



DEJURE

Volumen 1 • Número 2 • diciembre de 2025

UNIVERSIDAD DE COLIMA

DEJURE

Volumen 1 • Número 2 • diciembre 2025 - mayo 2026

Revista semestral de investigación y análisis editada por la Universidad de Colima, de carácter científico y orientada a la investigación jurídica con un enfoque interdisciplinario hacia las demás Ciencias Sociales.

UNIVERSIDAD DE COLIMA

Mtro. Christian Jorge Torres Ortiz Zermeno
Rector

Mtro. Joel Nino Jr.
Secretario General

Mtro. Jorge Martínez Durán
Coordinador General de Comunicación Social

Mtro. Adolfo Álvarez González
Director General de Publicaciones

Dra. Bárbara Mancera Amezcua
Directora del Centro Universitario de Investigaciones Jurídicas

Mtra. Irma Leticia Bermúdez Aceves
Directora Editorial

Mtro. Jorge Arturo Jiménez Landín
Programa Editorial Periódico

COORDINACIÓN EDITORIAL

Dra. Claudia Montaña Mejía

ÍNDICES A LOS QUE PERTENECE

* Sistema Regional de Información en Línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
<https://www.latindex.org/latindex/>

* vLex México. Información Jurídica
<https://vlex.com.mx/>

DeJure, Volumen 1, Número 2, diciembre de 2025, es una publicación semestral editada por la Universidad de Colima, Av. Universidad, 333, Col. Las Víboras, Colima, Colima, México, C.P. 28040, a través del Centro Universitario de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Colima; Kilómetro 3.2, carretera Colima-Guadalajara, Colonia El Diezmo, México, C.P. 28010; Teléfono 312 316 1029, <https://revistasacademicas.ucol.mx/index.php/dejure/> Correo: dejure@ucol.mx. Editor responsable: Bárbara Mancera Amezcua.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2015-061511393300-102, e-ISSN: en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Centro Universitario de Investigaciones Jurídicas, Claudia Montaña Mejía, Kilómetro 3.2, carretera Colima-Guadalajara, Colonia El Diezmo, México, C.P. 28010, fecha de última modificación, 19 de diciembre de 2025.



Esta obra se distribuye bajo licencia Creative Commons, Atribución - No comercial - Compartir Igual - 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

5E.1.2/317010/204/2025 Edición de publicaciones periódicas

COMITÉ DICTAMINADOR

José Francisco Báez Corona
Universidad Veracruzana

Luis Enrique Cárdenas Voges
Universidad de Colima

Amado Ceballos Valdovinos
Universidad de Colima

Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex
Universidad Autónoma de Baja California

José Manuel de la Mora Cuevas
Universidad de Colima

César Augusto García-Avitia
Universidad de Colima

Jorge Alejandro Góngora Montejano:
Universidad de Guadalajara

José Israel Herrera
Universidad Autónoma de Campeche

Jazmín Araceli Flores Montes
Universidad de Colima

María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen
Universidad Autónoma de Baja California

José Manuel López Libreros
Universidad Autónoma de Aguascalientes

Rafael Luviano González
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Héctor Antonio Emiliano Magallanes Ramírez
Universidad de Guadalajara

Bárbara Mancera Amezcua
Universidad de Colima

Adriana Elizabeth Mancilla Margalli
Universidad de Colima

José Ángel Méndez Rivera
Universidad de Colima

Marcos Pablo Moloeznik Gruer
Universidad de Guadalajara

Luis Moreno Diego
Universidad de Colima

José Juan Pérez Ramos
Universidad Autónoma de Chiapas

Angélica Yedit Prado Rebolledo
Universidad de Colima

Jessica Cristina Romero Michel
Universidad de Colima

Arianna Sánchez Espinosa
Universidad de Colima

Oscar Javier Solorio Pérez
Universidad de Colima

Carlos David Solorio Pérez
Universidad Autónoma de Baja California

Elizabeth Leticia Souza Mosqueda
Universidad de Guadalajara

José Salvador Ventura del Toro
Universidad de Colima

Manuel Vidaurri Aréchiga
Universidad Lasalle Bajío

Axel Francisco Orozco Torres
Universidad de Guadalajara

DEJURE

Revista de investigación y análisis
Volumen 1 • Número especial • noviembre de 2025

Contenido

Presentación	3
<i>Bárbara Mancera Amezcua</i>	

Investigación

La terapia génica y su relación con las políticas sobre planeación familiar en China	5
--------------------------------------------------------------------------------------------	---

Abraham Eduardo Zárate Madrid y Marisol Anguiano Magaña

Restricción a la libertad de expresión en procesos electorales ante el derecho a información de calidad para un sufragio informado: un análisis mediante el test de proporcionalidad	31
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Enrique José Chaires Velasco

La obligación del notario de informar sobre contratos de subrogación de vientre: protección del derecho superior del menor	68
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Juan Manuel Palomares Cantero y Brisareli Victorica Alavez

Los ajustes razonables y la no transgresión al derecho de consulta a personas con discapacidad	92
------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Pahola Betzabé Carrasco Espinoza y Georgina Monserrat Muñoz García

Migración: el derecho a la paz y a su bienestar integral	120
----------------------------------------------------------------	-----

*Sherry Emilie Osorio Fernández, María Leticia Segura Arévalo y Guillermo Santiago Arriaga****

El realismo jurídico: antídoto para el hiperformalismo legalista del iuspositivismo.....	145
<i>José Samuel Chávez Castillo y Diana Pamela Zambrano Vázquez</i>	
Contra la «irrelevancia» del positivismo jurídico.....	168
<i>Jesús Everardo Rodríguez Durón*</i>	
Inteligencia artificial generativa en el sector creativo: equilibrando la innovación y los derechos humanos desde el derecho al desarrollo	200
<i>César Ricardo Castillo Velazco</i>	
Integración de la inteligencia artificial en democracias constitucionales: desafíos conceptuales y propuestas normativas ..	235
<i>Johanna Mildred Pinto García</i>	
Procedimiento abreviado en el sistema integral de justicia penal para adolescentes en México	259
<i>Sergio Marcelino Bravo Sandoval</i>	
El derecho a la salud mental de las personas en reclusión penitenciaria: reflexiones sobre la dignidad humana y la salud mental en las prisiones	273
<i>Rosa Lilia Guzmán Espinosa</i>	

Presentación

En concordancia con la misión del Centro Universitario de Investigaciones Jurídicas, la política editorial de la revista *DE JURE* promueve el diálogo entre la academia, la sociedad civil, el sector público y el privado. Nuestro propósito es conciliar visiones diversas y multi-sectoriales para construir conocimiento jurídico integral, orientado al bien común y con impacto social sostenible.

Desde esta convicción, *DE JURE* abre sus páginas tanto a investigaciones con rigor científico como a productos de divulgación que fomenten una reflexión crítica y accesible sobre los fenómenos jurídicos contemporáneos. Lo que se traslada al número 2 de diciembre de 2025, que cuenta con ocho colaboraciones para la sección de investigación y tres para la sección de ensayo y divulgación.

En la sección de investigación los artículos abordan temas de frontera que interpelan a la teoría y a la práctica del Derecho respecto a problemáticas relevantes. Entre ellos destacan estudios sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad; la paz y el bienestar de las personas migrantes; el análisis crítico del hiperformalismo legalista y del positivismo jurídico para mejorar la justicia; y los desafíos que plantea una regulación de la inteligencia artificial que respete los derechos humanos integrados en el derecho al desarrollo; y reflexiones bioéticas sobre la subrogación gestacional y la terapia génica, que revelan la necesidad de repensar las categorías tradicionales del Derecho a la luz de la innovación tecnológica y científica.

Las contribuciones publicadas reflejan un genuino ejercicio de interdisciplinariedad: el Derecho dialoga con la psicología, la educación, las ciencias sociales y las relaciones internacionales, entre otras áreas. Asimismo, se da cabida a voces provenientes de sectores no académicos que enriquecen la comprensión de la aplicación normativa en contextos reales. Las experiencias reunidas provienen de distintas latitudes de México —Aguascalientes, Colima, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León y San Luis Potosí— y evidencian la pluralidad de enfoques que caracteriza a esta publicación.

En los textos se observa la colaboración entre autorías consolidadas y jóvenes investigadores que inician su trayectoria bajo los más altos

estándares de calidad académica. Este encuentro generacional refuerza el compromiso del CUIJ con la formación de nuevas comunidades de conocimiento y su difusión a través de la revista *DE JURE*.

La sección de divulgación incluye reflexiones críticas sobre temas de relevancia social, como el impacto de la inteligencia artificial en la democracia, el procedimiento abreviado en materia penal frente a los desafíos contemporáneos, y la salud mental en contextos de reclusión penitenciaria; ello en colaboraciones tipo ensayo y artículo de divulgación. Destaca la participación de profesionales con amplia experiencia en la administración de justicia, junto con personas en proceso de formación en investigación jurídica, cuyas perspectivas conjugan la práctica y la teoría del Derecho.

Sirva esta presentación como una invitación a la lectura y diálogo informado de la comunidad académica, profesional y, en general, de la sociedad interesada; así mismo, como un agradecimiento a quienes envían sus colaboraciones y quienes las revisan, sea como parte del Comité Dictaminador o como revisores invitados/as. *DE JURE* se consolida como un espacio de encuentro gracias a ustedes que confían en la calidad editorial de la revista y reconocen en ella un vehículo idóneo para la proyección académica, el pensamiento crítico y la construcción colectiva del conocimiento jurídico.

Dra. Bárbara Mancera Amezcua,
Directora del Centro Universitario de Investigaciones Jurídicas,
Colima, Col., diciembre de 2025.

La terapia génica y su relación con las políticas sobre planeación familiar en China

Gene therapy and its relationship to family planning policies in China

Abraham Eduardo Zárate Madrid*

Zárate Madrid Abogados, San Luis Potosí

Marisol Anguiano Magaña**

Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Resumen

En China, hablando de planeación familiar, existen diversas políticas sobre la calidad genética que deben tener las personas, lo cual ha dificultado la autorización por parte del Estado para tener descendencia biológica, autorización que resulta necesaria en el país para que se brinden los servicios de salud característica de un sistema socialista; dichas medidas ponen como una limitante el que dentro del código genético no debe tenerse cierta predisposición a enfermedades que a consideración del Estado son graves. Este artículo tiene como finalidad explorar la posible existencia de un vínculo entre esas políticas sobre planeación familiar y el surgimiento e implementación de tecnologías, como la terapia génica germinal, que podría permitir a las personas cambiar la calidad genética de su descendencia y con ello obtener la autorización correspondiente. *Recibido: 18 de marzo de 2025.*

Aprobado: 26 de mayo de 2025.

Abstract

In China, speaking of family planning, there are various policies on the genetic quality that people must have, which has made it difficult for the State to obtain authorization to have biological offspring, an authorization that is necessary in the country for the provision of family planning services. characteristic health of a socialist system; These measures place as a limitation that within the genetic code there should not be a certain predisposition to diseases that in the State's opinion are serious. The purpose of this article is to explore the possible existence of a link between these family planning policies and the emergence and implementation of technologies, such as germline gene therapy, which could allow people to change the genetic quality of their offspring and thereby obtain the corresponding authorization from the State, analyzing its ethical



te del Estado, analizando sus implicaciones éticas y jurídicas.

Palabras clave: derecho a la familia, terapia génica, China, enfermedades genéticas, ética.

and legal implications.

Keywords: Family Law, Gene Therapy, China, Genetic Diseases, Ethics.

La terapia génica

La terapia génica ha sido definida como “el conjunto de técnicas que permiten vehiculizar secuencias de ADN o de ARN al interior de células diana, con objeto de modular la expresión de determinadas proteínas que se encuentran alteradas, revirtiendo así el trastorno biológico que ello produce”, (Prat, 2019).

La terapia génica consiste en inducir el funcionamiento de células que se encuentran dañadas, con la finalidad de erradicar enfermedades genéticas, esto se realiza a través de la inducción de genes modificados (Payan, 2018). Un gen es un fragmento de la cadena de ADN que tiene como finalidad la producción de un cierto tipo de proteína, a su vez el ADN es una molécula que almacena información genética y que compone, junto con ciertos tipos de proteínas, un cromosoma que porta información genética. Cada célula de un ser humano se encuentra compuesta por 23 pares de cromosomas, y los genes que componen esa secuencia son a lo que llamamos el genoma humano, (Vargas, 2025).

Este tratamiento puede realizarse tanto en células somáticas como en células germinales (Rodríguez, 2003). A la fecha, ambos tipos de terapia génica han logrado curar, o al menos tratar, enfermedades para las cuales no existían procedimientos funcionales, y bajo esta trayectoria se estima que podrán ser la cura para muchas otras afecciones consideradas incurables, (Morett, 2017).

Con relación a las políticas antes mencionadas sobre la procreación en China, es menester destacar los efectos de la terapia génica germinal en específico, ya que esta puede cambiar los defectos genéticos en las personas, de tal forma que se eliminan y dejan de transmitirse a su descendencia, implicación crucial en una sociedad donde las políticas y restricciones para tener hijos ante la posibilidad de un defecto genético son tan pronunciadas.

La terapia génica de células de línea germinal

Las células germinales son un tipo de células madre a través de las cuales se desarrollarán todas las demás células del organismo que se convertirá en un ser humano. La terapia génica en células de línea germinal tiene por objeto la prevención de enfermedades que se encuentran en el material genético y que el individuo tiene una alta probabilidad de desarrollar (Rodríguez, 2003). Esta terapia se realizará en el óvulo, el espermatozoide o el cigoto antes de la división celular y tendrá un impacto mayor en las personas sobre las cuales se realice, ya que sus consecuencias genéticas trascenderán a su descendencia; este procedimiento se realiza a partir de una edición genética directamente sobre los organismos unicelulares, (Mojica, 2017).

A diferencia de la terapia en células somáticas, este tratamiento eliminará por completo del código genético las enfermedades que pudieran heredarse generacionalmente o, incluso, generar resistencia a otras enfermedades genéticas que se presentan por mutación derivada de un entorno contaminado, como es el caso de ciertos tipos de cáncer.

