiciones inferiores a la Constitución, claramente no implica una violación directa a los artículos 70, 71, 72 y 92 constitucionales, pero sí es una violación a los principios de certeza, legalidad y seguridad jurídica contenidos en el artículo 16 constitucional, de manera que una violación de este tipo sí es susceptible de dar lugar a la invalidación de una norma, por provenir de un procedimiento legislativo inconstitucional.

III. El control constitucional

El control constitucional de una norma consiste en analizar si ésta respeta los límites formales y materiales establecidos en la Constitución, si no se respetan los límites referidos entonces la norma debe declararse inválida por inconstitucional, para salvaguardar así la supremacía constitucional.

Fix Zamudio precisaba que la defensa de la Constitución “[e]stá integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales”.¹⁴

En este sentido, el control constitucional es un instrumento procesal para asegurar que el cúmulo de normas que integran el sistema jurídico sea acorde

¹³ Más adelante se precisará que el principio democrático también es un parámetro que debe tomarse en cuenta en el control de constitucionalidad.

¹⁴ Héctor Fix Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, p. 24.

con los parámetros contenidos en la Constitución, incluso con todos aquellos parámetros que forman el bloque de constitucionalidad.¹⁵

En el orden jurídico mexicano los procesos para tutelar las disposiciones constitucionales y convencionales, son la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo, emitiéndose una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma examinada. En éstos, se examinan violaciones formales o materiales a la Constitución, que den lugar a la invalidez o inaplicación de normas secundarias.

Ahora bien, respecto al juicio de amparo, es necesario hacer algunas precisiones. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 105/2017,¹⁶ tuvo que determinar si en un juicio de amparo los quejosos (particulares) podían hacer valer violaciones al procedimiento de obvia y urgente resolución establecido para la discusión de las iniciativas de los congresos locales:

(...) si los particulares, a través del juicio de amparo, están en aptitud de combatir leyes o decretos locales por virtud de vicios u omisión de trámites en su aprobación, específicamente sin que se hubieren satisfecho las formalidades propias del procedimiento de obvia y urgente resolución establecido para la discusión de las iniciativas en los congresos locales —dispensa de trámites legislativos por urgencia—; o si se trata de omisiones irrelevantes porque quedan subsanadas con la aprobación que de la iniciativa haga el Pleno del órgano legislativo.

¹⁵ “(...) el bloque de constitucionalidad puede conceptualizarse como una categoría jurídica, surgida en el derecho constitucional comparado, que se refiere al conjunto de normas que gozan jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país y que, por ello, constituyen el parámetro de control de validez del resto de los enunciados normativos, pese a que no necesariamente aparezcan expresamente en la Carta Fundamental, siempre y cuando sea ésta la que remita a aquéllas”. Arturo Guerrero Zazueta, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, p. 13.

¹⁶ La contradicción de tesis en comento se resolvió en sesión de veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, por mayoría de tres votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora I. El Ministro Javier Laynez Potisek emitió su voto en contra. Estuvo ausente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. De dicho asunto derivó la jurisprudencia 2a./J. 133/2017 (10a), de rubro PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE URGENTE RESOLUCIÓN. LOS VICIOS EN SUS FORMALIDADES NO SON OPONIBLES EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN PLANTEADOS EN EL JUICIO DE AMPARO, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 47, octubre de 2017, tomo II, página 1062, registro 2015322.

En principio, la Segunda Sala precisó que del artículo 108 de la Ley de Amparo se deducía que los vicios de inconstitucionalidad que se hagan valer para atacar la norma deben vincularse con un derecho fundamental que resulte transgredido en perjuicio del quejoso; es decir, el concepto de violación que se plantee debe basarse en una irregularidad que afecte algún derecho del particular, pues si éste ataca una situación que en nada repercute en su esfera jurídica, ese vicio, independientemente de que exista o no, no podrá considerarse violatorio de los derechos fundamentales de ese particular y, por ende, el concepto de violación deberá declararse inoperante por intrascendente.

En este contexto, la Segunda Sala consideró que ateniendo a las características del procedimiento de obvia y urgente resolución, sus violaciones sólo podían abordarse desde la consideración del principio de deliberación parlamentaria, el cual se refiere al derecho de participación de todas las fuerzas políticas en condiciones de igualdad y libertad, es decir, de que se permita tanto a las mayorías como a las minorías parlamentarias expresar y defender su opinión en un contexto de deliberación pública.

Por tanto, la Segunda Sala precisó que las irregularidades que eventualmente pudieran actualizarse en ese procedimiento de obvia y urgente resolución sólo pueden afectar ese principio de democracia deliberativa, el cual no tutela a los particulares, sino que está dirigido a proteger a los grupos parlamentarios.

Así pues, la Sala determinó que la violación al referido procedimiento sólo afectaba a los legisladores que deben intervenir en él, porque son ellos quienes tienen la oportunidad de participar en la etapa de discusión de manera oportuna, informada y libre; y, por tanto, son ellos los que, en su caso, podrían oponer una defensa al respecto, esto es, cuando consideren que la deliberación, en la forma en que se realizó —bajo la dispensa de lecturas o de turno a comisiones para dictamen—, no les permitió participar oportuna, informada y libremente en la discusión de la ley o decreto de que se trate y, por ende, la aprobación respectiva resulta viciada.

Respecto a los particulares, consideró que las violaciones en el procedimiento de urgente y obvia resolución no tienen un efecto tal que pueda redundar en los derechos de debido proceso y legalidad previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

En suma, las violaciones al procedimiento legislativo que afecten el principio de deliberación parlamentaria pueden plantearse por los legisladores me-

diante acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 105, fracción II, de la Constitución General; pero no pueden hacerse valer en el juicio de amparo por particulares que no intervienen en el procedimiento legislativo, pues no hay una afectación directa a su esfera jurídica.

El criterio de la Segunda Sala tiene sentido si se distingue adecuadamente al procedimiento legislativo respecto de otros procedimientos, como el administrativo y judicial, para Biglino Campos estos dos procedimientos tienen “como finalidad común, la de asegurar los derechos de los ciudadanos, aunque tanto el uno como el otro cumplen otras misiones conexas con éstas, como son conseguir la eficacia de la administración y la protección del ordenamiento jurídico”;¹⁷ en este sentido, si los procedimientos administrativo y judicial tutelan derechos de los particulares, estos podrán controvertir en un juicio de amparo cualquier violación formal. Sin embargo, tratándose del procedimiento legislativo, Biglino Campos considera que presenta rasgos particulares en función del órgano en el que se desarrolla:

En efecto, el Parlamento es el ámbito natural en el que se expresa el pluralismo característico de un Estado social y democrático de derecho. Los grupos que lo integran representan los distintos intereses presentes en la sociedad con la finalidad de conseguir, mediante la transacción y el debate, una integración. (...)

Estas características se proyectan en la principal tarea del Parlamento: la elaboración de la ley, y afectan a la naturaleza de esta norma. Es difícil mantener, como hacía J. J. Rousseau, que la ley tenga como origen una voluntad general y como objeto la propia generalidad. La voluntad del legislador ha dejado de ser un todo coherente y unitario, para convertirse en una suma de intereses.¹⁸

En ese sentido, mientras que los procedimientos administrativo y judicial se instruyen por una autoridad en torno a las pretensiones o derechos de los particulares, el procedimiento legislativo se distingue porque en él intervienen un cúmulo de fuerzas políticas que requieren llegar a consensos para conseguir el objetivo, la producción de la norma. Por tanto, quienes en principio están legitimados para controvertir las violaciones al procedimiento le-

¹⁷ Biglino Campos, *op. cit.*, p. 49.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 49-50.

gislativo son los parlamentarios pues son ellos quienes tienen el derecho de participar en el debate parlamentario, en tanto que los particulares tendrán, excepcionalmente, tal legitimación solamente cuando haya una afectación directa a su esfera jurídica.

IV. Estudio preferente de violaciones formales frente a violaciones materiales

En el ámbito jurisdiccional, la SCJN ha determinado que las violaciones formales deben examinarse previamente a las violaciones sustanciales, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haga innecesario el estudio de éstas, así se concluyó en la

Jurisprudencia P./J. 42/2007 de rubro “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CUANDO SE ADUCEN CONCEPTOS DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES FORMALES Y DE FONDO RESPECTO DE NORMAS GENERALES DE LOS ESTADOS O DE LOS MUNICIPIOS IMPUGNADAS POR LA FEDERACIÓN, DE MUNICIPIOS RECLAMADAS POR LOS ESTADOS O EN LOS CASOS A QUE SE REFIEREN LOS INCISOS C), H) Y K) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DEBE PRIVILEGIARSE EL ESTUDIO DE LOS PRIMEROS (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 47/2006)”.¹⁹

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Pleno había determinado en la jurisprudencia P./J. 47/2006 que al resolverse una controversia constitucional tenían que estudiarse, en principio, las violaciones de fondo y si éstas resultaban infundadas, entonces debería procederse con el estudio de las violaciones en el procedimiento legislativo; sin embargo, el Tribunal Pleno interrumpió dicho criterio mediante la jurisprudencia P./J. 42/2007.

El cambio de criterio derivó de una nueva reflexión, pues la Corte consideró que al advertirse la existencia de una violación al procedimiento legislati-

¹⁹ Jurisprudencia P./J. 42/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXV, mayo de 2007, página 1639, registro 172559.

vo, la norma impugnada carecería de todo valor, por lo que si se mantenía el criterio anterior en el sentido de que primero tenían que analizarse las violaciones de fondo, es decir, las relativas al contenido de la norma, con ese proceder se estarían subsanando las irregularidades del procedimiento.

En la jurisprudencia P./J. 42/2007 se hizo referencia a las controversias constitucionales, no obstante, ya existía este criterio para las acciones de inconstitucionalidad, según se advierte en la siguiente

Jurisprudencia P./J. 32/2007 de rubro “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LAS VIOLACIONES PROCESALES DEBEN EXAMINARSE PREVIAMENTE A LAS VIOLACIONES DE FONDO, PORQUE PUEDEN TENER UN EFECTO DE INVALIDACIÓN TOTAL SOBRE LA NORMA IMPUGNADA, QUE HAGA INNECESARIO EL ESTUDIO DE ÉSTAS”.²⁰

Aunque no se dice expresamente en las citadas jurisprudencias, es posible inferir que el criterio del Tribunal Pleno se sustenta en la teoría “frutos de actos viciados”, la cual consiste en que si un acto está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen.²¹

En consecuencia, si se advierte una violación al procedimiento legislativo, con potencial invalidante, debe declararse la invalidez de la norma producto de ese procedimiento, pues a partir de la violación advertida todos los actos posteriores, hasta llegar a la emisión de la norma, son inválidos.

²⁰ Tesis P./J. 32/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 776, registro 170881. Si bien la tesis se refiere a la materia electoral, dicho criterio ha sido aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en todas las materias.

²¹ Desde la séptima época del *Semanario Judicial de la Federación* se encuentran referencias a la teoría de “frutos de actos viciados”, según se advierte en la jurisprudencia con número de registro 252103, publicada en el referido *Semanario*, séptima época, volumen 121-126, sexta parte, página 280:

ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE. Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal.

V. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las violaciones de procedimiento*

La SCJN cuenta con una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a cuándo se actualiza una violación al procedimiento legislativo que implique la invalidez de una norma. El Alto Tribunal ha considerado que el principio democrático establecido en la Constitución exige que en el propio seno del órgano legislativo que discute y aprueba las normas se verifiquen ciertos presupuestos formales y materiales que satisfagan los principios de legalidad, seguridad y democracia deliberativa. Con ello se busca que las normas cuenten con validez democrática que deriva de sus procesos de creación y de la idea de representación popular que detentan los diversos integrantes de una legislatura, lo cual se obtiene con el respeto de las reglas de votación, la publicidad de estas y la participación de todas las fuerzas políticas al interior del órgano.²²

La SCJN ha precisado que al analizar violaciones al procedimiento legislativo deben tomarse en cuenta las premisas básicas en las que se asienta la democracia liberal representativa, prevista como modelo del Estado mexicano en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Federal.

En ese contexto, la valoración del potencial invalidatorio de violaciones al procedimiento legislativo debe intentar equilibrar dos principios distintos: por un lado, un principio que se podría llamar de economía procesal, que apunta a la necesidad de no reponer innecesariamente etapas procedimentales cuando ello no redundaría en un cambio sustancial de la voluntad parlamentaria expresada (y, por tanto, a la necesidad de no otorgar efecto invalidatorio a todas y cada una de las irregularidades procedimentales identificables en un caso concreto) y, por otro lado, un principio de equidad en la deliberación parlamentaria que apunta, en cambio, a la necesidad de no considerar automáticamente irrelevantes todas las infracciones procedimentales que se produzcan en una tramitación parlamentaria que culmina con la aprobación de una norma con una votación que respeta las previsiones legales al respecto. Lo anterior se sustenta en la tesis P. XLIX/2008 de rubro “FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL EJERCICIO DE LA EVALUACIÓN DE SU POTENCIAL INVALIDATORIO”.²³

²² Acción de inconstitucionalidad 121/2020 y su acumulada 125/2020.

²³ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXVII, junio de 2008, página 709, registro 169493.

Así, la SCJN ha determinado que en cada caso debe determinarse si existen violaciones al procedimiento legislativo y si éstas redundan en una transgresión a las garantías de debido proceso, legalidad y democracia deliberativa o si, por el contrario, tales violaciones no tienen relevancia invalidatoria por no llegar a trastocar los atributos democráticos finales de la decisión, análisis en el que, como elementos de partida, es necesario evaluar el cumplimiento los tres requisitos esenciales del procedimiento:²⁴

- i. El procedimiento legislativo debe respetar el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria en condiciones de libertad e igualdad. En otras palabras, es necesario que se respeten los cauces que permitan tanto a las mayorías como a las minorías parlamentarias expresar y defender su opinión en un contexto de deliberación pública, lo cual otorga relevancia a las reglas de integración y quórum en el seno de las Cámaras, así como a las que regulan el objeto y desarrollo de los debates.
- ii. El procedimiento deliberativo debe culminar con la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas.
- iii Tanto la deliberación parlamentaria como las votaciones deben ser públicas.

Para Orta Flores estos elementos esenciales del procedimiento dotan de legitimidad a la ley, por lo siguiente:

El de mayoría está en la base del constitucionalismo contemporáneo y es además una condición necesaria de la democracia; la participación, por otra parte, es un requisito previo para la toma de decisiones y consiste en garantizar que todos los implicados en el procedimiento legislativo actúen en condiciones de libertad e igualdad; por último, en la obra de Biglino Campos que se viene citando se destaca también el requisito de publicidad, que se deriva de la esencia representativa de un parlamento y del carácter integrador de la ley.²⁵

Los elementos esenciales del procedimiento se encuentran reconocidos en la tesis P. L./2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

²⁴ Acción de inconstitucionalidad 124/2020.

²⁵ Sara B. Orta Flores, *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano. Estudio de las causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*, pp. 101-102.

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. PRINCIPIOS CUYO CUMPLIMIENTO SE DEBE VERIFICAR EN CADA CASO CONCRETO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INVALIDACIÓN DE AQUÉL. Para determinar si las violaciones al procedimiento legislativo aducidas en una acción de inconstitucionalidad infringen las garantías de debido proceso y legalidad contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y provocan la invalidez de la norma emitida, o si por el contrario no tienen relevancia invalidatoria de esta última, por no llegar a trastocar los atributos democráticos finales de la decisión, es necesario evaluar el cumplimiento de los siguientes estándares: **1) El procedimiento legislativo debe respetar el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria en condiciones de libertad e igualdad**, es decir, resulta necesario que se respeten los cauces que permiten tanto a las mayorías como a las minorías parlamentarias expresar y defender su opinión en un contexto de deliberación pública, lo cual otorga relevancia a las reglas de integración y quórum en el seno de las Cámaras y a las que regulan el objeto y el desarrollo de los debates; **2) El procedimiento deliberativo debe culminar con la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas; y, 3) Tanto la deliberación parlamentaria como las votaciones deben ser públicas.** El cumplimiento de los criterios anteriores siempre debe evaluarse a la vista del procedimiento legislativo en su integridad, pues se busca determinar si la existencia de ciertas irregularidades procedimentales impacta o no en la calidad democrática de la decisión final. Así, estos criterios no pueden proyectarse por su propia naturaleza sobre cada una de las actuaciones llevadas a cabo en el desarrollo del procedimiento legislativo, pues su función es ayudar a determinar la relevancia última de cada actuación a la luz de los principios que otorgan verdadero sentido a la existencia de una normativa que discipline su desarrollo. Además, los criterios enunciados siempre deben aplicarse sin perder de vista que la regulación del procedimiento legislativo raramente es única e invariable, sino que incluye ajustes y modalidades que responden a la necesidad de atender a las vicisitudes presentadas en el desarrollo de los trabajos parlamentarios, como por ejemplo, la entrada en receso de las Cámaras o la necesidad de tra-

mitar ciertas iniciativas con extrema urgencia, circunstancias que se presentan habitualmente. En este contexto, la evaluación del cumplimiento de los estándares enunciados debe hacerse cargo de las particularidades de cada caso concreto, sin que ello pueda desembocar en su final desatención.²⁶

De acuerdo con la tesis anterior, es fundamental que los integrantes de las legislaturas (en especial las minorías legislativas) hayan podido formar parte del procedimiento legislativo; lo cual se asegura, entre otros muchos escenarios, con que se hayan entregado los documentos legislativos con la anticipación detallada en la normatividad aplicable para efectos de que los legisladores puedan emitir su voto libremente y en condiciones de igualdad y/o que se haya dado la correcta dispensa en razón de urgencia (con la adecuada motivación) de ciertos trámites legislativos, tales como la entrega de los documentos que van a ser discutidos por la asamblea;²⁷ ya que de no hacerse puede llegarse al escenario de evitar a los integrantes de la legislatura participar precisamente en condiciones de igualdad.

En diversos precedentes, en Tribunal Pleno ha determinado que la democracia no solo tiene un valor instrumental al promover otros valores que se expresan en el contenido material de las leyes, sino que adquiere un valor en sí mismo al exigir que aquello que se somete a votación en el seno de los órganos legislativos haya sido objeto de una deliberación robusta en la que participan tanto las fuerzas políticas mayoritarias como las minoritarias.

El Tribunal considera que precisamente este carácter deliberativo es lo que garantiza la representatividad popular en la creación de las leyes y, por ende, que estas cuenten con una dignidad democrática. En definitiva, el órgano legislativo tiene que ser un órgano deliberante antes (lógica y temporalmente) que uno decisorio, en donde sean expresadas las opiniones de todos los grupos, tanto mayoritarios como minoritarios.

²⁶ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXVII, junio de 2008, página 717, registro 169437.

²⁷ Así se precisó en las tesis P./J. 36/2009 y P./J. 37/2009, DISPENSA DE TRÁMITES LEGISLATIVOS EN EL ESTADO DE COLIMA. PARA SU PROCEDENCIA DEBEN MOTIVARSE LAS RAZONES QUE LLEVAN A CALIFICAR UN ASUNTO COMO URGENTE y DISPENSA DE TRÁMITES LEGISLATIVOS EN EL ESTADO DE COLIMA. SU FALTA DE MOTIVACIÓN NO SE CONVALIDA POR LA VOTACIÓN DE LA MAYORÍA O UNANIMIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LA LEGISLATURA, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXIX, abril de 2009, páginas 1109 y 1110, respectivamente.

Biglino Campos, al referirse al derecho de los parlamentarios de participar en el debate, precisa:

Es evidente que las garantías que se establecen en favor de esta participación protegen a todos los que concurren al procedimiento legislativo, formen parte de la mayoría o de la minoría. Así, son las que permiten que se forme adecuadamente la primera en el momento de tomar la decisión. Pero también es cierto que la mayor funcionalidad de estas normas radica en asegurar a la minoría su derecho a concurrir en el procedimiento, a pesar de mantener opciones o actitudes distintas a las predominantes.

Las normas a las que se hace referencia establecen los cauces a través de los cuales los distintos sectores de la Cámara pueden expresar y defender su opinión con el objetivo de influir sobre la decisión. El reconocimiento de estos cauces parte de que, para su utilización, se garanticen condiciones de libertad e igualdad, ya que sólo cumpliendo este requisito se produce la integración democrática.²⁸

Además, los criterios enunciados siempre deben aplicarse sin perder de vista que la regulación del procedimiento legislativo raramente es única e invariable, sino que incluye ajustes y modalidades que responden a la necesidad de atender las vicisitudes o avatares que tan frecuentemente se presentan en el desarrollo de los trabajos parlamentarios. La entrada en receso de la legislatura o la necesidad de tramitar ciertas iniciativas con extrema urgencia, por ejemplo, son circunstancias que se presentan habitualmente y ante las cuales la evaluación del cumplimiento de los referidos requisitos esenciales, debe hacerse cargo de las particularidades del caso concreto, sin que ello pueda desembocar, en cualquier caso, en su final desatención.

Esta doctrina constitucional se ha ido construyendo desde hace más de una década, entre otros asuntos, en las acciones de inconstitucionalidad 9/2005 y 52/2006 y sus acumuladas 53/2006 y 54/2006 y ha sido consolidada y particularizada en una gran diversidad de precedentes, siendo los más recientes: las acciones de inconstitucionalidad 36/2017 y 121/2017 y sus acumuladas 122/2017, 123/2017 y 135/2017, y 43/2018 y las controversias constitucionales 34/2014, 41/2014 y 63/2016.

²⁸ Biglino Campos, *op. cit.*, pp. 69-70.

En suma, el análisis de violaciones al procedimiento legislativo si bien se realiza tomando como referencia parámetros legales y reglamentarios (a los que se hizo referencia como fuentes formales del derecho parlamentario), también debe realizarse a la luz del principio democrático, al respecto Paloma Biglino Campos señala lo siguiente: “En definitiva, si durante el procedimiento legislativo se infringe el procedimiento democrático, aun en su formulación más general, se produciría la vulneración de una norma constitucional, lo que podría producir la invalidez de la ley elaborada”.²⁹

Así pues, para la SCJN el principio democrático se encuentra contenido en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Federal, el cual “tiene eficacia suficiente para servir como criterio de interpretación de las normas del ordenamiento parlamentario”.³⁰

VI. Violaciones formales que no trascienden

La SCJN ha considerado que las violaciones de carácter formal en el procedimiento legislativo, son irrelevantes si no trascienden de manera fundamental a la norma, por tanto, pese a existir una violación formal se reconoce la validez de la norma.

En la acción de inconstitucionalidad 9/2001, la SCJN reiteró este criterio al considerar que si bien en términos del artículo 63, fracciones II, inciso G) y III, inciso A), del entonces Reglamento Interior del Congreso del Estado de Tabasco, correspondía conocer en forma unida a las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Asuntos Electorales de la reforma al artículo 47 de la Constitución Política del Estado de Tabasco, toda vez que se trataba de una norma constitucional de carácter electoral, y únicamente fue turnada a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales, dicha circunstancia no trascendió o afectó de manera fundamental a la norma impugnada.

El Pleno determinó que las violaciones de carácter formal pueden trascender de manera fundamental a la norma misma, de manera que provoquen su invalidez o inconstitucionalidad, pero hay otros casos en los que la falta de apego a alguna de las disposiciones que rigen el proceso legislativo, no trascienden al contenido mismo de la norma y, por ende, no afectan su validez.

²⁹ *Ibid.*, p. 57.

³⁰ *Ibid.*, p. 60.

Lo primero sucede, por ejemplo, cuando una norma se aprueba sin *quorum* necesario o no haya sido aprobada con los votos necesarios, en cuyo caso la violación formal trascendería de modo fundamental, provocando su invalidez.

En cambio, en el caso referido, la circunstancia de que la iniciativa no se haya turnado a una de las dos comisiones que debieron conocer de ella, careció de relevancia jurídica, pues, conforme a lo dispuesto por el artículo 88 de la entonces Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Tabasco, el Congreso podía dispensar ese trámite en los asuntos que por acuerdo de la Cámara se calificquen de urgentes. Por tanto, no se trata de una formalidad que necesaria e indefectiblemente debía cumplirse y, por ende, su inobservancia, por sí sola, no resultó suficiente para invalidar la ley impugnada.

La SCJN también precisó que si bien no hubo determinación expresa del Congreso en el sentido de que estimó que la reforma impugnada era urgente, las circunstancias que la precedieron, la celeridad con que se tramitó y el hecho de que dos días después llegaría a su fin la legislatura que la expidió revelaban que sí se actuó en condiciones de urgencia, motivo por el cual podía entenderse que el Congreso dispensó el dictamen de una de las Comisiones, por esa razón, así fuera implícitamente, y que esa dispensa resultaba conforme a derecho.

En ese contexto, el Tribunal precisó que tal iniciativa había sido sometida al estudio y análisis del Pleno del Congreso Estatal, siendo aprobada por unanimidad de los 26 diputados presentes, así como por la mayoría de los Ayuntamientos, con lo cual quedó convalidada la violación de procedimiento que se aduce.

Este criterio ha sido reiterado en diversos precedentes, el cual constituye la jurisprudencia P./J. 94/2001 de rubro “VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA”.³¹

Por último, cabe señalar que la SCJN analiza la regularidad constitucional del procedimiento legislativo tomando como referencia las disposiciones constitucionales, legales y administrativas que lo rigen; sin embargo, también toma en cuentas las cuestiones fácticas que acaecen durante el desarrollo del procedimiento legislativo, pues claramente trascienden en el debate parla-

³¹ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XIV, agosto de 2001, página 438, registro 188907.

mentario, por tanto, hay algunas sentencias en las que podrá verse que el Alto Tribunal ha sido deferente con el poder legislativo cuando hay circunstancias fácticas que justifican la “irregularidad” en el procedimiento.

VII. Conclusiones

Primera. La validez de una norma puede analizarse desde dos perspectivas, formal y material. La primera implica analizar si se respetaron las reglas establecidas para la creación de la norma, la segunda consiste en analizar si el contenido de la norma es compatible con las reglas y valores contenidos en la Constitución.

Segunda. Al analizar la validez del procedimiento legislativo, los parámetros que deben tomarse en cuenta serán, al menos, los siguientes: Constitución, Tratados Internacionales, Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, acuerdos parlamentarios y la jurisprudencia del poder judicial. Asimismo, debe considerarse que el principio democrático es el eje rector en el procedimiento legislativo, por lo que, siempre debe analizarse si se respetaron las reglas de votación, participación y publicidad.

Tercero. El estudio de las violaciones al procedimiento legislativo siempre es preferente al estudio del contenido de la norma, simplemente porque una norma que proviene de un procedimiento inconstitucional claramente también estará viciada, de manera que ésta resulta inconstitucional por ser fruto de un procedimiento viciado.

Cuarto. No toda violación al procedimiento legislativo conlleva la inconstitucionalidad de éste, debe valorarse la trascendencia y repercusión de la violación para determinar si incide en el principio democrático o, excepcionalmente, en la esfera jurídica de los particulares.

Fuentes de consultas

Bibliográficas

- Astudillo, César. *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, Tiran Lo Blanch, 2019.
- Biglino Campos, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. México, UNAM, 2020.
- Camacho Vargas, José Luis. *Derecho parlamentario mexicano*. 2ª edición, México, Porrúa/UNAM, 2019.
- Canseco Gómez, Morelos. *Apuntes para el estudio del derecho parlamentario mexicano*. Proporcionados por el autor en la Maestría de Derecho Constitucional, de la Escuela Libre de Derecho.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *Manual de derecho constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2020.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª edición, España, Trotta, 2004.
- Fix Zamudio, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. 2ª edición, México, UNAM, 1998.
- Guastini, Riccardo. “La Constitución como límite a la legislación”. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (comp.), 5ª edición, México, Porrúa, 2016.
- Guerrero Zazueta, Arturo. *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*. México, CNDH, 2015.
- Orta Flores, Sara Berenice. *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano. Estudio de las causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*. México, SCJN, 2017.

Una realidad distorsionada es ahora una necesidad para la pseudojusticia: una razón para creer

Adolfo Gil del Rey*

Resumen:

En el presente estudio, pretendo dar una cohesión entre la verdad jurídica y la verdad histórica, las cuales a lo largo del tiempo, en específico el tiempo donde el Derecho ha reinado, han sido separadas, dando todo el peso del proceso a la verdad jurídica, siendo, a mi parecer, el olvido del objeto mismo del Derecho, de la búsqueda de la verdad y, por ende, de la justicia.

No pretendo decir que la probanza deba desaparecer o ser remplazada dentro del proceso jurisdiccional, simplemente que la verdad va más allá de lo que uno pueda probar en su momento y no deben dársele reconocimiento jurídico a hechos que se saben conocidos, pues se perjudica la credibilidad del sistema jurídico más allá de beneficiarle: necesitamos una razón para creer.

Abstract:

In the present study, I intend to give a cohesion between the legal truth and the historical truth, which over time, specifically the time where the Law has reigned, have been separated, giving all the weight of the process to the legal truth, being, in my opinion, the forgetting of the very object of Law, of the search for truth and, therefore, of justice.

I do not mean to say that proof should disappear or be replaced within the jurisdictional process, simply that the truth goes beyond what one can prove at the time and facts that are known should not be given legal recognition, since credibility of the legal system, beyond benefiting it, is harmed: we need a reason to believe.

Sumario: I. Problema de Investigación / II. Hipótesis /III. Introducción / IV. Desarrollo / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Licenciado y Maestro en Derecho por la UAM-A.

*He amado la justicia y odiado la desigualdad,
y por consiguiente muero en el exilio.*

Papa Gregorio VII

I. Problema de la investigación

En el momento dado de la aplicación de la ley, en un sistema jurídico legalista, como lo es el sistema jurídico mexicano, hay ocasiones en que resulta un tanto erróneo o, en su caso, más perjudicial, contraproducente, la aplicación del Derecho, pues se deja de lado la verdadera intención a la hora de ventilar un proceso, más allá de solo castigar o sancionar, es decir resolver el fondo y no solo reparar en la forma.

Dicho escollo solamente puede ser atendido al diseccionar el concepto de verdad en toda su plenitud y no solo en su variante jurídica, es decir, la fáctica e incluso la lógica.

Es imprescindible, pues, de no hacerlo, tendríamos una deuda eterna e impagable con la justicia, la cual quitaría legitimidad al sistema jurídico. ¿Y sin legitimidad, cómo es posible pretender guardar el orden público?

II. Hipótesis

El problema de las verdades es uno meramente aparente, no hay tales verdades múltiples, sino una sola verdad con diversas facetas, las que no pueden ser tomadas individualmente como el todo. El juzgador al realizar su tarea, se le facilita el hecho de separarlas entre fácticas y legales, dejando de lado la parte filosófica como herramienta de estudio del caso en concreto. Con la transdisciplinariedad podemos cohesionarlas y darles una mayor seguridad jurídica a los implicados dentro de cualquier proceso judicial, ya que será una verdad coherente con la realidad y no solo con lo que se puede demostrar.