Embriones sometidos a un tratamiento de terapia génica de línea germinal en China

En China, a finales del año 2018, un médico genetista logró editar las células germinales de unos embriones viables con la finalidad de hacerlas inmunes al virus del VIH. Una gran polémica se abrió en el comité de ética de China ya que aún no existe una autorización para realizar este tipo de tratamiento en ese país (Villatoro, 2018). Tras estos sucesos, China limitó las investigaciones relacionadas con la terapia génica de células de línea germinal, anunciando que buscarían desacelerar el paso en el desarrollo de estas tecnologías —de las cuales fueron pioneros—, así como uno de los países con mayores avances hasta esa fecha (*La jornada*, 2019).

Por lo anterior, y ante la preocupación del surgimiento de más ensayos clandestinos, China realizó una reorganización regulatoria y creó un Comité Nacional de Ética Médica para monitorear los ensayos clínicos de alto riesgo, que se encargaría, entre otras cosas, de regular

todas las investigaciones relacionadas con la modificación del genoma humano, (*Salud y Fármacos*, 2019)

Uno de los países en pronunciarse ante dicho acontecimiento fue España, cuyo Comité de Bioética declaró el 16 de enero de 2019 que es apreciable la problemática que la terapia génica de línea germinal presenta, tanto en la medicina como en la ética y la sociedad, sin negar que también representa una enorme esperanza para la cura de enfermedades genéticas; por esto mismo, su aplicación no puede partir de iniciativas privadas, siendo algo de interés público, resultando evidente que su uso para mejoras directas o indirectas está totalmente rechazado y, finalmente, que la terapia génica germinal deberá de estar prohibida por el momento. (*Redacción Médica*, 2019).

De las declaraciones realizadas por el Comité de Bioética en España se resalta que, si bien considera que no debería permitirse este tipo de tratamientos por el momento, enfatiza en la importancia que tiene para la cura y prevención de enfermedades genéticas, advirtiendo que se trata de algo de interés público y que no debe partir de iniciativas privadas.

Por lo anterior, y derivado del control que se había tenido no solo en China, sino a nivel internacional respecto a la investigación en materia de terapia génica germinal, resulta alarmante la decisión tomada por el médico investigador en cuestión de realizar la modificación en el genoma humano de los embriones, los cuales tuvieron como finalidad ser implantados y llevados hasta el nacimiento. Pero al tratarse de un caso que ha sido evaluado de forma internacional desde su aspecto ético por autoridades que pueden no compartir una cosmovisión adecuada para la realidad china, se considera necesario explorar a profundidad cuál puede ser una causa de esta implementación clandestina.

Si bien en el caso que nos ocupa no se trata de una enfermedad considerada grave en la actualidad desde una cosmovisión occidental y, sobre todo, cuya transmisión en la descendencia puede impedirse por tratamientos menos controversiales, la realidad es que se cree, que, dentro de la cosmovisión en China, sí puede suponer un problema dentro del aspecto de planeación familiar y sus efectos derivados en la atención médica gratuita a la que este país se obliga.

Antecedentes y realidades sobre las políticas familiares en China

En China en el año de 1950 se prohibieron los matrimonios en los que una parte sufriese de un desorden mental, una enfermedad venérea, lepra o fuese sexualmente impotente, además de que se prohibiesen los matrimonios de personas que tuviesen parentesco sanguíneo hasta en tercer grado (Engel, 1984). En 1980, la ley se actualizó para añadir edades mínimas para llevar los enlaces a cabo y establecer que el matrimonio no podrá realizarse o será invalidado si “cualquiera de las partes padece una enfermedad que la ciencia médica considera que incapacita para el matrimonio” (Marriage Law of the People’s Republic of China, 2024).

Deng Xiaoping, el orquestador de la apertura económica de China, estableció en 1979 la política de un solo hijo como medida para frenar el crecimiento de la población. La ley presentaba algunos casos donde se harían excepciones, por ejemplo, una de ellas era “el nacimiento de un primer hijo que ha desarrollado una discapacidad no hereditaria que le dificultará realizar un trabajo productivo más adelante en su vida” (Palmer, 2007, p. 688).

Durante sus 36 años de vida, dicha política se vio envuelta en numerosas controversias que siguen siendo motivo de análisis, a pesar de que se diera por terminada en 2015. Es necesario apuntar que el contexto religioso influye en la toma de decisiones en cuanto a la planificación familiar de un Estado.

Oficialmente, el Partido Comunista de China (PCCh) es ateo, así como el 6.8 % de la población de este país, siendo el agnosticismo con el 31.8 % y las religiones populares chinas con el 30.8 % las afiliaciones religiosas con el primer y segundo lugar con más adeptos (Albert y Maizland, 2020). En este sentido, en la red social china Weibo, un usuario expresa: “en el extranjero, hay muchas madres que crían niños con Down [Síndrome de Down], porque su religión no les permite abortar al bebé” (Koetse, 2016).

En 1995, China publicaba que sus razones para limitar tal crecimiento fueron reducir la pobreza, aumentar los niveles de educación, mejorar la vida de las mujeres y de sus familias, optimizar

la distribución de los recursos alimentarios y apuntalar los servicios de salud (Geneva China Mission Gov [GCMG], 1995), citando los beneficios en este último respecto.

Varios miles de centros de atención materno infantil brindan diversos servicios, que incluyen la encuesta general, la prevención y el tratamiento de las enfermedades de la mujer, la consulta sobre enfermedades hereditarias, examinación antes del matrimonio. (GCMG, 1995)

Estas afirmaciones están contenidas en el artículo 8 de la Ley Sobre Salud Materna e Infantil de la República Popular China de 1994, las cuales señalan que:

El examen médico prematrimonial incluirá el examen de las siguientes enfermedades: (1) enfermedades genéticas de carácter grave; (2) identificar enfermedades infecciosas; y (3) enfermedades mentales relevantes. Después del examen médico prematrimonial, la institución médica y de salud deberá emitir un certificado médico prematrimonial. (LSSMIRPC, China, 1994)

Además, el artículo 38 de dicha ley define las “enfermedades genéticas de carácter grave” como:

Enfermedades que son causadas por factores genéticos de manera congénita, que podrían total o parcialmente de privar a la víctima de la habilidad de vivir independientemente y que es muy posible que se repitan en las generaciones venideras y que se consideran medicamente inapropiados para la reproducción. (LSSMIRPC, China, 1994)

El portal de abogados de Hefei informa que hay dos categorías de enfermedades, cuyos portadores deberían de abstenerse de contraer matrimonio.

En términos generales, las enfermedades que prohíben el matrimonio se dividen principalmente en dos categorías: una son las enfermedades mentales, incluidas las enfermedades mentales y las personas con retraso mental grave. Las personas que padecen este tipo de enfermedades suelen ser incapaces de conducta civil o personas con capacidad limitada de conducta civil, no tienen capacidad para asumir los derechos y obligaciones entre marido y mujer y pueden transmitir enfermedades mentales a los hijos. La otra son las enfermedades físicas, que se refieren principalmente a

las enfermedades infecciosas incurables o enfermedades genéticas que pueden poner en peligro la salud de la otra parte y de la próxima generación. (Portal de abogados de Hefei, 2018)

De dichas categorías se desprenden las enfermedades que son medicamente relevantes para impedir el matrimonio, las cuales son las siguientes:

1. Enfermedades de transmisión sexual. Como la sífilis, la gonorrea, el chancroide, las verrugas genitales, la candidiasis genital, el herpes genital, el molusco contagioso, el linfogranuloma venéreo, el granuloma inguinal, la tricomoniasis, el SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual no curadas. Las personas con enfermedades de transmisión sexual no sólo sufren dolor ellas mismas, sino que también infectan a otros, causándoles gran daño, por lo que tienen prohibido casarse.
2. Enfermedad mental grave (comúnmente conocida como epilepsia), que incluye principalmente esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva y otros tipos de enfermedades mentales graves. Se considera legalmente que las personas que padecen esta enfermedad tienen una capacidad de conducta limitada o nula. Después del matrimonio, estos pacientes no pueden cumplir normalmente con sus obligaciones maritales ni tampoco pueden asumir la responsabilidad de sus hijos. Además, la enfermedad es altamente hereditaria, con una tasa que llega al 50% o 60%, por lo que tienen prohibido casarse.
3. Retraso mental severo (comúnmente conocido como idiota o tonto). Las personas que padecen esta enfermedad no pueden distinguir el bien del mal y a veces ni siquiera pueden reconocer a sus propios parientes, y mucho menos asumir responsabilidades familiares o cumplir con sus obligaciones conyugales. Además, es altamente hereditario y, por el bien de la calidad de la población nacional, el matrimonio debería estar prohibido.
4. También debería prohibirse el matrimonio a las personas que padezcan otros tipos de enfermedades infecciosas o hereditarias y no hayan sido curadas.
5. Parálisis. La razón por la cual estos pacientes no pueden casarse es bien conocida. Ni siquiera pueden moverse con facilidad, entonces ¿cómo pueden cumplir con sus obligaciones conyugales?

6. La lepra, que es una enfermedad que está claramente prohibida en el matrimonio en el artículo 6, párrafo 2 de la anterior Ley de Matrimonio. Por supuesto, ahora que la medicina ha avanzado, la lepra se considera simplemente una enfermedad infecciosa crónica común y existen mejores opciones de tratamiento. Esta enfermedad ahora se puede prevenir y tratar y ya no da miedo. Por lo tanto, la nueva ley matrimonial ya no estipula explícitamente esta enfermedad como una enfermedad que prohíbe el matrimonio. Sin embargo, médicamente hablando, las personas con lepra que no han sido curadas no deberían casarse porque la lepra es una enfermedad contagiosa. (Portal de abogados de Hefei, 2018)

Del numeral cuarto del catálogo anterior, se desprende una clasificación de enfermedades físicas que competen a esta investigación.

1. Enfermedades cromosómicas: los portadores de translocaciones cromosómicas homólogas y los pacientes con translocaciones cromosómicas complejas tienen descendencia con enfermedades cromosómicas, por lo que no son aptas para la maternidad.
2. Enfermedades genéticas autosómicas dominantes como lo son: la hipoplasia esquelética, osteogénesis imperfecta, síndrome de Marfan, retinoblastoma, pólipos de colon múltiple familiar, melanoma, síndrome de póliposoma gastrointestinal, miotonía congénita, etc. La misma enfermedad puede aparecer en cada generación de la familia del paciente y la incidencia no tiene nada que ver con el género, tanto hombres como mujeres pueden verse afectados. Si el paciente está casado con una persona normal, el riesgo de que nazca un hijo es del 50 %, por lo que no es apto para el parto.
3. Enfermedades genéticas dominantes ligadas al cromosoma X: debido a que el gen patógeno dominante del paciente está en el cromosoma X, hay más mujeres que hombres en los pacientes. La descendencia de pacientes femeninas, ya sean hijos o hijas, tiene un 50 % de riesgo de convertirse en pacientes con la misma enfermedad, por lo que no son aptas para el parto. En la descendencia de los pacientes varones, las hijas están 100 % enfermas y sus hijos son normales, por lo que pueden dar a luz a varones y restringir los fetos femeninos. (Portal de abogados de Hefei, 2018)

Finamente, en el citado portal se señala la existencia de una problemática relacionada con las políticas de prohibición a contraer matrimonio en China y las personas infectadas con el VIH y el Sida, que puede

encontrarse estrechamente relacionada con el caso de la terapia génica de células de línea germinal en embriones:

En los últimos años, la gente ha cuestionado si los pacientes de SIDA pueden casarse. La razón es que las “Opiniones sobre el manejo de las personas infectadas por el VIH y los pacientes con SIDA” emitidas por el Ministerio de Salud en 1999 entran en conflicto con las leyes existentes. Las “Opiniones sobre el tratamiento de las personas con VIH y los pacientes con SIDA” estipulan: “Los pacientes con SIDA deben posponer el matrimonio. Si las personas con VIH solicitan matrimonio, ambas partes deben recibir consulta médica”. Esta disposición hace que la gente sienta que las leyes, reglamentos y normas administrativas son vagas a la hora de abordar la cuestión del SIDA. ¿Existe alguna diferencia en la infectividad entre los pacientes con SIDA y las personas infectadas por el VIH? ¿Esa disposición entra en conflicto con la Ley de Atención Sanitaria Maternoinfantil? Para tal fin, se deberían explicar más claramente las disposiciones pertinentes de la Ley de Matrimonio, la Ley de Prevención y Control de Enfermedades Infecciosas y la Ley de Atención de Salud Maternoinfantil. (Portal de abogados de Hefei, 2018)

La especificidad con la que se describen los anteriores puntos es reflejo de una larga historia de planificación familiar que parte de la Ley de Matrimonio de 1950, que negaba solicitudes de licencia de matrimonio a parejas consanguíneas, personas con enfermedades mentales, venéreas y otras dolencias (Niida, 1964).

Resultado directo de estas políticas, son los análisis de foros en internet sobre maternidad en Estados Unidos y China Continental, llevados a cabo entre 2012 y 2013. La investigación fue publicada en *Journal of Genetic Counseling* en el 2016, demostrando el interés y conocimiento que tuvieron los participantes chinos en testeos genéticos.

Muchos participantes chinos enfatizaron que “la máxima prioridad es un bebé sano” [...]. Algunos participantes discutieron la probabilidad de discapacidad en términos que reconocen la naturaleza genética de ciertas condiciones. “Nuestras dos familias no tienen hijos con deformaciones hasta las 8 generaciones y temen que la amniocentesis cause problemas, por lo que decidimos hacer ADN no invasivo”. La falta de antecedentes genéticos de síndrome de Down, específicamente, también se mencionó con frecuencia.

Las participantes evocaron los antecedentes familiares como una forma de buscar la seguridad de que era menos probable un embarazo afectado por el síndrome de Down, lo que no estaba presente en el conjunto de datos en inglés. “Si ambas familias no tienen genes de retraso mental, no debería haber nada malo”. (Li, Chandrasekharan y Allyse, 2017, pp. 32-39)

Esta tradición de testeo genético ha hecho de China un gran mercado para esta industria, aunque todavía se encuentra lejana a las ganancias que produce el testeo en Estados Unidos, su crecimiento es acelerado, dada la gran aceptación que tienen estos procedimientos en el país. Danny Yeung, cofundador y CEO de CircleDNA apunta:

Aquí es donde las empresas de pruebas genómicas como nosotros pueden participar, donde podemos aprovechar la tecnología para ayudar a las personas a comprender completamente su salud como riesgos potenciales para que puedan prevenirlos con anticipación. (Cheng, 2020)

Lo anterior evidencia la necesidad por mejorar la calidad genómica de la descendencia en China, la cual puede cubrirse con el surgimiento de nuevos tratamientos médicos como la terapia génica a partir de un desciframiento del genoma humano, que permite tratar enfermedades raras o graves, con la posibilidad de erradicarlas del genoma.

La terapia génica germinal vista desde una perspectiva ética y su relación con la planeación familiar en China

Como se puede observar en los antecedentes sobre planeación familiar en China, existen múltiples limitaciones respecto a la autorización del Estado para poder procrear, motivo por el cual se ve obstruido el derecho de las familias chinas a tener descendencia y, a la vez, desde donde se empieza a vislumbrar a la terapia génica germinal como un tratamiento que ofrece la posibilidad de salvaguardar esas necesidades, sin perder de vista que no se está justificando el uso de este tratamiento, sino explorando la relación existente en las necesidades de esta sociedad en específico y el supuesto satisfactor que el tratamiento ofrece.

Sobre las implicaciones genómicas de esta terapia con relación a la transmisión a la descendencia y su impacto evolutivo, hay que

partir del hecho de que, históricamente, ya existe un impacto en el genoma humano, producido por el surgimiento de medicamentos y su administración. También se han producido nuevas enfermedades debido a la resistencia que han generado las mismas por el uso excesivo de ciertos medicamentos; incluso las hay derivadas del impacto ambiental que hemos ocasionado al planeta, provenientes de la constante industrialización de los países; en este sentido, se producen mutaciones en las células que producen enfermedades incurables (McKeown, 1990). Por lo tanto, sería incorrecto abordar las implicaciones de la terapia génica germinal desde una perspectiva simplista que determine que toda modificación al genoma humano es mala por el simple hecho de alterarlo.

Una de las inquietudes planteadas respecto a los efectos negativos de la terapia génica germinal, consiste en las alteraciones que pudieran suscitarse en el patrimonio genómico de la humanidad, el cual debe ser preservado. Lo anterior, ya que con dicho tratamiento se estaría transgrediendo la barrera de evolución natural, al no suponer una adaptación por parte de los seres humanos, sino una modificación para la supervivencia. (Agudelo y Martínez, 2013). La Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos establece lo siguiente:

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. (Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, 1997)

De acuerdo con diversas investigaciones, existe un gran número de enfermedades, incluso las más constantes en la sociedad moderna como la diabetes, el cáncer y las enfermedades cardíacas, que tienen como origen un mal funcionamiento de los genes, pero esto no siempre es necesariamente hereditario (McKeown, 1990). Asimismo, se ha comprobado que muchas de las enfermedades en la actualidad tienen un punto de partida fuera de la composición biológica del ser humano, ya sea por medio de la contaminación o el cambio en los hábitos alimenticios, y se ha incrementado su incidencia (McKeown, 1990).

Dado que el cuerpo tiene la misma calidad genética que hace más de cien mil años, podríamos estimar que el ser humano vive en

mundo diferente al que está preparado genéticamente, debido al proceso de evolución tecnológica e industrial, lo cual ha repercutido en el incremento de padecimiento de dichas enfermedades (McKeown, 1990). En este sentido, se ha demostrado que las características sociales de una población determinada tienen relación directa con las enfermedades que presentan una mayor incidencia en su territorio. Es decir, que estas no tienen un origen meramente biológico, sino que surgen de un proceso histórico y social, estableciéndose en diversas investigaciones la coincidencia entre enfermedades más constantes y la similitud de relaciones sociales de producción (Laurell, 1982). Gracias a lo anterior, se puede afirmar que las afecciones que tienen lugar en un territorio son resultado de la estructura social, por lo tanto, la modificación del genoma es una necesidad ante dicha estructura.

Otro de los planteamientos en contra que suele hacerse para la terapia génica es respecto al desequilibrio en el acceso a estos procedimientos, el cual puede acentuar las desigualdades sociales, debido a que las terapias génicas que se encuentran disponibles en el mercado se venden a precios históricamente altos. Esta situación provoca una desigualdad adquisitiva del tratamiento respecto de aquellos con recursos económicos insuficientes, pudiendo implicar que los efectos de las terapias quedaran disponibles únicamente para cierto sector socioeconómico. Pero para el caso en concreto —el desarrollo de estas tecnologías en un país como China, que garantiza el suministro de servicios médicos para toda su población— este tipo de problemas distributivos no tiene cabida, ya que, en sí, el conflicto con las limitaciones dentro de sus políticas familiares deriva del compromiso de poder otorgar servicios de salud a sus habitantes.

Incluso dentro de lo planteado en el párrafo anterior, podría considerarse como otro efecto negativo de la terapia génica germinal a la discriminación genética, es decir un tipo de distinción sustentada en las cualidades genómicas de las personas, dado que este procedimiento supondría una forma de mejorar el genoma y desarrollar personas potencialmente más saludables que otras. Lo anterior supone que personas con mejores características pueden ser beneficiadas por ciertas instituciones. Un ejemplo es el que se suscita por parte de las

aseguradoras debido a los testeos genéticos, por medio de los cuales determinan las enfermedades que podrían desarrollar sus asegurados y con ello pactar el costo de su servicio o negarlo. Esta es una práctica de discriminación genética, aunque en diversos países se encuentra permitido, como en Holanda y Suecia (Azofra, 2020).

Pero para el caso particular de China, nos encontramos ante el hecho de que ya se está incurriendo en una práctica de discriminación genética, al negar la procreación a personas con motivo de su genoma y su propensión a desarrollar estirpe con ciertas enfermedades. Por extensión, la terapia génica germinal, lejos de acentuar dichas prácticas, al ser China un país que procura que su atención médica se encuentre al alcance de todos, se estaría ofreciendo una solución a dicha discriminación, al permitir a las personas eliminar de su genoma las características que les impiden la protección de su derecho a la familia y a la salud.

Pese a ser un tratamiento innovador y prometedor en el mundo de la medicina, es de observarse qué ofrece en cuestión de salud respecto a los límites de los tratamientos médicos convencionales, es decir, si es posible identificar los casos sobre los que no exista una alternativa viable y sobre los cuales valdría la pena ponderar entre las afectaciones y los beneficios que podría otorgar.

La terapia génica usualmente justifica su uso en aras del cuidado de la salud, pero tampoco debe perderse de vista que la salud puede suponer un concepto muy extenso que podría dar margen a una implementación innecesaria del tratamiento. Puede considerarse como una enfermedad a cualquier disfunción de nuestro organismo, como la resistencia a la insulina que produce diabetes, la cual se expresa de manera sintomática por el mal funcionamiento de un gen (Medline Plus, 2019), la cual puede prevenirse a través de la terapia génica germinal, pero también implicaría algunas ventajas derivadas de dicha mejora a la salud, por ello debería distinguirse hasta qué grado tratar la salud puede considerarse una mejora y en qué esta se encuentra justificada dentro de los márgenes de la ética.

Para solucionar lo anterior, podemos identificar dos tipos de mejoras: para bienes absolutos y para bienes posicionales (Cohen, 2020). La primera puede ser la inmunización a una enfermedad,

ya que el receptor de dicha mejora no se ve desfavorecido si toda la población accediera a dicho beneficio, mientras que la mejora para un bien posicional consiste en un tratamiento que implique el aumento en una habilidad como la fuerza, con la finalidad de un mejor rendimiento deportivo, con lo cual la persona no obtendría ninguna ventaja si las demás personas obtuvieran esta nueva condición.

De lo anterior se desprende que, las mejoras para bienes absolutos no representan una controversia ética como tal, para ello podemos contrastar con los pilares de la ética principalista (Beauchamp y Childress, 1999), los cuales establecen que mientras exista una decisión consensuada, exista un beneficio apreciable sin consecuencias para la persona o terceras personas y se encuentre una justificación para su implementación, el tratamiento en cuestión es válido.

Si bien, aun en el caso de las mejoras de bien absoluto, puede considerarse poco ético que las personas se inmunizaran a través de la terapia génica a ciertas enfermedades, el caso es que esto es similar a lo que ya ocurre con las vacunas, tratándose de una mejora de bien absoluto, siendo la meta el que todas las personas cuenten con este servicio. Respecto a lo anterior puede resaltarse que durante la crisis del Covid-19, muchas de las vacunas creadas, como Pfizer, BioNTech y Moderna, utilizaron tecnología de terapia génica en moléculas de ARN, para inducir una respuesta inmune (Reuters Fact Check, 2021). Esta tecnología permitió una mayor flexibilidad para desarrollar vacunas para las variantes del virus en menor tiempo, destacándose que dio paso a tratamientos más efectivos y adaptables.

Ahora bien, si una de las preocupaciones es que no se pueda identificar en qué grado se proporciona una mejora de bien absoluto y una de bien posicional, o que otorgando una no pueda limitarse la otra, es necesario estimar que este tipo de mejoras ya tienen lugar en la sociedad. En el ámbito académico, si una persona recibiera un tratamiento de terapia génica para ser más inteligente y así poder obtener un mejor aprovechamiento de sus estudios, podría considerarse poco ético, pero también existen mejoras biológicas no genéticas, medicamentos como el Ritalín, el cual es un psicoestimulante aprobado para tratar el déficit de atención e hiperactividad, lo cual, al menos indirectamente, puede

llegar a mejorar la concentración de las personas y es completamente legal. Por otro lado, existen mejoras no biológicas, como sería el caso de una persona que puede acceder a los mejores maestros, maestras y métodos de aprendizaje, quien en definitiva tiene una ventaja sobre el resto (Cohen, 2020).

Ahora es necesario entrar al debate sobre las implicaciones que tiene el imponer a una generación futura cierta inmunidad o mejora y el grado de la misma, ya que la terapia génica de células de línea germinal tiene impacto en cuanto al proceso evolutivo de la humanidad, corrigiendo enfermedades y transfiriendo esa inmunidad a su descendencia.

Los efectos de mejora que esta terapia producirá serán perpetuos y se realizará sin el consentimiento de la parte receptora del tratamiento, es decir, el embrión, y con ello puede considerarse que se incurre en un atentado contra la autonomía del ser humano que se desarrollará a partir de ese embrión y la descendencia que este tenga, dado que es un procedimiento que no puede ser consentido por el receptor y únicamente puede ser validado por los padres en atención a las necesidades de salud que pretendan para su estirpe. Entrando en pugna el principio de autonomía con el de beneficencia contemplado por la ética principalista (Beauchamp y Childress, 1999), para el caso de que se determine que el tratamiento prevendrá algún padecimiento que no puede ser eliminado de otra forma.

Respecto a esta falta que pudiera existir de autonomía, retomando los principios de la ética principalista, en el caso correspondería a las personas progenitoras la toma de decisión desde la perspectiva de que están obligadas a optar por aquello que resulte más benéfico para el desarrollo de su estirpe, optando por las decisiones que se estimen necesarias para su desarrollo íntegro.

Si bien puede permear un cierto rechazo a estas medidas de intervención genética, ya que se cree que pueden ocasionar un daño irreparable en el genoma humano, mismo que no podrá remediarse una vez que se efectúe (De Miguel Beriain), es necesario señalar que el genoma se encuentra en constante transformación; en este sentido, la terapia génica busca una modificación que atienda las necesidades del

ser humano, que en este caso toman fuerza derivadas de las políticas de planeación familiar en China, justificadas desde su perspectiva, por la salvaguarda de la asistencia social.

Por otra parte, respecto a la validación social del tratamiento en cuestión, debe considerarse que, si bien es necesario analizar sus posibles implicaciones, no puede perderse de vista las necesidades de las personas que, por sus características genéticas lo requieren. Necesidades planteadas por las políticas de planeación familiar en China y a su vez por una disposición intrínseca del ser humano de apuntar a un estado de salud satisfactorio que permita desarrollar un plan de vida digno, siendo necesario que exista una alternativa para así poder erradicar de su genoma alguna enfermedad que de acuerdo con los lineamientos legales establecidos resulte un impedimento para ejercer su derecho.

También, en el caso de China, una vez abordada su cosmovisión, es fácil establecer cuáles son las circunstancias bajo las que se podría justificar la implementación del tratamiento, ya que sus lineamientos jurídicos son una representación de la ideología y su ética. Lo anterior, sin que esto implique que carecen de apreciaciones éticas contrarias a la realización del procedimiento, ya que como se ha mencionado, la ejecución clandestina de la técnica implicó acciones por parte del Estado para revalorar el impulso que se da a esta alternativa médica.

Es decir, que no podemos dejar fuera del tema ético; si es correcto que las personas únicamente por sus condiciones genéticas gocen de ciertos privilegios de protección social y planeación familiar, siendo esto azaroso e incluso contrario al principio de beneficencia y justicia que planea la ética principalista, que se traduce en no dejar que solo ciertas personas gocen de derechos por cuestiones de azar, debiendo procurar que quienes lo necesiten sean partícipes de los mismos beneficios. Ya que de lo contrario, se estaría siguiendo una premisa arcaica que puede traducirse en la supervivencia del más apto, aunque también habría que plantearse el hecho de si la terapia génica germinal, pese a la posibilidad de ser una herramienta que genere una igualdad de condiciones genéticas, pudiera ocasionar afectaciones al ritmo natural de la evolución genómica, ya que supondría más una adaptación a partir

de la inteligencia y desarrollo de nuevas tecnologías que de nuestro organismo en concreto (Agudelo y Martínez, 2013).