III. Introducción

En el presente estudio, se tomarán en cuenta las diferentes definiciones de verdad, tanto en el ámbito jurídico en su variante histórica y jurídica, como en el ámbito filosófico en particular, las teorías de la correspondencia y la de

coherencia para llegar a dilucidar si hay o no una diferencia intrínseca de las variantes mencionadas.

Asimismo se buscará dar cohesión a dichos términos, tanto en lo jurídico como en lo filosófico para llegar a un solo concepto de verdad, que no es diferente del ser y, por ende, inmutable o contingente.

Una vez realizada esta tarea, valiéndome de la teoría de la complejidad, pretendo dar una solución al problema del juzgador para llegar a la verdad; y que este, recurra a todas las materias a su disposición, para esclarecer la verdad dentro del proceso; asimismo, dando a todos una razón para creer y legitimar la heterocomposición.

IV. Desarrollo

Es necesario comenzar el presente estudio señalando las principales diferencias entre ambos conceptos de verdad dentro del Derecho, también es menester hacer énfasis en que si bien ya se ha hecho una distinción entre lo histórico y lo jurídico no han sido basados en la justicia.

Ambas definiciones que tomaremos como base provienen del estudio de Luigi Ferrajoli, en su *Epistemología jurídica y garantismo*, siendo la verdad jurídica: “Una verdad factualmente irrefutable, esto es, independiente de aquello que de hecho sucede, y es refutable, sólo jurídicamente, con arreglo a un diverso reconocimiento o interpretación del sentido de la norma designada, o bien con arreglo a otra norma en conflicto con la anterior y asumida como vigente”.¹ Y la verdad histórica: “Es una verdad factualmente refutable, en el sentido de que puede ser siempre desmentida por ulteriores investigaciones o experiencias empíricas que conduzcan a la determinación de nuevos hechos o de nuevos elementos de hecho a ella no correspondientes”.²

Así pues, a partir de estas dos definiciones podemos establecer que el Derecho no es algo basado en la justicia y que lo justo pertenece al terreno de lo moral y, por tanto, no debe ser tomado en cuenta, sino lo que puede o no ser probado.

En palabras de Kelsen “Derecho y justicia son conceptos diferentes. En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece con el Derecho

¹ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, p. 36.

² *Ibidem*.

positivo (...) debe distinguirse claramente la ciencia del Derecho positivo y la Filosofía de la justicia”.³

De acuerdo con lo expuesto, no puede sino chocar con el instinto mismo y chirriar con la concepción de la búsqueda de la verdad. Tradicionalmente se nos enseña que el derecho es la búsqueda de la justicia, pero en cuanto se pueda probar, la verdad, termina siendo desplazada, vapuleada y puesta entre comillas, en última instancia distorsionada.

No es de extrañar, entonces, que los juicios ahora no discutan o versen sobre la demostración de la culpabilidad o inocencia de alguien, sino de probar que la parte contraria no tiene los argumentos necesarios para probar su dicho, es pues, un juego de simulación, un juego de contraataque más que de estrategia jurídica, esperar que el otro se equivoque antes que uno, y no llegar a la verdad *per se*.

Es imperativo agregar que el autor de este artículo, no comparte la idea antes mencionada. La filosofía, como madre de todas las ciencias, no puede, ni debe, ser apartada; de ella nace y de ella se beben todas las concepciones ulteriores. Para avanzar en cualquier terreno se debe estudiar el origen primero del tema en cuestión, *ergo*, regresando a las bases filosóficas, podemos encontrar definiciones apropiadas y funcionales para el dilema en cuestión.

Aristóteles ya habla de la verdad en su *Metafísica*, en el (Libro II apartado I “La Filosofía como ciencia de la verdad”), trata la verdad como parte del *Ser*, no solo algo a tener en cuenta, esto es de suma importancia, ya que, si es parte del *Ser* y nosotros lo hacemos a un lado en nuestras resoluciones judiciales al darle un valor relativo, estaríamos relativizando al *Ser*, negaríamos el *Ser*.

Aristóteles establece que la verdad es difícil y fácil al mismo tiempo. En cierto sentido, nos dice que es fácil pues es imposible que todos yerren o que todos la alcancen.⁴

Asimismo establece que:

(...) Y del mismo modo ocurre con los que han hablado acerca de la verdad: de unos hemos recibido ciertas opiniones, y otros fueron causa de que surgieran aquellos.

³ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 6.

⁴ Aristóteles, *Metafísica II*, 993 a 30.

Por lo demás, es correcto que la Filosofía se denomine “ciencia de la verdad”. En efecto, el fin de la ciencia teórica es la verdad, mientras que el de la práctica es la obra. Y los prácticos, si bien tienen en cuenta como son las cosas, no consideran lo eterno (que hay en éstas), sino aspectos relativos y referidos a la ocasión presente.

Por otra parte, no conocemos la verdad si no conocemos la causa. Ahora bien, aquello en virtud de lo cual algo se da unívocamente en otras cosas posee ese algo en grado sumo en comparación con ellas. Por consiguiente, verdadera es, en grado sumo los principios de las cosas que eternamente son.

Por consiguiente, cada cosa posee tanto de verdad cuanto posee de ser.⁵

No conocemos la verdad si no conocemos la causa, casi se podría decir que habla de la verdad jurídica; sin embargo, hay sutiles diferencias. Por principio de cuentas, no está diciendo que si no se prueba no debe ser tomada en cuenta, más bien, apela a que debe tomarse en cuenta pero que es necesario conocerse la causa para entender el resultado o la consecuencia, la prueba no es necesaria para determinar si algo debe o no ser tomado en cuenta, sino que debe servir como nexo causal.

Sigo con Aristóteles, pero ahora con otro de sus textos, *Los analíticos segundos*, en estos, nos advierte:

Toda la didascalía y toda la disciplina dianoética se adquieren de un saber que precede al conocimiento. Esto es evidente sea cual fuere el saber considerado: la ciencia matemática se adquiere de este modo, tal como las otras artes.

Lo mismo acontece con los raciocinios dialécticos, sean estos hechos por silogismo o por inducción, porque todos ellos enseñan a través de un conocimiento anterior: en el primer caso, suponiendo que las premisas son admitidas por el otro, en el segundo caso, demostrando lo universal mediante lo particular ya conocido.

Por otro lado, de análogo modo es como los argumentos retóricos persuaden, una vez usándolos, o paradigmas, lo que es una especie

⁵ *Ibid.*, 993b, pp. 15-30.

de inducción, o entimemas, lo que no deja de constituir un silogismo.⁶

Esto se complementa cuando establece: “Pensamos que sabemos cuando creemos saber que la causa que hace que una cosa exista, es realmente la causa de esta cosa, y que esta cosa no puede existir de otra manera que como es”.⁷

En otras palabras, es el principio de razón suficiente, principio por el cual lo que ocurre tiene una razón suficiente de ser así y no de otra manera, haciendo también alusión al principio de no contradicción donde nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido, principios que rigen la existencia humana y, en general, de todo lo existente y no pueden ser desechados en ninguna de las actividades que se realicen.

Hasta aquí se puede intuir porque la verdad no puede ser dividida, la verdad es una sola y pertenece al *Ser*, el cual es indivisible, pero entonces surge la duda; ¿Por qué se divide? Y la respuesta es un tanto obvia, porque se puede mentir, sobre todo en un juicio, donde pende de la decisión de pocas personas la libertad o el patrimonio de alguien y el juzgador prefiere sacrificar la integridad del *Ser* con tal de caer en las menos mentiras posibles.

Lo anterior ya lo habían vislumbrado tanto un abogado como un filósofo. En primer lugar, está Francesco Carnelutti y en segundo René Descartes, Empezaré con Carnelutti, quien señala que el litigio es un: “Conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”.⁸

Es claro que para que se dé un conflicto debe haber alguien diciendo la verdad y alguien mintiendo, o ambos dicen cierta parte de la verdad, mintiendo u omitiendo en la otra parte, o ambos dicen lo que creen que es verdad, aunque claramente uno está en un error, así se genera la disputa, pues si ambos dijeran la verdad absoluta, no habría conflicto en primer lugar.

Descartes va más allá, para él, no solo se trata de mentir por voluntad propia, pues puede que uno mienta queriendo decir la verdad, véase un engaño de los sentidos, incluso llega a preguntarse si podemos conocer algo realmente.

En las *Meditaciones metafísicas*, Descartes hace un análisis exhaustivo sobre lo que conocía y podía conocer, lo pone a prueba para descubrir

⁶ Aristóteles, *Segundos analíticos*, I, 71a.

⁷ Aristóteles, *Segundos analíticos*, I, 2, 71b.

⁸ Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, p. 44.

que de lo que sabe es verdad, llegando a la hipótesis del genio maligno, el cual, como ente superior, podría estarlo engañando, pues como mencioné, es sabido que los sentidos nos pueden engañar de tanto en tanto, llegando después de mucho análisis a la conclusión magnífica que nos ha abierto la puerta al método científico, siendo esta que sin duda, estamos dudando, por mucho que nos estén engañando, no pueden hacerlo refiriéndonos al hecho de pensar y dudar, y si de hecho estamos pensando y dudando, existimos indubitablemente, llegando a la primera certidumbre sobre la cual basa todo su sistema filosófico, la duda metódica, mismo que es bien visto hasta el día de hoy, pero no libre de críticas, en palabras del propio Descartes al final de la primera meditación:

Supondré entonces que hay, no un verdadero Dios que es fuente soberana de verdad, sino un cierto genio maligno, no menos astuto y engañador que poderoso, que ha empleado toda su destreza para engañarme. Pensaré que el cielo (...) no son más que ilusiones y engaños, de los cuales se sirve para sorprender mi credulidad. Me consideraré a mi mismo como si no tuviera manos (...) pero creyera erradamente tener todas esas cosas (...) y si por éste medio no está en mi poder llegar al conocimiento de ninguna verdad, por lo menos está en mi potencia el suspender mi juicio (...), por más poderoso y astuto que sea jamás podrá imponerme nada.⁹

Continúa en la tercera meditación:

Y así, conversando sólo conmigo mismo y considerando mi interior, me esforzaré por volverme poco a poco más conocido y familiar a mí mismo. Soy una cosa que piensa, es decir, que duda, que afirma, que niega, que conoce pocas cosas, que quiere ignorar muchas, que ama, que odia, que quiere (...). Porque tal como lo he señalado antes, aunque las cosas que siento e imagino tal vez no sean nada fuera de mí y en ellas mismas, sin embargo estoy seguro de que esas maneras de pensar (...) se encuentran y residen solo en mí (...). Estoy cierto de que soy una cosa que piensa.¹⁰

⁹ René Descartes, *Meditaciones metafísicas seguidas de las objeciones y respuestas*, pp. 17-18.

¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

Es aquí donde el propio autor nos da la clave, no es necesario vislumbrar una verdad bifurcada, es necesario llegar a una verdad, por pequeña que sea y construir a partir de ésta, es ese el trabajo de nuestros juzgadores, encontrar la más mínima verdad de lo dicho y a partir de ésta llegar a una solución justa, no solo una distorsión de la realidad.

Se me reprochará que es justo eso lo que hace la verdad jurídica, pues se cimienta en una verdad ya probada y a partir de ella llega a una resolución, en parte tendrían razón, de no ser porque dejan de lado la verdad histórica, quedándose únicamente con ese pequeñito cimiento, sin expandir en ello, yo lo que planteo es que no se deje de lado y se examine también dicha verdad en la heterocomposición, pues como ya quedó claro, no hay distinción válida entre verdades, si acaso, más trabajo por realizar.

Kant en su famoso *¿Qué es la Ilustración?*, define de maravilla los ideales de ésta ilustración, hay que recordar que su lema era ¡HAY QUÉ HACER DE NUESTRA FILOSOFÍA ALGO POPULAR!

Y Kant empieza con esa frase hermosa e icónica ¡*SAPERE AUDE!* La cual significa atrevete a pensar. Es la salida de la culpable incapacidad de salir de la minoría de edad, no por poco inteligente, sino por cobardía y flojera, la minoría de edad es la dependencia de la razón del otro renunciando a la capacidad de razonar.

¿Para qué pensar y tener conciencia moral si se puede pagar para que otro lo haga por uno? Hay que ser valiente y disciplinado para salir de ella.

Los tutores, en este caso el Estado no llevan al bien común, sino que los llevan a sus propios intereses, al igual que el Estado, no por malvados sino porque no son conscientes de ésta situación, inconscientemente siempre querramos nuestro bien por sobre el de los demás.¹¹

Traigo este tema a colación pues para lograr el cometido aquí vertido, es necesario que todos dejen de esperar a que el otro piense por uno, el cliente esperando que su abogado piense por ellos, el abogado esperando que el juzgador piense por ellos y éstos últimos esperando a que el superior jerárquico sea quien tome la real decisión.

Es conocido que muchos juzgadores no se atreven a tener una decisión relevante y con ello una represalia si fallan o con la carga excesiva de trabajo en

¹¹ Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?* pp. 25-30.

los juzgados hacen imposible que alguien se tome el tiempo para estos menesteres sin descuidar otros diez.

La única falla que se le puede recriminar a Kant es la falta de comunidad, para Kant, la sociedad nace de la legalidad, sólo habla del individuo, mas no omito señalar que la publicidad es la forma por la cual se debate y se sale de la minoría de edad. Sin embargo, es creencia del que escribe, que la moralidad kantiana se basa en el individuo y se perfecciona en el diálogo común. Hegel por otro lado, sí habla del Estado, Hegel ve al Estado como divino, ya que es historia, pues el Espíritu Absoluto es divino y sale fuera de sí, se cosifica, se aliena de una manera positiva,¹² hace falta, entonces, una forma colegiada de juzgamiento, no solo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino desde la primera instancia, esa comunidad representada en el Estado y en su forma de impartir la justicia.

Edgar Morin nos dice que vivimos “bajo el imperio de los principios de disyunción, reducción y abstracción”, al que denomina “paradigma de simplificación”.

Se refiere a que con el ejemplo de Descartes a que hay una mente pensante (nosotros) y hay la cosa que se extiende o lo que pretendemos conocer, reducir al máximo la cosa que va a conocerse para hiperespecializarse en eso, dice que la única solución es paradójicamente otra reducción, la coexistencia de lo simple, simplificador y lo complejo, ir de lo general a lo particular para luego regresar a lo general.¹³ Lo mismo sucede con nuestros juzgadores, están tan hiperespecializados en una sola materia y formas de sentenciar, que es imposible que vean de otra forma, lo que Morin llama complejidad.

Este es un tejido entre lo uno y lo múltiple, hace una analogía con el problema metafísico presente desde los presocráticos, donde lo uno es lo necesario (en algunos casos Dios), y lo múltiple que es lo contingente, de lo que podemos prescindir, él lo llama constituyentes heterogéneos que tenemos en el mundo del fenómeno evocando a Kant y a Heidegger, que es lo que se nos presenta para nosotros interpretarlo, pero no llegamos al noúmeno.¹⁴

Supone también incertidumbres, indeterminaciones, fenómenos aleatorios, significando esto que la complejidad siempre está relacionada con el

¹² Francisco Piñón, “La fenomenología de la alienación y la crítica del fetichismo en el pensamiento de Hegel y Marx”, p. 163.

¹³ Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, p. 15.

¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

azar, coincidiendo con la incertidumbre, ya en los límites de nuestro entendimiento, en los fenómenos, pero no se reduce a eso, es una mezcla de orden y desorden, sin perturbar el principio de no contradicción.¹⁵

Me refiero a Morin y a su teoría de la complejidad, pues el juzgador es más que una máquina de silogismos simples, los casos difíciles raramente se resuelven con una simple operación lógica con pruebas de la veracidad de cierta premisa, el juzgador debe allegarse de todas las materias a su disposición para resolver el caso en concreto.

Se puede argumentar que esto ya lo estableció el legislador con las pruebas para mejor proveer, pero el problema es que es de forma excepcional, no es la norma.

Eduardo Medina Mora I. Por ejemplo, en su *Análisis de la naturaleza jurídica y los límites de las facultades para mejor proveer en el juicio de amparo*, citando a Roberto Lara Chagoyán, señala tres aspectos negativos de las pruebas para mejor proveer, establecidas en los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles:¹⁶

- No deben utilizarse para la situación de las partes.
- Tampoco deben ser utilizadas para remediar su descuido o impericia.
- Los hechos que con ellas se obtengan no deben ser constitutivos de la pretensión de alguna de las partes.

En sus conclusiones, Medina dice estar de acuerdo con éstas restricciones, pues limitan la discrecionalidad y amplitud de las mismas, por ser coherentes con su fin conforme al sistema constitucional.¹⁷

Pero para el que escribe, la instauración de las pruebas para mejor proveer, tienen que venir sin restricciones, toda vez que su misma naturaleza dota al juzgador de facultades para buscar y, eventualmente, encontrar la verdad, no sólo jurídica, sino histórica y dotarla de relevancia procesal, sin importar si se interpone en aspectos menores como lo son la situación de las partes, o su descuido o su pretensión, pues la justicia está por encima de todo, ¿qué importa si se favorece a alguien, si es el indicado?

¹⁵ *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁶ Eduardo Medina Mora I., “Análisis de la Naturaleza Jurídica y los Límites de las Facultades para Mejor Proveer en el Juicio de Amparo”, pp. 421-422.

¹⁷ *Ibid.*, p. 430.

Ahora bien, analizaré dos teorías filosóficas de la verdad, basándome en el libro *Sobre la verdad* de Simon Blackburn.¹⁸

Siendo la primer teoría la de la Correspondencia, en la que las preguntas no son en sí mismas verdades o mentiras, aunque se respondan verdadera o falsamente.

Una creencia es identificable por su contenido, la cual es la suma total de lo que la hace verdadera o falsa.¹⁹ La creencia, en este sentido, es propiedad pública, todos podemos creer en lo mismo, incluso hablando lenguas diferentes, la verdad como correspondencia, tiene que relacionarse con algo, con los hechos, con la realidad, relacionado con Aristóteles, una creencia verdadera y justificada.²⁰

Como estableció Peter Strawson en su artículo “Truth”, “La correspondencia no requiere purificación, sino eliminación”.²¹

Lo cual pone en duda cuestiones como la ética y la estética, pues los hechos pueden ser elusivos aquí o de plano inexistentes,²² es una interpretación de la situación, la cual no deja de ser una creencia, es una disposición, estamos dispuestos a responder una pregunta,²³ como lo haría un juez, pues si bien los hechos se le presentan con pruebas de su existencia y correspondencia con la realidad, el juez nunca estuvo en el lugar de los hechos para comprobarlo.

Hay diferencia entre hechos y objetos, o incluso estructuras de objetos, se da una diferencia entre sensaciones y experiencias. William James lo pone de la siguiente forma: “*Una sensación es más bien como un cliente que le da un caso a un abogado, y luego pasivamente escucha en la corte todos sus asuntos, placenteros o no, el abogado encuentra la forma de defenderlo*”.²⁴

Todas las sensaciones conllevan una interpretación y solo en la interpretación podemos encontrar un atisbo o imagen de la verdad, de lo que decimos de esas sensaciones.²⁵

¹⁸ Simon Blackburn, *On Truth*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁰ *Ibid.*, p. 17.

²¹ P. F. Strawson, *Logico-Linguistic Papers*, pp. 190-213.

²² *Ibid.*, Simon Blackburn, p. 18.

²³ *Ibid.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p. 22.

²⁵ *Ibid.*, p. 23.

Podemos, al fin, decir que la correspondencia depende mucho del empirismo, pues requiere que lo que se dice de algo esté representado en la realidad física, es donde encontramos las pruebas materiales de que algo sucedió, sin embargo, no es del todo completa, pues al final del día, no todos los delitos ni todo lo que es verdad en esta vida, está contenido en el mundo físico, véase un delito de comisión por omisión, por ejemplo.

Ahora bien, por otro lado, se encuentra la teoría de la coherencia, siendo esta imprescindible, pues es la que nos da el contexto, la verdad aquí será un tanto relativa dependiendo del individuo o del objeto al que se aduzca, si la verdad como correspondencia era empírica, aquí va a ser racional, pues dependerá del juicio para saber a cuál atendemos.

Las creencias no pertenecen a sistemas completos, están desconectadas y son independientes unas de otras, pertenecen orgánicamente a los sistemas completos, o teorías, como un cuerpo viviente, orgánico, donde gana valor dicho sistema.²⁶

La coherencia es a lo que debemos apuntar y tiende al infinito, pero la coherencia que tenemos no es la de los dioses y es limitada.²⁷

Es una red interconectada de “verdades” que apuntan a una sola verdad, y la mayor crítica que se le hace es que sería imposible para nosotros encontrar evidencias de esta verdad única, es una verdad dependiente de una razón superior, excluida de nuestro mundo empírico.

Necesita un tanto de control, unas metacreencias, creencias de cómo deben ser incluidas las creencias al sistema entero, cuando estas fallan, suspendemos la creencia, puede ser por observación, historia, lógica y demás pruebas que se le pueden pedir a dicha creencia.²⁸

Si bien parece que la coherencia, entonces, depende de las evidencias dadas por la correspondencia, es justo decir que sirve a la teoría jurídico penal porque podríamos hablar de la imputación objetiva, pues no alude solo al nexo causal, sino a una puesta en peligro no permitido o incluso uno permitido y atiende así, a una razón superior.

Puede decirse que, si uno se decanta por una u otra teoría, se deja de lado o la razón o la experimentación empírica, sin embargo hay forma de salvar-

²⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁸ *Ibid.* p. 30.

lo y para esto tenemos a Kant, quien entiende que tanto racionalismo como empirismo son fuentes de conocimiento válidas, ambas tienen límites pero se pueden unir para poder llegar a una verdad mayor, Kant las llamará razón pura y razón práctica.

Kant es un pensador sistemático, pretende construir un sistema filosófico en el que las ramas de la filosofía tengan un vínculo en común, intenta conciliar el racionalismo y el empirismo, pues antes, los filósofos solo divagaban en la razón, necesitan el empirismo como piedra de toque. En la introducción de *La crítica de la razón pura*, nos menciona que si bien ambas tienen verdades, no poseen *per se* todas las verdades “Todo conocimiento proviene de la experiencia, pero no todo conocimiento se fundamenta en él” es entonces claro que el origen es muy diferente a la fundamentación y es ahí donde entra el racionalismo, para fundamentarla y comprobarla.²⁹

Sólo puede haber juicios analíticos *a priori*, es decir, que el objeto ya está contenido en el sujeto, por tanto, no es falso, es ontológico y su validez no depende de la experiencia, pues es anterior a ella, por tanto, no es necesario corroborarla (racionalismo); y juicios analíticos *a posteriori*, es decir, que se comprueban con la experiencia (empíricos). Los juicios sintéticos *a priori* son el fundamento de la ciencia, son necesarios y universales, pues el objeto no está incluido en el sujeto, es necesaria su comprobación.³⁰

De la *Razón teórica* podemos extraer que sólo se pueden conocer los fenómenos, lo que se representa, si no hay humanos inteligentes, no hay fenómenos pues no hay quien los perciba, podemos conocer cómo se nos presentan las cosas, pero su esencia es un misterio, la falsa pretensión de la metafísica, el Noúmeno es la cosa en sí (esencia), no lo que es para nosotros (nacemos con categorías). En resumen, la *Razón teórica* es lo que puedo conocer o saber y la *Razón práctica* es lo que debo hacer, por ejemplo: La libertad se resuelve con la *Razón práctica* pues no se puede conocer, sino sólo ejercer.

Ya entrando de lleno en la ética kantiana, es imperativo ver su *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Una Ley moral es Razón pura, si interviene lo empírico es regla práctica, pues la Ley moral debe ser por sí, si interviene lo empírico es inmoral.³¹

²⁹ Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura*, p. 40.

³⁰ *Ibid.*, p. 48.

³¹ Immanuel Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, p. 5.

Es imposible pensar en lo bueno, sino en una buena voluntad, pues todas las virtudes pueden ser defectos (inteligencia, temperamento y espíritu), la buena voluntad corrige su ánimo viciado.³² El hombre no nace con conocimientos innatos, a la naturaleza no le importa que vivamos cómodos, sino que extraigamos esa razón, pues su auténtico destino es la buena voluntad en sí y no como medio.³³ En este sentido, es imperativo que el juez actúe con buena voluntad, no intentando actuar bien.

Todo encaminado a una Ley universal moral, ninguna Ley universal debe ser no deseada, de ser así, esa máxima nunca será Ley, puede que nos ayude a conseguir nuestros deseos más próximos, pero no sostendría un aparato común y duradero, pues al final siempre se dudaría de sus intenciones.³⁴

Surge entonces la pregunta: ¿La Ley moral nace sólo de la razón? Pues ningún ejemplo basta. El mundo opera con las leyes, hace falta la razón para ver su representación (voluntad).³⁵ Un imperativo es la representación de un principio objetivo, en tanto resulta apremiante para una voluntad, se le llama mandato (de la razón).³⁶

Un imperativo es un deber ser, es la relación entre Ley y Voluntad, puede dividirse en dos categorías, los hipotéticos y los categóricos, me centraré en los segundos, siendo estos buenos en sí, aquí está la prosperidad, son pragmáticos y mandatos, representa una acción como objetivamente necesaria *per se*, sin otro fin.³⁷

Una acción posible se define como buena y por ello necesaria para él, determinado por la razón, en este sentido, los categóricos solo tienen como principio el apodíctico-práctico, esto es, que tienen una verdad concluyente en sí mismo y no deja lugar a dudas.³⁸ Se puede afirmar que el principio formal de la máxima es: “Obra como si tu máxima fuese a servir como Ley Universal”.³⁹

El imperativo categórico es posible, pues todas las acciones deben ser tomadas como parte del mundo natural y, por tanto, parte del mundo sensible,

³² *Ibid.*, p. 12.

³³ *Ibid.*, p. 15.

³⁴ *Ibid.*, p. 20.

³⁵ *Ibid.*, p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 32.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibid.*, p. 56.

además de ser miembro del mundo inteligible y ser regido por la Razón. Es pues, el uso práctico de la Razón humana.⁴⁰

De todo lo escrito se desprende que el criterio de moralidad kantiana es el deber por el deber, lo supremo es la Ley y su formalidad, una necesidad y universalidad por un imperativo categórico, llegando a ella a través de máximas y es así como el juzgador debe dictar sus sentencias, atendiendo a todo lo que esté en su mano para llegar a la verdad, siendo esta empírica o racional, jurídica o histórica. En este aspecto Kant y un servidor somos utópicos, pues la Ley está lejos de ser pura, porque nace del entendimiento y esta, a su vez, del hombre que está determinado por la historia.

V. Conclusiones

En el presente desarrollo se han mostrado diferentes alternativas, es natural después de leer lo anterior perderse en el punto, todo lo dicho es con el propósito de demostrar que la verdad es solo una y que el derecho, así como el Estado, son ficciones, que debemos acatar, hacer valer y respetar, pero al fin y al cabo ficciones y como tales, están a merced de la realidad.

El juzgador no puede sino buscar, feroz e insaciablemente, la verdad en pos de la justicia, ese es su deber, decidir a quién de los implicados le asiste el derecho, no el de ver quién probó mejor su dicho o ver quién tuvo mejor técnica jurídica y argumentativa.

La ley está diseñada para abarcar el mayor número de casos que se puedan llegar a actualizar en un momento dado, eso tiene sus ventajas y desventajas, busca ser lo más equitativa y justo ahí es un gran oxímoron, es equitativamente injusta, da injusticias por igual, cuando su deber es encontrar lo más parecido a la justicia en este mundo.

Para ello, es necesario que nuestros juzgadores conozcan de filosofía, sociología, antropología, física, matemáticas y, en sí, de toda materia que se relacione con el ser humano, pues ahí donde hay seres humanos, hay derecho y, por tanto, es menester que quien lo imparte, conozca respecto de lo que dicta, es por eso que se hacen necesarias instancias colegiadas desde primera instancia y una carga menor en los juzgados.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 71.

Pero no todo es responsabilidad de los juzgadores, nosotros como patrocinadores de nuestros clientes, debemos aliviar esa carga, no solo para apoyarlos (que ya es razón suficiente), sino que al ayudarlos, nos ayudamos a nosotros, pues con más tiempo en sus manos, hay mayor tiempo de análisis de nuestros casos y por ende un mayor acercamiento a la justicia y a la verdad.

Si recurrimos a la *Ética a Nicómaco*, veremos que toda acción tiende a algún bien. Los fines de las principales son preferibles a los de las subordinadas, el fin de una cosa es el bien y el bien es entendido como hacer lo que le corresponde, para llegar a un fin, hay una actividad y esa actividad está supe-
ditada a otra actividad y así, sin llegar al infinito, hasta llegar al bien último que se baste a sí mismo, que no sea medio para otra cosa, recuerda al último motor y ese bien último es la verdad.⁴¹ Todo lo anterior para decir que dejemos de vivir en esa realidad distorsionada, inventándonos “verdades” para encajarlas en este modelo absurdo de pseudojusticia y tengamos, en cambio, una razón legítima para creer en este sistema.

Al final, me quedo pues, con Kant, cuando señala con razón que: “Hay una especie de deber de confiar. Este deber es una pequeña luz en las tinieblas. Sin borrar de nuestra memoria el mal, está en nuestras manos actuar como si un Dios o nuestra propia naturaleza tuviera buenas intenciones para con nosotros”.⁴²

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Aristóteles. *Ética Nicomaquea*. España, Gredos, 1993.

_____. *Metafísica II*. España, Gredos, 2010.

_____. *Tratados de lógica, Órganon*. España, Ed. Gredos, 1995.

_____. *Segundos analíticos*.

Blackburn, Simon. *On Truth*. Reino Unido, Oxford University Press, 2018.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I., Argentina, Uteha, 1944.

⁴¹ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, Libro I, Cap. 1, 1094a.

⁴² Rüdiger Safranski, *El mal o el drama de la libertad*, p. 279.

- Descartes, René. *Meditaciones metafísicas seguidas de las objeciones y respuestas*. España, Gredos, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México, Fontamara, 2008.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. España, Gredos, 2014.
- _____. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. España, Gredos, 2014.
- _____. *¿Qué es la Ilustración?* México, FCP, 1994.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, UNAM, 1995.
- Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. España, Gedisa, 2007.
- Piñón, Francisco. “La fenomenología de la alienación y la crítica del fetichismo en el pensamiento de Hegel y Marx”. *Revista Economía Política: Teoría Práctica*. México, UAM, 1983.
- Strawson P. F. *Logico-Linguistic Papers*, Londres, Methuen, 1971
- Safranski, Rüdiger. *El mal o el drama de la libertad*. Alemania, Tusquets Editores, 1997.