Para lo anterior, no hay que perder de vista que la adaptación intelectual y la implementación de tratamientos médicos, desde el más simple al más complejo, que el ser humano ha tenido sobre su entorno han sido imprescindibles para su supervivencia, por lo cual, el desarrollo de técnicas médicas, como la terapia génica, representan en sí una adaptación al medio.

Entonces, el debate debería contemplar si es correcto y si existe una justificación ética para la implementación de la terapia génica germinal, como efecto de las barreras sociales y jurídicas que se plantean por el ser humano, o si estas barreras atentan contra del desarrollo humano, ocasionando que los avances tecnológicos y médicos se orienten a la intervención en el genoma.

La terapia génica germinal en China y su influencia jurídica

El genoma humano tiene la capacidad de mutar y lo ha hecho históricamente dependiendo de las necesidades y el entorno en el que ha tenido que desarrollarse, siendo el caso que en la actualidad las deformaciones de nuestro ecosistema por parte de la industrialización de los países, ha ocasionado que el genoma no sea apto para el entorno en que vivimos, derivando en el surgimiento de muchas nuevas enfermedades (McKeown, 1990)

En la actualidad las condiciones ya no se constriñen únicamente a aspectos ambientales o alimenticios, sino también a condiciones sociales que llegan a ser influenciadas por aspectos jurídicos o legales. Es decir, que la adaptación del genoma al entorno puede llegar desde la necesidad de adaptarse a aspectos legales, y esto es lo que, en el caso de China y sus lineamientos sobre planeación familiar, pudiera estar ocasionando el desarrollo de la tecnología en materia de terapia génica. Se hace debatible, pues, si el hecho de que se vuelva un satisfactor de necesidades relacionadas con aspectos legales y sociales implica que sea idóneo.

Está claro que la terapia génica de línea germinal permite la eliminación de padecimientos hereditarios prenatales, con la finalidad de que las futuras generaciones queden exentas de desarrollar de forma activa enfermedades que de acuerdo con los lineamientos establecidos en China pudieran inhibir el derecho a contraer matrimonio y procrear hijos.

Si bien existen muchos padecimientos que pueden curarse o prevenirse por otras vías, la terapia génica de células germinales representa una alternativa para aquellos padecimientos sobre los cuales no existe cura ni manera de prevenir y respecto de los cuales, aunque existiera tratamiento, las políticas en China no darían autorización para la concepción de alguien propenso a desarrollar esos padecimientos.

De acuerdo con la observación general número 19 sobre la familia, del artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1990), del cual China forma parte, se reafirma el derecho de las personas de formar una familia, entendiéndolo, entre otras cosas, como el derecho a procrear. También dicta que los Estados parte deberán establecer los lineamientos internos necesarios para que esto se lleve a cabo. Así como, China, en su artículo 48 Constitucional (CRPC, 1982), establece la protección para el matrimonio, la familia, la maternidad y la infancia.

En este país, la regulación respecto a la procreación ha inhibido dicho derecho, pero en función de la protección social que se obliga a brindar a sus ciudadanos. De acuerdo con sus lineamientos, está claro que se realiza una interferencia al derecho a la familia en virtud de garantizar el desarrollo adecuado de su población.

Pero lo anterior genera un entorno sin otras vías sobre la procreación. Medidas como la terapia génica germinal pueden representar una alternativa, al plantear un panorama en donde, pese a las limitaciones genéticas propias de cada individuo, se puede garantizar el acceso a formar una familia y procrear, evitando que las características genéticas limitativas sean suprimidas o modificadas.

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas en su Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en su Artículo 17, señala la importancia de que los Estados parte

establezcan modalidades de investigación que pongan énfasis en las necesidades poblacionales.

Los Estados deberán respetar y promover la práctica de la solidaridad para con los individuos, familias o poblaciones particularmente expuestos a las enfermedades o discapacidades de índole genética o afectados por éstas. Deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquellas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y las enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial. (1997)

Esto implica que la investigación genética se podría validar, jurídicamente, cuando tenga por objeto la salud de las personas, reconociendo la naturaleza cambiante del genoma humano, además de que se pone énfasis en la obligación del Estado de atender a la población, lo que en este caso se encuentra relacionado también con un problema de procreación y tutela del derecho a la familia. Aunque también podría considerarse que dichas necesidades tienen lugar por las condiciones sociales y legales que se suscitan en China.

La Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, en su artículo 13 (ONU), menciona algunos lineamientos a seguir respecto a la modificación del genoma humano, teniendo el tratamiento de terapia génica interferencia en el mismo y volviéndose modular indagar en los estándares éticos establecidos para este.

a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos. b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad. (1997)

De esta legislación se desprende que, si bien la terapia génica germinal como tratamiento médico debe orientarse al cuidado de la salud, las características de las políticas sobre planeación familiar en China producen una relación directa entre la salud y la familia; por tal motivo, el anterior artículo podría validar que el acceso a los progresos

científicos se proporcione, en este caso, en aras de protección al derecho de procreación, que tiene como limitante una adecuada protección de la salud. Es decir que, el hecho de que China sea un pionero en el desarrollo de estas tecnologías, implica que está cumpliendo con su deber de orientar la investigación científica a las necesidades de su población, pero no debe perderse de vista que la ejecución tales investigaciones no debe sobrepasar los lineamientos de control, para evitar que de forma clandestina se realicen intervenciones de terapia génica germinal, como fue el caso de la modificación genética de los embriones viables.

En la declaración anteriormente referida, esta vez en su artículo primero, se reconoce que el genoma humano forma parte de la base de la unidad fundamental de la familia, de lo cual se desprende que una valoración de la protección al derecho a la familia implica también el cuidado de su calidad genómica. Por lo tanto, podría decirse que la terapia génica germinal sí atiende a la protección de este derecho en China.

Es necesario destacar que existe una interferencia entre las políticas de planeación familiar que el mismo Estado establece y los derechos protección social, para la cual la terapia génica se presenta como una herramienta que permite solventar dicha interferencia en atención a la protección del derecho a la familia y la salud. Sin embargo, dada la naturaleza de su surgimiento, es decir que deriva más de una necesidad ante la estructura política y legal de China que califica de inviables ciertas condiciones genéticas y no tanto por condiciones meramente biológicas, no podría aseverarse que esta terapia es la única solución y sobre todo si es la medida idónea a seguir. Para lo cual, aún se requiere que se analicen sus implicaciones en cuanto a las repercusiones biológicas y con relación con muchos otros derechos humanos, a manera de generar una reconciliación entre estos. Y más allá de eso, demostrar que no existe alguna vulneración a los derechos humanos con su implementación.

Conclusiones

Si bien no es posible determinar si existe una relación entre el surgimiento e implementación de la terapia génica en China con las políticas de

planeación familiar, es destacable que se encuentran estrechamente vinculadas respecto a las necesidades de su población en atención a un derecho a la familia y las posibilidades que plantea el tratamiento.

Lo anterior puede demostrar cómo la implementación de ciertas medidas políticas y legales en un territorio determinado ocasiona la necesidad de las sociedades de readaptarse a ellas, que para este caso consiste en el surgimiento de formas de modificar las condiciones genómicas de la población en atención a sus requerimientos tanto sanitarios como de protección a la familia.

Es observable que las medidas que China ha impuesto a su población, con la finalidad de garantizar una mayor calidad de vida, han obstruido la posibilidad de procrear con autorización del Estado y los derechos de protección social y de acceso a la salud que ello implica.

La terapia génica es un tratamiento del cual aún queda mucho por explorar respecto a sus implicaciones, tanto en el ámbito médico como en el ético y social. Pero dentro del tema de discusión, es inevitable relacionar las posibilidades que ofrece respecto a una sociedad que se encuentra restringida en sus derechos por políticas que buscan una estirpe que permita que el Estado cumpla con sus metas de asistencia social.

En cuanto a la determinación del patrimonio genético de la humanidad, como algo que debe ser preservado y no alterado, puede observarse que la función de dicha determinación va enfocada a no crear desequilibrios sociales y a no realizar intervenciones que resulten perjudiciales desde lo individual a lo colectivo, sino que esté enfocada a la protección de la salud y la mejora en la calidad de vida, que justamente es lo que las políticas de planeación familiar en China pretenden. Por esta razón se considera que la terapia génica germinal, debidamente tutelada y regulada desde dichas políticas, será implementada únicamente para esos fines, siendo éticamente válida.

Desde el principio de beneficencia y justicia se observa que la intervención genómica en sí puede mejorar la calidad de vida de las personas y acabar con ciertas barreras sociales, es decir, la brecha que existe entre las posibilidades de procreación de las personas con cualidades genómicas aptas y las que no, de acuerdo con los lineamientos legales aplicables en China.

Lo anterior sin perder de vista que justamente la modificación en el genoma debe ser validada para el caso de que se pretenda realizar una alteración en función del mejoramiento de la salud, sin que esto constituya una mejora de bien relativo que busque únicamente un beneficio individual respecto de la sociedad. Al contrario, que se realice en atención de una mejora de bien absoluto teniendo como finalidad el fortalecimiento de la salud desde una perspectiva progresiva y en extensión para la población en general; es decir, que vaya enfocada a aquellas enfermedades que de acuerdo con la legislación aplicable en China son impedimentos para un adecuado desarrollo y que truncan el derecho de procreación de la persona, y con ello su derecho de asistencia social a la salud, acabando a su vez con este modelo de discriminación genética que impera.

Asimismo, se exploró que el genoma humano constituye la base de la identidad humana, y este se ha visto sobrepasado por la evolución y transformación de nuestro entorno debido a la industrialización acelerada, por lo cual, realizar intervenciones en el mismo, es en sí una manera de permitir a nuestro genoma adaptarse a un entorno para el que ya no es apto.

Por lo anterior, la terapia génica germinal podría llegar a ser éticamente válida si se realiza como una forma de proteger de manera efectiva el derecho a la familia y a procrear, así como del derecho a la salud, dando a las personas la alternativa de eliminar de sus registros genéticos aquellas enfermedades que suponen un impedimento para su desarrollo, siempre y cuando dichos procedimientos sean realizados por los centros de investigación autorizados y que sigan los lineamientos establecidos, y no por aquellos que operan en la clandestinidad.

Únicamente queda la interrogante respecto a si es la manera idónea de salvaguardar el derecho en cuestión o si los lineamientos sobre la planeación familiar en China son demasiado severos respecto a las cualidades genómicas que las personas deben tener para procrear, y si esto a su vez genera que, previo a que se instauren tratamientos aprobados y que cumplan con los lineamientos éticos y médicos correspondientes, de forma clandestina comiencen a efectuarse tratamientos de este tipo sin una debida exploración de las consecuencias.

Referencias

- Albert, E. y Maizland, L. (2020, septiembre 25). Religion in China. *Council on Foreign Relations*. <https://www.cfr.org/backgrounder/religion-china#:~:text=China%20has%20the%20world's%20largest,the%20country's%20largest%20institutionalized%20religion>
- Agudelo, C. A. y Martínez, L. M. (2013). Terapia génica: Una opción de tratamiento y una controversia ética. *Revista Salud Uninorte*, 29(2). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-55522013000200018
- Azofra, M. (2020). Análisis genéticos en el ámbito de la contratación de seguros. En *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/10>
- Beauchamp, T., y Childress, J. (1999). *Principios de ética biomédica*. Masson.
- Bravo, A., y De la Chica, J. (2017). Terapia génica: Presente y futuro [Trabajo de fin de grado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Farmacia]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/55578/1/ANA%20BRAVO%20PLAZA.pdf>
- Cheng, Y. (2020, enero 8). China projected to see boom in DNA testing. *China Daily*. <https://global.chinadaily.com.cn/a/202001/08/WS5e157458a310cf3e355833a3.html>
- Cohen, G. (2020, agosto). Bioethics: The law, medicine, and ethics of reproductive technologies and genetics [Curso virtual]. Harvard University.
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1990). Observación general núm. 19: La familia. Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Constitución de la República Popular China. (1982, 4 de diciembre). Última reforma en 2018. Asamblea Popular Nacional de China.
- Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos. (1997, 11 de noviembre). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- De Miguel, Í. (2012). Terapias génicas, ¿solución o problema? En A. M. Marcos del Cano (Coord.), *Bioética y derechos humanos* (pp. 195–222). Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Engel, J. W. (1984). Marriage in the People's Republic of China: Analysis of a new law. *Journal of Marriage and Family*.
- Koetse, M. (2016, mayo 2). China to end the one-child policy: What's next? *What's on Weibo*. <https://www.whatsonweibo.com/china-end-syndrome/>

- La Jornada. (2019, febrero 27). China emite nuevas normas para la edición genética. *La Jornada*. <https://www.lajornadamaya.mx/internacional/131771/china-emite-nuevas-normas-para-edicion-genetica>
- Laurell, A. C. (1982). La salud-enfermedad como proceso social. *Cuadernos Médico Sociales*, (19), 7–25.
- Law of the People's Republic of China on Maternal and Infant Health Care. (1994, octubre 27). Tenth Meeting of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress.
- Li, G., Chandrasekharan, S., y Allyse, M. (2017, febrero). “The top priority is a healthy baby”: Narratives of health, disability, and abortion in online pregnancy forum discussions in the US and China. *Journal of Genetic Counseling*, 35, 32–39. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1007/s10897-016-9976-3>
- Marriage Law of the People's Republic of China. (2004, marzo 21). National People's Congress. http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384064.htm
- Martínez, F. J. (2017, octubre). El descubrimiento del sistema CRISPR-Cas. *Investigación y Ciencia*.
- McKeown, T. (1990). *Los orígenes de las enfermedades humanas*. Crítica Editorial.
- MedlinePlus. (2019, diciembre 2). Enfermedades genéticas. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001214.htm>
- Morett, E. (2017, febrero 20). Medicina genómica en México [Entrevista por Iván Carrillo]. *ADN Noticias*. <https://youtu.be/wJuRkHAMCUc>
- Niida, N. (1994). Land reform and new marriage law in China. *The Developing Economies*, 2, 3–15. https://www.ide.go.jp/library/English/Publish/Periodicals/De/pdf/64_01_01.pdf
- Palmer, M. (2007). *Transforming family law in post-Deng China: Marriage, divorce and reproduction*. The China Quarterly.
- Payan, E. (2018). Una revisión crítica del estado del arte de CRISPR-CAS9 ante las adversidades: Una herramienta multidisciplinar de plena vigencia. *Ius et Scientia: Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, 4(1), 132–145.
- Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations Office at Geneva and Other International Organizations in Switzerland. (1995, agosto). Family planning in China.
- Portal de abogados de Hefei. (2018, marzo 12). <https://www.055110.com/lh/5/105.html>

- Prat Gimeno, L. M. (2019). *Estado actual de la terapia génica* [Trabajo de fin de grado, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Farmacia]. <https://www.studocu.com/es/document/centro-de-formacion-profesional-maria-inmaculada-bilbao/biologia/marta-prat-gimeno-apuntes-terapia-genica/86978689>
- Redacción Médica. (2019, enero 18). El Comité de Bioética rechaza la edición genética para la mejora humana. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/el-comite-de-bioetica-rechaza-la-edicion-genetica-para-la-mejora-humana-5474>
- Reuters Fact Check. (2021, agosto 10). Fact check: mRNA vaccines are distinct from gene therapy, which alters recipients' genes. *Reuters*. <https://www.reuters.com/article/factcheck-covid-mrna-gene-idUSL1N2PH16N>
- Rodríguez, E. (2003). Terapia génica y principios éticos. *Acta Bioethica*, 9(1), 69–79. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2003000100007
- Salud y Fármacos. (2019, marzo 5). China crea un Comité Nacional de Ética Médica para monitorear los ensayos clínicos de alto riesgo. *Salud y Fármacos*. https://www.saludyfarmacos.org/lang/es/boletin-farmacos/boletines/may201906/15_chi/
- Vargas, L. (s. f.). Terapia génica, el sueño y la realidad. ¿Cómo ves? UNAM, 10–15. <https://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/52/terapia-genica>
- Villatoro, F. R. (2018, noviembre 27). Sobre la posible edición genética de dos niñas en China. *La ciencia de la mula Francis*. <https://francis.naukas.com/2018/11/27/sobre-la-posible-edicion-genetica-de-dos-ninas-en-china/>

***Abraham Eduardo Zárate Madrid**

Formación: Licenciado en derecho y maestro en derechos humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México; doctor en derecho por el doctorado interinstitucional en derecho de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), adscrito a la Universidad de Colima, México. Ocupación: Titular del corporativo jurídico “Zárate Madrid Abogados” de San Luis Potosí. Investigador independiente. Líneas de investigación: Derechos humanos, bioderecho y derecho bancario. Contacto: abraham_zaratemadrid@hotmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0810-3605>

****Marisol Anguiano Magaña**

Formación: Licenciada en relaciones internacionales por la Universidad de Colima, México; maestra en derechos humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Ocupación: Estudiante del doctorado en estudios latinoamericanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Becaria Secihti. Líneas de investigación: Derechos humanos, bioderecho y derecho bancario. Contacto: marisol_ang.mag@hotmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7079-0656>

Restricción a la libertad de expresión en procesos electorales ante el derecho a información de calidad para un sufragio informado: un análisis mediante el test de proporcionalidad

Restriction of freedom of expression in electoral processes in light of the right to quality information and informed suffrage: analysis using the proportionality test

Enrique José Chaires Velasco*

Universidad de Colima

Resumen

La libertad de expresión es pieza angular de la democracia, derecho al cual se le otorga un valor superior en el marco de los procesos electorales para garantizar que las personas, partidos políticos y candidaturas puedan externar sus ideas en torno a la obtención del voto; sin embargo se requiere ponderar con el derecho a recibir información de calidad para asegurar la posibilidad de emitir un sufragio informado. El presente artículo tiene como objetivo proponer, mediante un test de proporcionalidad, una reinterpretación de

Abstract

Freedom of expression is a cornerstone of democracy, a right that is given a higher value in the framework of electoral processes to ensure that individuals, political parties and candidates can express their ideas in order to obtain the vote; and it's necessary measure the legal weight with the right to receive quality information to ensure the possibility of casting an informed vote. The purpose of this paper is to propose a reinterpretation of the rights of freedom of expression and information protected by the Political Constitution of

Recibido: 24 de marzo de 2025.

Aprobado: 13 de junio de 2025.



los derechos de libertad de expresión y de información tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE). Lo anterior como una nueva interpretación de la libertad de expresión y del derecho a la información que colisionan dentro de los procesos electorales que contribuya a la emisión de un sufragio informado clave para las sociedades democráticas.

Palabras clave: libertad de expresión, derecho a la información de calidad, derecho al sufragio informado, test de proporcionalidad, democracia.

the United Mexican States (CPEUM) and the General Law of Electoral Institutions and Procedures (LGIPE) through the use of the proportionality test. The above, to a new way of interpreting freedom of expression and the right to information that collide within the electoral processes, contributes to the informed vote necessary in democratic societies.

Keywords: freedom of expresión, right to quality information, right to informed suffrage, proportionality test, democracy.

Introducción

La base de los procesos electorales democráticos se centra en la posibilidad de elegir representantes mediante el sufragio ejercido de manera libre, secreta, directa, personal e intransferible. De esta forma, en el artículo 35 de la CPEUM se reconocen los derechos de la ciudadanía para votar (sufragio activo) y ser votada (sufragio pasivo); reconocidos también por el sistema de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) cuyo artículo 25 inciso b precisa el derecho que posee la ciudadanía para votar y ser elegida para cargos públicos en las elecciones. De manera semejante, el sistema interamericano, en el artículo 23 inciso b del Pacto de San José, reconoce el derecho humano a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (Pacto de San José, 1969).

Estos derechos se han fortalecido debido al desarrollo de internet, particularmente de las redes sociales, constituidas como espacios de comunicación desde donde las personas pueden de manera libre compartir, generar y expresar cualquier tipo de contenido o manifestarse en el sentido de su preferencia. Esto ha generado que las campañas políticas se trasladen a dichos espacios de comunicación, porque desde ahí se pueden emitir opiniones y replicar contenidos con mayor

facilidad, sobre todo, a diferencia de un sistema de comunicación política tradicional en radio y televisión, que cada vez está más superado por las opciones de internet.

En este contexto, este esquema de radio y televisión, se encuentra tutelado en el artículo 41, base III, apartado A de la CPEUM, así como en el título segundo, capítulo primero de la LGIPE, además del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral (RRTME) emitido por el Instituto Nacional Electoral (INE); instrumentos mediante los cuales se garantiza y regula esta prerrogativa a los partidos políticos y derecho a las candidaturas, para fijar las reglas bajo las cuales se destinarán, en la administración del INE, desde el inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral 48 minutos diarios en cada una de las estaciones de radio y canales de televisión concesionados por el Estado.

Este esquema de regulación atiende a maximizar el derecho a la libertad de expresión y a la información para la emisión del sufragio, es decir, da la pauta para que candidaturas y partidos políticos hagan valer su derecho pasivo a solicitar el voto a favor de su instituto y candidatura mediante el uso de spots en radio y televisión; además, de procurar el derecho de la ciudadanía a votar con mayores elementos, es decir, con información, esto debido a la posibilidad justamente de ver y escuchar las propuestas en esos modelos comunicativos.

La incorporación de este modelo nace desde 1973 con la Ley Federal Electoral, pero, es justamente ahí donde se origina el problema que actualmente se padece en el sistema electoral mexicano, invisibilizado desde entonces y que constituye el objeto de estudio del presente artículo, la ausencia del derecho a tener información de calidad para emitir el sufragio.

Esto ocurre porque desde el principio se ha dado mayor relevancia al derecho a ser votado, el cual es desempeñado por las candidaturas y apoyado por los partidos políticos que las postulan para solicitar el respaldo político. Lo anterior, con respecto al derecho a votar, que se trata de un derecho ejercido por la ciudadanía para elegir de entre todas sus opciones la que más le convenga. De esta forma, para cumplir el derecho a ser votado se requiere de la libertad de expresión mediante la cual las candidaturas exponen cualquier idea política. En tanto que,

para votar, al tratarse de un derecho en el cual se tiene que elegir, la ciudadanía requiere recibir información para reflexionar y razonar a qué partido y candidatura se quiere apoyar.

Sin embargo, actualmente no está establecido ni reconocido en la CPEUM y la LGIPE la posibilidad de contar con un derecho a información de calidad, tampoco ha sido establecido en los precedentes judiciales dictados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Es por esa razón que el objetivo del artículo se centra en analizar el conflicto de derechos existente entre la libertad de expresión y el derecho a la información de calidad como nuevo derecho que rija en los procesos electorales, evaluando la colisión a través del test de proporcionalidad como mecanismo de interpretación de los derechos fundamentales para estudiar el establecimiento de una restricción adecuada a la libertad de expresión presente en la CPEUM y la LGIPE para darle un mayor peso a la información de calidad, asegurando la existencia de un estándar mínimo que candidaturas y partidos políticos deberán satisfacer.

Sustentado en lo anterior, se pretende reflexionar sobre la posibilidad de materializar de manera eficiente el derecho a información de calidad, anteponiéndolo como eje central de las elecciones, ya que la ciudadanía es la que decide y respecto del cual no se ha discutido, ya que los debates y reformas electorales se han centrado en el modelo de comunicación política electoral, particularmente en el acceso a radio y televisión de manera equitativa para candidaturas y partidos políticos, dejando de lado a las personas votantes.

Estos modelos tradicionales, generan un esquema unilateral donde el contenido es generado únicamente por partidos políticos o candidaturas, por lo que la información que llega a la ciudadanía para emitir el sufragio proviene exclusivamente de las emisiones de spots en radio y televisión, imposibilitando la interacción con dichos contenidos. En cambio, en redes sociales esto es posible a través de compartir, replicar y reaccionar a los materiales, hechos que un canal de televisión o estación de radio no permite.

Este ejercicio de las redes sociales ha generado que los partidos políticos y las candidaturas migren a dichos espacios digitales, donde no

existe un modelo de regulación establecido de forma rigurosa conforme a lo señalado por el artículo 41 de la CPEUM al señalar en el apartado A que el INE “será autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión”; además de otorgar solamente unos cuantos minutos para la distribución spots, tal como se indica en el inciso a) del mismo numeral al precisar que “a partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral quedarán a disposición del Instituto Nacional Electoral cuarenta y ocho minutos diarios”, espacio de tiempo que será distribuido entre todas las candidaturas para difundir sus propuestas políticas, así como de las autoridades electorales quienes también dispondrán de algunos minutos.

A lo anterior se suma la restricción señalada en el mismo artículo 41 de la CPEUM prevista en el apartado C fracción VI al indicar que será una causa de nulidad electoral el hecho de que “se compre o adquiera cobertura informativa o tiempos de radio y televisión”. Así las cosas, las candidaturas y partidos políticos han migrado a internet y redes sociales, donde no cuentan con estas limitaciones, contando como extensiones de espacios para ejercer su libertad de expresión logrando alcanzar a una mayor cantidad de personas mediante cuentas de redes sociales y la diversificación de contenidos, los cuales nacen justamente en el escenario de esos contextos de comunicación destinados a tener la mayor cantidad de personas seguidoras y publicar cualquier contenido para tener interacciones, es decir, están diseñadas para entretenimiento, fines comerciales, esparcimiento o gozar de cierta popularidad, objetivos muy distintos a los que las campañas políticas persiguen que son informar de las opciones y propuestas políticas que una candidatura ofrece desarrollar una vez que obtengan el triunfo y se convierta en representante popular.

Hasta este punto, las redes sociales se acreditan como espacios de pluralidad, debido a que cada persona tiene la libertad de acceder a tantos contenidos como sea posible, así como a partidos políticos y candidaturas para disponer de una cantidad de tiempo ilimitada y escasas restricciones para la creatividad en la emisión o contenido de sus mensajes. Conforme a ello, surge una dificultad a partir de la cual se gesta la problemática que se aborda en el presente documento, que es el

riesgo generado por las redes sociales para la proliferación desmesurada de contenidos sin información de calidad para emitir el sufragio.

Así, vemos candidaturas y partidos políticos haciendo uso de su libertad de expresión mediante la creación de bailes, coreografías de moda, reels, memes, o narran y recuperan el día a día de su vida. Estos ejemplos son actos ajenos a la distribución prioritaria de contenido mediante el cual explican o fundamentan las acciones, programas, proyectos y políticas que pretenden ejecutar, es decir, se brinda información de calidad.

Con estos elementos la ciudadanía se informa y decide a quién brindarle el sufragio. Hecho que conlleva a una situación preocupante y que nos ocupa como objetivo central que es analizar la proporcionalidad de la restricción a la libertad de expresión en un escenario democrático de proceso electoral para los partidos políticos y candidaturas, incorporando el derecho de información de calidad que asegure la emisión de acceder a emitir el sufragio de manera informada, atendiendo así a una situación real que está cada vez más presente: la comercialización y satirización de las campañas políticas auspiciadas por la libertad de expresión, las cuales olvidan la existencia de la información de calidad en el marco de elección de representantes populares que tomarán las decisiones de la colectividad desde los órganos de poder.

Respecto a la metodología aplicada, se trata de un estudio de corte documental en el que se plantea el análisis del enfrentamiento entre el derecho de libertad de expresión presente en la CPEUM y en la LGIPE, en contra del derecho de información de calidad, el cual no se encuentra reconocido de forma explícita en la CPEUM y la LGIPE, pero al cual es necesario darle vida en el marco de los procesos electorales para reconocer que la ciudadanía es el centro de las elecciones y cuenta con un derecho que le protege y otorga la posibilidad de recibir información mínima de calidad emitida por las candidaturas y partidos políticos, la cual pueda ser utilizada para emitir el sufragio, derecho que se ha visto comprometido por el desarrollo de las redes sociales.