Electrónica

- Medina Mora I., Eduardo. “Análisis de la Naturaleza Jurídica y los Límites de las Facultades para Mejor Proveer en el Juicio de Amparo”. *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alonso Herrera (coord.), tomo I, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 417-433. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/27.pdf>

Transhumanismo, naturaleza animal y derecho

Liliana Fort Chávez*

La crueldad hacia los animales es signo característico de los pueblos degenerados y de la gente ignorante y vulgar.

Alexander Von Humboldt

Resumen:

El transhumanismo está de moda, es la utopía del momento. Sin embargo, esto no es nuevo. Hoy se presenta con promesas renovadas. Sin embargo, la falta de autoconocimiento y de debate cuando se hacen las leyes nos ha dejado en una comprensión instrumentalista del mundo, como la que vemos bajo la noción disciplinaria del derecho como “orden coactivo de la conducta”. Sin embargo, saber que somos organismos autopoieticos y que podemos organizarnos para conservar el futuro orgánico en el lenguaje simbólico, o bien, que podemos caer bajo fantasías con el lenguaje impuesto nos da la posibilidad de elegir el mundo del autoconocimiento en donde las leyes de protección a los animales racionales o no son eficaces, o de dejar que los animales sigan siendo objetos de lucro, como sucede con la legislación al respecto en México.

Abstract:

Transhumanism is fashionable, it is the utopia of the moment. However, this is not new. Today it is presented with renewed promises. However, the lack of self-knowledge and debate when laws are made has left us with an instrumentalist understanding of the world, such as the one we see under the disciplinary notion of law as a “coercive order of conduct.” However, knowing that we are autopoietic organisms and that we can organize ourselves to preserve the organic future in symbolic language, or else, that we can fall under fantasies with imposed language, gives us the possibility of choosing the world of self-knowledge where protection laws to rational animals or are not effective, or to let animals continue to be objects of profit, as is the case with the legislation in this regard in Mexico.

Sumario: Introducción / I. Eficacia de las leyes que confieren derechos a los animales / II. Evolución biológica / III. Organismos y sociedades / IV. Naturaleza del lenguaje / V. Conocimiento determinista y conocimiento complejo / VI. La fuerza del perro / Fuentes de consulta

* Doctora en Filosofía del Derecho, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

El transhumanismo es una filosofía de moda: la utopía del momento. Hoy se presenta con promesas renovadas, no encuentra competencia, excepto en el campo renovado también de la religión.

El principal reclamo del transhumanismo radica en

(...) haber sabido conectar con los deseos insatisfechos de amplios sectores de la población en los países más desarrollados; deseos un tanto difusos, que el transhumanismo ha tenido la habilidad de centrar en objetivos que parecían fuera de nuestro alcance y que ahora, sin embargo, se presentan como seguros y de disfrute irrenunciable para quienes buscan novísimas formas de consumo o estar simplemente al día respecto a lo que la tecnología marca como la siguiente oleada de avances.¹

Se convierte, así, en el único proyecto de salvación laica, pretendidamente realizable aquí, en este mundo, capaz de atraer fieles seguidores en un número considerable, a los que les hace recuperar la confianza en el poder de la mente humana como garante del progreso material y de un futuro mejor, al tiempo que no los obliga a ninguna renuncia inmediata, ni a cambiar demasiado sus formas actuales de vida y de pensamiento.

La prolongación indefinida de la vida, la promesa de inmortalidad es lo que el transhumanismo necesita para afianzarse como proyecto utópico; el tiende a una nueva era. Sin embargo, los ideales transhumanos no convulsionan al mercado. Todos siguen consumiendo lo que ofrece el mercado. Nadie tiene noción de la inmortalidad de las especies, sino solo noción de la inmortalidad del propio cuerpo. Para superar el pensamiento fundamentalista, tanto del mercado como de las religiones, necesitamos el autoconocimiento como parte que somos de la dinámica interrelacional de todos los procesos.

El transhumanismo se sitúa en la frontera entre lo real y lo imaginario, y desde allí puede fluctuar proponiendo un “programa metafísico de investigación”, así como un repertorio de conceptos y de valores que impulsan prácticas concretas encaminadas a la consecución de una nueva era.

¹ Antonio Diéguez, *Transhumanismo, la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, p. 15.

El transhumanismo se ha perfilado en la idea de que la muerte no es inevitable. Se dice que la vida eterna no está en el más allá, sino aquí mismo, al alcance de nuestra mano, y es la tecnología la que puede proporcionárnosla.

Antonio Diéguez recuerda que el transhumanismo no es una idea nueva y proclamar que el ser humano es una entidad manifiestamente mejorable, no solo desde el punto de vista físico, sino también desde el psicológico, el cognitivo, el moral, el emocional (...), y que la tecnología puede proporcionar muchas de las mejoras que necesita.² Tiene razón, siempre y cuando se diferencien las mejoras sociales de las individuales.

Es en la actualidad cuando la idea del mejoramiento humano cobra un significado literal, es ahora cuando se necesita una revisión crítica que permita separar lo razonable de lo que de cuestionable hay en todo lo que se nos promete.

Necesitamos dialogar con las diversas voces que sostienen que ha llegado la hora de dejar que sean las tecnologías biomédicas o incluso las cibernéticas las que tomen el asunto de la mejora humana en sus manos, efectuando las transformaciones mediante la intervención directa e interna en los individuos. Como ya se está haciendo en las plantas y animales.³

No podemos dejar que la deriva evolutiva se haga de manera desorganizante.

Sin embargo, hay quien sostiene que ya llegó la hora de que el ser humano tome el control de su propia evolución y haga de ella una evolución dirigida o diseñada. Ojalá sea el ser humano o especie inteligente que, cuando debata para tomar decisiones y nombrar las cosas del mundo logre autoconocerse. Esto puede alcanzarse en la educación y la comunicación pública que concientice a cada hablante de que la evolución es obra de todos y podemos reorganizarla. Muy diferente será, si toman este poder de tomar el control de la evolución y lo dirigen según el poder político y económico que logre: “En este segundo caso, la evolución biológica, basada en la selección de variaciones aleatorias, habría así finalizado para nosotros. Comenzaría en su lugar la evolución basada en la tecnología y dirigida por los fundamentalismos religiosos

² *Ibidem.*, p. 21.

³ *Ibidem.*, p. 22.

y de mercado. Y los hablantes estarían sujetos y hablados por el poder que les forma deseos”.⁴

Vemos que el transhumanismo no es algo homogéneo. Hay orientaciones radicales que no dudan en anhelar el advenimiento de distopías futuras —que paradójicamente son vistas por sus defensores con complacencia— en las que el ser humano solo será un vago recuerdo en un mundo dominado por *cíborgs*, robots y organismos superinteligentes y cuasi omnipotentes. Hay corrientes de transhumanismo animal que denigran a lo humano en favor de los animales: hacen especismo en sentido contrario. No voy a seguir esta vía en el texto, sino la vía del autoconocimiento para el animalismo que planteo.

Es útil, asimismo, distinguir entre un transhumanismo cultural o crítico (que suele preferir el apelativo de “poshumanismo”) y un transhumanismo tecnocientífico. El primero estaría inspirado en la crítica postmoderna al ideal humanista. El transhumanismo cultural no busca tanto la transformación medicalizada o mecanizada del ser humano (a la que incluso rechaza por sus compromisos ideológicos y por su visión ingenua de los problemas) cuanto realizar una crítica de la concepción de lo humano considerada como natural y transmitida de ese modo generación tras generación. Trata, sobre todo, de mostrar las debilidades conceptuales y los presupuestos acrílicos que están detrás de esa concepción, forjada en lo esencial por el humanismo moderno, la cual es denunciada como un producto de prejuicios eurocéntricos, racistas, sexistas y especieístas.

El transhumanismo que sostengo es cultural, pues no busca transformación medicalizada, sino que desea realizar una crítica de la concepción de lo humano del primitivo patriarcal y contrastarlo con la humanidad integrada a su medio ambiente interespecie. Para comprender esto, posteriormente describo qué es lo natural que se transmite generacionalmente. Como la humanidad se organiza autopoieticamente a través del lenguaje, acudo a la teoría de sistemas autopoieticos, para resemantizar el término ‘transhumanismo’.

Y con relación al transhumanismo tecnocientífico, más que poner el acento en los experimentos genéticos, doy prioridad a los dispositivos para incluir a los hablantes en la toma de decisiones. Ese es el lugar en donde se transforman físicamente expandiendo su sistema nervioso y mentalmente al cambiar para la emergencia de una sociedad civilizada. El acto comunicativo tiene

⁴ *Ibidem.*, p. 30.

poderes racionalizantes, por ello decimos que el sistema social emerge por la comunicación en todos los medios. No entraré en este tema, aunque es importante para la implementación de una integración en la interrelación de las especies. Me limitaré a diferenciar y comparar dos actitudes con relación al mundo natural en un filme y, por tanto, dos actitudes donde se significa diversamente al mismo ‘transhumanismo’ y coexisten dos mundos diversos: entrópico y estabilidad. Toca al hablante elegir en qué mundo desea vivir.

Expongo puntos básicos de la deriva biológica para lograr la autocomprensión del lector como naturaleza que evoluciona y poder señalar en qué mundo son válidos y también eficaces los derechos de los animales. Por eso acudo a interpretar un filme, de manera que sepamos en qué consiste el mundo que Peter defiende.

I. Eficacia de las leyes que confieren derechos a los animales

Al parecer, en México ha evolucionado el respeto a los derechos de los animales. En diversas legislaciones estatales se han reconocido jurídicamente como seres sintientes. El objetivo es que sea posible exigir a las autoridades y ciudadanos que garanticen una vida digna, respetuosa y libre de violencia a los animales y que se les brinde protección a nivel nacional.

Esto comienza con el artículo 4 constitucional que menciona que todos tenemos derecho a un ambiente sano. Es decir, todo animal racional o no tiene este derecho, por tanto, los estados deben reconocerlos como seres sintientes.

En la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, se regula la protección y la preservación de la fauna. Instituye la responsabilidad por daño ambiental y los medios procesales para proteger las especies.

En la Ley Federal de Sanidad Animal se fijan las bases para el cuidado de la salud animal, con diagnósticos, prevención, control y erradicación de las enfermedades y plagas de estas especies.

En la Ley General de Vida Silvestre se procura que todas las especies que se encuentran bajo el control del hombre sean protegidas para se desarrollen libre y sanamente en hábitats adecuados.

En el código penal de la CDMX en el numeral 350 se prevén sanciones contra actos de maltrato o crueldad en contra de cualquier especie animal no

humana, sean que pongan en peligro su vida o no. Se dice que se “entenderá (...) como animal, al organismo vivo, no humano, sensible, que no constituya plaga, que posee movilidad propia, y capacidad de respuesta a los estímulos del medio ambiente perteneciente a una especie doméstica o silvestre. Los animales abandonados o callejeros no serán considerados plaga”. En el artículo 235 dice: “Comete el delito de maltrato animal, el que cause lesiones dolosas a cualquier animal que no constituya plaga, y se le impondrá pena de seis meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona geográfica que corresponda”. Esta pena se aplicará también a quien abandone a cualquier animal de tal manera que quede expuesto a riesgos que amenacen su integridad, la de otros animales o de las personas. Y también a quien realice actos eróticos sexuales a un animal o le introduzca por vía vaginal o rectal el miembro viril, cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

En las leyes de Protección Animal en cada estado, se garantiza el bienestar de los animales con la atención adecuada, buen trato, manutención, alojamiento, desarrollo natural y salud para evitar cualquier acto que les implique daño, crueldad o maltrato. En la Ley de Protección a los animales de la Ciudad de México, en su artículo 4 fracción II, se define como animal a “Todo ser vivo no humano, pluricelular, sintiente, consciente, constituido por diferentes tejidos, con un sistema nervioso especializado que le permite moverse y reaccionar de manera coordinada a los estímulos”.

Sin embargo, las definiciones de los animales, tanto del código penal como de las leyes de protección animal, son estáticas, no miran la interrelación entre todas las especies, que es lo que les permite tomar conciencia y lleva a aquellos que son racionales a hablar en defensa de dicha animalidad y especies verdes. Pero el humano, al igual que los animales, puede desarrollar su sistema nervioso. El animal con las interacciones, el animal humano discutiendo historias para hacer decisiones. En México no se ha dado impulso a la comunicación y a la libre expresión, fuentes del autoconocimiento como seres sintientes. Por tanto, los derechos de los animales racionales o no, no llegan a ser efectivos, sino que quedan en el papel como buenos deseos.

La Organización de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, aprobaron en 1977 la declaración de la Liga Internacional de los Derechos del Animal. En su

primera disposición dice: “Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia”. Para realizar esto, debemos autoconocernos y autocomprendernos como parte de una misma autoevolución. Solo así, con esa conciencia, cualquiera podría ser defensor de los derechos de los animales.

En la cuarta disposición expresa: “Todo animal perteneciente a una especie salvaje tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse”. Esto es efectivo en una sociedad que está integrada a la evolución del mundo; que sabe que los animales tienen su cultura de la supervivencia y que los estamos afectando con nuestra sociedad del deseo incontrolado que ya no mira a la organización de la vida en la civilidad del derecho. En las sociedades líquidas en donde lo prioritario son los negocios, esta protección se hace difícil.

Para terminar, refiero el artículo 11: “Todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida”. Excepto los animales destinados a la investigación científica.

Sin embargo, ante la desorganización y colonización del pensamiento del animal humano, los animales siguen extinguiéndose. Siguen siendo el blanco de la crueldad o ánimo de lucro de muchos. Siguen siendo los conejillos para la experimentación científica. Por tanto, si no hay comunicación para hacer decisiones y educación pública para autoconocimiento biológico, no llegaremos a organizarnos como transhumanismo de la naturaleza, en donde la cultura nos lleve a definirnos y actuar en consonancia a nuestra interrelación con la flora y la fauna. Sin la sociedad de costumbres civilizadas que se siente digna, pues cambia y se integra para conservar el futuro, las normas cuya intención es proteger a los animales seguirán siendo ineficaces. Sin la educación de las pulsiones individualistas del animal racional, no podrá hacerse responsable ni de sí, ni del entorno animal, vegetal y ecológico. Por eso, se justifica que exponga algunos puntos de la evolución biológica que el Estado debiera estar impartiendo a falta de comunicación pública y democracia deliberativa.

II. Evolución biológica

Nosotros, como seres humanos, tenemos una *historia*: somos descendientes por reproducción, no sólo de nuestros antepasados humanos, sino de antepa-

sados muy distintos que se extienden en el pasado hasta hace más de tres mil millones de años. La otra es que, como organismos, somos seres multicelulares y todas nuestras células son descendientes por reproducción de la célula particular que se formó al unirse un óvulo con un espermio y nos dio origen. La reproducción está, por lo tanto, metida en nuestra historia en relación con nosotros como seres humanos y en relación con nuestros componentes celulares individuales, lo que, curiosamente, hace de nosotros y nuestras células seres de la misma edad ancestral. Más aún, desde un punto de vista histórico, lo anterior es válido para todos los seres vivos y todas las células contemporáneas: compartimos la misma edad ancestral. Por esto, para comprender a los seres vivos en todas sus dimensiones, y con ello comprendernos a nosotros mismos como humanos, es necesario entender los mecanismos que hacen del ser vivo un ser histórico: la reproducción.⁵

Un sistema es un conjunto de procesos dinámicamente interrelacionados para cumplir una función. Las máquinas son sistemas cuya función es aquella por la cual fue diseñada. La función de los sistemas vivos es que su organización es tal que su único producto es ellos mismos, donde no hay separación entre productor y producto. Por eso los llamamos organismos autopoiéticos. Ellos especifican su propia ley: son autónomos. Esto no significa que se independizan del medioambiente, sino que establecen múltiples relaciones con el medio externo, que es el que brinda elementos para autofabricarse continuamente. Lo que vemos como célula es una dinámica interrelación de procesos que constituye el primer orden de la vida.

Entendemos como organización, “las relaciones que deben darse entre los componentes de algo para que se le reconozca como miembro de una clase específica (...). Se entiende por *estructura* de algo a los componentes y relaciones que concretamente constituyen una unidad particular realizando su organización”.⁶ Las células, a partir de su interrelación con el medio reciben provocaciones de este, de manera que se reestructuran para conservar su organización autopoiética. Cada cambio interno, a partir de las irritaciones del medio externo se va anotando en los genes.

Hablamos de reproducción cuando una unidad sufre una fractura que da por resultado dos unidades de la misma clase, pues conservan su organización

⁵ Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento*, p. 37.

⁶ *Ibidem.*, p. 28.

autopoiética. Durante la división celular los componentes celulares se van dividiendo, en cambio, los genes se replican. En la reproducción hay cierta permanencia de configuraciones estructurales de una generación a otra, de la misma manera hay variación estructural.

Aclaran los científicos que a menudo se dice que los genes contienen la “información” que especifica un ser vivo. Esto es un error por dos razones fundamentales: primero, porque confunde el fenómeno de la herencia con el mecanismo de réplica del ADN; y segundo, porque el decir que el ADN contiene lo necesario para especificar a un ser vivo saca a estos componentes (parte de la red autopoiética) de su interrelación con todo el resto de la red. Es la red de interacciones en su totalidad la que constituye y especifica las características de una célula particular, no uno de sus componentes. El ADN está recibiendo información durante la vida de los organismos y se replica en el estado que está en el momento de la concepción. Por eso, ocurre la evolución, es decir, el paso del tiempo biológico. “La participación de los genes es esencial, aunque no tienen la responsabilidad única en la determinación que especificará al nuevo ser, sino que la comparten con el resto de los elementos de la célula”.⁷ No obstante, las ciencias deterministas registran regularidades y no cambios dinámicos.

Durante su vida (ontogénesis), las células van cambiando sin perder su organización autopoiética. Cuando un organismo percibe a otros que se mueven recurrentemente como ellos, se reestructuran para acoplarse y dar lugar a un segundo orden de la vida: los multicelulares, que también son organismos autopoiéticos.

La lógica de su constitución la que exige que cada organismo metacelular sea parte de un *ciclo* en el cual hay una etapa unicelular necesaria. Es en la fase unicelular, durante la reproducción, cuando ocurren las variaciones generacionales, de la misma manera que los seres vivos unicelulares. La novedad de la multicelularidad es que hace posible muchos linajes diferentes como distintos modos de conservación del acoplamiento estructural ontogénico al medio. “La riqueza y la biodiversidad sobre la Tierra se debe a la aparición de esta variante o desviación multicelular dentro de los linajes celulares que continúan hasta hoy, y a los que nosotros mismos pertenecemos”.⁸

⁷ *Ibidem.*, p. 46.

⁸ *Ibidem.*, p. 55.

La deriva biológica ha dado lugar a una gran variedad de plantas y animales en la naturaleza, entre ellos, los humanos. Todos los multicelulares son organismos autopoieticos, que se reestructuran a partir de las provocaciones del medio externo. Esta capacidad de cambiar internamente provocada por el medioambiente es lo que constituye el 1% de diferencia entre los humanos. Por esa capacidad de todos, su fenotipo es una expresión de su adecuación al ambiente, pues todos somos iguales como especie que es responsable de la interrelación dinámica del todo. Entonces se comprendería que las razas no son diferencias ni deben dar lugar a exclusiones, sino que son agentes del cambio en diversos lugares, para conservar el futuro de las generaciones.

Los más evolucionados entre estos organismos son los animales capaces de movilidad gracias a su sistema nervioso. El sistema nervioso opera con determinación estructural, por tanto, la estructura del medio no especifica (causa) sus cambios, solo los gatilla o provoca.

El sistema nervioso se caracteriza por su clausura operacional: funciona manteniendo ciertas relaciones estables entre los componentes invariantes del organismo en que opera, frente a las continuas perturbaciones que generan en él tanto la dinámica interna (ADN) como las interacciones del organismo que integra (información que se apunta en el ADN). No hay sistema nervioso conocido que no presente algún grado de plasticidad.⁹

Para ilustrar esto, referimos el experimento que hicieron los científicos: separaron de su madre por unas pocas horas a un corderito recién nacido para luego devolvérselo, vieron que el animalito se desarrolló de un modo aparentemente normal. El corderito creció, seguía a su madre y no revela nada diferente hasta que comenzaron sus interacciones con otros corderos pequeños. Estos animales gustan de jugar corriendo y dándose topes con la cabeza. El corderito separado de su madre por unas pocas horas, sin embargo, no logró hacerlo. No sabía y no aprendió a jugar, permaneció apartado y solitario. ¿Qué pasó? Que el animalito se comportara en forma diversa, reveló que su sistema nervioso es diferente del de los otros como resultado de la deprivación materna transitoria. En efecto, durante las primeras horas después de nacer al corderito su madre lo lame persistentemente, pasándole

⁹ *Ibidem.*, p. 113.

la lengua por todo el cuerpo. Al separarlo, hemos impedido esta interacción y todo lo que conlleva de estimulación táctil, visual y probablemente contactos químicos de varios tipos. La lengua de la madre hace que las neuronas más externas hagan sinapsis con otras hasta el cerebro, de manera tal que el animal pueda coordinar el movimiento de las extremidades haciéndole posible el caminar, correr, jugar. El desarrollo de su sistema nervioso le posibilita mayor número de conductas y la percepción de un mundo más amplio. “Estas interacciones se revelan en el experimento como decisivas para una transformación estructural del sistema nervioso que tiene consecuencias aparentemente muy remotas del simple lengüeteo, como es el jugar”.¹⁰ El sistema nervioso opera con clausura operacional, se reestructura al interno, a partir de las irritaciones del medioambiente.

En el caso de los humanos, cuando cuentan historias y diferencian la historia del dominio de la historia instaurada cuando se delibera públicamente, a través del tiempo ha resultado en el crecimiento cerebral.

El desarrollo del sistema nervioso permite a los animales acoplarse a su sociedad instintiva, que es un tercer orden de la vida. Cada vez que en los organismos de una misma especie se desarrollan ciertas estructuras con *independencia* de las peculiaridades de sus historias de interacciones, decimos que tales estructuras están determinadas genéticamente, y que las conductas que ellas hacen posibles (si se dan) son *instintivas*. Por el contrario, si las estructuras que hacen posible una cierta conducta en los miembros de una especie se desarrollan sólo si hay una historia particular de interacciones, decimos que las estructuras son ontogénicas y que las conductas son *aprendidas*.

Las sociedades instintivas son sistema autopoieticos. Los acoplamientos son necesarios para la continuidad de un linaje en los organismos con reproducción sexual, ya que al menos los gametos deben encontrarse y fusionarse. Además, en muchos de los animales que requieren de un apareamiento sexual para la procreación de nuevos individuos, por lo que la niñez y juventud necesitan de algún cuidado por parte de los padres, de modo que es corriente que se de algún grado de acoplamiento conductual en la generación y crianza de los jóvenes.

Hay múltiples formas en que los grupos animales han satisfecho la crianza de las generaciones futuras. Los humanos criados en una cierta cultura

¹⁰ *Ibidem.*, p. 85

patriarcal, tendemos a pensar que lo natural es que la hembra cuide de los jóvenes y el macho se encargue de la protección y el sustento. Es de suponer que esta imagen está en parte basada en el hecho de que nosotros somos mamíferos, en los que hay períodos más o menos largos de lactancia, en la cual la crianza va a estar necesariamente asociada a la madre. No se encuentra una especie de mamífero donde la lactancia sea responsabilidad del macho.

No obstante, esta división tan nítida de roles está lejos de ser universal. Así, en muchas aves tanto el macho como la hembra pueden producir una especie de producto lechoso en el buche que regurgitan para los jóvenes. Los “buenos padres” se ocupan. Con los pingüinos, ambos padres tienen que conseguir alimento. Pero, en el grupo, algunos de los adultos permanecen en las cercanías y cuidan del conjunto, formando una ‘verdadera guardería infantil’. El caso del pez espinoso es diverso: aquí el macho construye un nido, seduce a la hembra a poner los huevos en él y luego la echa, “¿buen esposo?” o “¿desobligado?” Nombramos a los animales mediante metáforas en las cuales nos proyectamos. Les podemos dar una semántica o significado según si nos autoconocemos, o bien, según imposición de alguno.

Observan los científicos que las líneas más evolucionadas son las organizaciones sociales de los insectos y los vertebrados mamíferos. Ambas líneas pueden moverse de un lugar a otro en acoplamiento social.

Dentro de las sociedades instintivas, distintos animales cumplen roles, y eso permite a los miembros de uno de estos rebaños relacionarse en actividades que no les serían posibles como individuos aislados. La sociedad instintiva es un conjunto de procesos dinámicamente interrelacionados a partir de la coordinación de conductas mediante muchas interacciones olfatorias, faciales y corporales, como lo hacen los lobos al mostrar los dientes, agachar las orejas, mover y bajar la cola, que conocemos en los perros domésticos. “Este grupo como unidad social es capaz de perseguir, acosar y matar un gigantesco alce, hazaña que no estaría a la altura de ningún lobo por separado”.¹¹ Esa es la organización autopoiética: para conservarse constantemente en vida y trascender en las generaciones. Un animal por separado, elude.

En el caso de los primates, como los babuinos que habitan las sabanas africanas, y que han sido estudiados minuciosamente en su conducta de grupo natural (¡muy distinta de la conducta en cautiverio!), se da una continua y

¹¹ *Ibidem.*, p. 125.

múltiple interacción gestual, postural (visual) y táctil entre todos los individuos del grupo. En este caso, el acoplamiento intragrupal tiende a establecer una jerarquía de dominancia entre los machos. Esta jerarquía y la cohesión del grupo son nítidas cuando se los observa migrar de un lugar a otro, o enfrentar un predador, como un león. Así, cuando el grupo migra, van los machos dominantes, hembras, y los jóvenes al centro; otros machos, adultos y jóvenes, y hembras se ubican estratégicamente delante y atrás. En largas horas del día, los babuinos acostumbra a jugar y espulgarse entre ellos, en un continuo quehacer interactivo. Dentro de estos grupos, además, es posible observar que hay expresión de lo que podríamos llamar los temperamentos individuales, que hacen de algunos babuinos individuos irritables, de otros seductores, de otros exploradores, etcétera. Toda esta diversidad conductual posible da a cada tropa de babuinos una estampa propia, donde cada individuo está continuamente ajustando su posición en la red de interacciones que forma el grupo, según su dinámica particular, que resulta de su historia de acoplamiento estructural en el grupo. “Sin embargo, con todas las diferencias, hay un estilo de organización del grupo de babuinos que se generaliza de tropa a tropa y que, por lo tanto, refleja el linaje filogénico compartido por todos ellos”.¹²

Vamos a entender, dicen Varela y Maturana, como comunicación al mutuo gatillado de conductas coordinadas que se dan entre los miembros de una unidad social. Todos y cada uno se provocan y se reestructuran para conservarse. Como observadores, podemos describir una conducta como coordinación recíproca entre sistemas nerviosos. “Lo peculiar de la comunicación, entonces, no es que resulte de un mecanismo distinto del resto de las conductas, sino que sólo se da en el dominio de acoplamiento social”.¹³

La comunicación ontogénica (durante sus vidas) entre los animales da lugar al aprendizaje y formación de una cultura. Los animales aprenden y, por imitación, ‘enseñan’ a las crías. Un hermoso caso de comunicación ontogénica es accesible cotidianamente en el canto de ciertos pájaros, entre otros, del loro y sus parientes cercanos. Estos animales ordinariamente viven en una selva densa en la cual no están en contacto visual. En estas condiciones, su canto tiene que ver con el establecimiento de una pareja reproductiva a través de generar un canto en común. Esta melodía es peculiar a cada pareja, y se

¹² *Ibidem.*, p. 127.

¹³ Varela y Maturana, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, p. 129.

específica durante la historia de su apareamiento. No es instintiva. La reproducción sí es deseo instintivo.

Los animales aprenden por imitación. En Londres y vecindades, hace no muchos años, se introdujeron nuevas botellas de leche cubiertas con una delgada lámina de aluminio, en verde cartón rígido. Un pájaro la picoteó y se encontró con la crema. Los demás, en toda Inglaterra, aprendieron por imitación.

Biológicamente, no hay “información transmitida” en la comunicación. Hay comunicación cada vez que hay coordinación conductual en un dominio de acoplamiento estructural. En comunicación surgen las culturas, como son las rutas de emigración.

III. Organismos y sociedades

Organismos y sociedades pertenecen a una misma clase de metasistemas formados por la agregación de unidades autónomas que pueden ser celulares o meta celulares.

Como observadores distinguiremos los distintos metasistemas (organismos y sociedades) por los diferentes grados de autonomía que vemos como posibles en sus componentes. Así, vemos que

Los organismos serían meta sistemas con componentes de mínima autonomía, es decir, con componentes de muy pocas o ninguna dimensión de existencia independiente, mientras que las sociedades humanas serían meta sistemas con componentes de máxima autonomía, es decir, con componentes de muchas dimensiones de existencia independiente.¹⁴

Los organismos como sistemas metacelulares tienen clausura operacional que se da en el acoplamiento estructural de las células que los componen a partir de un sistema nervioso. Lo central en la organización de un organismo está en su manera de ser unidad en un medio en el que debe operar con propiedades estables que le permitan conservar su adaptación en él, cualesquiera sean las propiedades de sus componentes. Esto tiene como consecuencia evolutiva fundamental el que la conservación de la adaptación de los organismos

¹⁴ Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento*, p. 132.

de un linaje particular seleccione, recurrentemente, la estabilización de las propiedades de las células que lo componen. La estabilidad genética y ontogenética de los procesos celulares que constituyen a los organismos de cada especie, y la existencia de procesos orgánicos que pueden eliminar a células que se salen de norma, revelan que esto es así. Es decir, la deriva biológica tiene mecanismos de estabilización genética.

En los sistemas sociales humanos, la cosa es diferente. Éstos, como comunidades humanas, también tienen clausura operacional que se da en el acoplamiento estructural de sus componentes. No obstante, los sistemas sociales humanos también existen como unidades para sus componentes en el dominio del lenguaje. La identidad de los sistemas sociales humanos depende, por tanto, de la conservación de adaptación de los seres humanos no sólo como organismos, en un sentido general, sino también como componentes de los dominios lingüísticos que constituyen. Al estar asociada la historia con las conductas lingüísticas, es una historia que ha seleccionado la posibilidad de cambio hecha posible según los dominios lingüísticos, y en la que la conservación de la adaptación del ser humano como organismo requiere su operar en dichos dominios lingüísticos y conservar su plasticidad. La deliberación desarrolla el sistema nervioso y cambia la percepción del mundo: nos imaginamos y actuamos en la dinámica interrelación de los procesos. Se trae un mundo a la mano.

De modo que, allí donde la existencia de un organismo requiere la estabilidad operacional de sus componentes, la existencia de un sistema social humano requiere de la plasticidad operacional (conductual) de ellos. Allí donde los organismos requieren un acoplamiento estructural no lingüístico entre sus componentes, los sistemas sociales humanos requieren componentes acoplados estructuralmente en dominios lingüísticos, donde ellos (los componentes) pueden operar con lenguaje y ser observadores.

Para el operar de un organismo lo central es el organismo, y de allí restringe a sus componentes, pero en el operar de un sistema social humano lo central es el dominio lingüístico que generan sus componentes y la ampliación de las propiedades de estos, condición necesaria para la realización del lenguaje que es su dominio de existencia. El organismo restringe la creatividad individual de las unidades que lo integran, pues estas existen para este; en cambio, el sistema social humano amplía la creatividad individual de sus componen-

tes, pues este existe para estos. En el sistema social es posible nombrar las cosas, por clases generales. Sin embargo, hay sistemas sociales degenerados que se autodestruyen: aquellos que imponen las leyes y los nombres de las cosas del mundo impidiendo la organización de los hablantes.

Entre nosotros, los seres humanos, compartimos 99% del genoma. Con los chimpancés compartimos 96%, con los gorilas entre 95% y 99%; con los ratones, 85%. No es una diferencia genética importante. La diferencia o la identidad con los animales se da en la clase de cultura que se tenga: a) Cultura deliberativa con acoplamiento lingüístico y coordinación de conductas, b) En la cultura de conocimientos universales abstractos y explicaciones deterministas, hay ceguera acerca del mundo de la vida de las costumbres y de la organización para conservarse. En la primera hay autoconocimiento como parte de la interrelación evolutiva, por tanto, hay reflexión creativa; en la segunda, hay conocimiento determinista y disciplinario, hay restricción de conductas y alienación de la propia condición orgánica. Sólo en el primer escenario, pueden llegar a ser eficaces las leyes de protección a los animales.

IV. Naturaleza del lenguaje

Romano nota la progresiva transformación del hombre en cuanto sujeto existente, en hombre deseante. La humanidad existente, cuya organicidad se caracteriza por ser sintiente, tiene deseos.

Para Romano en Lacán, el humano desea ser reconocido por el otro. La vía del deseo es la experiencia intersubjetiva en la cual este deseo se hace conocer. El deseo surge de la falta que, desde el nacimiento, afecta al niño-a. La criatura dentro del vientre materno no tiene deseos, todo tiene satisfecho por el cuerpo de la madre. Al nacer siente la falta radical, vivida por el niño como tensión y voluntad de ser eso de lo cual a la madre falta: el cuerpo del padre.

En niño al nacer no tiene noción de sus límites, cuando desea algo llora pues desea algo, acude a la madre. El niño la mira como la imagen (imaginario) del deseo cumplido. Si sigue así, el niño se perderá en su propio individualismo y desquiciamiento. La ley del padre introduce una prohibición, dirigido a superar esa imagen y a controlar su organismo existente, para pasar a identificarse con todo aquel que tenga una existencia orgánica como especie sobre el planeta.

La prohibición puesta por el padre, “es el inicio de lo real del lenguaje y encamina el pasaje de la razón del imaginario a la razón del simbólico”.¹⁵ El lenguaje aparece como la desviación de la pulsión inicial del niño de unirse y poseer a la madre (y posteriormente a otros objetos). Esta desviación tiene lugar como inserción en el niño de un sustitutivo de la pulsión instintiva, sostenida como falta radical, sustitutivo que es la inserción en la cadena de significantes, que toman su lugar. Tal sustitutivo puede ser el deseo de ser parte de la especie que habla. Es decir, la inclusión en la cadena de los significantes, en los actos del discurso del que logra ver a la Madre Tierra con los atributos de una madre biológica, y se mira como amiga a la madre biológica: es decir, otro elemento social. De esa manera, se renuncia a la posesión y se disfruta el “deseo de deseo de ser reconocido”. Deseo de hablar para hacer decisiones y poner nombre a los fenómenos del mundo, a la vez, que emerge la coordinación de conductas para conservar la organización autopoiética del mundo.

La dinámica del lenguaje está sostenida por dos leyes fundamentales: a) la sustitución de un término con otro, o la traslación del significado de las palabras, verificado por la metáfora, b) la combinación de un término con otro: la metonimia. El lenguaje surge con la emisión de metáforas que suponen el conocimiento de la existencia y la posibilidad de nombrar por las analogías otros fenómenos del mundo. Es a partir del lenguaje que el hablante humaniza el mundo y describe a sus seres. Algunos monos tienen lenguaje, sin embargo, no han logrado la expresión simbólica, en la cual la humanidad nombra la flora y la fauna.

Estas dos leyes se refieren a dos órdenes conectados pero diferenciables: el significante y el significado. El significante está constituido por el conjunto de los elementos que materialmente hacen el lenguaje. El significado está constituido por el sentido que el lenguaje exterioriza en cada acto del discurso. El significante opera con su cadena interna de relaciones lingüísticas de aquellos que expresan sus hipótesis acerca de lo que es o debe ser el mundo; el significante es el hacer constante del lenguaje de la especie donde se prescinde de las voluntades individuales. El lenguaje no tiene un autor, ese es una dinámica constante entre aquellos susceptibles de organizarse autopoiéticamente sobre el planeta y se mueve en el discurso o actos del habla. En el lenguaje hay un flujo signifiante.

¹⁵ Bruno Romano, “Desiderio, riconoscimento, e diritto secondo Lacán”, p. 147.

Con la ley del padre, el niño accede al lenguaje con el pasaje del imaginario (posesión de la madre) hacia lo simbólico (renuncia y madre tierra común). Así el hablante no queda ligado al servicio sexual de la madre, sino al deseo de expresarse continuamente. Deseo de deseo, es llamada esta situación de reconocimiento por Romano Lacán.

Sin la ley del padre o la imposición, la imaginación del menor quedaría presa del deseo de posesión, apropiación, sentidas por la madre y proyectadas a las demás cosas del mundo. Queda preso en una noción de libertad como dar rienda suelta al instinto. Permanece individualizado. La imposición de la ley y los términos detiene el significante. Así se estatizan los conceptos en las imágenes del deseo cumplido, como es el concepto de derecho como ‘orden coactivo de la conducta’; mientras, se instrumentaliza a los demás como son las mujeres, la niñez, los trabajadores, otras culturas, a la naturaleza con su flora y fauna.

La teoría de Romano en Lacán tiene su modelo inicial de la comunicación en la relación constituida por los dos órdenes que dividen la entera humanidad: ser hombre y ser mujer. En el discurso cotidiano, la relación comunicativa entre estos dos órdenes es presentada como amor.

El amor de la dimensión comunicativa se compone de tres dimensiones: lo real, lo simbólico y el imaginario. Estas tres dimensiones son diferentes, pero están unidas, constituyendo la condición de plenitud del lenguaje discurso que nos conduce a su corrección. Cuando estas dimensiones se desligan y se aísla a lo real como aquello que se repite y nos ha sido dado en el pasado; entonces, el discurso es incorrecto, pues el determinismo sin enlace con la deliberación simbólica distorsiona la imagen del mundo y obstruye la creatividad de los hablantes.

La plenitud del lenguaje discurso, para Romano, está en la unión y distinción de los tres saberes. Estos tres círculos estructuran la plenitud del fenómeno derecho, formando a los hablantes, a los cuales pertenece el discurso jurídico.

Una primera descripción de esta unión nos deja ver:

- a) Lo *real* es visto en su ser, eso que se ha consolidado hasta cerrarse en los confines del sentido que lo individúa e impide la apertura a la creación de sentido. Las teorías y las ciencias nos hablan de lo real, es decir, eso que ya hemos encontrado y registrado en el pasado de la tradición jurídica; por ello, sus conocimientos no son discutibles.

- b) Lo *simbólico* indica que, en cuanto hablantes, estamos expuestos y suspendidos en la apertura de sentido; esto existe en cada sujeto hablante como una falta de sentido, pero a la vez, es una esperanza de sentido, paso a paso que se forma la relacionalidad humana de los hablantes que se sienten en la interrelación de los procesos orgánicos. Lo simbólico es una apertura al futuro.
- c) Lo *imaginario* se muestra en su ser esa condición que nos marca, porque estamos presos en una imagen definida, esa de nuestro cuerpo satisfecho, o esa de la satisfacción de algún otro cuerpo, o bien, también podemos estar capturados en la imagen de cualquier otra entidad. El imaginario nombra un modo de ser presente, que asumimos cada vez que nos dirigimos a eso que nos encontramos en el mundo.¹⁶

Y la unión o disolución de la unidad-distinción de estos tres anillos del lenguaje discurso tiene consecuencias sociales diferentes, aunque en la dinámica de la vida coexisten las estructuras de “padre castrante” que se cierra en el conocimiento disciplinario del derecho y “padre simbólico” que conoce el derecho en estas tres dimensiones enlazadas de saberes y desde allí se enseña a impugnar normas.

La plenitud de la relación comunicativa alimenta la plenitud de la relación jurídica. Con Luhmann veríamos a la sociedad como máquina de comunicación. “La sociedad está constituida por la totalidad de comunicaciones”.¹⁷ La estabilización de los deseos es su resultado: eso es la emergencia de la civilidad. Podríamos decir que Luhmann ya sostiene un transhumanismo, pues el sistema social constituido con la estabilización de las expectativas individuales (deseos), supone el uso de todas las máquinas. El sistema social no está conformado con humanos, sino con la civilidad con la cual se puede hacer la distinción entre amigos y enemigos. Por ello, podríamos decir que su transhumanismo también es cultural o ilustrado. Los amigos estamos en la interrelación que construyo comunicando; los enemigos, en cambio, atacan la comunicación. Es un transhumanismo de los ‘amigos’ que se entienden como parte de la naturaleza, que autoconocen como identidad genética, cuyo desarrollo nervioso les permite una expansión perceptiva del mundo y una mejor coordinación de los movimientos, habiendo sido esto posible por la or-

¹⁶ Bruno Romano, “L’ortonomia del diritto en la unidad de lo real, simbólico e imaginario”, p. 125.

¹⁷ Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, Teoría de la Sociedad, p. 72.

ganización tecnológica usada para incluir a los hablantes en la deliberación normativa.

“Del sistema social como comunicación como sistema omnicomprensivo de los medios de comunicación, se han ido diferenciando los diversos subsistemas jurídicos, políticos, económicos”.¹⁸ Y estos subsistemas comunican a partir de la comunicación social. Entonces, tanto para Lacán como para Luhmann, la comunicación hace emerger la sociedad civilizada y ella abre y da contenido a la noción estática y disciplinaria del derecho, así como de otros subsistemas como la economía, la política.

Igual, Romano en Lacán, afirma que cuando se aíslan los tres anillos que, siendo diferentes, van indisolublemente unidos, decae la comunicación y el conocimiento jurídico:

- a) El lenguaje de lo real aislado se cierra en una disciplina aislada que descontextualiza su objeto. La definición kelseniana es aislada de la dinámica de los actos creativos del derecho y puede tener cualquier contenido. En cambio, ligada a las otras esferas, toma su contenido del simbólico e identifica imaginariamente a las personas como hablantes.
- b) El anillo de lo simbólico sitúa a los hablantes en la formación de sentido, en la condición temporal abierta hacia el futuro, mediante la posibilidad de emitir hipótesis acerca de la existencia orgánica. Si se desliga del lenguaje de lo real, sus manifestaciones no logran inteligibilidad. El individualismo imaginario se consolida: los hablantes pierden el poder de proponer o de nombrar el mundo a partir de su capacidad metafórica sobre su existencia orgánica; permanecen “hablados” por el poder del padre, patrón, gobernante. En este sentido, Kelsen afirmó, que la palabra “Estado” es una hipóstasis;¹⁹ una mala metáfora o ficción, pues el Estado no es otra cosa que el buen funcionamiento del derecho manifestado en la dinámica de los operadores jurídicos: prescripción (obligación-prohibición), autorización a no aplicar normas y permiso. Sin embargo, la teoría pura de Kelsen ha sido simplificada y reducida al silogismo deductivo que refuerza una definición formal del derecho y estática, erradicando la expresión simbólica de los prin-

¹⁸ Darío M. Rodríguez, “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 27.

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 197.

cipios de justicia que convierten a la obligación en un principio de legalidad que colisiona con otros principios.

- c) La unión de imaginario con los otros dos anillos, permite el trabajo mismo del sujeto en la construcción de su identidad, donde la cualificación existencial es custodiada si permanece en un proceso en formación presente que jamás se acaba. Aislado el imaginario de los otros saberes, se disuelve la constitución temporal evolutiva del humano: cada uno se reduce a la puntual momentaneidad de una imagen individual, y se desliga de las imágenes que se subsiguen. No tiene historia, pues cada momento presente es absoluto y sin conexión con la unidad del tiempo. El imaginario puede quedar preso en los deseos del propio cuerpo o de los deseos de otros cuerpos que condicionan mis deseos, como son los deseos tanto de los fundamentalismos del mercado y religiosos, si queda arrestado no avanza hacia el futuro en el “deseo de deseo de ser reconocido” como organismo que controla a sí mismo; se queda en la apuesta al desorden y entropía. El imaginario es como un filme formado de diversas imágenes en presente, pero pueden ordenarse en una historia con sentido de conservar el futuro de las generaciones, o bien, puede cada uno cultivar su deseo privado.

Hemos visto las diferencias entre el padre castrante y el padre simbólico. El primero da órdenes con amenazas y nombra las cosas. Sus hijos, al no ejercitar el lenguaje simbólico, pierden la creatividad surgida de la capacidad metafórica y se quedan presos en la imagen del propio deseo como satisfacción inmediata, esto se legitima como la voluntad de un dios personal o bien, como el consumo de bienes comerciales. Así los hablantes quedan arrestados en una ficción del poder o mala metáfora. Sin coordinaciones de costumbres debido a la comunicación, surge la violencia pues cada uno trata de instaurar sus usos. De esa manera, los hijos, análogamente a los trabajadores o ciudadanos, cuando se inconforman reaccionan, pero no proponen cosas nuevas.

En la estructura llamada del padre simbólico e hijos, la comunicación coordina conductas, estabiliza los fines subjetivos de los hablantes, civiliza costumbres. Se desarrolla el sistema nervioso y se desarrolla el sistema perceptivo en los animales. Se supera el estadio del deseo individual y se avanza en el tiempo a estar en el “deseo de deseo”.

Nos dice Bergson, la inteligencia no es un atributo que nos hace sociales, al contrario, “nos pone en la tentación de usar sus conocimientos y las tecnologías posibles para la mejoría de nuestros grupos de subsistencia y olvidarnos que somos parte de la dinámica organización de la vida”.²⁰ Esta tendencia al individualismo es superada en comunicación donde se ejercita la capacidad fabuladora, o sea, la capacidad de imaginar soluciones sociales a nuestras problemáticas de vida.

V. Conocimiento determinista y conocimiento complejo

Las ciencias deterministas suponen que el sujeto del conocimiento está separado del objeto que está conociendo. Así, el científico describe un mundo que supone inerte y estático. Reducir el conocimiento del derecho a estos procedimientos de la causalidad o de la legalidad universal, nos ciega al cambio de la vida y no nos permite ver nuestras responsabilidades con relación al reino vegetal y animal.

Las ciencias de la complejidad suponen que el sujeto es parte del objeto que estudia. El científico se sabe parte de la dinámica interrelación de todos los procesos. En tanto nos sabemos parte de la interrelación, sabemos de nuestra responsabilidad de frente a todo lo autocreado.

La modernidad erradicó del conocimiento la complejidad, pero la conservó en la literatura. Como deseo hacer una transformación desde el conocimiento distorsionado de las ciencias deterministas hacia la visión compleja, haré la interpretación de una historia: “El poder del perro” de la cineasta Jane Campion, basado en una novela homónima de Thomas Savage.

VI. La fuerza del perro

Al fondo de la Hacienda de los Burbank en Montana, las iniciales de Henry Bronco quedaron grabadas, recordando las batallas contra las expediciones de mineros, organizados por los hombres de la finca dirigidos por el Bronco. No necesitó educación ni civilización de costumbres este personaje para defender la propiedad privada de sus amos. Defendió como perro las tierras

²⁰ Henri Bergson, *Le due fonti della morale e della religione*, p. 85.

de los amos. Estaban en un estado que consideró al derecho como un ‘orden coactivo de la conducta’, por el cual se podía defender el derecho de propiedad como voluntad o interés jurídicamente protegido. Mercenarios como Bronco, a su vez, se ocuparon de adiestrar a los jóvenes futuros propietarios, los cuales, sus mismos padres se los habían confiado para hacerlos hacendados de éxito. No había ideología mejor que el conocimiento disciplinario y determinista para esto.

Antes, los Burbank habían mandado a sus hijos a la universidad. George no había sido brillante en los estudios, pero mostró sensatez para la vida; Phil si lo fue, lástima que sus diplomas solo le sirvieron para maldecir en las lenguas clásicas.

Phil y George llevaban ya 25 años trabajando en la hacienda: desde 1900. Phil había tomado un especial afecto por Henry Bronco, sin él, decía que no habrían sido ganaderos ricos. Lo miraba como al lobo que amamantó a Rómulo y Remo. Su mentor era capaz de acampar y comer hígados de ciervos recién cazados. Hoy Phil, a su vez, tenía a su cargo a los vaqueros y les enseñaba cosas refiriéndose a Henry Bronco como su imagen de identidad.

Phil les había contado cómo Bronco comía arenque, pero bebía en las tabernas. En una de esas, el Bronco había apostado que podría hacer saltar cualquier caballo por sobre las mesas y sillas de la taberna. Le escogieron un caballo decrepito para que lo hiciera. Bronco había logrado llevar el caballo a las mesas, acariciando su fea cabeza. Lograr que un caballo salte y haga locuras, es una cuestión de amor, agregó. El capataz era capaz de seducir a los animales para que hicieran su voluntad, como luego hacía Phil con sus propios vaqueros que se imaginaban poderosos.

Bronco no domaba caballos cuando fue contratado por los señores Burbank, más bien lo contrataron para organizar la defensa de la propiedad y luego, para que capacitara a sus hijos.

Phil y George quedaron de verse en la fonda de la señora Gordon para comer. Allí comienza el filme. Phil llegó con sus vaqueros. Al ver unas flores de papel en la mesa, prendió fuego a una y preguntó: ¿qué doncella hizo estas? Pete, el hijo de Rose, respondió que él las había hecho. Su madre había sido florista y había aprendido. Phil hace escarnio del chico, se burla incluso de la servilleta de mesero que se ponía para ayudar a su madre en el servicio de la taberna. Hacía esto, mientras ponía en resalto la imagen de

Henry Bronco contando sus hazañas a los vaqueros. A aquel no le fue necesario saber trabajar la cuerda, ni domar caballos, sino que era un mercenario contratado para defender la propiedad de la finca. Sin embargo, todos lo conocían y admiraban, a partir de las evocaciones que hacía Phil de frente al monte donde él miraba al perro.

Phil alentó a beber a los vaqueros e hicieron destrozos en el local. Peter no reaccionó violentamente, sus emociones mejor las descargó con un aro fuera del lugar. Peter sabía controlar sus impulsos. Al irse Phil con los vaqueros, George se dio cuenta que Rose lloraba, fue a verla y ofreció pagar los daños. Así, George comienza a frecuentarla.

George reclama a su hermano por haber insultado al hijo de la señora Gordon. Phil le dijo que solo le había dicho a ella que reaccionara y que hiciera que su hijo actuara “normal”. Claro que Phil mira la “normalidad” desde su concepción de macho castrante, mira a los diversos animales como “anormales”, comenzando por las hembras humanas. Phil se burla de George, le dice que acabará pagando la universidad del chico afeminado. En ese momento le refiere un recuerdo de Vieja madre, cuando ella había notado que ya se les “paraba”, les llevó algunas mujeres como la “Reina de la sopa de tomate”. Ahora Phil le da el mismo consejo a su hermano, que cuando su madre se lo había dado a él. Le dice que un revolcón se podía conseguir sin mayores formalidades: es mejor una mujer comprada que una que quiere compromisos.

Phil se alarma y escribe a los padres “los viejos” avisando que George se había involucrado con una viuda de un suicida y su hijo retardado. Phil era perro describiendo infamantemente a los otros.

Cuando a George le llega la carta de los viejos, pregunta al hermano si le había escrito a la madre. Sí, le responde, sabes como yo lo que la Vieja sentiría si pensaba que te estabas enrolando con esta mujer. George siente diversamente, responde que la Vieja pensaría lo mismo que pensaría una señora Burbanck de otra señora Burbanck. De esa manera, le avisa al hermano que se casaría con Rose el domingo, para ello, la novia ya había vendido su propiedad en Beech.

Phil, cual perro rabioso, descarga su rabia maltratando a una yegua. No pudo sacar a Rose de la vida de su hermano, por tanto, sustituye el objeto y se desquita con la hembra animal.

Luego del matrimonio, George y Rose van a dejar a Peter en la universidad, para estudiar medicina. Ellos están contentos, ella le cuenta que había tocado piano en un cine, así trata de elevar su estatus. Entonces George le dice que invitará a sus viejos junto con el gobernador y su esposa, para presentarla, y que ella tocaría el piano. Ella dice que no toca bien, pero él no la escucha.

Llegados a la casa, George la deja mientras guarda el coche. Ella entra y saluda a Phil diciéndole “hermano Phil”. Este monta en cólera y niega ser su hermano, le grita ¡manipuladora! Durante la noche Phil toca su mandolina para no escuchar el amor de ellos.

Días después, llega un piano de cola. Rose dice que es demasiado bueno para ella, que ella era solo pianista promedio, que ella solo sabía melodías. Ni mis padres ni el gobernador pretenden un concierto, dice el marido. Ella se desespera y se pone a ensayar, pero no sabe ninguna melodía. Cada vez que lo hace, en otra habitación, Phil virtuosamente toca su mandolina.

Preparan un gran banquete para la comida con los gobernadores. El viejo allí refiere a Rose que Phil había sido excelente estudiante, George añade que era experto de los clásicos. El padre pregunta ¿si maldecía al ganado en latín o en griego? La esposa del gobernador estaba sorprendida: ¡Aquí todos son enciclopedias andantes!

Esperaban a Phil, pero no se presentaba. Mientras, pidieron a Rose que tocara. Va al piano y fracasa. Les refiere que no sabe, que solo tocaba en un cine por horas y que lo lamenta. El gobernador se da cuenta que George estaba enamorado, por tanto, no dicen nada.

Por fin llega Phil, les pregunta si ya habían bailado. Les platica que Rose había ensayado mucho y a ella le dice burlonamente que no había mucha diferencia entre un cine y una cena. Rose comienza a beber para calmarse del frecuente escarnio de Phil.

Cuando Rose visita a su hijo en la escuela, le compra ropa, lo lleva a comer, le pregunta si no había pensado dejar los libros por el verano. Peter dice que no, pues eran libros de su padre. A diferencia de Phil, Peter consideraba a su padre con afecto, a pesar de sus faltas, pues lo había introducido al mundo de la cultura. Peter le cuenta a Rose que había hecho un nuevo amigo y que se decían “doctor” y “profesor”, pues eso eran lo que ellos querían ser. Buscaban ser nombrados con corrección, pues para ser reconocidos en esos roles cada uno estaba trabajado. No estaban “hablados” por sus propios deseos, ni

por los deseos de otro como Phil con el Bronco. Ante la prohibición del padre (interdicto), se impulsa el paso de la razón del imaginario a la razón de lo simbólico. Uno puede imaginar al otro como objeto de la satisfacción (como el recién nacido imagina la madre), o bien, puede hacerlo como amigo pues deliberan para conservar el futuro e irlo nombrando. Phil había permanecido en el imaginario del otro como satisfacción, en cambio, Pete había transitado al transhumanismo integrado en donde los hablantes son parte de la dinámica naturaleza. Trágico fue el suicidio del padre, pero le dejó la cultura. El padre de Phil lo envió a las escuelas, la madre no recordó lo que les faltaba, sino que les proporcionó hasta lo que no se ameritaban. Cosa que esta mujer ya hacía con el padre. En cambio, Rose y Pete hablaban sobre la vida. Sobre lo que logran los que trabajaban y se identificaban con la naturaleza. Ella le dice a Pete que invite a su profesor a la hacienda, pero Peter no quería que conozca a cierta persona (...).

El lenguaje aparece como la pulsión inicial del niño de unirse y poseer a la madre. Esta desviación se verifica como inserción en el niño del sustituto de la pulsión instintiva (vivida como falta radical), de la inserción en la cadena de significantes que toma su lugar. Es decir, fundarlo en el deseo de ser reconocido. De estar orgulloso de lo que se hace. Phil no tiene imagen de la madre como amiga, sino como objeto de satisfacción. No es el caso de Pete.

Phil era un experto cortador de pieles, tenía el cuchillo adecuado. Castraba a los animales directamente con sus manos. Él no consideraba que los guantes le hicieran falta. Ese día, castró 1500 cabezas y, al último, George señala que, a pesar de eso, ese día Phil se había cortado accidentalmente. Al llegar Rose y Peter, los vaqueros preguntan que si ese era el mesero. Si, es él mismo (...) Phil ponía los nombres y los vaqueros ‘hablados’ por él, repetían lo mismo. El alumno del Bronco dijo que los verían reptar por allí, con esos ojos saltones. Phil no mira a los animales como especies con las cuales la humanidad convive, solo les mira los atributos que le sirven e igual hace con los animales humanos.

Phil era un gran cazador, juntaba los cueros de los animales para vanagloriarse y luego quemarlos. Por eso, Phil ordena a los vaqueros que echen de la finca a todos los indios que quieran los animales que él caza. Son de él. Ni siquiera se venden dichos cueros, pues el placer de incendiarlos era la medida de ferocidad de la cual se enorgullecía.

Muy diferente es la actitud de Peter con los animales que la de Phil. Estando George de viaje, Rose prefiere encerrarse en su recámara por miedo a Pete. Esta atrapa un conejo y lo disecciona para dibujar su anatomía: él busca el conocimiento para ser médico. No lo martiriza. Rose se asusta. “Pobre del hombre que jamás desobedece a su madre”, dice Peter sonriendo. Con esta afirmación dice que seguirá estudiando.

Phil, tiene un escondite junto al río, se dirige allí y saca de allí un pañuelo de seda blanca que perteneció a Henry Bronco para acariciarse y evocarlo. Lo vuelve a guardar y se sumerge en el río. Pete, caminando, descubre el escondite. Nota que Phil tiene revistas de hombres desnudos. Se asoma al río y ve a Phil que le grita: ¡Lárgate desgraciado!

Como siempre, los vaqueros de Phil le gritan a Peter: ¡Mariquita! Pero una vez Phil llama a Peter, ¿Me llamaba señor Burbanck? Respondió con amabilidad. Phil deja de verlo como el niño de su mamá, para comenzar a verlo como el joven bronco. Phil le pide al chico que no le diga señor y le sugiere que quiere que sean grandes amigos. Peter comienza a tutear a Phil. Éste se entusiasma y le muestra cómo trenza los cueros que corta; le ofrece también que terminará una soga para él y que lo enseñaría a usarla. Así, cuando te sientas solo, vienes y le tomas el ritmo al tejido. Pete agradece, pero pregunta ¿cómo en cuánto tiempo terminaría la soga? Él tenía el término vacacional para regresar a la universidad. Phil le asegura que la tendrá antes.

Phil hace que Pete se siente en la silla de Henry Bronco. Ve que necesita unas botas y le dice que no dejara que su mamá lo hiciera afeminado. Le plática que Henry Bronco había sido el mejor jinete que él había conocido. Phil propone a Pete ir un par de días solos, por aquellos senderos en donde había quedado en nombre de Bronco grabado para la gloria en la posteridad.

Peter, en cambio, le pregunta que si morían muchos terneros por los lobos. Los lobos siempre devoran, respondió Phil, otros mueren por ántrax, una enfermedad infecciosa. Con estos conocimientos Peter se adentró en solitario en las montañas, al encontrar un ternero muerto por la enfermedad, el chico se pone los guantes y retira la piel del animal muerto. Más tarde, mientras juega con un ternero, Phil se hace un corte profundo en la mano.

¿Te enseñó a montar Henry Bronco? Preguntó Peter. No, no sólo le había enseñado a montar, sino que le había enseñado a ver las cosas de un modo que otros no hacen. Secuestrado su imaginario, Phil no dejó de ser individualista

ni dejó de ver a los demás como objetos de su deseo. ¿Sabes qué miraba en el monte el Henry Bronco? Preguntó Phil. Un perro que ladra, responde Peter. Phil se asombra de lo rápido que lo había logrado mirarlo. Peter agrega que desde que había llegado, vio un perro con las fauces bien abiertas. Y que así seguía, pues su imaginario era genuino, podía ver la diferencia entre el individualista y el que se integra a la naturaleza.

Cuando George regresa de su viaje, Rose le pide que no permita a Peter ir con Phil. Pero él no comprende, más bien, le explica que ya eran compinches y que Phil ya le había enseñado a montar a Peter. Phil se había aplicado a enseñarle, también lo llevaba a cazar. Bronco dijo que la paciencia ante la adversidad nos hace hombres, le dijo Phil a Pete, como cuando no obtenía presas en la caza. Mi padre decía que eran los obstáculos y que debemos eliminarlos, dijo Peter, ese es otro modo de sentirlo. Bronco pensaba en la paciencia para no asustar a Peter. Peter pensaba en el trabajo y la interrelación con todos los otros.

Phil le dice a Pete que su obstáculo era su madre. Habrás notado que pasó borracha el verano. Peter niega gritando. Phil le pregunta por su padre: supongo que se pegaba a la botella. ¿se emborrachaba? Hasta el último día, responde Pete, luego se colgó. Yo lo encontré y lo bajé. Él creía que yo era poco amable y demasiado duro. Pete juzgaba desde una disciplina.

Rose busca a la señora Lewis y la encuentra echando a los indios. Le explica a Rose que habían preguntado si tenían cueros que vender. Y sí, los tenían, pero por órdenes de Phil los quemarían. No quería dárselos a nadie: esperaba a que se formara una pila y le prendería fuego. Se enfurecería si los tocáramos siquiera, le dijo.

Rose corre tras los indios y los alcanza ¡Regresen! ¡Llévense los cueros! ¡Será un honor regalárselos! Les explica que su marido era el propietario. Los indios le dan unos guantes a cambio de las pieles. Ella agradece y cae desmayada. George llega, la carga y la lleva a su cuarto. Tira todo el alcohol que encuentra en la recámara. La cuida, le quiere quitar los guantes, ella no se deja. Ella aprecia a los indios.

Cuando regresan Phil y Peter, el primero se da cuenta que Rose regaló los cueros. Monta en cólera. Peter le pregunta si cree que había sido ella. ¡Claro que sí! Tal vez los regaló y lo hizo porque estaba borracha. Phil decidió no decir nada, esperaba que George la reprendiera. Pero al llegar, George se pre-

ocupa por Rose. Le dice que es alcohólica, hasta bebe en el callejónapestoso. ¡Quiere nuestro dinero! George lo calla, no le da importancia a los cueros, pide disculpa. ¡Eran míos! Grita Phil, desesperado porque ya no tiene suficiente material para terminar la cuerda de Peter.