Para ello, se utiliza el test de proporcionalidad como método de interpretación de los derechos fundamentales, con el que se evalúa de manera argumentativa si la restricción a la libertad de expresión resulta

justificada para anteponer el derecho a la información de calidad que asegure que las personas podrán emitir el sufragio con los mayores elementos posibles como una garantía democrática. Como sustento se tomó como referente teórico a Carlos Bernal Pulido (2014), quien plantea de manera clásica al test de proporcionalidad como un ejercicio ejecutado a través de 3 etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a las regulaciones que sustentaron el ejercicio, se tomaron las constituciones y leyes electorales de 12 países del continente americano: Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, seleccionados en virtud de ser países que se encuentran en una realidad socio-política, así como de organización jurídica-política similar a la mexicana y respecto de los cuales se realiza el análisis de necesidad, que gira en torno a buscar si dentro de otros medios existe una medida menos restrictiva, sin que se encuentre en alguna de las legislaciones mencionadas la tutela del derecho a información de calidad.

El problema central que guio la investigación es el fin legítimo de un derecho a información de calidad señalando su contenido y alcance para determinar cómo no se restringe o anula en la totalidad el derecho a la libertad de expresión; siempre ponderando que el beneficio social y colectivo justifique su restricción para darle mayor peso al derecho a la información de calidad. Lo anterior fundamentado en el principio democrático de representación política que implica la elección mediante voto de una ciudadanía a la cual debe garantizarse su derecho a información de calidad que le posibilite elegir representantes idóneos para las decisiones públicas.

Test de proporcionalidad como parámetro para la restricción de la libertad de expresión

En las disputas electorales ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], uno de los puntos más importantes de las resoluciones es la restricción a un derecho fundamental, la cual sucede debido a la necesidad de proteger otros derechos. En estas contiendas el test de proporcionalidad pondera la restricción de un derecho como

medio idóneo para la protección de otro que en el caso resuelto se considera con un mayor peso jurídico para resolver el problema. De manera semejante, esta investigación parte de plantear un test de proporcionalidad para resolver un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información de calidad cuando se trata de las contiendas electorales en México.

Esto ocurre porque dichos derechos en el escenario electoral complementan y posibilitan que los derechos de votar y ser votado se lleven a cabo de manera efectiva. En este sentido, para votar se necesita la libertad de expresión y el derecho a recibir información de calidad, el primero protegido en la CPEUM en los artículos 6 y 7; sin embargo, la información de calidad para emitir el sufragio no se encuentra reconocida como derecho fundamental.

La ausencia de información de calidad está siendo amenaza por la presencia de comentarios de violencia política en razón de género, calumnias, infracción a la veda electoral y todo el cúmulo de desinformación, noticias falsas (fake news) o incluso deepfakes presentes en las redes sociales que poco abonan a tener certeza sobre los contenidos distribuidos.

En este contexto, Martha Alejandra Tello (2023) en “Violencia digital como violencia política en razón de género: apuntes sobre los límites a la libertad de expresión en el debate político”, analiza cómo la violencia digital puede ser generar violencia política en razón de género y expone las valoraciones que ha tenido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Así, Tello invita a reflexionar sobre la violencia digital y “sus implicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político” (p. 205), señalando conductas que no están amparadas por las leyes electorales y que son susceptibles de limitar la libertad de expresión al restringirlas.

Sobre la desinformación, Paulo Carlos López López, Andrea Mila Maldonado y Vasco Ribeiro (2023) exponen las implicaciones que representa para la democracia al señalar que “los partidos políticos, en primer lugar, introducen la desinformación como parte de su estrategia política, bien de forma directa (a través de noticias falsas o difundiendo bulos a través de medios propios) o indirecta (con información inexacta

o tendenciosa)” (p. 72). Por ello, debe reflexionarse sobre el derecho a la información de calidad y fijar limitaciones a los partidos políticos y candidaturas, evitando que hagan una regla de estas estrategias que van en contra del sistema democrático y que solo buscan obtener un triunfo.

Conforme a lo anterior, Oswaldo Chacón Rojas (2020) fortalece la idea de la información con calidad al señalar:

¿De qué sirve analizar la calidad de la información en las elecciones si esta no es un valor relevante para el votante? El punto es que debería de serlo. Todo Estado democrático está obligado a trabajar para fomentar la información como un valor intrínseco de su propia calidad (p. 43).

El autor destaca la relevancia de la información de calidad para la emisión del sufragio y cómo desde las campañas políticas se juega, justamente, con la información (y desinformación) ya que es su punto de origen. Además de que gracias a las redes sociales el escenario es diferente debido a la celeridad con la que noticias falsas o inexactas se propagan, así como las consecuencias que pueden generar. Al respecto María-del Pilar Arjona-Granados, Juan-Francisco Agramón-Mata y Jorge-Isaac Lechuga-Cardozo (2024) mencionan: “las distintas manifestaciones de la desinformación y su velocidad de dispersión global han logrado modificar la percepción de millones de usuarios sin que éstos se percaten de dicho fenómeno y de esta manera adoptando información falsa” (p. 160). Tal situación puede derivar en un problema grave para las decisiones electorales porque las personas pueden adoptar contenidos políticos, considerarlos reales y meditar el voto sobre información que no es cierta pero que les llegó de tal manera; además de que las redes sociales son un canal de dispersión, es decir, pueden compartir o promover esa información a una gran cantidad de personas, las cuales podrían, a su vez, verse igualmente influenciadas. En este caso, el derecho a información de calidad no está garantizado a la población y la afectación a la democracia es evidente.

De esta forma, el presente estudio pone énfasis en el derecho a la información de calidad, tanto por las afectaciones que presenta como por las dificultades que implican las limitantes a la libertad de expresión y la precisión de que el derecho a la información no es cualquiera, sino

una de calidad, veraz, oportuna y que apoye decisiones electorales de una ciudadanía bien enterada. Por lo que se requiere identificar un esquema adecuado para hacer la valoración y argumentación que proponga la posibilidad de centrar una democracia en torno a la necesidad de contar no solamente con más medios comunicativos, sino con un parámetro de calidad que asegure la emisión del sufragio informado. Esto responde al fin que tiene votar, consistente en elegir representantes populares que dirigen y lideran las decisiones del Estado, mismas que tienen consecuencias en todas las personas, en sus derechos y en el manejo y rumbos de distintas áreas, como salud, educación, trabajo, seguridad o empleo, es decir, que su trabajo asegura la estabilidad y rumbo político social.

Así, la propuesta es analizar desde la aplicación del test de proporcionalidad como estándar de apreciación y calificación de los derechos fundamentales la medida de valoración para estudiar y proponer la existencia del derecho a la información de calidad para la toma de decisión en las elecciones y que se encuentre por encima de la libertad de expresión. En este sentido, y conforme a Daniel Vázquez (2016), este tipo de evaluaciones “permiten analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto un principio domina sobre otro, o se establecen directrices de actuación para los poderes Ejecutivo y legislativo, a fin de que un determinado principio efectivamente exista” (p. 22), sobre todo cuando se trata de dos derechos que por sí mismos no se encuentran contemplados con dichas características en la CPEUM y en la normatividad electoral.

En este orden, es preciso identificar las características del test de proporcionalidad y aplicarlas en el caso que nos ocupa, por tanto, tenemos que el principio o test de proporcionalidad es definido por Bernal Pulido (2014) como una “estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición” (p. 652).

Como se aprecia, la proporcionalidad es una medida que sirve para valorar en casos complejos el enfrentamiento entre derechos que tienen el mismo valor de ser aplicados, es decir, que todos resultan

adecuados para la sociedad, requiriendo en momentos específicos dar un valor concreto a cada uno de ellos y determinar cuál aplicar por encima del otro en virtud del beneficio que puede provocar.

Conforme a ello, para llevar a cabo el examen de la proporcionalidad de la restricción al derecho de libertad de expresión de manera adecuada, es preciso analizar previamente dos situaciones particulares: a) el contexto en el cual se genera la colisión o enfrentamiento de derechos; y b) las personas titulares de los mismos.

a) Contexto de la colisión o enfrentamiento de derechos. Comenzar la revisión de la restricción a la libertad de expresión debe partir de un análisis previo centrado en determinar el contexto, es decir, el entorno donde se desarrolla y el valor que tiene en juego dentro del mismo. Así, la libertad de expresión es ejercida en el plano de la toma de decisiones mediante las elecciones, ejercicio en el cual está de por medio la estabilidad y dirección del Estado a través de sus diferentes poderes.

De esta forma, el contexto se refiere a toda la naturaleza, al resultado y fin de las elecciones: contar con la mayor cantidad de elementos adecuados para elegir, además de las consecuencias, las cuales no son unilaterales e impactan a toda la sociedad, como lo menciona José Antonio Crespo (2016):

Se hace necesario dotar de poder a uno o pocos individuos para que resuelvan el problema de tomar decisiones de manera oportuna, pero ese mismo poder fácilmente puede ser mal utilizado, con lo que la comunidad general (es decir, los gobernados) puede ser gravemente perjudicada. (p. 16)

b) Las personas titulares de los derechos. La libertad de expresión es un ancla para otros derechos, es decir, que sin la libertad de poder divulgar las ideas, pensamientos o críticas no tendría vigencia el desarrollo pleno de los derechos de informarnos para decidir por quién votar en las elecciones y, además, el derecho de emitir un sufragio debidamente informado, situación a la que no se le ha prestado atención.

Estudiar la restricción a la libertad de expresión requiere el planteamiento de una técnica interpretativa que permita valorar de forma correcta el enfrentamiento existente entre derechos, además, de centrar la atención en quiénes son las personas que los ejercen y las responsabilidades que tienen para cumplir su fin principal.

Análisis de la restricción a la libertad de expresión mediante el test de proporcionalidad

La aplicación del test de proporcionalidad se lleva a cabo mediante tres etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las cuales conforme a Bernal Pulido (2014) “se aplican de una manera sucesiva y escalonada” (p. 874). Para examinar el enfrentamiento de derechos deben avanzar una por una; si la primera etapa no se supera, se continúa a la siguiente y así sucesivamente hasta llegar a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Asimismo, el test ha sido aplicado en nuestro país de manera natural en la decisión judicial de casos complejos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en casos como la restricción a derechos, como ejemplo el Amparo en Revisión 237/2014, Amparo en Revisión 566/2015, Amparo en Revisión 163/2018, Amparo Directo en Revisión 4865/2018. Por su parte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF] también lo ha implementado en reiteradas ocasiones, algunas particularmente relacionadas con la restricción a derechos de libertad de expresión como el SUP-RAP-3/ 2012, SUP-REP-43/2018, SUP-REP-15/2019 y el SUP-JE-174/2022, entre otros.

Las resoluciones atendidas han generado criterios de jurisprudencia que resultan aplicables, y en los que se ha determinado la posibilidad de establecer algunas restricciones a la libertad de expresión. Este es el caso de la Jurisprudencia 12/2024 sobre libertad de expresión: Las personas servidoras públicas tienen la obligación constitucional de conducirse con prudencia discursiva, a fin de que su actuar no rompa con los principios de neutralidad e imparcialidad impuestos constitucionalmente. La jurisprudencia establece posibles limitaciones y expone de esta forma que: “las libertades de expresión e información son fundamentales para un sistema jurídico democrático; sin embargo, como cualquier otro derecho humano, su alcance o límite puede ser definido por la necesidad de respetar otros derechos, valores o decisiones políticas fundamentales” (Jurisprudencia 12/2024).

En el plano internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] también ha utilizado el test de proporcionalidad y ha emitido distintos criterios sobre la importancia de los derechos políticos,

así como de las restricciones y límites a la libertad de expresión. Sin embargo, en ninguno de los casos se ha reconocido, debido a que ninguna de las partes ha solicitado, el derecho a la información de calidad como parámetro fundamental y eje central de las decisiones democráticas. Entre los precedentes están: Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005; Caso Castañeda Gutman vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia. Fondo, Sentencia de 13 de marzo de 2018; Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, Sentencia de 8 de febrero de 2018; y el Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], quien, a través del margen de apreciación concedido a los Estados, protege la vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha pronunciado también en distintos casos sobre problemáticas que involucran la libertad de expresión, entre las que destacan: Caso Castells C. España, Sentencia de 23 de abril de 1992, en el que se estudió sobre el exceso en los límites al debate político; Caso Piermont C. Francia, Sentencia de 27 de abril de 1995; Caso de Jerusalén C. Austria, 27 de febrero de 2001; Caso Defensores de los Animales Internacional C. el Reino Unido, 22 de abril de 2015; y Caso Ayuso Torres C. España, 8 de noviembre de 2022.

Asimismo, el propio TEDH ha sustentado algunas discusiones en torno al derecho a recibir información, sobre todo dentro de espacios digitales en internet o bloqueos tanto a redes sociales como a sitios de internet, vinculados todos ellos con el derecho de recibir y difundir información. De esta forma está el Caso Ahmet Yildirim C. Turquía, 18 de diciembre de 2012; Caso de Cengiz y otros C. Turquía, 1 de diciembre de 2015, el cual se dio en el marco de un bloqueo en un canal de YouTube; y Caso Vladimir Kharitonov vs. Russia, 23 de junio de 2020.

No obstante, el cúmulo de precedentes a nivel nacional e internacional no ha planteado la necesidad de reconocer el derecho a la información de calidad dentro del marco de las elecciones. De esta forma, el test de proporcionalidad también puede ser utilizado en sede legislativa para justificar y acreditar ante el caso de las adecuaciones

a los marcos jurídicos la posibilidad o razón de restringir un derecho determinado. Sin embargo, la constante revolución política en los escenarios digitales de internet y redes sociales supera la velocidad de actualización normativa, de ahí que se haga necesario estudiar en los tribunales cada caso concreto una vez que se presentan las controversias.

Con esto, se aprecia que la omisión legislativa en materia electoral ha generado la resolución de asuntos y generación de precedentes por los tribunales, sobre todo ante casos novedosos y de crecimiento constante. Por lo tanto, una correcta fundamentación del test de proporcionalidad frente a una controversia puede crear derechos y excitar al ente judicial a regularlos posteriormente, como es el caso, por ejemplo, de la paridad de género, resuelta primeramente por el TEPJF y después elevada a rango constitucional por el congreso.

Idoneidad o adecuación

Juan Cianciardo (2009) señala que se trata de aquel donde “la norma reguladora de un derecho fundamental debe ser adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado” (p. 59), por lo que en primer lugar es preciso conocer los derechos involucrados y la finalidad que se trataría de establecer con la restricción.