Peter le ofrece a Phil el cuero crudo que tomo de su vuelta en solitario. Cuando Phil le pregunta por qué tiene cuero crudo, Peter le responde que ha cortado un poco pues quería ser como Phil. Este se siente abrumado por la amabilidad de Peter y se pone a trabajar para terminar la cuerda. Phil lava el cuero de Peter con la herida abierta, sin saber que provenía de una vaca enferma. Peter viendo la silla de Bronco pregunta por la edad que tenía cuando lo conoció. Mas o menos como tu edad, dice Phil. ¿Era tu mejor amigo? Pregunto Peter. ¡Más que eso! Una vez Bronco me salvó la vida. Estábamos en las colinas cazando ciervos y el clima se puso feo. Para mantenerme vivo, Bronco se acostó conmigo en un saco de dormir. ¿Desnudos? Pregunto Peter. El muchacho ya se había dado cuenta de las intenciones de Phil.

Al otro día, Phil no baja a desayunar. George lo encuentra en la cama, sudoroso y con fiebre. La herida de su mano está infectada. George lleva a Phil al médico, pero este quiere ir a dejarle la cuerda a Peter. George le dice que él le dará la sogá al chico.

Peter no asiste al sepelio. La madre en la Iglesia habla con Rose y le da unas joyas. George le dice al padre que Rose los invita para la navidad, si así lo desean. El médico se queda desconcertado. Por las convulsiones finales, pensaba que Phil había muerto por ántrax. George sabía que Phil nunca tocaba animales enfermos. Sin embargo, Phil se había cortado.

Peter por fin pudo jugar alegremente con el perro en la hacienda. Pudo leer sin sobresaltos lo que desea. En la Biblia ve una “orden de entierro de muertos” que dice *¡Rescata de la espada y de esos perros la única vida que tengo!* En el lenguaje simbólico podemos ver los diversos significados del lenguaje y distinguir sus sentidos. No es lo mismo la fuerza del perro, como la vivió Phil que pensó tener el derecho por su ferocidad y que solo provocó su desgracia; que la fuerza del perro, como lo vivió Peter que prefirió ser fiel a su estirpe, recordando las palabras que le había dicho su padre, antes de morir: “¿Qué clase de hombre es aquel que no defiende a su madre?”

Peter estaba en un estado de necesidad, el derecho no podía exigirle que cumpliera la norma que prohíbe matar. Kant explicó que todo derecho en sen-

tido estricto va acompañado de la facultad de obligar. Pero se puede además concebir otro derecho en sentido lato respecto del cual no puede una ley determinar la facultad de obligar. Este derecho lato es de dos modos: la equidad y el derecho de la necesidad. El derecho de necesidad consiste en la facultad moral de defender la vida, dando la muerte a quien no nos hace daño. Aquí se presenta un conflicto con el derecho consigo mismo, no se trata aquí del agresor injusto que atenta contra mi vida, como en la legítima defensa, del cual me defendiendo matando. Se trata de una agresión contra alguien que a mí directamente no me ha hecho nada. No puede haber ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora, nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tiene fuerza represiva porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia del juez) no puede igualar al temor de un mal seguro (el de perecer ahogado). Por tanto, el hecho de la conservación mediante violencia, aunque no debe ser considerado inocente, es impune. La prohibición del homicidio es inactuable: nadie está obligado a lo imposible. La máxima del derecho de necesidad es: “la necesidad carece de ley; y sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal la injusticia”.²¹

Peter se encontró en un estado de necesidad. Él, considerándose como parte de la interrelación en donde se identifica con el todo dinámico por tener una misma historia a partir del mismo origen genómico, por tener un sistema nervioso desarrollado en la interrelación y ser parte de una noción holística de casa planetaria o ecología, supo que este mundo estaba en peligro por la violencia de Phil que agredía su stirpe biológica en Rose y a toda la organización tanto vegetal como animal. Por lo tanto, la protección de la vida de Phil no era una conducta exigible ante el mundo orgánico que defendió. La amenaza de una sanción a partir de una sentencia por homicidio no tiene fuerza alguna delante de la amenaza de extinción del orden de la vida en el que todos se encuentran. La norma que prohíbe el homicidio, en este caso, no era actuable.

Peter, Rose, George estaban dispuestos a comunicar su deseo, a transformarlo para estar en el “deseo de deseo” y lograr una organización auto poietica, en donde todos los procesos están interrelacionados dinámicamente. La

²¹ Immanuel Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 39.

comunicación en el ejercicio del lenguaje simbólico permite emerger la coordinación de conductas que es la sociedad civilizada del género humano. Peter prefirió la civilidad jurídica en donde nuestra identidad biológica nos lleva a la autocomprensión como parte de lo autocreado. Sustituyo sus pulsiones instintivas, para insertarse en la cadena de significantes que toman su lugar: todos los hablantes acerca de un mundo dinámicamente interrelacionado.

Se trata de auto conocernos y autocomprendernos en nuestra dinámica interrelación, a identificarnos como hablantes acerca de nuestra existencia, por lo que los lenguajes nacionales sujetos a fundamentalismos religiosos y mercantiles, se puedan resemantizar.

Este transhumanismo entiende al derecho en manera compleja: en su unión-distinción de los tres saberes: a) la comunicación en el lenguaje simbólico, cuyos significados se trasladan siempre; b) la identidad imaginaria de aquel que controla su cuerpo y así se identifica con los hablantes; c) lo real o la ciencia del derecho visto como “orden coactivo de la conducta” que recibe sus contenidos de las otras esferas. Sólo con este conocimiento complejo de la evolución que implica una teoría del lenguaje, podremos transitar hacia una sociedad que se entienda como especie y pueda defender a todo ser vivo sobre el planeta en su interrelación, pues sabe que es parte de dicho planeta y todo lo que allí suceda, le afecta. Esto es el futuro.

Este es el transhumanismo animal que tiene futuro: esta es la vía hacia la organización autopoietica y autosostenible de todos los organismos vivientes vegetales o animales incluyendo a los racionales. La metáfora de Pete sobre la fuerza del perro es la de fidelidad a su estirpe biológica y a la interrelación en la que ambos se sitúan. En cambio, el transhumanismo que observa a Phil, cuya fuerza es la violencia defiende la animalidad de estos amos que suelen ser los hombres blancos, propietarios y de conocimientos deterministas. Pero este transhumanismo de los decepcionados, es incoherente: quien lo sostiene, con ello se borra como posible alternativa.

Hoy nos encontramos ante un dilema: nuestro mundo está en violencia y la vida se está extinguiendo. Pero en las academias no se imparte teoría de sistemas vivos, ni mucho menos se muestran a los jóvenes su identidad con la interrelación de la vida, ni aprenden a ver las consecuencias de los actos como se hace en la buena literatura. En este mundo impotente, en donde la ferocidad del perro amenaza, las únicas soluciones son leyes aisladas que subsanan algunos problemas, como las que mencioné al inicio.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Campion Jane, cineasta, *El poder del perro*. en la novela homónima de Thomas Savage de 1967.
- Bergson, Henri. *Le due fonti della morale e della religione*. Milano, Edizioni di comunità, 1979.
- Diéguez Antonio. *Transhumanismo, la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*. Barcelona, Herder Editorial, S.L., © 2017.
- Haraway Donna. *Manifiesto Ciborg: El sueño irónico de un lenguaje común para las mujeres en el circuito integrado*. Santa Cruz, University of California, 1991.
- Kant Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Dirección General de Publicaciones, México, UNAM, 1968.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Argentina, Editorial Eudeba, 1974.
- Luhmann, Niklas y Raffaele De Giorgi. *Teoría de la Sociedad*, UdeF Ibero ITESO, México, 1992.
- Rodríguez, Darío M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”. *El derecho de la Sociedad*. Niklas Luhmann, México, Editorial Herder-Universidad Iberoamericana, 2005.
- Romano, Bruno. “Desiderio, reconocimiento, e diritto secondo Lacán”, *Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo*. Roma, Ediciones Bulzoni, 1983.
- . “L’ortonomía del diritto en la unidad de lo real, simbólico e imaginario”. *Seminari di Filosofia del Diritto*, a cura di Bruno Romano, Torino Giappichelli Editore, 1997.
- Varela y Maturana. *El árbol del conocimiento*. Argentina, Editorial Lumen, 2000.
- . *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Buenos Aires, Editorial Lumen, 2003.

La protesta como diálogo entre el ideal constitucional y la anomia

Humberto Hernández Salazar*

Resumen:

El contractualismo se entiende como un acuerdo fundacional en el que las personas, como seres libres y racionales, establecen las reglas de convivencia. El pacto social es una consecuencia necesaria del devenir histórico; la civilidad marca el progreso frente al estado de naturaleza. Las premisas anteriores soportan el idealismo del Estado moderno, cuya consumación ocurre en el Estado de derecho. No obstante, diversos grupos son excluidos de este proceso constituyente. En este escenario, la protesta subversiva representa la vía por la que los grupos desvinculados del orden normativo —la anomia— se incorporan al diálogo sobre las reglas de convivencia. Los derechos fundamentales definen así su contenido —su semántica— de forma abierta, como un dispositivo conciliador de la sociedad.

Abstract:

Contractualism is understood as a founding agreement in which people, as free and rational beings, establish the rules of coexistence. The social pact is a necessary consequence of historical development; civility marks progress against the state of nature. The above premises support the idealism of the modern state, whose consummation occurs in the rule of law. However, various groups are excluded from this constituent process. In this scenario, the subversive protest represents the way in which groups disassociated from the normative order —the anomie— join the dialogue on the rules of coexistence. Fundamental rights thus define their content —their semantics— openly, as a conciliatory device for society.

Sumario: Introducción / I. La Constitución como instancia inacabada del consenso social / II. La correspondencia semántica en el diálogo: la reivindicación en los espacios de subversión y autonomía / III. La protesta como continuidad del diálogo: pauta del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos fundamentales / IV. Conclusión / Fuentes de consulta

* Lic. en Derecho con experiencia como visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como trabajador en el Poder Judicial de la Federación.

Introducción

En años recientes, la protesta social tomó un papel destacado en la discusión pública. Dos sucesos en particular trascendieron en el debate colectivo. Las marchas emprendidas por los movimientos *Black Lives Matter* en los Estados Unidos, así como de los colectivos feministas en México¹ provocaron una doble reacción al interior de la sociedad. La primera postura los consideró legítimos al tener como propósito visibilizar la violencia simbólica que contra dichos grupos se ejerce; la segunda, los condenó como ilegítimos por vulnerar el orden normativo, dañar la propiedad pública y privada, y exceder los canales permitidos de la libertad de expresión.

El contenido de ambos discursos indica una representación distinta sobre la movilización social y la protesta subversiva. Por una parte, una postura abierta a la crítica y renegación del orden normativo. Bajo esta concepción, la protesta se percibe como una vía legítima de inconformidad. El reconocimiento del poder y el respeto de las reglas de convivencia ocurren en un proceso de negociación. Los grupos identitarios, formados como una unidad diferenciada, pueden rechazar el orden normativo. Por otra parte, se aprecia una postura dogmática sobre el ideal constitucional del orden normativo. Desde esta perspectiva, el Estado de derecho, como manifestación de la razón institucionalizada en las normas, es inalterable.

A partir del punto anterior, el presente texto pretende estudiar la construcción discursiva de los derechos fundamentales a partir de la protesta; esto es, la forma en que determinadas expectativas normativas son introducidas en la categoría conceptual de derechos humanos —normas autoevidentes de validez universal— hasta instrumentalizar mecanismos de respeto y garantía.

¹ La artista Vivir Quintana, en una de sus composiciones pone de relieve el carácter subversivo de la protesta feminista en México. En “Canción sin miedo”, se aprecia la siguiente letra: “Que tiemble el Estado, los cielos, las calles; que teman los jueces y los judiciales. Hoy a las mujeres nos quitan la calma, nos sembraron miedo, nos crecieron alas. (...). Yo todo lo incendio, yo todo lo rompo, si algún día un fulano te apaga los ojos. Ya nada me calla, ya todo me sobra; si tocan a una, respondemos todas”. Vivir Quintana, “Canción sin miedo-con el mariachi ‘Mexicana Hermosa’”. Como se aprecia, la protesta se concibe como una reacción colectiva ante la ruptura de las expectativas normativas de un determinado grupo social. Los elementos identitarios forman una colectividad políticamente relevante. Del cumplimiento de sus pretensiones dependerá el respeto al orden normativo. El reconocimiento o renegación de la legitimidad de las instituciones estatales funge como medio de negociación en esta instancia. La finalidad es generar transformaciones en los símbolos culturales, jurídicos e ideológicos de la sociedad.

Los grupos sometidos a amplias cadenas de violencia simbólica, invisibilizados de los espacios públicos, cuerpos expropiados de valor en categorías infravalorativas, proyectan sus reclamos bajo una identidad colectiva con relevancia política. El constructo teórico del idealismo constitucional, en el que las normas encuentran su validez interna en un saber absoluto acumulado por la historia, distorsiona la complejidad que subyace en la formación de las relaciones sociales.

Las constituciones, como acuerdos fundantes de convivencia fueron un producto de la modernidad. La ideología de la ilustración asumió que los valores del liberalismo individual satisfacían todas las necesidades humanas. No obstante, con el paso del tiempo tal concepción fue abandonada. Figuras como los derechos sociales y colectivos permitieron incorporar como entes políticamente relevantes a diversos grupos en situación de desigualdad estructural.

Los sectores marginados —la anomia— entablan un constante diálogo con el orden normativo; formulan de manera reiterada sus aspiraciones y frustraciones en la protesta. En virtud de la materialización de sus expectativas reconocen o reniegan al poder como legítimo. Con la voz que obtienen por la estridencia, se vuelven dignos de ser oídos por sus interlocutores; y, en consecuencia, pueden negociar sobre las reglas de convivencia que desean configurar en el horizonte próximo.

Con el objeto de argumentar las afirmaciones anteriores se desarrollarán tres apartados.

El primero, denominado la Constitución como instancia inacabada del consenso social, formulará una serie de cuestionamientos a la concepción del constitucionalismo clásico, auténtico o moderno. Ello, con la finalidad de cuestionar su entendimiento como un acuerdo ideal e históricamente necesario, fundado en la razón de un conocimiento absoluto; para mostrar, en cambio, la apertura semántica de su significación; la disponibilidad reconfigurativa, en el proceso de lucha social, de categorías conceptuales como los derechos humanos.

El segundo apartado, versará sobre la compatibilidad semántica entre los valores como precondition de la convivencia. Cuando no es posible generar un acuerdo sobre la representación del ideal de la vida, la protesta subversiva busca reconfigurar el estándar homogéneo de la validez normativa hacia

una postura heterogénea, cosmopolita e integradora de los diversos grupos sociales.

El último de los apartados tratará sobre la relevancia de la protesta en el proceso de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos. En primer lugar, como punto de acuerdo en común sobre los valores mínimos para la cooperación social dentro de la acción comunicativa; es decir, como condicionante de la integración social: el reconocimiento. Posteriormente, como resorte de la estabilidad de las relaciones sociales, ante cuya ruptura deviene una reacción de resistencia al poder: el respeto. Por último, como concreción en instituciones normativas que pretenden generar un cambio en las estructuras normativas de la sociedad: la garantía.

I. La Constitución como instancia inacabada del consenso social

El contractualismo, como fundamento del constitucionalismo, marca una dualidad entre civilidad y estado de naturaleza. Sostiene que los seres humanos se encuentran sometidos a sus pasiones; poseen un impulso connatural de saciar sus deseos de forma egoísta en actos cercanos al salvajismo. Al constituirse la sociedad civil, transitan a un estado racional en el que aceptan someter su libertad a la legítima soberanía del Estado. Lo acordado en los textos constitucionales se considera como el resultado de un consenso formado entre individuos libres y racionales.² La inclusión en un plano de igualdad

² En los clásicos del contractualismo, existen afirmaciones que presuponen un acuerdo de convivencia homogéneo y racional en la fundación de la sociedad civil.

Thomas Hobbes, en *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, pp. 16-17, afirma que los seres humanos están sometidos a un arrebato pasional que es frenado por la razón. En la disputa entre los individuos, figurados como bestias salvajes, surge la motivación por someterse a las leyes de un ente soberano que destruya a los enemigos de la convivencia: la legalidad se traduce en un proceso civilizatorio necesario.

Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 270, considera que la formación del Estado se constituye en una confrontación entre el deseo de libertad y de seguridad. El ser humano, por naturaleza libre, acepta someterse a la colectividad para preservar la libertad pactada conjuntamente.

John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, pp. 8-14 y 124, al negar la legitimidad del poder divino, fundamenta la constitución de la sociedad civil en la razón. El concepto de propiedad privada toma un rol relevante en su argumentación. La preservación de la vida y la prosperidad se consigue ante el respeto a las reglas que den seguridad a la tenencia de los bienes. En consecuencia, el principal impulso para someterse a un gobierno civil es la preservación de la propiedad privada.

horizontal en este proceso social otorga legitimidad a las decisiones políticas y axiológicas adoptadas.³

Las afirmaciones anteriores despiertan cierta sospecha. ¿Es posible concebir a la sociedad como una masa homogénea, con un único ideal político? ¿Es posible alcanzar un consenso entre grupos que se encuentran en situaciones de desigualdad estructural, cuyos intereses incluso contienen pretensiones contradictorias? ¿Estamos ante un auténtico consenso, o ante un diálogo continuo e inacabado sobre la constitución de las relaciones sociales?⁴

En la modernidad, el paradigma del ideal constitucional estableció una fórmula cerrada sobre los valores que debían salvaguardarse. Carl Schmitt⁵ sostuvo que se suele designar como *verdadera* o *auténtica* a la Constitución que corresponde al ideal burgués de la propiedad privada y la libertad. Desde la teoría clásica, el constitucionalismo se consideraba como válido únicamente “cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía”.⁶ La legitimidad del texto constitucional dependía de que el acuerdo sobre las estructuras políticas y los valores sociales se atuviera a las expectativas de la *burguesía liberal*. Esta forma ideal no admite la mínima contradicción. Así, “solo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es *Constitución*, sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar”.⁷ La Constitución es equiparable a “un sistema de garantías de la libertad burguesa”.⁸

³ Francisco Vázquez Gómez, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al poder constituyente constituido*, pp. 189-202, realiza la distinción entre decisiones políticas y axiológicas fundamentales. Ambas líneas se han desarrollado de forma diferenciada. El punto de inflexión en el que se abordará más adelante es la intersección entre ambos tipos de valores con la adopción del modelo de democracia como sistema político y como forma de gobierno; lo cual integra universalmente a los segmentos sociales en los espacios de participación política.

⁴ Por ejemplo, Hermann Heller, en *Teoría del Estado* p. 260, niega que se pueda asumir la conformación de la sociedad desde el aspecto racional. La voluntad racional no existe como tal, sino que es un proceso dinámico de principios de organización y cooperación que son delimitadas por una necesidad histórica, las cuales finalmente forman un *status vivendi* que armoniza las oposiciones de intereses.

⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 58, describe el término de Constitución verdadera o auténtica como la correspondiente a los principios de la *burguesía liberal*, en torno a la cual se despliegan ideales como el derecho, el orden público y la seguridad.

⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibid.*, p. 59.

Este entendimiento parte de una visión idealista. El Estado, materializado en las normas, representa el orden normativo ideal que es impuesto por las virtudes de la racionalidad; su consumación ocurre en el Estado de derecho. Por tanto, el derecho es el Estado y no existen derechos fuera de él.⁹

En relación con lo anterior, pueden identificarse dos aspectos problemáticos entre el fundamento contractualista del constitucionalismo clásico y la protesta.

En primer lugar, las constituciones se originan, materializan y transforman en la lucha social; esto es, en el rechazo de las condiciones existentes al interior de la sociedad por parte de grupos desincorporados del ideal normativo. En lugar de una formulación pétrea e inamovible de ciertos derechos —como la libertad personal y la propiedad—, los derechos humanos configuran obligaciones directas e indirectas en relación con las expectativas emanadas del concepto de la dignidad humana; se formulan metas abstractas como la *progresividad*, el *desarrollo* y la *igualdad estructural* para alcanzar el bienestar de todos los integrantes de la sociedad.¹⁰

La formulación originaria del constitucionalismo fue superada en la lucha histórica. Los derechos humanos, como cláusula legitimadora del poder, se fundaron en la promesa de la realización humana; consecuentemente, su significación semántica se encuentra en disputa. La positivización de los derechos humanos en la Constitución no puede adquirir un carácter cerrado. Debe encontrarse abierto a la contingencia de los cambios en la comunicación al interior de la sociedad.¹¹

Así, los grupos sociales se encuentran en posibilidad de reivindicar sus expectativas a través del *vehículo conceptual* de los derechos fundamentales. El reconocimiento de los derechos sirve como instrumento mediador de la estabilidad social. Sus reclamos se elevan a máximas evidentes de la razón universal y se posicionan en el peldaño más alto de la jerarquía normativa.¹²

⁹ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, pp. 41-43.

¹⁰ Como afirma Pedro Salazar, en *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, pp. 177-178, la democracia constitucional implica la constitucionalización no solo de derechos, sino de principios que sirven de axioma para controlar al poder público. La decisión de formular constituciones, a manera de proyectos, es un cambio novedoso iniciado a mediados del siglo XX.

¹¹ Javier Espinoza de los Monteros, *La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática*, p. 93.

¹² *Ibid.*, pp. 94-95.

Los grupos sociales se empoderan en derechos al diferenciarse como categoría. Identifican una serie de expectativas pertenecientes a su grupo. La prescripción normativa les otorga un compromiso reivindicatorio al interior del sistema social. De forma que, “la teoría y el espectro normativo han sido proclives a acoger (...) la pluralidad de expectativas que van emergiendo de las necesidades sociales”.¹³ El proceso histórico de ampliación de derechos no es prefijado; existe como una *matriz expansiva*, su contenido es acumulativo a las conquistas sociales, por lo que su disposición al cambio no puede clausurarse. El cierre de su contenido discursivo haría nugatoria su función como instancia mediadora de los conflictos.¹⁴

Por lo anterior, la concreción material del constitucionalismo no puede ser entendida como una conquista acabada, sino como una lucha semántica que se encuentra en proceso de conquista frente a la resistencia de los grupos conservadores de poder. Más que un contrato social, nos encontramos ante un convencionalismo abstracto de reglas en negociación.

En segundo lugar, la idea del contractualismo moderno no comprende la complejidad de los sistemas contemporáneos. El constitucionalismo clásico tuvo su formación en los inicios de la modernidad, por lo que percibía los elementos del Estado desde una visión homogeneizadora, propia del concepto de la igualdad formal.¹⁵ No existían más que ciudadanos, sin importar la situación de desventaja en que se encontraran.

El fundamento teórico del constitucionalismo contiene dentro de sí principios del igualitarismo que no fueron materializados sino hasta tiempos recientes. El carácter exclusivo del constitucionalismo puede advertirse en sus primeros antecedentes. En los primeros precedentes —como la Declaración de Virginia y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano— la calidad de ciudadanía sostuvo criterios de clase social y heteropatriarcales. Los proclamados *derechos universales*, en el siglo XVIII excluyeron a las

¹³ *Ibid.*, p. 96.

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ Explica Norberto Bobbio, en *Liberalismo y democracia*, pp. 39-44, la forma en que la idea de la democracia formal inaugurada con el constitucionalismo moderno orientaba sus fundamentos en la idea del liberalismo absoluto. Uno de sus postulados, consistía en exaltar la personalidad privada, incluso en perjuicio de la personalidad de los desaventajados. La dimensión de igualdad que reconocía era la formal o la igualdad frente a la ley. Por lo que, a pesar de las diferencias materiales, todos eran arrojados a un entorno de libre desarrollo.

personas desposeídas de propiedad, los esclavos, las personas afrodescendientes libres, las mujeres y, en algunos casos, a ciertas minorías.¹⁶

En la actualidad, la diferenciación de los segmentos sociales pugna por una reivindicación en espacios diferenciados. La posmodernidad desconoce valores homogéneos que se imponen acríticamente en la alteridad, sin considerar la perpetuación de la desventaja. Tras una larga lucha histórica,¹⁷ las instituciones de la modernidad han comenzado a revalorizarse desde su promesa emancipadora para reconocer la heterogeneidad.¹⁸

Los derechos humanos toman como base los principios de libertad e igualdad para alcanzar la realización humana. En una primera *etapa de generalización*, se alcanzó el reconocimiento de la persona como categoría general de individuos pertenecientes al género humano. Sin embargo, su ampliación en categorías diferenciadas de sujetos se enmarca en una *etapa de especificación*. Este cambio permite que las personas en situación de exclusión alcancen su realización con la intermediación de la autoridad estatal.¹⁹

En efecto, el rechazo al individualismo liberal derivó en nuevos esquemas perceptivos sobre la titularidad de los derechos. Ficciones como los derechos sociales y colectivos permiten corregir la desigualdad estructural que se produce por la igualdad formal. En la sociedad contemporánea, los poderes públicos atienden como parte de su función a las *ideas*, los *programas políticos*, los *sueños* y las *utopías* de las clases sociales. El desarrollo inclusivo, princi-

¹⁶ Hunt Lynn, *Inventing Human Rights*, p. 18.

¹⁷ Zygmunt Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, pp. 48-55, se refiere en su texto a *la cultura en un mundo de diásporas*. De acuerdo con el sociólogo, la tarea de la ilustración fue la de fecundar una sociedad homogénea que reconociera determinados valores. Presentó un discurso seductor para las masas, ansiosas de desprenderse de las estructuras estamentales. La libertad, la igualdad y la fraternidad fueron la promesa del siglo XVIII. Sin embargo, la cultura, una vez alcanzada su meta, comenzó a desdibujar sus objetivos primigenios. En la dinámica de las sociedades actuales se ha transitado a una *ideología del fin de las ideologías*. La formación multicultural del posmodernismo, que segmenta los espacios de expresión de forma diferenciada, pierde la estabilidad y la solidez por el dinamismo y la liquidez.

¹⁸ Niklas Luhmann, en *Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)*, pp. 90-101, explica la estructuración social diferenciada que se originó en la posmodernidad. Con anterioridad, los estamentos feudales no reconocían espacios de expresión públicos. La idea de una república permite la manifestación de intereses particulares que entran en tensión entre grupos. La política funge como mediadora en esta disputa, hasta llegar a decidir entre la diversidad de formas, una en particular que le dé consistencia a toda la unidad. Entre los elementos formados encontramos a los derechos fundamentales como elementos de las sociedades modernas que garantizan la propiedad privada y la liberalidad.

¹⁹ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, pp. 110-112.

palmente por el crecimiento económico, representa la preocupación principal del Estado-nación.²⁰

II. La correspondencia semántica en el diálogo: la reivindicación en los espacios de subversión y autonomía

Jürgen Habermas, al comienzo de *Facticidad y validez*, señala que el empleo de la razón práctica como fundamento de la validez del derecho no da una respuesta satisfactoria a los conflictos jurídicos contemporáneos. Desde el idealismo alemán —principalmente en Hegel—, la razón aplicada en la práctica social establecía una relación progresiva entre la historia y el derecho. El conocimiento descubierto en la experiencia marcaba el devenir en una línea progresiva. En el contexto actual de los Estados democráticos no es posible comprender el flujo de las transformaciones jurídicas bajo la figura de un *macro-sujeto estatal-social que descubre la verdadera validez del derecho*.²¹

El derecho construye su significado en la discusión práctica. La corrección de la validez jurídica se formula en proposiciones argumentativas que pretenden producir convicción en los destinatarios de la norma. De esta forma, “[e]s más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa”.²²

El entendimiento entre sujetos a partir del lenguaje permite el ensamble de la sociedad. Las personas emplean códigos comunes para acordar los términos de *algo en el mundo*. Al formar el acuerdo se comprometen con las predisposiciones bajo las cuales desarrollarán su interacción. En otras palabras, mediante el acto del habla “ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de consenso”.²³

²⁰ Henri Lefebvre, *Hegel, Marx, Nietzsche*, pp. 2-3, comienza su obra describiendo cómo la sociedad moderna posiciona la utopía y la crítica capitalista como punto de partida fundamental de la discusión pública.

²¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, pp. 64-65.

²² *Ibid.*, p. 65.

²³ *Ibid.*, pp. 65-66.

El abandono del positivismo ortodoxo provocó una apertura en la discusión práctica sobre la validez del derecho. Las normas no son un objeto exterior a la razón humana con un contenido inmodificable e inalterable. La creación de las normas jurídicas —en la producción legislativa y en la resolución de conflictos judiciales— forma parte de “un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos”.²⁴ La injerencia de la crítica en la configuración del derecho proporciona un espacio público para deliberar argumentativamente la validez del derecho.

La integración social bajo la razón comunicativa tiene soporte en los procesos racionales que buscan preservar la comunidad; pretende encontrar convicciones comunes que permitan respetar la diferencia y conservar el acuerdo en los discursos normativos.²⁵ La concepción tradicional de la facticidad y validez del derecho, como normativización idealista fundada en el monopolio de la violencia, requiere “absorber las inestabilidades de una socialización que se efectúa mediante la toma de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica”.²⁶

Bajo este nuevo enfoque, el inicio del consenso se forma en la acción comunicativa: es la primera instancia de interacción en que se forma la colaboración humana. Cuando se efectúa una comunicación con fines de colaboración, se cede poder al receptor del mensaje para negociar un acto con intereses en común. En este punto se acuerdan los términos de la justicia. Posteriormente, se circulan dichos valores éticos dentro de la cultura.

Con base en lo anterior, el mismo pensador alemán conceptualiza a los derechos humanos como consensos comunicativos que tienden a fijar las reglas universales para la convivencia global entre sociedades. Los sujetos *indignados* de la historia, conquistan espacios de reconocimiento a través de la lucha social.²⁷ La democracia, como sistema, busca optimizar los vínculos entre los representantes populares y los representados; permitir la participación abierta en la deliberación de los asuntos públicos de todos los sujetos involucrados;

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibid.*, p. 70.

²⁷ Jürgen Habermas, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, p. 8.

otorgar condiciones de incidencia en la toma de decisiones a partir de los canales institucionales previstos para ello.²⁸

A pesar de lo anterior, no es posible encontrar en todo momento el consenso. En ocasiones, más allá de la estimación subjetiva de la jerarquía de los valores, la incompatibilidad semántica de la justicia se encuentra ante un óbice epistemológico. Ciertos grupos no están dispuestos a someterse a las reglas comunes de la sociedad. La correspondencia semántica sobre la justicia dependerá de las creencias o convicciones vigentes; las aspiraciones colectivas de la mayor parte de los integrantes de la sociedad; y de la respectiva influencia que sobre la vida ejerzan los varios estratos o clases sociales.²⁹

Esta disputa ocurre en el campo simbólico. Cuando no es posible conciliar, la resistencia colectiva se manifiesta en la autonomía y la rebelión. La idea anterior puede sintetizarse en la afirmación de Dworkin, al sostener que “si fueran muchas las personas que dentro de una comunidad discreparan hasta [el extremo] sobre los fundamentos de los derechos, la desobediencia civil sería el menor de sus problemas”.³⁰

El destino para estos grupos puede derivar en dos escenarios: alcanzar espacios de emancipación o destruirse mutuamente hasta que uno de los dos resulte vencedor.