Así, debe observarse que los derechos de libertad de expresión y el derecho a la información de calidad tienen un alcance diferente, donde el primero es claro, pero respecto del segundo no existe una definición, toda vez que no está incorporado en la norma. Respecto a esto, Rosario Serra (2023) especifica que el “derecho de la ciudadanía a estar informada de los asuntos de interés público sigue siendo abstracto también en cuanto al alcance de la información que cubre, esto es, en lo relativo a la cantidad o nivel de información de la que hemos de ser informados” (p. 22).

De esta forma, la regulación electoral mexicana no establece ningún parámetro mínimo que la información electoral debe cumplir o se requiera para el sufragio informado. El artículo 35 de la CPEUM precisa que la ciudadanía tiene derecho a “votar en las elecciones populares” (Art. 35, fracc. I), sin señalar requisitos informativos o características especiales para llevar a cabo ese sufragio. Por el contrario, la LGIPE

expone que las candidaturas “deberán propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados por los partidos políticos en sus documentos básicos y, particularmente, en la plataforma electoral que para la elección en cuestión hubieren registrado” (Art. 242, numeral 4).

Como se aprecia, la LGIPE fija un estándar mínimo de información que debe ser proporcionada y recibida por la ciudadanía para emitir el sufragio y garantizar elementos suficientes para la reflexión; por ello, deja abierta la puerta para contemplar un estándar mínimo de calidad.

Conforme a ello, desde la idoneidad como subprincipio del test de proporcionalidad es necesario evaluar la posible restricción a la libertad de expresión para darle un peso mayor al derecho de información de calidad para emitir el sufragio, evaluando si la intervención a dicho derecho resulta idónea o adecuada para satisfacer el fin que se propone. En ese sentido, Bernal Pulido (2014) señala que este subprincipio “impone dos exigencias a toda medida de intervención (...) en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo, y, en segundo término, que sea idónea para fomentar su atención” (p. 875).

Conforme a ello, debe analizarse la finalidad que persigue la restricción a la libertad de expresión en el sistema democrático, para de esta forma evaluar la finalidad de la medida, correspondiente a tener un derecho a la información de calidad para emitir el sufragio.

Así, la democracia es un sistema de representación en el que la ciudadanía elige a sus representantes populares para que tomen las decisiones, que conforme al Comentario General 25 del Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7): “cuando los ciudadanos participan en la dirección de los asuntos públicos por conducto de representantes libremente elegidos, (...) esos representantes ejercen un auténtico poder de gobierno” (Párr. 7), esto significa que la finalidad de la emisión del sufragio es seleccionar mediante la mayor cantidad de información posible, porque está en juego la dirección de los temas de interés público y general.

En consecuencia, la libertad de expresión es indispensable para obtener información, y quienes son responsables de brindarla son las

candidaturas y los partidos políticos. Por ello, tienen la obligación de darle todos los elementos necesarios a la ciudadanía para que elija, es decir, que el contenido prioritario emitido por las candidaturas y partidos debe enfocarse a dar conocer programas, proyectos, planes, acciones que pretenden desarrollar, la forma en que lo harán, así como los resultados esperados.

A todos estos elementos deben sumarse las redes sociales e internet, que abrieron la puerta a mayores canales de comunicación, pero lo han hecho con presencia de contenidos falsos, inexactos, calumnias, difamaciones, violencia o la proliferación de propaganda negativa, la cual, conforme a Yessica Esquivel (2018) “consiste en atacar y criticar al contrincante político. Permite difundir información falsa, omitir algunos datos, o minimizar las noticias con la finalidad de lograr demeritar el trabajo o trayectoria del otro” (p. 236). En este contexto, es preciso definir el fin de la libertad de expresión y del derecho a la información de calidad en las elecciones, lo cual podemos hacerlo de la forma siguiente:

- a. Libertad de expresión. Emitir cualquier opinión o idea en el sentido de difundir sus propuestas o proyectos que se desean desempeñar en el poder político en representación de la ciudadanía, hecho que obliga a los partidos políticos y candidaturas a decir con claridad cuáles son esos planes o acciones que encabezan y llevarán a cabo en representación de las personas como finalidad de interés colectivo y no individual.
- b. Derecho a la información de calidad. Posibilidad que tienen las personas para asegurar que recibirán la mayor cantidad de información posible en la que se expongan los proyectos, propuestas, planes e ideas que se implementarán, cómo se llevarán a cabo, en qué momento, de qué forma, a través de qué medios y en general las acciones que en su representación harán para satisfacer las necesidades y problemáticas colectivas, todo esto, para asegurar que la ciudadanía el día de la jornada electoral seleccione a la mejor opción política que se considere.

Conforme a esto, se identifican los fines que persigue la medida, consistente en establecer una restricción a la libertad de expresión de las candidaturas y partidos políticos con el objetivo de valorar su constitucionalidad. Así, el establecer un parámetro de información que debe emitirse en los procesos electorales tiene como finalidad alcanzar un nivel de calidad en la democracia, procurando que la sociedad conozca de manera efectiva a las personas que detentarán los cargos públicos y tomarán las decisiones que afectarán el rumbo del Estado.

En ese sentido, la emisión de información de calidad emitida por candidaturas y partidos políticos pretende satisfacer el sufragio informado, el cual tiene dos dimensiones, una individual y otra social. La individual se refiere al derecho que tiene la ciudadanía para obtener esa información de calidad en las elecciones. De ahí que deriva un interés de brindar un adecuado parámetro de información para elegir quién les represente y satisfaga las necesidades, problemáticas y obtengan bienestar, así como también el conocer las distintas plataformas sobre las cuales se podrá exigir.

Por otro lado, la vertiente social refleja el deber que tendrá el gobierno para satisfacer las necesidades y problemáticas públicas, estableciendo los mecanismos para que todas las personas vean satisfechas sus necesidades colectivas, mejorando la calidad de vida a través de la aplicación de políticas públicas, así como el cuidado y respeto a los derechos humanos; es decir, se elige a las personas que tomarán las decisiones en materia de orden público, por lo que se requiere contar con más y mayores elementos posibles para dicho fin.

Por ello, permitir a las candidaturas y partidos políticos en campañas electorales la emisión de cualquier contenido contrario a la finalidad del derecho a la información de calidad es una degradación a la democracia. Esto, porque al anteponer un derecho particular (emitir cualquier opinión en campaña únicamente por ganar como un fin personal) por sobre un derecho colectivo de las personas, se vulnera el principio natural de la democracia que es emitir el sufragio informado en condiciones de igualdad, equidad y libertad.

No es posible considerar como razones válidas que candidaturas y partidos políticos implementen cualquier estrategia persuasiva con

el ánimo de obtener popularidad y triunfar con base al mayor índice de reconocimiento personal, promoviendo un modelo donde dicha distinción individual predomine sobre el bien colectivo.

Ahora bien, establecida la medida de idoneidad y visto cómo el derecho a la información de calidad puede atender a un fin constitucionalmente válido, es posible establecer la revisión tendiente a valorar si se satisface la idoneidad de la restricción.

Necesidad

Una vez acreditada la idoneidad o adecuación corresponde transitar al subprincipio de necesidad que conforme a Bernal Pulido (2014), “implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos” (p. 934). De esta forma, plantea dos actividades: primera, identificar la existencia de otros medios que contemplen la medida y mantengan un grado de idoneidad igual o superior; es decir, revisar si existe otro sistema que regule la libertad de expresión de las candidaturas de manera que incentive la recepción de información de calidad. Y, segunda, verificar si el sistema de prohibición o restricción a la libertad de expresión de los partidos políticos y candidaturas resulta necesario para proteger y asegurar el derecho a información de calidad, comprobando si existen otras medidas aplicables que restrinjan en menor grado la libertad de expresión y satisfagan el mismo fin.

De esta manera, se procedió a verificar la existencia de medidas dirigidas a restringir la libertad de expresión en materia electoral conforme a los siguientes elementos: a) regulación de la libertad de expresión en materia electoral; y, b) regulación de la libertad de expresión en materia electoral dentro de la legislación del continente americano.

a) Regulación de la libertad de expresión en materia electoral. Se identificaron cinco casos de prohibición existentes a la libertad de expresión en materia electoral: i) calumnias; ii) violencia política en razón de género; iii) propaganda negativa; iv) estereotipos discriminatorios; y, v) a través de redes sociales en internet.

Los mecanismos señalados imponen prohibiciones al ejercicio pleno de la libertad de expresión, buscando limitar el ejercicio de ciertas

expresiones porque van en detrimento de las personas y los procesos electorales, ya que producen consecuencias en la calidad de información recibida, así como en el proceso de reflexión que se lleve a cabo por las ciudadanas y ciudadanos para considerar su voto.

En aras de asegurar la tutela de los derechos de las personas afectadas a través de calumnias, violencia política en razón de género, estereotipos discriminatorios, así como la afectación a los procesos mediante propaganda negativa y la afectación al desarrollo electoral mediante redes sociales en internet —como es la transgresión a la equidad de género—, el legislativo diseñó esquemas de regulación y restricción a la libertad de expresión previstos en la CPEUM, en su artículo 41 al indicar “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas” (Artículo 41, fracción III, apartado C).

En la misma tesitura, se estableció la restricción en la LGIPE, precisando que en los casos de propaganda realizada por “los partidos políticos, las coaliciones, las personas candidatas y precandidatas, deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas, discriminen o constituyan actos de violencia política contra las mujeres en razón de género” (Artículo 247), bajo esta postura se anuncia que deben evitarse dichas expresiones y de no hacerlo así podrían hacerse acreedores a alguna sanción.

Dentro del TEPJF también se han realizado análisis tendientes a valorar la restricción a la libertad de expresión; por ejemplo, se ha emitido jurisprudencia que regula la prohibición de propaganda discriminatoria, la cual, bajo rubro señala Propaganda político-electoral. Se prohíbe el uso de estereotipos discriminatorios de género. También a través de redes sociales se han generado precedentes importantes en torno al estudio de la libertad de expresión y sus posibles restricciones, como es el caso de la jurisprudencia identificada como Redes sociales. Para acreditar la infracción de una conducta se debe tomar en cuenta la calidad de la persona emisora y el contexto en el que se emite un mensaje. Estos criterios, de manera general, buscan garantizar los principios de las elecciones y que no se produzca una competencia dispareja que altere el resultado a partir de ciertas ventajas.

Se estudia también que las redes sociales fortalecen la democracia al ser espacios de mayor amplitud para la expresión de ideas, pero que estas no pueden apartarse del respeto a las leyes, por lo que se han estudiado las posibles restricciones que derivan de ellas, así como los casos y características en las cuales es posible detener y restringir las expresiones vertidas.

Como se aprecia y es sabido, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, admite la presencia de límites para imponer un margen razonable a los casos en los cuales debe ceder para dar cabida al ejercicio de otros derechos. Esto abre la posibilidad de estudiarla desde la perspectiva del derecho a la información de calidad y del sufragio informado como pilares de la democracia.

b) Regulación de la libertad de expresión en materia electoral dentro de la legislación del continente americano. Agotada la revisión de la legislación nacional, es necesario examinar la existencia de medios alternativos existentes fuera de México, con el objetivo de compararlas y verificar si persiguen la misma finalidad. De esta manera, se busca determinar si la afectación que producen al derecho es menor; es decir, si existe un ordenamiento que genere menos restricciones al derecho implicado y, al mismo tiempo, aporte un beneficio mayor.

De esta manera, se realizó un análisis de las constituciones políticas y leyes electorales de 12 países del continente americano: Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, en virtud de mostrar similitud en sus realidades socio-políticas. Aunado a lo anterior, estos Estados mantienen una relación similar en sus calificaciones sobre desarrollo democrático, en la que conforme al índice de desarrollo democrático elaborado por The Economist Intelligence Unit, en donde se evalúan distintos factores pero marcando como escala de 0 a 10, México tiene una calificación de 5.32, por lo que se hace justamente la comparación con los países del continente seleccionados y con los cuales la realidad democrática mantiene elementos de relación. Cabe destacar que no se trata de un estudio sobre la calidad de la democracia, sino únicamente de un parámetro para la elección de medios alternativos.

Como se aprecia en la Tabla 1, se exponen los países seleccionados en donde se descubre que en ninguno de ellos se contempla una restricción a la libertad de expresión para satisfacer el derecho a la información de calidad. En consecuencia, este último derecho no existe de manera explícita en sus ordenamientos.

Tabla 1. *Países del continente americano que contemplan en su constitución política o legislación electoral restricciones expresas a la libertad de expresión por encima del derecho a la información de calidad o sufragio informado.*

País	Fundamento constitucional		Derecho a la información de calidad y sufragio informado
	Constitución Política	Norma electoral	No
Brasil	Artículo 14	Artículo 1	No
Chile	Artículos 13 y 15	Artículos 60 y 61	No
Costa Rica	Artículo 93	Artículos 136 y 145	No
El Salvador	Artículo 72 y 78	Artículo 3	No
Guatemala	Artículos 136, 157, 184 y 254	Artículos 3, 12 y 13.	No
Honduras	Artículos 36, 40 y 44	Artículos 2 y 7	No
Nicaragua	Artículo 2 y 60	Artículo 34	No
Panamá	Artículo 135	Artículo 224	No
Paraguay	Artículo 117	Artículos 2 y 5	No
Perú	Artículo 30	Artículo 7	No
República Dominicana	Artículo 22 y 208	Artículo 5	No
Uruguay	Artículo 77	Artículos 1 y 2	No

Nota. Elaboración propia con datos extraídos de las constituciones políticas de cada país, así como de su respectiva ley o código electoral que resulta aplicable.

Los países revisados mantienen una estructura jurídica homogénea en la que establecen el derecho a votar y ser votado para la ciudadanía, así como las características esenciales del sufragio, las cuales se encuentran enlistadas en los artículos enunciados en la tabla anterior, pero que en ninguno de ellos se indica la existencia del derecho a la información de calidad para emitir el sufragio.