En el caso de la autonomía, lo que se busca es la apertura del ideal normativo unívoco hacia una *hermenéutica diatópica*, entendida como una traducción de saberes neutrales y heterónomos. Desde esta concepción epistemológica, dos culturas respetan mutuamente sus preocupaciones y aspiraciones de dignidad. En este ejercicio, la diversidad es vista en paridad. En lugar de una homologación violenta de los valores, se aceptan diversas concepciones de la vida y de los saberes y visiones del mundo.³¹

Las comunidades indígenas y afrodescendientes son el ejemplo más claro de ello. La incompatibilidad de una semántica de valores entre la tradición ancestral y la modernidad capitalista impide aceptar reglas comunes. La visión comunitaria de la vida, como un universo cosmogónico de colaboración so-

²⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 379.

²⁹ Luis Recasens Siches, *Filosofía del derecho*, pp. 227-228.

³⁰ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, p. 90.

³¹ Boaventura De Sousa Santos, *Una epistemología del sur*, pp. 137-140.

lidaria, rompe con la lógica del liberalismo individual.³² En consecuencia, el espacio de emancipación creado tras la lucha indígena es el de la autonomía. La convivencia se alcanza en el ejercicio de una forma de organización social y política autónoma dentro de la soberanía del Estado.³³

El segundo de los casos —la rebelión—, ocurre cuando la autoconsciencia de los oprimidos exige equidad frente a sus iguales. El sentido de la inferioridad, de la pertenencia a un grupo oprimido cambia para valorarse en términos de paridad. Con ello, la expectativa de vida se transforma. Los discursos legitimadores de la opresión, que como afirma Camus,³⁴ eximen de culpa a los amos, cambian radicalmente. De la normalización de relaciones de superioridad comienzan a emitirse juicios a las personas y sus actos como justos e injustos.

La instancia del diálogo subversivo, en el mejor de los casos, logrará cambiar la forma en que se conforman las relaciones sociales. La suma de voluntades romperá el orden normativo establecido para exigir el cambio en el orden normativo por la paz. En respuesta, los grupos que se encuentren en un estatus de poder cederán el respeto a la otra entidad con la que dialogan o combatir hasta destruirse mutuamente.³⁵

III. La protesta como continuidad del diálogo: pauta del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales tiene una fuerte conexión con la colaboración humana. El fenómeno de restricción de derechos a ciertos grupos sociales ocurre en virtud de la atribución diferenciada de *legítimas expectativas*. La infravaloración de ciertos grupos perpetúa su relegación. La anomia la conforman los grupos que no pueden ser integrados al orden ideal de la sociedad. Son las clases inferiores que “ven limitado su horizonte por las que están por encima de ellos y, por eso mismo, sus deseos

³² Carlos H. Durand Alcántara, “La costumbre jurídica india como sistema de derecho”, pp. 5-17.

³³ Luis Villoro, “El Estado-nación y las autonomías indígenas”, pp. 231-239.

³⁴ Albert Camus, *El Hombre Rebelde*.

³⁵ Augusto Sánchez Sandoval, *Sistemas ideológicos y control social*, pp. 3-14.

son más definidos”.³⁶ Estos grupos pueden verse relegados de diversas formas y por distintas causas, pero en todos ellos existe un indicador común: no hay un reconocimiento de su grupo dentro de la aspiración del ideal normativo.

La participación restringida de los grupos sociales en el debate sobre las decisiones fundamentales puede identificarse en sus mismos antecedentes históricos. El proyecto político de la modernidad estableció como parte de sus premisas: la primacía de los individuos; el libre ejercicio de la razón sobre las tradiciones, las costumbres y los fundamentos de valor de carácter religioso; y el rechazo al activísimo político mayoritario, para buscar soluciones institucionales dentro de procesos decisorios. Las constituciones que se adhirieron a estas premisas establecieron cláusulas de control contramayoritarias. Los representantes del sistema político se asumieron como protectores del orden normativo, el cual debía permanecer ajeno a la voluntad de las mayorías. Los sistemas de contrapesos limitaban la participación ciudadana en el ejercicio del poder; las decisiones debían justificarse por razones en lugar de por la voluntad popular.³⁷

Esta desvinculación produjo estructuras conservadoras de poder. La hostilidad generada por los grupos conservadores reprimió en gran medida las demandas sociales. Los *grupos más sensibles y mejor ubicados de la sociedad* reprimieron —incluso mediante la violencia— los discursos por el cambio.³⁸ En estos casos, como afirma Roberto Gargarella,³⁹ el derecho a la protesta aparece como el *primer derecho*.

La protesta se encuentra consagrada como un derecho humano, indispensable en las sociedades democráticas. La relación entre derechos humanos y democracia ha proliferado en la época contemporánea. La Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere a una triada indisoluble para permitir el juego democrático: los derechos humanos —en particular la libertad de expresión y de asociación—, el Estado de derecho y los mecanismos de par-

³⁶ Émile Durkheim, *El suicidio*, p. 223, trata a la anomia como la acción colectiva de exclusión a los grupos marginales.

³⁷ Roberto Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, p. 262; y Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, pp. 250-254.

³⁸ *Ibid.*, p. 257.

³⁹ Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, pp. 205-207.

ticipación política, buscan equilibrar los intereses sociales como un símil del libre mercado.⁴⁰

Los grupos políticamente relevantes se constituyen en unidades diferenciadas que buscan posicionar su demanda política a los representantes populares. Sin embargo, el fallo del ideal democrático liberal se encuentra en la disparidad en la participación política. Bobbio describe el funcionamiento de la democracia contemporánea como un intercambio entre grupos políticamente relevantes. La economía política del liberalismo clásico —*homo economicus*— trascendió en la constitución política de las sociedades —*zoon politikón*—. La relación entre ciudadanía y gobernantes ocurre en un intercambio en el que el voto funge como capital de los grupos sociales. Su capacidad de negociación dependerá de su potencial influencia en el escenario político.⁴¹

En la actualidad, los postulados teóricos de la democracia liberal suelen ser calificados como utópicos. Por lo anterior, se ha optado por un estudio realista, de orientación empírica, para comprender el funcionamiento de las democracias contemporáneas. En este nuevo enfoque, el disenso entre los grupos no se soluciona a través del consenso racional. En las sociedades con una fuerte segmentación cultural se aprecia la conformación de relaciones políticas *consociativas*. Las élites gobernantes —particularmente en el ámbito económico— muestran una disposición cooperativa con las minorías y los grupos desvinculados de los cotos de poder. Este tipo de relaciones puede explicarse por las “transformaciones en la estructura económica y social del capitalismo y a la necesidad de defender su estabilidad, frente a lo que se percibe como la amenaza de la participación social y los regímenes totalitarios”.⁴²

Cuando el mecanismo anterior fracasa, ante la imposibilidad de optar por alguna otra vía legítima de expresión, los grupos adquieren nuevamente su personificación en la protesta. Mediante actos amedrentadores, exigen el cambio del orden normativo a través de la fuerza. La ficción del derecho se enfrenta al repudio de sus destinatarios, quienes reclaman una nueva reconfiguración sobre el orden normativo. De esta forma, los movimientos sociales

⁴⁰ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, Núm. 127, párrs. 191 a 194, entre otros precedentes.

⁴¹ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, pp. 28-41.

⁴² Carlos Ruíz Schneider, “Democracia y consenso”, p. 48.

tienen como motivación la promesa de una realidad mejor, lograr una transformación en torno de sus necesidades materiales, de su estatus social y de su identidad cultural.⁴³

Así, la protesta es un acto de reivindicación política frente a un estado sistemático de exclusión. La administración arbitraria y selectiva de la violencia hacia los grupos oprimidos vuelve nulo el valor de su vida. La persona excluida del orden normativo ideal busca ser invisibilizada. Las estructuras de opresión extirpan el estatus político a los cuerpos, para criminalizar sus expectativas de goce. En este entorno, se profieren contenidos antidiscursivos y extralingüísticos de poder en contra de los grupos oprimidos.⁴⁴

La ausencia de discursos articulados de identidad impide conjuntar los actos de comunicación, capaces de formar un colectivo capaz de incidir en el escenario público. Se produce un efecto similar al descrito por Achille Mbembe: la pérdida del estatus político y de los derechos corporales, lo cual “equivale a una dominación absoluta, a una alienación desde el nacimiento y a una muerte social (que es una expulsión fuera de la humanidad)”.⁴⁵

En cambio, la formación de discursos identitarios con aspiraciones de reivindicación permite la movilización social en la protesta. En esta instancia ocurre el reconocimiento de los derechos fundamentales.

El respeto de los derechos se sostiene por la protesta en los casos de incumplimiento de los acuerdos. El reconocimiento a las reglas de convivencia presupone un orden normativo que es aceptado. Cuando se aprecia una discordancia entre las expectativas negociadas entre los grupos sociales, la reacción es retomar la protesta como medio de reclamo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos pone de manifiesto la necesidad de lograr un espacio de consenso entre los grupos en situación de poder y los oprimidos. Ante la falta de estos espacios, la consecuencia es que los últimos se vean *compelidos* a emplear la fuerza y la violencia para reivindicar sus aspiraciones de igualdad.⁴⁶

⁴³ Frank A. Gunder y Marta Fuentes, “Diez tesis acerca de los movimientos sociales”, p. 68.

⁴⁴ Achille Mbembe, *Necropolítica*, pp. 19-33.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁶ El preámbulo de la mencionada declaración refiere que: “[c]onsiderando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Los derechos humanos representan abstracciones metafísicas sobre las condiciones indispensables para la realización humana. Su reconocimiento en el entramado jurídico representa un compromiso a largo plazo de su respeto. El constitucionalismo contemporáneo proyecta instrumentos reivindicatorios de carácter abstracto que permiten defender los intereses de los grupos sociales. Las obligaciones negativas y positivas en materia de derechos humanos, las medidas afirmativas, la identificación de la desigualdad estructural, las categorías sospechosas de discriminación, el criterio de la desigualdad por resultado, entre otras, fungen como criterios de validez de los actos jurídicos.

Así, en otras palabras, “la equidad entonces funge como dispositivo de autocorrección del derecho, del mismo modo que el derecho funge como sistema de compensaciones de los efectos de reafirmación de las desviaciones producidas por el funcionamiento racional de los sistemas sociales”.⁴⁷

La apertura del derecho en relación con sus destinatarios se refleja en dos dimensiones. En primer lugar, la renuncia del positivismo extremo, por una visión axiológica. Como nueva teoría constitucional, los fundamentos sustantivos de las normas pretenden someter al derecho.⁴⁸ El ordenamiento jurídico se impregna de un sentido democrático, en el cual los grupos en situación de desigualdad estructural son revalorizados en el plano operativo del derecho.⁴⁹

Con la multiplicidad de sentidos que pueden atribuirse a las normas jurídicas y con la variedad de valores que colisionan en los conflictos jurídicos

⁴⁷ Raffaele de Giorgi, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”, p. 20.

⁴⁸ De la lectura de Ronald Dworkin, *Justicia para los erizos*, pp. 178-229, se advierte que el neoconstitucionalismo de corte naturalista exige la justipreciación de principios sobre el derecho: los principios del derecho se entienden como derivaciones lógicas indispensables para la vida buena o la justicia en abstracto; pueden reivindicarse en juicios de valor subjetivos que se sobreponen a la interpretación del derecho; son fórmulas que ordenan maximizar los valores morales o éticos; estos deben trascender al contenido del derecho; su identificación ocurre en paradigmas racionales que identifican la virtud colectiva.

Por otra parte, como se desprende de la lectura de Luigi Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, p. 131, dentro del neoconstitucionalismo formado desde la corriente del positivismo, se busca erradicar la *charlatanería* de las constituciones; considerar que, entre la formulación de derechos en clave de expectativas o mandatos deónticos —del deber ser—, requiere mediar una instrumentalización jurídica que les dé garantía; ante cuya laguna, se estará ante una omisión de corte legislativa.

⁴⁹ Juan M. Romero Martínez, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, pp. 5-24.

no se busca arribar a la única respuesta correcta. El discurso jurídico se ha inscrito como parte del discurso práctico para decidir sobre la respuesta que en mayor medida se considere adecuada.⁵⁰ La interpretación, en lugar de ser percibida como una labor de descubrimiento, en la que se alcance una verdad absoluta según un orden normativo incuestionable —como con la fundamentación del orden geométrico,—⁵¹ ahora admite la decisión sobre valores subjetivos en casos concretos —juicios de valor móviles—.⁵²

Los tribunales constitucionales han sido en gran medida las instituciones conciliadoras entre las expectativas sociales y el ideal normativo. Los derechos se institucionalizan en instrumentos jurídicos justiciables en sede jurisdiccional.⁵³ No obstante, como afirma Samuel Moyn, este nuevo foro de protesta política es bastante limitado, “puesto que los jueces son relativamente débiles en comparación con los movimientos revolucionarios”.⁵⁴

En efecto, en aquellas expectativas normativas que no son cedidas por la resistencia del poder conservador, aquellos espacios invisibilizados por los símbolos de dominación,⁵⁵ o en aquellos temas vedados que trascienden de un espacio de justiciabilidad, al surgir, conservarse y reproducirse en las estruc-

⁵⁰ Para una explicación sobre estos elementos en las teorías de la argumentación jurídica contemporánea, puede consultarse a Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

³¹ En ese sentido, se desarrollan matices relevantes en el campo jurídico en la obra de Rolando Tamayo y Salmorán, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y metateorías jurídicas*.

⁵² Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, pp. 136-140.

⁵³ Señalan Ulises Schmill y José R. Cossío, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, pp. 79-86, que existen dos técnicas interpretativas que pueden ocurrir en la sede jurisdiccional para dirimir los intereses fundamentales de los grupos sociales. En primer lugar, las personas juzgadoras podrán actuar bajo una *ética de la convicción*; en este caso, en las controversias judiciales deberán asumir que son capaces de conocer cuáles valores son dignos de protección; posteriormente, habrán de justificar su decisión en consideraciones de carácter racional. En segundo lugar, podrán regir su actuación bajo una *ética de la responsabilidad*, en la que se sostendrán la interpretación de las normas de acuerdo con un punto de vista instrumental y empírico; las consecuencias producidas por su potencial decisión serán justipreciadas para determinar cuál produce un menor daño, o en su caso, genera un mayor beneficio. En ambos casos, el derecho no es comprendido como un objeto sometido a procesos hermenéuticos en los que se descubre la intención del legislador. Se aprecia en cambio, un conjunto de valores reivindicatorios que son institucionalizados en las normas fundamentales a manera de garantía.

⁵⁴ Samuel Moyn, “Derechos humanos: orígenes, posibilidades y límites”, p. 250.

Un estudio de diversas manifestaciones de la exclusión democrático-legal de los grupos puede apreciarse en: José R. Narváez, *Historia social del derecho y de la justicia*.

⁵⁵ Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, pp. 155-160, incluso describe a la jurisprudencia como una lucha simbólica; en la disputa de dos representaciones ideológicas que se presentan ante los juzgadores, estos habrán de materializar una a través de sus propias estructuras cognitivas.

turas económicas, sociales y políticas,⁵⁶ el descontento suma fuerzas hasta llegar a la protesta como mecanismo de diálogo.

IV. Conclusión

Los acuerdos de convivencia ocurren entre iguales; los sectores desiguales suelen ser excluidos del diálogo y suprimidos socialmente debido a su incompatibilidad con el sistema: se convierten en *la anomia*. El ideal constitucional, como supuesto acuerdo homogéneo entre seres libres y racionales, no integra a todas las categorías sociales. Cuando los grupos en situación de vulnerabilidad revalorizan su vida, exigen mejores condiciones a través de la protesta. Ofrecen su obediencia hacia un orden normativo a cambio de la reconfiguración de las condiciones de vida mínimas: un nuevo orden normativo ideal con más derechos y garantías.

En virtud de lo anterior, es necesario transformar la percepción sobre la protesta; este ejercicio debe revalorizarse como un proceso de diálogo. La ruptura del orden normativo implica el desacuerdo y la inconformidad; con ello, el repudio a lo indigno, la vulnerabilidad, la desventaja y la insatisfacción social. El rechazo a la protesta, su categorización como acto incivilizado, evidencia una posición conservadora de las estructuras de poder.

En consecuencia, la sensibilización hacia las expectativas de justicia facilitará la disposición al diálogo, la reconstrucción simbólica del orden normativo ideal que es establecido en los textos constitucionales.

⁵⁶ El ámbito de a-justiciabilidad, ocurre en virtud de las estructuras paradigmáticas de las fuerzas hegemónicas. Los derechos sociales, de la diversidad sexual y de la equidad de género, por citar algunos ejemplos, fueron excluidos radicalmente del ámbito de los justiciables bajo referencias axiológicas propias de la ideología moderna y del conservadurismo judeocristiano; otra postura de la exclusión material consiste en el aprovechamiento de la acumulación del capital en detrimento de la clase trabajadora.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- André Gunder, Frank y Marta Fuentes. “Diez tesis acerca de los movimientos sociales”. *El juicio al sujeto. Un análisis global de los movimientos sociales*. México, FLACSO, 1968.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, IJ-UNAM, 2017.
- Bauman, Zygmunt. *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. México, FCE, 2013.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, FCE, 2014.
- _____. *Liberalismo y democracia*. México, FCE, 2012.
- _____. *El tiempo de los derechos*. España, Sistema, 1991.
- Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. *La fuerza del derecho*. Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Camus, Albert. *El Hombre Rebelde*. Argentina, Alianza Editorial, 2013.
- Durand Alcántara, Carlos H. *et al.* (coords.). “Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india”. México, Plaza y Valdés y Universidad Autónoma de Campeche, 2000.
- Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.
- De Giorgi, Raffaele. “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”. *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez (coords.), México, Tirant lo Blanch, 2013.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Una epistemología del sur*. México, CLACSO y Siglo XII Editores, 2009.
- Durand Alcántara, Carlos H. “La costumbre jurídica india como sistema de derecho”, *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*. Carlos H. Durand Alcántara *et al.* (coords.), México, Plaza y Valdés y Universidad Autónoma de Campeche, 2000.
- Durkheim, Émile. *El suicidio*. España, Akal, 2012.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. España, Gedisa, 2012.
- _____. *Justicia para los erizos*. México, FCE, 2014.
- Espinoza de los Monteros, Javier. *La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática*. México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México, Fontamara, 2004.
- _____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. España, Trotta, 2011.

- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. España, Trotta, 2016.
- Francisco Vázquez Gómez B. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al poder constituyente constituido*. México, Porrúa, IMDPC, 2012.
- Gargarella, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Argentina, Ad-hoc, 2005.
- . *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Argentina, Siglo XXI Editores, 2005.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, Fontamara, 2007.
- Habermas, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, mayo, 2010.
- . *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. España, Trotta, 2005.
- Hermann Heller. *Teoría del Estado*. México, FCE, 2017.
- Hobbes, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, CFE.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. España, Gredos, 2011.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. México, Tecnos, 2006.
- Lefebvre, Henri, *Hegel, Marx, Nietzsche*. México, Siglo XXI Editores, 2013.
- Luhmann, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)*. México, Universidad Iberoamericana, 2010.
- Lynn, Hunt. *Inventing Human Rights*. EUAN, W.W. Norton, 2008.
- Mbembe, Achille. *Necropolítica*. España, Melusina, 2011.
- Moyn, Samuel. “Derechos humanos: orígenes, posibilidades y límites”. *Derecho y cambio social*. José Ramón Cossío, Pablo Mijangos y Erika Pani (coords.), México, COLMEX, 2019.
- Narvárez, José Ramón. *Historia social del derecho y de la justicia*. México, Porrúa, 2007.
- Recasens Siches, Luis. *Filosofía del derecho*. México, Porrúa, 1999.
- Romero Martínez, Juan Manuel. *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. México, IJ-UNAM, 2017.
- Ruiz Schneider, Carlos. “Democracia y consenso”. *Filosofía política I. Ideas políticas y movimientos sociales*. Fernando Quesada (eds.), España, Trotta, 2002.
- Salazar, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, FCE, 2017.
- Sánchez Sandoval, Augusto. *Sistemas ideológicos y control social*. México, IJ-UNAM, 2012.
- Schmill, Ulises y José Ramón Cossío. “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vázquez (comp.), México, Fontamara, 2016.

- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*. España, Alianza Editorial, 1996.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y metateorías jurídicas*. México, Fontamara, 2013.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, FCE, 2012.
- Vázquez Gómez, Francisco. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al poder constituyente constituido*. México, Porrúa, 2012
- Villoro, Luis. “El Estado-nación y las autonomías indígenas”. *Constitución y derechos indígenas*. Jorge A. González Galván. (coord.), México, IIJ-UNAM, 2002.
- Zygmunt, Bauman. *La cultural en el mundo de la modernidad líquida*. México, FCE, 2013.

Electrónicas

- Quintana, Vivir. “Canción sin miedo-con el mariachi ‘Mexicana Hermosa’”. *YouTube*, 8 de marzo de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=K5jDXE4sncU>

El Consejo General de Salubridad y el semáforo de riesgo sanitario frente a la pandemia de la COVID-19

José Fernando Vázquez Avedillo*

Resumen:

La administración de la pandemia de la Covid-19 ha permitido mostrar la urgente necesidad de hacer uso de mecanismos efectivos que permitan salvaguardar el derecho a la salud, razón por la que la instalación de medidas debe realizarse por una autoridad sanitaria de alcance nacional que ponga orden y con ello se eviten interpretaciones contradictorias entre las autoridades federales y locales.

Abstract:

The administration of the Covid-19 pandemic has shown the urgent need to make use of effective mechanisms to safeguard the right to health, which is why the installation of measures must be carried out by a national health authority that can bring order and thus avoid contradictory interpretations between federal and local authorities.

Sumario: Introducción / I. El semáforo de riesgo epidémico Covid-19 como mecanismo de medición / II. El Consejo de Salubridad General y la administración de la pandemia / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador, Integrante del Cuerpo Académico Consolidado “Derecho y Globalización”, de la Facultad de Derecho de Universidad Autónoma de Querétaro, Perfil Deseable Prodep, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

La pandemia de la COVID-19 en el mundo ha obligado a todos los países a realizar esfuerzos descomunales por comprender la lógica de la enfermedad y con ello tomar las decisiones óptimas en busca de mejorar las condiciones de vida de la población.

El desarrollo de estrategias de contención en el avance de la enfermedad no es un tema sencillo de atender; sin embargo, a nivel mundial se ha buscado establecer criterios homogéneos que permitan establecer mediciones para dosificar los programas de contención, evitando dañar, en la medida de lo posible, al ser humano en cuanto a sus actividades cotidianas tales como la movilidad, el trabajo, la socialización, la educación, etcétera.

En México se ha establecido a nivel nacional una metodología de cálculo del riesgo basada a partir de un código de colores a manera de semáforo, mismo que indica el nivel de riesgo epidémico, circunstancia que ha permitido conocer la situación específica por región del país a efecto de tomar las medidas necesarias de contención. Sin embargo, dicho semáforo ha sido desechado como herramienta de medición, toda vez que en diversas entidades federativas, así como la propia Ciudad de México, a través de sus autoridades sanitarias, (secretaría de salud), con base en sus propios datos, comenzaron a generar sus mediciones y con ello, tomaron decisiones específicas respecto de la contención de la pandemia, las que no siempre concordaron con el criterio federal.

En un momento de crisis sanitaria nacional, debería existir unidad de mando y dirección, cuya meta debe de ser la protección de la vida y salud de la población, más allá de criterios políticos o económicos. Dicha unidad bien podría provenir del Consejo de Salubridad General, órgano que debería marcar las pautas de atención, evitando con ello la diversidad de visiones y enfoques que sobre el tema de la pandemia existen.

Debido a lo anterior, se considera necesario analizar el tema con la intención de establecer pautas claras de medición que den certeza a la población, particularmente cuando se presentan discrepancias en la forma de medir la contingencia sanitaria y con ello la toma de acciones específicas, circunstancia que, naturalmente, debería recaer en el Consejo de Salubridad General, órgano que ya existe, pero que ha sido desdeñado históricamente.

Para lograr el cometido señalado se hará acopio del herramental del método inductivo bajo una perspectiva de investigación cualitativa.

I. El semáforo de riesgo epidémico Covid-19 como mecanismo de medición

Habrà que comenzar por establecer que ante la pandemia de la Covid-19, el gobierno federal, por conducto de la Secretaría de Salud, estableció un mecanismo de medición que incluye diversas facetas de la enfermedad, que sumadas han dado como resultado un parámetro de medición que posibilita la toma de decisiones y la implementación de medidas en diversos sentidos, a efecto de contener la enfermedad y dar pauta a la continuación del diario acontecer en la vida de los mexicanos.

Debe señalarse que este mecanismo al que se hace referencia fue denominado como “Semáforo de riesgo epidémico Covid-19”, el cual nació como una herramienta de carácter público y de observancia general para todo el país, con el que las entidades federativas adquirieron la obligación de aportar información fidedigna tendiente a alimentar el sistema, el cual de manera semanal arrojaba resultados que eran publicados quincenalmente con la intención de que cada entidad federativa tomase las medidas indicadas para cada color del semáforo y con ello frenar la incidencia de contagios, reducir el número de pacientes hospitalizados y buscar el retorno a cierta normalidad en el diario acontecer de la vida de su población.

Para entender cómo llegamos al semáforo de riesgo epidémico es necesario recordar que el 27 de marzo de 2020, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, un decreto emitido por el presidente de la república, por el que se declararon acciones extraordinarias para atender el inicio de la pandemia de la Covid-19, en virtud de la declaratoria hecha por el Consejo de Salubridad General en sesión extraordinaria celebrada el 19 de marzo de 2020, en la que se acordó reconocer la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria. Esta fue la primera aparición del Consejo, tomando aparentemente las riendas del asunto.

DECRETO por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salu-

bridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con fundamento en los artículos 4o. y 73, fracción XVI, Base 1a. a 3a. de la propia Constitución; 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 3o., fracción XV, 133, fracción II, 147, 148, 183 y 184 de la Ley General de Salud, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, por lo que el Gobierno de México tiene la obligación de garantizar y realizar todas las acciones necesarias para ello;

Que el Consejo de Salubridad General en sesión extraordinaria celebrada el 19 de marzo de 2020, acordó que se reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria;

Que en la citada sesión, el Consejo de Salubridad General también mencionó que la Secretaría de Salud establecerá las medidas necesarias para la prevención y control de la epidemia de virus SARS-CoV2 (COVID-19), mismas que definirán las modalidades específicas, las fechas de inicio y su término, así como su extensión territorial;

Que en ese tenor, la Secretaría de Salud publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de marzo de 2020, el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), mismas que fueron sancionadas por el Presidente de la República a través del Decreto publicado en esa misma fecha en el citado órgano de difusión oficial;

Que con independencia de las citadas medidas, la Ley General de Salud establece la posibilidad de que el Ejecutivo Federal declare, mediante decreto, la región o regiones amenazadas que quedan sujetas, durante el tiempo necesario, a la acción extraordinaria en materia de salubridad general;

Que las acciones extraordinarias en materia de salubridad general serán ejercidas por la Secretaría de Salud, para lo cual deberá integrar y mantener permanentemente capacitadas y actualizadas brigadas especiales que actuarán bajo su dirección y responsabilidad, llevando a cabo las atribuciones a que se refiere la Ley General de Salud, y

Que aún y cuando se han llevado diversas acciones preventivas para la mitigación y el control de la enfermedad causada por el SARS-CoV2 (COVID-19), mismas que han permitido atenuar la propagación de la enfermedad en la población mexicana, resulta necesario emprender acciones adicionales extraordinarias a efecto de salvaguardar la integridad y la salud de los mexicanos ante la situación de emergencia que afecta al país, por lo que he tenido a bien emitir el siguiente

DECRETO

ARTÍCULO PRIMERO.- El objeto del presente Decreto es declarar diversas acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general, para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Para efectos del artículo anterior, la Secretaría de Salud podrá implementar de manera inmediata, además de lo previsto en el artículo 184 de la Ley General de Salud, las acciones extraordinarias siguientes:

- I. Utilizar como elementos auxiliares todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes en las regiones afectadas y en las colindantes;
- II. Adquirir todo tipo de bienes y servicios, a nivel nacional o internacional, entre los que se encuentran, equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos.

cos, así como todo tipo de mercancías y objetos que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla;

III. Importar y autorizar la importación, así como la adquisición en el territorio nacional de los bienes y servicios citados en la fracción anterior, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia objeto de este Decreto;

IV. Llevar a cabo las medidas necesarias para evitar la especulación de precios y el acopio de insumos esenciales necesarios de los bienes y servicios a que se refiere la fracción II del presente artículo, y

V. Las demás que se estimen necesarias por la Secretaría de Salud.

ARTÍCULO TERCERO.- Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán coordinarse y brindar los apoyos que sean requeridos por la Secretaría de Salud para la instrumentación de las medidas de mitigación y control de la enfermedad causada por el SARS-CoV2 (COVID-19) en nuestro país.

TRANSITORIO

ÚNICO.- El presente Decreto entrará en vigor el día su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* y estará vigente hasta en tanto se declare terminada la contingencia que la originó.

Dado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, a 27 de marzo de 2020.- Andrés Manuel López Obrador.- Rúbrica.- El Secretario de Salud, Jorge Carlos Alcocer Varela.- Rúbrica.¹

En fecha 30 de marzo de ese mismo año, fue declarada la emergencia sanitaria por parte del Consejo de Salubridad General, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, estableciéndose que la Secretaría de

¹ Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 27 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Salud determinaría todas las acciones que resultasen necesarias para atender la emergencia.²

La idea de tomar acciones extraordinarias era la de atender la pandemia y dar pauta a la emisión de lineamientos para un regreso ordenado, escalonado y regionalizado a las actividades laborales, económicas y sociales del país, circunstancia que debería suceder como resultado de la coordinación de acciones entre la Secretaría de Salud y otras dependencias del Ejecutivo federal, circunstancia que llamaba naturalmente al funcionamiento pleno del Consejo de Salubridad General, aunque esto no fue así.

En este sentido, el Acuerdo publicado el 14 de mayo de 2020, estableció una estrategia nacional de reapertura de actividades de una manera gradual, ordenada, cauta y por etapas, atendiendo a un semáforo.

ACUERDO

ARTÍCULO PRIMERO.- El presente Acuerdo tiene por objeto establecer una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como establecer acciones extraordinarias.

ARTICULO SEGUNDO.- La estrategia consiste en la reapertura de actividades de una manera gradual, ordenada y cauta, considerando las siguientes etapas:

- i) Etapa 1.- Inicia el 18 de mayo del 2020, con la reapertura de las actividades en los municipios en que no se hubieran presentado casos de COVID-19 y que, además, no tengan vecindad con municipios con casos de COVID-19;
- ii) Etapa 2.- Abarca del 18 al 31 de mayo del 2020, y consiste en llevar a cabo acciones de aplicación general tendientes a la preparación para la reapertura de las actividades en general, como son: la elaboración de protocolos sanitarios para el reinicio seguro de actividades, capacitación de personal para seguridad en el ambiente

² Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 30 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

laboral, readecuación de espacios y procesos productivos, así como la implementación de filtros de ingreso, sanitización e higiene del espacio laboral, entre otras que determine la Secretaría de Salud, conforme al Artículo Cuarto, segundo párrafo, del presente Acuerdo, y

iii) Etapa 3.- Inicia el 1 de junio del 2020, conforme al sistema de semáforo por regiones para la reapertura de actividades sociales, educativas y económicas.

ARTICULO TERCERO.- El semáforo a que se refieren los Artículos Primero y Segundo y que se incorpora como Anexo de este Acuerdo, establece mediante colores las medidas de seguridad sanitaria apropiadas para las actividades laborales, educativas y el uso del espacio público, entre otros.

ARTICULO CUARTO.- Se establece como acción extraordinaria que las actividades de la industria de la construcción, la minería y la referente a la fabricación de equipo de transporte, serán consideradas como actividades esenciales.

Las empresas que se dediquen a las actividades a que se refiere el párrafo anterior, podrán iniciar labores el 1 de junio de 2020.

Así mismo, del 18 al 31 de mayo de 2020, dichas empresas implementarán los lineamientos de seguridad sanitaria en el entorno laboral, que publique la Secretaría de Salud, en coordinación con las secretarías de Economía y del Trabajo y Previsión Social, así como con el Instituto Mexicano del Seguro Social.

ARTICULO QUINTO.- Los municipios en los cuales, al 18 de mayo del 2020, no se hubieran presentado casos de COVID-19 y que, además, no tengan vecindad con municipios con casos de COVID-19, podrán reanudar las actividades escolares, la movilización en espacios públicos, cerrados o abiertos, así como las actividades laborales, esenciales y no esenciales, de su población.

La Secretaría de Salud, a más tardar el día 17 de mayo del 2020, mediante un comunicado técnico que se publicará en la página www.salud.gob.mx, dará a conocer cuáles son los municipios a que se refiere el párrafo anterior. Asimismo, la Secretaría de Salud, en coordinación con las autoridades sanitarias de las entidades federa-

tivas, establecerán medidas de prevención y control de COVID-19 específicas para estos municipios.

En los municipios con población indígena se deberá, además, poner en práctica la “Guía para la atención de pueblos y comunidades indígenas y afro mexicanas ante la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2”.³

Semáforo por regiones
Actividades permitidas a partir del 1 de junio de 2020

Región	Actividad	Descripción de las actividades
Rojo	Escuelas	Suspendidas
	Espacio público.	Suspendidas
	Actividades económicas. SOLO ESENCIALES	Solo las actividades laborales consideradas esenciales.
Naranja	Escuelas	Suspendidas
	Espacio público.	Aforo reducido en las actividades del espacio público en lugares abiertos. En lugares cerrados suspendidas.
	Actividades económicas Generales.	Actividades laborales consideradas esenciales y las actividades no esenciales con una operación reducida.
Amarillo	Escuelas	Suspendidas
	Espacio público.	Aforo permitido en las actividades del espacio público en lugares abiertos y en lugares cerrados con restricciones.
	Actividades económicas Generales.	Todas las actividades laborales.
Verde	Escuelas	Sin restricciones.
	Espacio público.	
	Actividades económicas generales.	

Fuente: Anexo del Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

³ Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente

Derivada de esta metodología, el país entró en una dinámica donde dependiendo de las circunstancias específicas de cada región y entidad federativa, se iban tomando determinaciones en cuanto a las medidas específicas.

Con el transcurrir de los meses, fueron evidentes los encontronazos entre el semáforo federal y las estimaciones que cada entidad federativa tenía respecto de la situación que guardaba la pandemia en cada región, circunstancia debida a las afectaciones que en materia económica se estaban viviendo, lo cual vino a integrar un nuevo elemento a la ecuación, volviéndola mucho más compleja y con mayores matices por considerar.

Con fecha 27 de julio de 2021, aparece en el escenario nacional la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, de un nuevo acuerdo que vino a cambiar la metodología utilizada para evaluar el riesgo epidemiológico en el país.

ACUERDO

ARTÍCULO PRIMERO.- El presente Acuerdo tiene por objeto dar a conocer el medio de difusión de la nueva metodología del semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico que representa la enfermedad grave de atención prioritaria COVID-19.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Las personas a quienes se haya administrado un esquema de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 y habiendo transcurrido dos semanas posteriores a la aplicación de la última dosis, no serán consideradas dentro de la población en situación de vulnerabilidad para contraer dicha enfermedad grave de atención prioritaria.

ARTÍCULO TERCERO.- La Secretaría de Salud dará a conocer la nueva metodología a que se refiere el artículo PRIMERO del presente Acuerdo, en el sitio web coronavirus.gob.mx/semaforo.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Acuerdo entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO.- Se abroga el Anexo “Semáforo por Regiones” del Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

TERCERO.- La nueva metodología a que se refiere el artículo PRIMERO del presente Acuerdo, deberá estar disponible a más tardar al día hábil siguiente a la entrada en vigor del presente instrumento.

Dado en la Ciudad de México, a los 26 días del mes de julio de 2021.- El Secretario de Salud, Jorge Carlos Alcocer Varela.- Rúbrica.⁴

Esta nueva metodología del semáforo por regiones anunciada por la Secretaría de Salud, ha cambiado por completo la forma de abordaje del problema sanitario en el país, ya que, esencialmente, no dice nada y deja el tema totalmente suelto, debido al grado de ambigüedades del Acuerdo y la falta de aclaración por parte de la autoridad federal respecto a sus contenidos y alcances.

El exministro de la Corte José Ramón Cossío, refiriéndose a esta nueva metodología, la identificó como “El semáforo que ya no fue”, haciendo comentarios críticos sobre la determinación que ahora se da para atender la pandemia.

La brevedad del texto es inversamente proporcional a la longitud de su título... Lo primero que llama la atención de la nueva metodología es el modo en que se da a conocer. El acuerdo del secretario de Salud no dispone cuál es ésta, en tanto remite a la citada página de internet. Será por este medio, y no por el *Diario Oficial* como se den a conocer normas jurídicas que imponen —como luego expondré— obligaciones jurídicas a las autoridades y a los particulares. Aquí hay un primer problema, no derivado de un entendimiento forzado de las formas jurídicas, sino simplemente de las maneras en las que

⁴ Acuerdo por el que se da a conocer el medio de difusión de la nueva metodología del semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico que representa la enfermedad grave de atención prioritaria COVID-19, publicado el 27 de julio de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*.

debe operarse para que las determinaciones sean finalmente válidas y produzcan los efectos deseados.⁵

En efecto, las características técnico-jurídicas de este acuerdo distan mucho de tener en la realidad un efecto vinculatorio, es decir, de obligatoriedad jurídica, además de observarse un lenguaje ambiguo, cuyo propósito pareciera estar dirigido hacia el no entendimiento de su contenido.

Otro aspecto de gran relevancia tiene que ver con el artículo segundo transitorio del Acuerdo por el que se dio a conocer la nueva metodología, ya que abrogó lo relacionado con el Semáforo por regiones, cuya metodología resultaba de aplicación obligatoria para todo el país.

SEGUNDO.- Se abroga el Anexo “Semáforo por Regiones” del Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.⁶

En este sentido, pareciera que el gobierno federal soltó la toalla, dejando el manejo de la pandemia a las entidades federativas, las cuales, ya habían dado muestra de no concordar con los colores del semáforo epidémico marcadas por el gobierno federal, ya que resultaban restrictivas y daban cuenta de asfixiar la economía de los estados. Incluso, hasta gobiernos encabezados por el mismo partido del presidente de la república, ya mostraban su desacuerdo, argumentando que se tenían otros datos, tal y como lo señalara la propia jefa del gobierno de la Ciudad de México, Claudia Sheinbaum.

La jefa de gobierno de la Ciudad de México, Claudia Sheinbaum Pardo, expuso que es necesario actualizar el esquema para definir el semáforo epidemiológico, donde se considere la vacunación (...) “No podemos ahorita cerrar restaurantes o actividades productivas, lo que tenemos que hacer es que empresarios cuiden que se manten-

⁵ José Ramón Cossío, “El semáforo que ya no fue”.

⁶ Acuerdo por el que se da a conocer el medio de difusión de la nueva metodología del semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico que representa la enfermedad grave de atención prioritaria COVID-19, publicado el 27 de julio de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*.

gan las medidas que ya conocemos y que la ciudadanía nos cuidemos entre todos, no solo las medidas preventivas del (sic) Covid, sino, que aprendamos a cuidar nuestra salud”, dijo.

Luego de que la Secretaría de Salud federal ubicó a la Ciudad de México en semáforo rojo y que el gobierno capitalino determinó mantenerse en naranja, la jefa de gobierno expuso que no busca confrontaciones, sino, que son los números que ellos tienen, pues la SSA tiene información atrasada.⁷

Ante estas circunstancias, cabe preguntar si esta nueva estrategia del gobierno federal dará resultado o solamente es un indicativo del mal manejo de la pandemia que se ha tenido y con ello la transmisión de la responsabilidad a los gobiernos locales.

A continuación se analizará si el tema de atención de la pandemia puede ser derivado a los gobiernos locales o si, por el contrario, debería de permanecer bajo el control federal y qué instancia es la que debería de asumir el mando único a efecto de combatir este terrible problema de dimensiones globales.

II. El Consejo de Salubridad General y la administración de la pandemia

Para comenzar, resulta menester entender el alcance de la palabra salubridad pública, la cual

Es la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el Estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendentes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente.⁸

En este sentido, la idea de la salubridad pública tiene que ver directamente con el derecho a la salud y es por ello que cobra gran relevancia, quedando

⁷ Eduardo Hernández, “Urge ajustar semáforo epidemiológico: Sheinbaum”.

⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia jurídica mexicana*, p. 357.

previsto dicha temática bajo el resguardo constitucional en aras de satisfacer los extremos del derecho a la salud.

(...) no existe una definición de la salubridad general, lo que se ha hecho en su regulación es determinar las materias que la componen. En principio, la propia disposición constitucional menciona cuatro materias que integran la salubridad general: primera, epidemias graves; segunda, peligro de invasión de enfermedades exóticas; tercera, campaña contra el alcoholismo, y cuarta, venta de sustancias que envenenan al individuo y degeneran la raza. Las dos primeras representan situaciones extraordinarias y las dos últimas tienen una trascendencia social particular. Pero éstas no son todas las materias de la salubridad general, el catálogo es más amplio y está contenido en la regulación sanitaria, cuya evolución se analizará más adelante.⁹

Ahora bien, por salubridad general debe entenderse un conjunto de disposiciones de carácter administrativo tendientes a regular las actividades vinculadas con la conservación, la restauración y el mejoramiento de la salud de la población al seno de un Estado, hecho que debería de ser aterrizado en disposiciones normativas muy puntuales.

En este sentido, hay que señalar que el tema de la salubridad general corresponde a las denominadas facultades concurrentes, circunstancia prevista en el párrafo tercero del artículo 4º y la fracción XVI del artículo 73, ambos de la Constitución Federal.

Es así que hablar de concurrencia está referido a aquellas competencias que corresponden a los poderes federales, pero que bajo determinadas circunstancias pueden ejercer válidamente los poderes de las entidades federativas e incluso de los municipios.

Esta circunstancia fue ratificada por el Pleno de la Corte con una controversia constitucional que determinó la existencia de las facultades concurrentes en el sistema jurídico mexicano.

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los

⁹ José Meljem y Esther Vicente, “Concurrencia de la Federación y las entidades federativas respecto del derecho a la protección de la salud”, p. 263.

Estados Unidos Mexicanos establece que: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.¹⁰

Dicho lo anterior, ya es pertinente hacer referencia al Consejo de Salubridad General, el cual es un órgano colegiado que se constituye con el carácter de autoridad sanitaria en el país y que depende directamente del presidente de la República, circunstancia que se da a efecto de dar cumplimiento al derecho de protección a la salud.

En el diseño original de la Constitución, el Consejo de Salubridad General fue creado con la finalidad de que el Estado mexicano contara con un órgano ejecutivo capaz de reaccionar de manera rápida y eficaz ante los distintos problemas que representan una amenaza grave a la salud de la población. Por lo que resulta de gran importancia considerar que nuestro constituyente manifestó expresamente su intención de que éste, al ser un órgano de alto nivel técnico y administrativo, tuviera funciones ejecutivas y contara con amplias

¹⁰ Tesis: P./J. 142/2001, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo XV, Enero de 2002, página 1042, Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Registro digital: 187982.

facultades para contribuir a la promoción y conservación de la salud de la población mexicana.¹¹

De acuerdo con Jorge Carpizo el Consejo de Salubridad General es un “órgano que depende directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado. Aunque en la realidad se encuentra dentro de la organización de la Secretaría de Salud (...)”.¹²

Lo antes señalado ha sido criticado por Felipe Tena Ramírez, quien señalaba que “No es factible jurídicamente que esas funciones las desempeñe una secretaría, como sucede en la práctica”.¹³

En este tenor, la existencia de dicho órgano encuentra sustento constitucional en los artículos 4º, párrafo cuarto y 73, fracción XVI Base 1ª de la Constitución Federal.

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.¹⁴

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.¹⁵

¹¹ Alexa Zuani Zetina, “¿Cuál es el papel del Consejo de Salubridad General en nuestra Constitución?”

¹² Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, p. 90.

¹³ Elisur Arteaga Nava, *Derecho constitucional*, p. 365.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 28 de mayo de 2021, p. 10.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 71.

Desde el punto de vista legal, el Consejo de Salubridad General encuentra sustento en los artículos 4º, fracción II y 15 de la Ley General de Salud y 1º del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.

Artículo 4o.- Son autoridades sanitarias:

II. El Consejo de Salubridad General;

Artículo 15.- El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente del Presidente de la República en los términos del artículo 73, fracción XVI, base 1a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Está integrado por un presidente que será el Secretario de Salud, un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuales serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y los vocales que su propio reglamento determine. Los miembros del Consejo serán designados y removidos por el Presidente de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionales especializados en cualquiera de las ramas sanitarias.¹⁶

Artículo 9.- El Consejo tendrá las siguientes funciones:

II. Aprobar los acuerdos necesarios y demás disposiciones generales de observancia obligatoria en el país en materia de salubridad general, dentro del ámbito de su competencia;¹⁷

Resulta de gran importancia precisar la forma en que está integrado el Consejo de Salubridad General ya que aunque se constituye como autoridad sanitaria, sus acuerdos también manan de otras voces que representan diversos sectores y áreas.

Artículo 3.- El Consejo estará integrado por el Presidente, que será el Secretario de Salud, un Secretario y los siguientes vocales titulares:

I. El Secretario de Hacienda y Crédito Público;

II. El Secretario de Desarrollo Social;

III. El Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales;

¹⁶ Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 15 de julio de 2021, pp. 4 y 10.

¹⁷ Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, publicado el 11 de diciembre de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*, p. 3.

- IV. El Secretario de Economía;
- V. El Secretario de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación;
- VI. El Secretario de Comunicaciones y Transportes;
- VII. El Secretario de Educación Pública;
- VIII. El Titular del Instituto Mexicano del Seguro Social;
- IX. El Titular del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado;
- X. El Director General del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia;
- XI. El Presidente de la Academia Nacional de Medicina de México, A. C.;
- XII. El Presidente de la Academia Mexicana de Cirugía, A. C., y
- XIII. El Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México. Los vocales titulares del Consejo, serán designados y removidos por el Presidente de la República, contarán con voz y voto y sus cargos serán honoríficos.¹⁸

Hacer referencia al Consejo de Salubridad General cobra la mayor importancia para efectos de tomar determinaciones que afectan a toda la población en el país, e incluso a la perteneciente a otros estados, ya que el tema de la covid-19, como otras enfermedades pandémicas, no conoce de límites territoriales.

Una característica distintiva del Consejo de Salubridad General, deviene de su forma de integración, prevista en los artículos 3º y 4º de su Reglamento Interior, lo cual permite observar la pluralidad de opiniones para efecto de tomar determinaciones tendientes a salvaguardar el derecho a la salud de los mexicanos.

En este sentido debe señalarse que el Consejo de Salubridad General asume la forma de una comisión intersecretarial, la cual puede llegar más allá del ámbito de lo consultivo y desarrollar competencias de carácter ejecutivas.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 1.

Aunado a lo anterior, resulta de absoluta importancia lo previsto en el artículo 9° del propio reglamento del Consejo de Salubridad General, en el sentido de brindarle a esta autoridad sanitaria nacional una voz de mando mediante la cual es factible emitir acuerdos vinculatorios para todas las autoridades y organizaciones en el país, ya que su ámbito de acción abarca a todas las organizaciones públicas y privadas que constituyen el Sistema Nacional de Salud, y todas aquellas que estén relacionadas con éste, incluyendo las autoridades administrativas federales, estatales y municipales.

Artículo 9.- El Consejo tendrá las siguientes funciones:

II. Aprobar los acuerdos necesarios y demás disposiciones generales de observancia obligatoria en el país en materia de salubridad general, dentro del ámbito de su competencia (...).

El carácter que el diseño constitucional dio al Consejo de Salubridad General es claro, sin embargo, los vaivenes de la política han provocado un efecto diverso al originalmente planteado.

Ahora bien, a lo largo de los casi 100 años de existencia del Consejo de Salubridad General, el trato normativo que se le ha otorgado no ha consolidado la intención primaria del constituyente, ya que ha sido entendido como un órgano de carácter consultivo y no, por el contrario, como una autoridad de carácter ejecutiva con la facultad de imponer medidas definitivas con carácter vinculante.¹⁹

Es así que seguramente el lector se preguntará sobre cuál es la razón de traer a colación estas características del Consejo de Salubridad General y, justamente el tema de la pandemia ha mostrado que en momentos de crisis, es necesario trabajar conjuntamente con una estrategia muy bien elaborada y buscando esa unidad de mando que en casos como el que hoy aún sacude al país y al mundo entero, se torna indispensable a efecto de unificar criterios y trabajar como un gran equipo.

Con el fin de evitar la propagación del virus SARS-CoV2, en los últimos días se han emitido una serie de acuerdos y decretos con el objetivo de prevenir, mitigar y controlar los riesgos que el (sic) Covid-19 representa para la salud de la población. Esto nos da la oportu-

¹⁹ Alexa Zuani Zetina, “¿Cuál es el papel del Consejo de Salubridad General en nuestra Constitución?”

tunidad de cuestionarnos el significado constitucional de estos actos, así como la arquitectura constitucional que relaciona a tres órganos distintos: el presidente de la República, el Secretario de Salud y el Consejo de Salubridad.

La interrogante de fondo sería, en un momento de emergencia sanitaria como la que actualiza el (sic) Covid-19, ¿cuál es la función constitucional del Consejo de Salubridad General?, ¿podemos identificar responsabilidades constitucionales que sean objetivas, con independencia de la voluntad del gobierno? O, por el contrario, ¿se trata de un órgano sujeto a la discrecionalidad política de la actual administración, como un instrumento de libre disposición para el Ejecutivo?²⁰

Ciertamente, la existencia del primer semáforo epidemiológico contaba con estas características que recién se han relatado y que desde luego, no siempre eran recibidas por las autoridades locales con todo el beneplácito que se hubiese imaginado, ya que muchas de las medidas tomadas en función de los criterios de aquel primer ejercicio de medición y control de la pandemia, estaban afectando sensiblemente el tema económico en las diferentes regiones en las que estaba dividido el país y, desde luego, se aprovechaba la situación para el golpeteo político derivado del enfrentamiento entre los diversos partidos políticos, particularmente aquellos contrarios al partido del presidente López.

Ahora bien, no hay que perder de vista que el eje rector que modulaba las acciones previstas en aquel primer semáforo epidemiológico era fundamentalmente el tema sanitario y no el económico.

Con el paso del tiempo, muchas entidades federativas e incluso la Ciudad de México, empezaron a señalar que no estaban de acuerdo con el semáforo epidemiológico y que incluso se contaban con otros datos diversos que indicaban toma de decisiones también diversas a las medidas propuestas por el semáforo.

Derivado de la presión política y aspectos diversos al tema sanitario es que se dejó sin efectos ese primer semáforo epidemiológico, dando pauta a un segundo ejercicio de medición y control, cuyas características han sido seriamente criticadas, debido a la falta de claridad de sus disposiciones y a la falta del

²⁰ *Ídem.*

carácter vinculatorio, circunstancia que dio pauta a que cada entidad federativa y la Ciudad de México, comenzaran a tomar su propio rumbo estableciendo criterios diversos respecto de la forma de medir y controlar la pandemia.

En este sentido, la existencia de tantos criterios y formas de visualizar el problema sanitario pudiesen ser un factor de mayor riesgo que torne el conflicto en un círculo vicioso que mantenga al país sumido en las diversas problemáticas que la pandemia tiene aparejadas.

La pandemia del Covid-19 ha sido la causa de que el conjunto de gobiernos, administraciones e instituciones públicas hayan tomado una serie de medidas drásticas de control, vigilancia, fiscalización y de sanciones, antes no conocidas en las democracias liberales occidentales. Estas medidas han incidido y afectado profundamente no solo la vida cotidiana, el trabajo, el tiempo libre, la economía, el deporte, sino que también han acelerado procesos ya iniciados unos años antes e iniciado otros de reformulación de las dinámicas de la administración, sobre las responsabilidades y funciones del Estado, en su tipología y estructura de gobernanza regulatoria y las políticas públicas regulatorias. A esta nueva situación dinámica y contingente, hay que añadir las medidas que los gobiernos de todo el mundo han tomado referentes a las restricciones de la libertad constitucional: confinamiento de la población, restricción de movimientos, vigilancia y control masivos por medio de las posibilidades de big-data, y de medidas coercitivas. Recientes publicaciones y descubrimientos virológicos ya anticipan un escenario pesimista para los próximos años en el que la «nueva normalidad» será convivir con nuevos virus, en el contexto de posible reaparición del coronavirus, en suma, un escenario de incertezas.²¹

Como lo señala Pont Vidal, esta pandemia esta dejando una gran lección sobre cómo hay que organizarse para atender futuras contingencias.

Lo que hoy se requiere ante la incertidumbre que fenómenos como una pandemia provocan, es la presencia de un ente fuerte que tome decisiones y que estas sean obedecidas y aplicadas, pues la falta de coordinación de accio-

²¹ Josep Pont Vidal, “Administración y Estado en el contexto post Covid-19: ¿Hacia un nuevo tipo de vínculo?”, pp. 33-47.

nes pudiera provocar —como ya se ha visto—, una mala administración de la pandemia, que no solo afecta al ser humano en cuanto al espectro sanitario, sino que sus efectos trascienden a lo social, lo económico y lo político.

De hecho esta idea de que sea el Consejo de Salubridad General quien lleve la batuta en el combate frontal contra la Covid-19, no es nada del otro mundo, ya que se ha venido manejando desde el año 2020; sin embargo, pareciera que existen otros intereses diversos que no conducen a la autoridad a tomar decisiones de esta naturaleza y, desde luego, no puede alegarse que faltan herramientas legales para que ello suceda, ya que si bien, la Ley General de Salud no es muy generosa en la asignación competencial para el Consejo, existe un reglamento interior que puede ser el punto de partida, además habiendo voluntad política, ya podrían haberse dado sendas reformas para empoderar al Consejo en aras de convertirlo en el paladín frente a esta pandemia y otras calamidades que pueden venir en el futuro, tal y como ya esta sucediendo con el tema de la viruela símica.

Ciertamente, la Constitución prevé en el artículo 73, fracción XVI, Base 2ª que es la Secretaría de Salud federal la que ha de tomar las medidas preventivas ante la existencia de epidemias, sin embargo, la intención de empoderar al Consejo de Salubridad General es la incorporación de visiones desde otras trincheras para considerar las particularidades de cada rincón del país y con ello dar una mejor respuesta a la población.

Palacio Legislativo, 16-03-2020 (Notilegis).- El Grupo Parlamentario del PAN demandó la inmediata instalación del Consejo de Salubridad General (CSG), como máxima autoridad por Ley para coordinar las acciones públicas y privadas que hagan frente a la pandemia generada por el Coronavirus.²²

La autoridad no debe perder de vista que de conformidad con el artículo primero constitucional su actuación debe ser en el sentido de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas, razón por la que la dignidad de estas deberá ser la bandera que represente a la toma de decisiones gubernamentales.

²² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comunicación Social, “Urge la actuación de toda la ciudadanía en su conjunto; una vez más la sociedad civil enfrenta las lagunas oficiales”.

III. Conclusiones

Una pandemia requiere de acciones precisas y certeras para controlar sus efectos. Primeramente, de índole sanitario, pero también aquellos colaterales, es decir, en el campo de la economía y el desarrollo social. En este sentido, para lograr acciones precisas se requiere de unidad de mando.

En México, se cuenta con un organismo denominado Consejo de Salubridad General, cuyas características de integración y de funcionamiento brindan perfectamente los elementos para establecer una unidad de mando en el combate a fenómenos epidemiológicos como es la pandemia de la COVID-19.

La falta de unidad de mando aunada a una mala administración de la pandemia, coloca al país en un estado de vulnerabilidad, circunstancia que ha cobrado numerosas vidas además de haber trastocado el *status quo* de la vida de las personas en México debido a las afectaciones en el campo económico, circunstancia que en un país en vías de desarrollo resulta catastrófico, sobre todo por la pérdida de empleos.

La pandemia ha dejado en claro que el Consejo de Salubridad General es una estructura legal que no opera de manera óptima y que se encuentra subordinada a los designios de la Secretaría de Salud; designios que por la forma de operar, ha demostrado ineficiencia en la administración de la pandemia, al grado de dejar en un estado de incertidumbre el tema, estableciendo un nuevo semáforo epidemiológico, que además de no tener claras las reglas de su operación, dejó de ser vinculante para solo convertirse en un instrumento de carácter indicativo, que nadie está tomando en serio y con ello dejando en manos de los gobiernos locales la atención de la pandemia con los riesgos inherentes que ello pudiese provocar.

Esta experiencia que se está viviendo debe ser tomada en cuenta dado que la pandemia de la COVID-19, lamentablemente, no será la última de las calamidades que habremos de enfrentar y debe servir como lección de vida para, en lo futuro, tomar mejores decisiones que garanticen la integridad de la población.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Arteaga Nava, Elisur. *Derecho Constitucional*. 3ª ed., México, Oxford, 2008.
- Carbonell, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*. México, Porrúa-UNAM, 2005.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia jurídica mexicana*. 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

Electrónicas

- Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 30 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020
- Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020
- Acuerdo por el que se da a conocer el medio de difusión de la nueva metodología del semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico que representa la enfermedad grave de atención prioritaria COVID-19, publicado el 27 de julio de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5624896&fecha=27/07/2021
- Anexo del Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Comunicación Social. “Urge la actuación de toda la ciudadanía en su conjunto; una vez más la sociedad civil enfrenta las lagunas oficiales”. Nota 4618, del 20 de marzo de 2020. México. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2020/Marzo/16/4618-Demanda-PAN-la-inmediata-operacion-del-Consejo-de-Salubridad-General>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 28 de mayo de 2021 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf
- Cossío, José Ramón. “El semáforo que ya no fue”. *Hechos y Derechos*. Núm. 64, julio-agosto 2021, México, IIJ-UNAM. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/16144/16900>

- Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 27 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590673&fecha=27/03/2020
- Hernández, Eduardo. “Urge ajustar semáforo epidemiológico: Sheinbaum”. *El Universal*. 7 de agosto de 2021. <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/ssa-semaforo-epidemiologico-debe-considerar-capacidad-de-vacunacion-sheinbaum>
- Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 15 de julio de 2021. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_150721.pdf
- Meljem Moctezuma, José y Esther Vicente González. “Concurrencia de la Federación y las entidades federativas respecto del derecho a la protección de la salud”. *Secretaría de Salud: la salud en la Constitución mexicana*. Fernando Gutiérrez Domínguez (coord.), Colección INEHRM, Instituto nacional de estudios Históricos de las revoluciones de México, México, 2017.
- Poder Judicial de la Federación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tesis: P./J. 142/2001, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en Tomo XV, Enero de 2002, página 1042, Novena Época. Registro digital: 187982
- Pont Vidal, Josep. “Administración y Estado en el contexto post Covid-19: ¿Hacia un nuevo tipo de vínculo?”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 26, julio 2021, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pp. 33-47. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.i26.10798>
- Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, publicado el 11 de diciembre de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*. http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/Reglamento_Interior_del_CSG-2013.pdf
- Zuani Zetina, Alexa. ¿Cuál es el papel del Consejo de Salubridad General en nuestra Constitución? *Nexos*. 25 de marzo de 2020. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/cual-es-el-papel-del-consejo-de-salubridad-general-en-nuestra-constitucion/>

Carrión, Lydiette, ***La fosa de agua. Desapariciones y feminicidios en el río de los Remedios***, Penguin Random House, Grupo Editorial, 2018

Iris Rocío Santillán Ramírez*
Anett Morales Espinal**

Lydiette Carrión es periodista independiente. Se licenció en Ciencias de la Comunicación por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y es egresada de la Escuela de Escritores de la Sociedad General de Escritores de México donde ha dado clases de periodismo narrativo. Ha impartido talleres sobre periodismo y género dirigido a periodistas. En 2012 obtuvo el primer lugar del Premio Género y Justicia que otorga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la categoría de reportaje escrito.

La fosa de agua. Desapariciones y feminicidios en el río de los Remedios es el producto de investigaciones que Lydiette Carrión realizó para el periódico *El Universal Gráfico* durante seis años. Esta obra aborda el tema de los feminicidios que ocurren día a día en el Estado de México, donde han sido desaparecidas muchas mujeres. La autora centra su investigación en casos de niñas y jóvenes de entre 12 y 19 años de edad que desaparecieron en los municipios de Tecámac y Ecatepec.

La literatura especializada ha visibilizado el tema del feminicidio íntimo —aquel que lleva a cabo la pareja de la víctima— pero en pocas obras se

* Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

** Estudiante egresada de la Licenciatura en Derecho. UAM-Azcapotzalco. Prestadora de Servicio Social en el Proyecto: “Investigación en materia de acceso a la justicia de las mujeres y apoyo al Seminario de Estudios de Género y Violencia contra las Mujeres”.

aborda la tragedia que representa el crimen organizado en la vida de niñas y mujeres que, por alguna u otra razón, se vinculan a miembros de éste. En las páginas de esta obra la autora describe paso a paso cómo estas jóvenes son enganchadas por hombres pertenecientes a grupos del crimen organizado; haciendo patente el sufrimiento, la angustia de las familias al momento en que desaparecen sus hijas y la desesperación de no tener noticias ciertas, ni de conocer detalles que sean útiles para la investigación y lograr encontrar a sus hijas o saber qué sucedió con ellas.

La obra aborda este espeluznante tema, robusteciéndola a partir de entrevistas con las familias, abogados y autoridades, así como del análisis periodístico y documental que la autora hace directamente de la información y datos que se encuentran en las carpetas de investigación.

El libro se convierte en una denuncia pública, ya que Carrión relata de manera pormenorizada el trato que recibieron las y los familiares de las víctimas por parte de las autoridades. A pesar de antecedentes tan importantes como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y Otras contra el Estado Mexicano (“Campo Algodonero”), sigue siendo una constante la falta de una debida diligencia reforzada desde el primer momento en que la familia se presenta ante el Ministerio Público para denunciar la desaparición de sus hijas, así como durante toda la investigación. Después de décadas y millones de pesos invertidos en la capacitación de quienes operan el sistema de justicia penal, se siguen escuchando comentarios que insultan y revictimizan: “se fue con el novio”, “se escapó de su casa”, “yo creo que está en Acapulco echándose unas chelitas”, “está embarazada”, etcétera. La falta de sensibilidad y profesionalismo de las y los agentes del Ministerio Público se convierten en un obstáculo para la búsqueda de estas niñas y jóvenes dentro de las 24 horas después de su desaparición, a pesar de que existen mecanismos, como Alerta Ámber y Alerta Alba, que obligan a las instituciones a una pronta movilización con el fin de localizar rápidamente a las víctimas. El tan anhelado acceso a la justicia no llega para estas mujeres.

La autora da cuenta del trágico final de estas niñas y adolescentes, quienes, en la mayoría de los casos, son buscadas por sus madres. Son ellas quienes alzan la voz para exigir su localización y después justicia por los feminicidios de sus hijas, quienes tenían una vida, sueños, metas, y que fueron arrebatados por uno o más criminales.

Lydiette Carrión exhibe los prejuicios de las autoridades, quienes de manera intencionada pretenden descalificar a las jóvenes víctimas afirmando que consumían drogas, que estaban embarazadas (como si tener una vida sexual activa y además estar embarazada fueran conductas constitutivas de delito), que eran rebeldes y salían a fiestas, entre otras situaciones. En pocas palabras, no cumplían con el perfil de la “buena víctima” que deben cubrir las “verdaderas víctimas” y, por tanto, cualquier cosa que les ocurriera se lo merecían.

Las madres cuentan el largo peregrinar en la búsqueda de sus hijas, las inconsistencias, la falta de una debida diligencia en la investigación, que incluye, entre otras, la falta de acordonamiento de los lugares donde se encontraron algunos restos, la ineficacia en la cadena de custodia de las evidencias e, inclusive, la falta de sensibilidad en el momento de la entrega de los cuerpos sin vida de sus hijas.

Gracias a la investigación de la autora, hoy sabemos que no todos los restos de las víctimas fueron encontrados en el río de los Remedios, algunos más fueron recuperados de basureros, cerca de carreteras o de las vías del tren.

Lydiette Carreón deja claro que los feminicidios en aquella zona del Estado de México no es obra sólo de un asesino serial que mata mujeres de ciertas edades, ni mucho menos de algún misógino solitario que odia a las mujeres, sino que deja de manifiesto la existencia de varias bandas que abusan sexualmente de las niñas y jóvenes a quienes golpean, asesinan y cortan sus cuerpos para tirarlos en algún lugar. De igual modo, deja claro que el sistema de justicia penal es patriarcal y no protege ni le interesa proteger la vida de niñas y mujeres.

El destino del último súbdito de la nación: Vicente Guerrero y su presunta incapacidad para gobernar

Manuel González Oropeza*

- I. No hay homenaje suficiente para honrar la memoria del padre de la patria que lo fue Vicente Guerrero Saldaña. Por ello, es importante disipar las dudas que sobre su actuación política generó, particularmente el acuerdo del 7 de enero de 1830 del Congreso, motivado por las mezquinas ambiciones políticas de las facciones que destruyeron no sólo el limpio historial de un insurgente que nos dio patria, sino del país entero.

La Constitución de 1824 contenía un ideario más allá de las condiciones mediocres del país: establecía el sistema federal, la presidencia gobernada por una sola persona, auxiliada por un consejo de gobierno y una suprema corte, producto de una elección refinada; pero todo sometido a reglas que afianzaban el sistema federal en el que las legislaturas y los estados participaban con voz igualitaria en la conformación de los poderes.

Para la elección del Presidente de la República, autorizaba a las legislaturas de los estados que seleccionaran dos candidatos viables, con la condición de que uno de ellos fuera originario del mismo estado y el otro se seleccionara de entre los mejores hombres del resto del país.

Después de la brillante presidencia de Guadalupe Victoria (1824-1828), correspondería designar a un nuevo presidente para el siguiente cuatrienio (1828-1832); entonces las facciones y ambiciones que ya afloraban a la debacle del primer Imperio estallaron con singular fuerza y los candidatos presentados contendieron ferozmente: Vicente Guerrero Saldaña y Manuel Gómez Pedraza.

* Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Director Fundador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U. de G. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Estas dos opciones representan bandos distintos no sólo en ideología, sino en condición social. Guerrero provenía de una familia modesta, que había luchado en la insurgencia con gran arrojo y gozaba de gran simpatía entre las comunidades indígenas del país, mientras que Gómez Pedraza era criollo descendiente de hacendados que había participado en la captura de José María Morelos y sido, igualmente, partidario de Agustín de Iturbide.

En consecuencia, eran dos candidatos diametralmente opuestos. No obstante ello, las elecciones verificadas el 10 de septiembre de 1828, los votos reunidos en favor de Gómez Pedraza, quien fungía como Secretario de Guerra en la administración de Guadalupe Victoria, lograron un empate en la votación de las legislaturas estatales.

Los datos se recaban de la obra *México a través de los siglos*.¹ La votación se registra en la sesión del Congreso el 6 de enero de 1829,² de la siguiente manera:

Por Vicente Guerrero votaron en primera instancia: Tamaulipas, Yucatán, Sonora, Chihuahua, Tabasco, San Luis Potosí, México y Michoacán (8 votos en total); por otra parte, Gómez Pedraza recibió los votos de las legislaturas de Chiapas, Zacatecas, Oaxaca, Querétaro, Jalisco, Veracruz, Nuevo León y Guanajuato, que sumaron también ocho votos. El estado de Coahuila voto por un candidato de apellido Lazcano. Durango no votó. Las legislaturas habían enviado su voto al Presidente del Consejo de Gobierno el 2 de enero y, Antonio López de Santa Anna comienza su carrera de sublevación el 7 de septiembre de 1828, aún antes de la celebración de la elección, levantándose en Veracruz y organizando la revuelta de la Acordada.

El insólito caso de empate en la votación presidencial no estaba contemplado en la Constitución de 1824,³ enturbiando la situación las revueltas

¹ Conocida obra histórica editada por Enrique Olavarría y Ferrari y Juan de Dios Arias. En el tomo IV se da cuenta de esta elección.

² La sesión del Congreso se encuentra registrada en la obra de Juan A. Mateos: *Historia parlamentaria de los congresos mexicanos*. Tomo VI. Imprenta Villada. 1882. Lo anterior debido a que la publicación del Diario de Debates no comenzó sino hasta 1867, con el restablecimiento de la República.

³ Mario Ramírez Roncaño, "Estadísticas electorales presidenciales", *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 39. Núm. 1, enero – marzo 1977, p. 274.

de Santa Anna,⁴ por lo que el Congreso tuvo que sortear la situación conforme al artículo 86 que permitía la elección del Presidente por votación directa del Congreso, pues podría haber aplicado el supuesto de que ningún candidato había obtenido la mayoría de la votación.

Para ello, el mismo Congreso calificó de insubsistentes los resultados de la elección verificada, y el 12 de enero de 1829, calificó como subsistente una diferente votación de las legislaturas, dando el triunfo a Vicente Guerrero con 9 votos de sendas legislaturas (Chihuahua, Coahuila y Texas, México, Michoacán, San Luis Potosí, Estado de Occidente, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán); mientras que dio una votación menor para otros candidatos como Melchor Múzquiz (Chihuahua y Puebla), Ignacio López Rayón (Veracruz y Oaxaca) y Juan Ignacio Godoy (Zacatecas y Querétaro). Otros candidatos sólo recibieron un voto: Anastasio Bustamante (Nuevo León), Cortázar (Guanajuato) y Valentín Gómez Farías (Jalisco). El decreto del 12 de enero de 1829 había excluido a Manuel Gómez Pedraza, debido, quizá, a que él mismo había presentado su renuncia como candidato a la presidencia desde el 27 de diciembre de 1828.

Desde la votación ratificado el 6 de enero de 1829, Anastasio Bustamante había logrado reunir el carácter de vicepresidente con 6 votos.

- II. Ya como presidente electo, Vicente Guerrero tuvo que afrontar la fuerza expedicionaria de Isidro Barradas, que se infiltró en Tampico, Tamaulipas, con el fin de conquistar nuevamente a México por indicaciones de Fernando VII. Su objetivo era provocar una sublevación que lograra la disolución de la naciente República Mexicana. El 25 de agosto de 1829, el Congreso le otorga facultades extraordinarias a Guerrero para “conservar la Independencia” del país. Este otorgamiento muestra, sin duda, el reconocimiento por el Congreso de la legitimidad de Vicente Guerrero para gobernar y para defender al país, objetivo que se logró el 11 de septiembre de 1829 con la rendición de la desafortunada incursión de Barradas.

Sin embargo, a pesar de este triunfo evidente, el 12 de enero de 1830 se establece una Comisión especial del Congreso para analizar el uso de facultades extraordinarias ejercidas por Vicente Guerrero. El análisis de la

⁴ La legislatura de Querétaro propuso aplicar la pena de muerte por la grave ofensa de Santa Anna de interferir en las elecciones presidenciales el 16 de septiembre de 1828. La legislatura de Michoacán también empujó la acción de Santa Anna el 10 de octubre de 1828.

gestión de Guerrero en las condiciones de emergencia que vivía el país no podía ser imparcial, ya que el prejuicio surgía desde la petición del senador Antonio Pacheco Leal, quien cinco años después formaría la Comisión del Congreso para cambiar el sistema federal y dar por terminada la vigencia de la Constitución de 1824, aliándose a los conservadores más recalcitrantes que el país conocería.

Desde el 1º de enero de 1830, se había introducido una moción en el Congreso por el sector conservador para declarar la “imposibilidad de Guerrero para gobernar al país”, y a esta minuta se sumaron peticiones el 7, 9 y 11 de enero de 1830 para lograr la renuncia de Guerrero a la presidencia; se trataba de una acción concertada para lograr la separación del prócer de la patria. La Cámara de Diputados aprobó la moción con el voto de 23 diputados y el Senado continuó ratificándola el 9 de febrero de 1830.

- III. Desde el 3 de enero de 1830, en Tixtla Vicente Guerrero redactó su carta de renuncia y en su dimisión la firma como “el último súbdito de la Nación”. A pesar de que la carta de Guerrero hace una explicación detallada de sus actos, la comisión del Congreso no la toma en cuenta y procede a explotar de la supuesta “ignorancia para gobernar” que había demostrado, por no haber sabido conducir el gobierno, como si la supresión de la expedición de Barradas no hubiera demostrado su capacidad para repeler la agresión que había sufrido el país.⁵ Quizá Santa Anna y Manuel Mier y Terán, los encargados de librar las batallas de esa ocasión, se hubieran equivocado igualmente. Sin embargo, ¿Qué sabían personas como Antonio Pacheco Leal de estrategia militar que, por otro lado, había logrado el fracaso de la expedición?

El siguiente problema constitucional es que la Carta de 1824 tampoco preveía la renuncia presidencial, tal como se había mencionado con la renuncia de Gómez Pedraza, por lo que la carta que presentó Guerrero no fue aceptada en principio, y seguramente no era la intención de calificar su retiro como una renuncia al cargo como había sucedido con Gómez Pedraza. De tal manera que el dictamen, declarando incapaz para gobernar a quien había consumado la Independencia de México, como Vicente

⁵ En el corto período de su administración, Guerrero había logrado encaminar el reconocimiento diplomático de México y de la Gran Bretaña, la Gran Colombia y los Estados Unidos, ratificando el Tratado Adams-Onís, que fijaría la frontera con este último país. Esta gran muestra de logros no fue considerado por el Congreso partidista.

Guerrero fue la solución aprobada el 18 de enero de 1830 por 22 votos contra tres de los integrantes de la Comisión que decidiría la suerte del general Guerrero.⁶ Ante esta traición fatal, la salud de Guerrero se había quebrantado a raíz de las heridas sufrida en el combate de la expedición invasora de Barradas, por lo que sus detractores tomaron ventaja aun de esta situación para argumentar su mal estado de salud y así fortalecer la opinión de incapacidad para gobernar. De tal suerte, el Congreso declaró el 14 de enero de 1830 que Guerrero contaba con un “estado decadente de salud” y merecía el “goce de su reposo”, para despojarlo de la investidura presidencial.

En esta condición, el Congreso actuó igualmente al margen de la Constitución de 1824, ya que los artículos 96, 97 y 99 preveían la sustitución del presidente por nulidad de elecciones o impedimento temporal o permanente, casos que no satisfacían las condiciones de Vicente Guerrero.⁷ La actuación del Congreso fue altamente humillante para el prócer.

- IV. El drama continuó el 1º de marzo de 1830, cuando Guerrero fue procesado por un Consejo de Guerra, acusado del delito de “lesa Nación” (?), debido a la intriga de Anastasio Bustamante. El resultado, como sabemos, fue la triste ejecución del insurgente en Oaxaca, el 14 de febrero de 1831. La trama para aprehenderlo fue tan engañosa como su juicio. Se utilizó a un comerciante italiano llamado Francesco Picaluga, quien para ser exonerado de un adeudo fiscal de 2,000 pesos se prestó al engaño de una invitación a Vicente Guerrero, en Acapulco, más la recompensa de 50,000 pesos por fraguar su aprehensión.

A bordo del bergantín “Colombo”, Picaluga organizó una reunión, donde se fingió una trifulca que motivó el encierro de Guerrero en la cabina de

⁶ El Congreso seguía como precedente de este nefasto golpe de Estado, la declaración de “incompetencia” a Nicolás Bravo declarada el 23 de diciembre de 1827, por la sublevación del insurgente en su carácter de vicepresidente, contra Guadalupe Victoria. Seguiría haciéndolo el Congreso en 1835 para despojar del cargo de Presidente interino, después de las reformas liberales aprobadas en ausencia de Santa Anna. Lo anterior muestra ampliamente la violencia política que ejerció el Poder Legislativo contra los Ejecutivos durante la primera República Federal. La explicación del mal trato de Guerrero y su posterior ejecución, puede ser la venganza que despertó entre los conservadores la ejecución del 19 de julio de 1824 de Agustín de Iturbide. Quizá se quería pagar con la misma moneda la ejecución de Guerrero.

⁷ Tesina de Lilian Alcántara Gutiérrez, “Declaración para despojar a Guerrero del carácter de Presidente. 1830”, Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM.

la embarcación, la cual zarpó rumbo a Huatulco, donde llegó el 20 de enero de 1831. Detenido, Guerrero fue conducido a la ciudad de Oaxaca, a la que llegó el 26 de enero, y donde se le sustanció otro proceso que lo encontró, obviamente, “incapaz” para conducir asuntos públicos. La sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1831 lo condenó a muerte y se le ejecutó en Calpulalpan el 14 de febrero de 1831.

Picaluga tuvo que enfrentar, a su vez, un proceso por sus ilícitos ante el Consejo Superior de Almirantazgo de Génova, el 28 de enero de 1836, condenando sus acciones.

Finalmente, el verdadero objetivo de la trama contra Vicente Guerrero se descubre con el establecimiento del régimen centralista en el orden constitucional de México.

Hacia una visión epistemológica de una nueva especialidad en Derecho Agrario (El caso de la Universidad Autónoma Chapingo)¹

Carlos Humberto Durand Alcántara*

Proemio

Uno de los trazos que enmarca el actual contexto abona hacia dónde podría enmarcarse el derecho en general y en particular el derecho agrario, bajo una evidente situación de desorden intensificada, a partir de la pandemia, y enlazada a décadas de cristalización del capitalismo salvaje en el campo mexicano.

Desarrollo

La investigación etnográfica sigue siendo un tipo de investigación poco utilizada en derecho. A esta afirmación se suma la *baja permeabilidad de la educación jurídica a los cambios sociales y otros campos del conocimiento*, como la antropología y la sociología, por ejemplo.

Así, se entiende que una nueva especialidad en derecho agrario, deberá de orientar el desarrollo de investigaciones cualitativas y cuantitativas, con temas generadores como expresiones sociojurídicas, y basado en aportes teóricos que aspiran a la interdisciplinariedad, y que debe de fundarse epistemológicamente, entre otros, en los estudios decoloniales y poscoloniales; ¿y por qué no?, de igual manera en los estudios postestructuralistas (me refiero fundamentalmente a la “Crítica al capitalismo”, fundada básicamente en la denominada Escuela de Frankfurt), aspectos que permiten construir resistencias y nuevos conocimientos en el ámbito de la enseñanza del derecho contemporáneo.

¹ Versión modificada de la ponencia presentada en el marco del “Seminario Internacional acerca de la creación de la nueva especialidad de derecho Agrario”, UACH, 23 de febrero de 2022

* Doctor en antropología, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho UAM-A, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

I. Breve argumentación teórica, la praxis y el estudio del derecho a partir de una visión socioendógena, y transdisciplinaria

Más allá del rasero positivista, antropocéntrico y eurocentrista que ha permeado los estudios en derecho, y en particular del derecho agrario, encontramos que en nuestros días resulta significativo que epistemológicamente se proyecte establecer una percepción de las realidades locales o propias, es decir, el sentido que las personas y los grupos dan a los hechos que se viven cotidianamente, lo que evidentemente aporta profundidad concreta e impone diálogos, a veces imprevistos, con aportes teóricos.

Esto cobra especial importancia cuando observamos la formación del derecho moderno y su enseñanza tradicional: en cuya configuración encontramos estudios doctrinales al margen de las prácticas sociales, valoración extrema de la teoría, centralización en la figura del docente y una fuerte tendencia en la sumisión del alumno.

De ahí la opción por los estudios decoloniales, que proponen un giro teórico en la traducción de las representaciones eurocéntricas construidas por la modernidad, considerando la realidad latinoamericana en el reconocimiento, formación y aplicación de normas jurídicas.

El giro decolonial influye, así, en varias investigaciones contemporáneas, abriendo espacio a otros saberes y al diálogo entre ellos, reconociendo “cuerpos y lugares étnico-raciales / sexuales subalternizados”.²

Hoy en día, numerosas investigaciones incluyen los estudios decoloniales, *abarcando varias áreas del conocimiento: sociología, antropología, pedagogía, economía, filosofía*, entre muchas otras.³ El derecho latinoamericano también tiene interrogantes relacionados con este tema, reorientando su percepción a las realidades locales, en un giro epistemológico desde aquí, de nuestras realidades culturales.

Estos hallazgos son valiosos para la educación jurídica. Nuestras academias, tan acostumbradas a objetivos formales —acumulación de información, reproducción de reglas y discursos jurídicos modernos, y relaciones de poder

² Ramón Grosfoguel, “Para descolonizar los estudios de economía política y los estudios”, p. 457.

³ Santiago Castro-Gómez, *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*.

extremadamente jerárquicas—, pueden traspasar sus muros y entremezclarse en nuevos horizontes. Esta recontextualización curricular permite la creación y cambios significativos en las relaciones de poder y marco pedagógico, materializando el potencial democrático de la educación.⁴

Para ello, entendemos que la enseñanza de la antropología y sociología jurídica tienen una tarea importante, la de reconocer al “otro” como diferente del “yo”, y valorarlo también. La asociación de conocimientos permite una mayor horizontalidad del currículo, organizando el contenido de forma temática.

La integración entre los componentes curriculares de los cursos de derecho y el alcance a otras áreas del conocimiento, puede proporcionar una comprensión de las diferentes culturas que configuran los sistemas jurídicos, a través de sus aportes teóricos y fácticos, especialmente de cara a América latina, y en cuyo caso resulta fundamental dirigir la mirada de las relaciones socio jurídicas en el entorno que corresponde, entre otros, a los subalternos, las etnias, los explotados, y en las que ubicaremos juridicidades diferenciadas de las europeas. Contexto en el que no está por demás señalar que la investigación de campo resultará de gran importancia para las investigaciones en derecho.

Así tenemos las prácticas de mediación de conflictos; pluralismos jurídicos, prácticas en mundos virtuales, interacciones en redes sociales, ONG y una amplia gama de asociaciones populares, hechos sociales que apenas se trabajan en las investigaciones sociojurídicas.

Más allá de los límites del componente curricular, la práctica de la investigación de campo y su análisis antropológico, etnográfico y sociológico⁵ puede conectarse con cualquier otro contenido, como el derecho procesal civil (estudio de conciliaciones y audiencias de juicio, por ejemplo) y el derecho civil (parentesco y nuevas formas de procreación): las posibilidades son infinitas. Además, la integración de contenidos y la construcción colectiva de conocimiento tiene el poder de crear repertorios de acciones y replantear la producción de conocimiento.

De esta forma, llegamos a la comprensión y uso del conocimiento no exactamente en términos de compartimentos diferenciados, a través de los cuales

⁴ Basil Bernstein, *Pedagogía, control simbólico e identidad*; María C. Leite, “Re contextualización curricular e investigación jurídica”.

⁵ Patrice Schuch, *et. al., Experiencias, dilemas y desafíos del acontecer etnográfico contemporáneo*.

aparece etiquetado en la Universidad, sino, por el contrario, como está “integrado” en el contexto de preguntas y problemas.⁶

Así, buscando demostrar el potencial de innumerables estrategias de conocimientos y resistencias subjetivadas como herramientas para la comprensión, producción, aplicación y efectividad de las normas jurídicas, se propone en el marco de la nueva especialidad en Derecho Agrario, el enriquecimiento de su proyecto a partir de una visión decolonial y la recuperación de los estudios centrados en el aspecto postestructuralista, especialmente a los estudios foucaultianos.

Con esto, buscamos producir otras formas de (re)pensar la educación (investigación jurídica contemporánea), con el fin de marcar surcos *en el ya caduco pensamiento dogmático-positivista del derecho*, pero aún, enraizado en las perspectivas de la postmodernidad y colonialidad de la enseñanza.

II. Subalternidad, derecho y pandemia

Más allá de un orden contestatario, las movilizaciones que bajo distintas vindicaciones están procesando diversos núcleos de la sociedad, permiten advertir un futuro esperanzador respecto del cambio civilizacional que requiere el planeta. En esta tesitura habría que precisar que las demandas sociales no quedan en el cuestionamiento del “Estado de excepción”, sino de las bases que fundan la crítica al capitalismo salvaje.

Esta nueva ventana que se genera con la pandemia, ha puesto de nueva cuenta las graves contradicciones socioeconómicas en que se debaten millones de pobres, los subalternos, de ahí que los cánones que epistemológicamente sustentan la nueva especialidad en derecho rural no pueden apartarse de los núcleos expoliados de la sociedad que por cierto, en México se ubican en dicha condición de subalternos, más de 70% de la población nacional.

⁶ James A. Beane, *Integración curricular*, pp. 96-97.

III. Marcos de carácter temático, interdisciplinario, transdisciplinario y/o multidisciplinario, más allá del positivismo, corresponden a recuperar

1. Estudios decoloniales. El pluralismo jurídico y el derecho indígena.
2. La Escuela de Frankfurt. Crítica al capitalismo/neoliberalismo.
3. Estudios del postcolonialismo. Fundamentos endógenos desde el Sur. Boaventura de Sousa Santos.
4. Agroecología, economía agrícola, sociología rural, antropología jurídica. sociología en general y jurídica (Karl Marx), sociología simbólica (Pierre Bourdieu); ecología política; psicoanálisis y lingüística (Jaques Lacan); La filosofía Política (Antonio Denegri); Pensamiento de la complejidad. Especialmente, (Edgar Morin); La deconstrucción (Jacques Derrida); La biopolítica (Michel Foucault); Teoría de sistemas (Niklas Luhmann).
5. El campo epistemológico, por fuera del concepto de la filosofía como ciencia de ciencias, Ludwig Wittgenstein y Hans-Georg Gadamer.
6. Escuela Histórica Contemporánea (Tzvetan Todorov).

IV. A manera de conclusiones

- I. Se requiere del reforzamiento en el marco de la nueva especialidad en derecho agrario de la visión de carácter interdisciplinaria, transdisciplinaria y/o multidisciplinaria, no sólo como una cuestión enunciativa o programática, sino en su construcción, lo cual se sustente a partir de los presupuestos que arroje tanto el debate académico colectivo como del balance que se realice de los proyectos de investigación, y del impulso al desarrollo del trabajo de campo.
- II. En una breve diagnosis se considera que el derecho agrario en la UACH, cuenta con cierto potencial necesario para proyectar esta visión transdisciplinaria a partir de su fundamentación programática, así como desde la óptica de su infraestructura, sin embargo, en lo que corresponde a los cuadros indispensables, en nuevas líneas de investigación en antropología jurídica, sociología jurídica y filosofía política se presentan ciertas limitaciones.

Sin embargo, conforme a los primeros sondeos concibo que existen potencialidades por parte de la UACH para incorporar nuevos docentes que enriquezcan la actual plantilla.

La adopción de nuestra propuesta epistemológica guarda un trazo que se sustenta en los objetivos del posgrado nacional (CONACYT-2022), específicamente en lo que corresponde a la contribución de la nueva especialidad en derecho rural, para dar alternativas en la resolución de los grandes problemas del campo mexicano. En esta tesitura, considero pertinente impulsar en los estudios pretendidos, entre otras, las siguientes líneas de investigación:

- A. La pobreza extrema y estructural, parámetros de medición, hacia una agenda socio jurídica alternativa a largo plazo.
- B. Reformulación de las estrategias jurisdiccionales en el marco rural (Tribunales agrarios, Procuraduría agraria etcétera).
- C. Posición geoestratégica del Estado mexicano, sus determinaciones jurídicas, bienes naturales (estrategias de desarrollo social).
- D. El problema sociopolítico ambiental. La cuestión demográfica-migratoria desde el derecho nacional, multilateral la convencionalidad internacional y el derecho internacional.
- E. Nueva perspectiva sociojurídica de los mercados soterrados, casos de trata de personas, narcotráfico, y nueva esclavitud, sus concomitantes efectos en el ámbito de lo socio económico y político. Hacia nuevas regulaciones socio jurídicas y políticas.
- F. Inseguridad social, balance desde el derecho público nacional, el derecho internacional y la convencionalidad acerca de una nueva agenda estabilizadora.
- G. Multiculturalismo y diversidad cultural, antropología jurídica y derechos indios, sistemas de derecho indígena en México y Latinoamérica, una visión epistémica del derecho desde el sur del hemisferio.

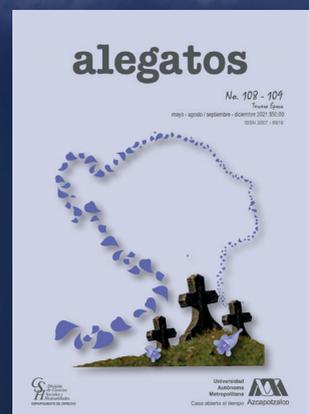
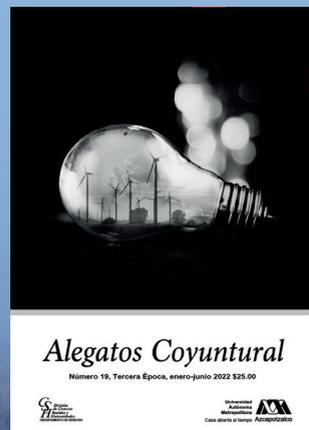
Fuentes de consulta

Beane, James A. *Integración curricular*. Lisboa, didáctica, 2002.

Bernstein, Basil. *Pedagogía, control simbólico e identidad*. Madrid, Morata, 1996.

- Castro-Gómez, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Grosfoguel, Ramón. “Para descolonizar los estudios de economía política y los estudios”. *Epistemologías del sur*. Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (coord.), São Paulo: Cortez, 2010, pp. 455-491.
- Leite, Maria Cecília. “Re contextualización curricular e investigación jurídica”. <http://32reuniao.anped.org.br/arquivos/trabalhos/GT12-5905--Int.pdf> (consultado el 20 de septiembre de 2021).
- Mignolo, Walter. “Desobediencia epistémica” (II). *Revista de Estudios Críticos Otros Logos*, año 1, núm. 1, pp. 8-42, 2010. <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/mignolo.pdf> (consultado el 24 de septiembre de 2021).
- Schuch, Patrice; Miriam Steffen Vieira, Roberta Peters (orgs.). *Experiencias, dilemas y desafíos del acontecer etnográfico contemporáneo*. Porto Alegre, UFRGS Editora, 2010.

Otras publicaciones
Institucionales:



110 alegatos

Doctrina

Gonzalo Carrasco González

Derecho y lógica. Justificación interna y justificación externa.
Primera parte: Lógica y argumentación jurídica

Carlos Reynoso Castillo

El “nuevo” derecho a la desconexión digital

Johan M. Escalante Escalante

El control jurisdiccional del procedimiento legislativo

Adolfo Gil del Rey

Una realidad distorsionada es ahora una necesidad para la pseudojusticia:
una razón para creer

Investigación

Liliana Fort Chávez

Transhumanismo, naturaleza animal y derecho

Humberto Hernández Salazar

La protesta como diálogo entre el ideal constitucional y la anomia

José F. Vázquez Avedillo

El Consejo General de Salubridad y el semáforo de riesgo sanitario
frente a la pandemia de la COVID-19

Reseñas y Documentos

Iris R. Santillán Ramírez y Anett Morales Espinal

La fosa de agua. Desapariciones y feminicidios en el río de los Remedios

Manuel González Oropeza

El destino del último súbdito de la nación: Vicente Guerrero
y su presunta incapacidad para gobernar

Carlos H. Durand Alcántara

Hacia una visión epistemológica de una nueva especialidad en Derecho Agrario
(El caso de la Universidad Autónoma Chapingo)

ISSN 2007-6916