Cada país dentro de su margen de libertad establece sistemas electorales en los que define con particularidad el modelo de comunicación política que deberá de seguirse, así como el uso o permisibilidad de recursos públicos. No obstante, no contemplan regulación sobre el uso de las redes sociales en internet para las campañas electorales, que es justamente el espacio donde se genera una mayor presencia del debilitamiento de la calidad informativa emitida y la desinformación.

En general, solo se encuentran conceptos aislados e incipientes que requieren de un análisis casuístico durante el desarrollo de los procesos electivos. Por ejemplo, en Nicaragua dentro de su Constitución se indica que las personas tienen derecho a recibir información veraz. Sin embargo, no expone sus alcances, lo que podría llevar a reflexionar que tiene el fin de privilegiar la proliferación de discursos adecuados con base en proyectos y planes de trabajo que se desean ejecutar.

Por otro lado, en Paraguay se incorporó en el código electoral el concepto de informarse de las candidaturas, precisando que “el ejercicio del sufragio demanda de todos los electores el derecho y el deber de informarse de las actitudes y propuestas de los candidatos” (Artículo 5). Estos esfuerzos son incipientes para determinar una comparación respecto a la restricción impuesta, pero generan la idea de valorar en México la posibilidad de madurar en torno al derecho a la información de calidad en procesos electorales, sobre todo, ante la ausencia de medidas alternativas en torno al tema, por lo que debe discutirse la posibilidad de restricción en torno a un modelo ordenamiento de contenidos emitidos exclusivamente por candidaturas y partidos políticos como fuentes primigenias y responsables directas de la generación de todos los elementos necesarios para decidir y reflexionar el sufragio.

Lo anterior debe considerarse en el marco de un esquema de consumo particular, lo que implica analizar y acompañar dicha

restricción con la implementación de políticas que, si bien limitan, no afectan a la sociedad en general, sino únicamente a las partes actoras y responsables de emitir los contenidos políticos. Es decir, la restricción aplicará sólo bajo determinadas circunstancias, lo que evita una limitación general.

Proporcionalidad o razonabilidad en sentido estricto

Agotado el estudio de la idoneidad y habiendo acreditado que la misma es superada debido a que se ha demostrado que la medida resulta idónea, es procedente realizar el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.

Por ello, es oportuno estudiar el balance que los derechos de libertad de expresión y a la información de calidad para la emisión del sufragio informado tiene dentro del escenario electoral, para ver cuál es el grado de intervención que puede tener la medida restrictiva. En este sentido, de acuerdo a Bernal Pulido (2014) se trata de analizar que “las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general” (p. 962). Esto quiere decir, que se requiere ver los beneficios que se producen con la decisión y afectación tomada, ponderando los derechos en pugna y de esta forma ver si la utilidad es mucho mayor que el costo.

De acuerdo a esto, debe tenerse claridad en el hecho de que el planteamiento gira en torno a señalar a los partidos políticos y las candidaturas que la información que brinden durante las campañas electorales debe ser enfocada mayoritariamente a dar a conocer el qué harán y cómo lo harán. En otras palabras, deben divulgar propuestas, proyectos, acciones o políticas y mencionar respecto de cada una de ellas la forma en que pretende ejecutarla y los compromisos establecidos para ello. De esta manera, se debe limitar o restringir la emisión de contenidos personales, familiares de intereses particulares o en los cuales no se discuta nada relacionado con las atribuciones concretas del cargo al que se aspira, en el mismo orden deberá limitarse la emisión de mensajes destinados criticar a gobiernos, candidaturas y partidos políticos oponentes.

Así, el mecanismo plantea realizarse desde una regla 80/20, en la que el 80 % de los contenidos estén justamente dirigidos al primer supuesto; en tanto el 20 % restante a discutir sobre cualquier tema y persona respetando las propias restricciones ya marcadas, como la abstención de calumnias y de comentarios discriminatorios o generadores de violencia.

Conforme a lo expuesto debe realizarse el estudio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si las ventajas que se obtienen son mayores que los sacrificios impuestos. Primero debe definirse con claridad el tipo de restricción para hacer énfasis en la magnitud de la importancia. En ese orden, la limitación aplica únicamente a los partidos políticos y candidaturas en la etapa de campañas, para que en ellas se limiten únicamente a emitir información de calidad donde reflejen el qué, cómo, cuándo y porqué de sus proyectos. En consecuencia, que de manera fundada y motivada expongan sus razones, así como planteamientos que pretenden ejecutar en su representación.

El fin es que las personas tengan elementos suficientes para decidir sobre cuál es la opción que más satisface sus intereses de acuerdo al proyecto que quieren respaldar. Eso deja a salvo a todo el resto de personas, quienes tienen garantizada su libertad de expresión para emitir opiniones en cualquier sentido, de aprobación o desaprobación, reproche, replica o la que resulte conforme al interés y forma de pensar individual.

Ahora se requiere ver el riesgo que precisa la libertad de expresión sin restricción para las candidaturas, sobre todo en un marco de incremento en la digitalización de las campañas electorales, tal es el caso de que la primera elección judicial será eminentemente en línea por medio de redes sociales. Para esto, se coloca la estructura de los derechos en pugna para visualizar la importancia de cada uno de ellos dentro del sistema constitucional, político, democrático y electoral de nuestro país y de esta forma analizar el peso que cada uno de ellos presenta y estar en condiciones de evaluar si la importancia del fin perseguido (derecho a información de calidad para la emisión del sufragio) es mayor que la intervención al derecho (libertad de expresión limitada bajo la regla 80/20).

En esa línea, un estado democrático tiene como pilar la emisión de ideas, de cualquier ideología y comentario, para tener pluralidad y debate desinhibido. Sin embargo, debe reflexionarse que no solo se trata de contar con abundante información, sino de asegurar que esa información cumpla con un parámetro de calidad adecuado y necesario para elegir a quienes tomarán decisiones políticas en representación de la ciudadanía. Es efecto, lo que está en juego es la dirección del gobierno, políticas públicas o proyectos en materia de derechos humanos, protección a la salud, empleo, seguridad, educación, medio ambiente, movilidad, entre otros.

Conforme al criterio anterior, las campañas políticas más que como actos competitivos se han visto como enfrentamientos en los que lo importante y trascendental es ganar y obtener el triunfo por medio de la persuasión para convencer a las personas. Por ello, lo que se plantea es fijar un estándar mínimo a partir del derecho a la información de calidad, en donde las candidaturas expongan preponderantemente lo que plantean hacer producto de las responsabilidades del cargo al que aspiran. es decir, se trata de una evaluación a su trayectoria profesional que les impulse a obtener un cargo público de representación, en donde acudirán a legislar y tomar decisiones. En consecuencia, resulta justificado e inoperante permitir la difusión de contenidos ajenos a esa finalidad, como aquellos en los que se canta, baila o se exponen en internet los errores de los demás, ya que la función que desempeñarán no será esa.

Con esto, lo que se plantea es darle vida al derecho de información de calidad, a partir de un replanteamiento de la libertad de expresión dirigida a contenidos adecuados para lo que se requiere desempeñar. Esto es, darle la importancia y relevancia requerida a la representación popular, ya que es la única en la que no se solicita formalmente acreditar experiencia en algún área, desarrollo de habilidades o cualidades, dominio de idiomas, entre otras, a diferencia de lo que una persona se enfrenta para conseguir cualquier empleo.

Así valdría cuestionar, ¿las personas electas mediante voto popular desempeñan un empleo?, la respuesta es que sí, un empleo público, contratadas (elegidas) por la ciudadanía. En esta analogía, a

un empleado se le contrata y requiere su servicio por lo que sabe hacer y para dar resultados, así las personas en campañas deben exponer lo que saben hacer y qué harán, para después mediante informes de labores o mecanismos de rendición de cuentas como las cuentas públicas o comparecencias ante el congreso donde informan sobre sus resultados.

La restricción al derecho de libertad de expresión a candidaturas y partidos políticos, brindaría una mayor certidumbre a las personas sobre la información que reciben, y otorgaría la garantía de no dudar de ella, porque las personas actoras políticas estarán obligadas justamente a divulgar y dar a conocer su oferta, sus programas y proyectos fundados y motivados. En consecuencia, lo anterior generaría que la ciudadanía vote por las plataformas políticas que más apoyen a su bienestar, así como las necesidades colectivas con responsabilidad, obligando a quien obtenga el triunfo a ceñirse durante su encargo al trabajo propuesto en dichas plataformas; con ello la ciudadanía tendría verdaderamente un instrumento en redes sociales de internet o cualquier otra vía para exigir el cumplimiento del ejercicio del cargo público, así como la transparencia de acciones respecto de las cuales se asumió un compromiso.

Todo esto debe analizarse en el contexto de la incertidumbre generada por la proliferación de información falsa o inexacta que va en detrimento del derecho a la información de calidad, que, si bien fortalece el discurso de la libertad de expresión, este debe ser entendido para limitarse en cuanto a esos fines democráticos y consecuencias. Así, proliferan las campañas incesantes de partidos políticos y candidaturas donde el único fin es posicionarse, persuadir y consolidar la intención de votos a partir del reforzamiento al reconocimiento popular como sucede en redes sociales, donde recurren a dichos espacios para divertir y entretener. Sin embargo, esa no es la responsabilidad del poder político.

En este orden, la afectación sufrida al derecho a la información y el sufragio informado con respecto a limitar la libertad de expresión para que candidaturas y partidos políticos durante campañas electorales únicamente publiquen contenidos destinados a difundir sus programas y proyectos, así como las formas y esquemas en los que los implementarán y darán resultados como representantes populares, no puede considerarse una afectación intensa a dicha libertad de expresión,

porque los perjuicios ocasionados por la proliferación de contenidos vacíos (que no construyen información) tienen alcances irreparables para cada persona votante, para la sociedad, para la estructura del Estado y en general de las decisiones públicas, ya que no se decide en función de consecuencias personales, sino, de efectos generales.

De esta manera, generar el derecho a la información de calidad y el sufragio informado conlleva la protección de una garantía colectiva y no personal, porque emitir el sufragio sin la adecuada información o elementos óptimos repercute en una esfera social o colectiva y no privada, la cual puede ser revocada mediante el fin del encargo o la revocación de mandato. Sin embargo, una vez que se llega a ese proceso democrático, los daños pueden estar hechos y ser firmes.

Conforme a lo anterior, la restricción a la libertad de expresión para candidaturas y partidos políticos se circunscribe a ser aplicada únicamente durante los procesos electorales, planteada en el sentido de ser las partes responsables de solicitar el sufragio a su favor, pero directamente obligadas de informar con calidad como fin legítimo, dejando de lado la emisión de contenidos vacíos bajo cualquier esquema de propaganda electoral. Esto, ya que no se trata de una elección de personas populares o reconocidas, sino, de proyectos sólidos y a futuro para el ejercicio del gobierno, tal y como se solicitan en cualquier empresa privada o institución pública donde se requiere un mínimo de experiencia, preparación y resultados, por ello, la democracia si bien es abierta, no se exige de no responder y rendir cuentas.

Así, no se trata de una intervención total en cuanto a personas, momento y contenidos, es decir, no se prohíbe a candidaturas o partidos políticos la emisión de contenidos ni se dicta lo que dirán, por ello no es una prohibición absoluta que implique no ejercer el derecho. Por el contrario, en función del fin de informar con calidad y brindar la posibilidad de llegar al sufragio informado, con fundamento en el fin máximo de las elecciones que es tener una sociedad informada y debidamente representada, se justifica la posibilidad de regular únicamente la forma y el momento en que deberán emitirse los contenidos, atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas como son informar con calidad y favorecer el sufragio informado.

De ahí, es ajustado solicitar como fin constitucionalmente válido a las candidaturas y partidos políticos, tanto en los espacios de radio y televisión, así como las redes sociales donde se promuevan, se emita contenido eminentemente informativo de los planes y propuestas.

Esto quiere decir, que se trata de una restricción amparada en un esquema de permisibilidad que no implica prohibición absoluta, pero en las cuales se establece una medida que interviene en menor forma la libertad de expresión, promoviendo la difusión de contenidos donde se divulguen: a) perfil de la candidatura: incluyendo ideología (destacando la forma de temas coyunturales como son derechos humanos, democracia o decisiones controvertidas), personalidad, experiencia, preparación, compromiso, responsabilidad, prestigio o características personales que le identifiquen en su propuesta; b) plataformas electorales: documentos en los cuales se plasman por parte de los partidos políticos las diferentes propuestas que tienen para atender los problemas colectivos; y, c) proyectos y política: se trata de los planes de acción que ejecutarán durante su ejercicio las candidaturas en caso de resultar electas, difundiendo con claridad en qué consiste, cuál es el objetivo que pretende atender, en qué momento se plantea realizar, formas en que se discutirá y beneficios a corto, mediano y largo plazo que traerá para el Estado.

Conforme a lo expuesto, debe entenderse que esa información corresponde al derecho a la información de calidad que permitirá a la ciudadanía tener una forma de contrastar cada candidatura y partido político para elegir según corresponda, así, se obliga a los partidos y candidaturas a limitarse en la generación de contenidos sin sentido, vacíos, de denigración para contrincantes o donde simplemente se indique por qué no deberían de votar por otra persona, igualmente se elimina la violencia política por razón de género, la discriminación, y la propaganda negativa.

Por lo anterior, es posible abstraerse de campañas mercadológicas, que tienen por objetivo y fin legítimo ganar, como cualquier competencia. Pero en materia electoral, no se trata de una competencia comercial, es la elección del sistema y forma de gobernar que se tendrá en el Estado y que repercute en las consecuencias de la vida diaria durante periodos determinados, ya sean de 3 o 6 años, en tanto que la competencia

comercial implica un triunfo de selección económica que beneficia únicamente a la parte oferente, quien recibe ese incentivo monetario entregando a la otra una especie. La política, por el contrario, no entrega elementos en especie, ni radica en el intercambio comercial para favorecer intereses personales, sino, construye representantes, personas que trabajan en el servicio público.

Con todo esto, resulta plausible considerar proporcional el establecimiento y sistema de prohibición a candidaturas y partidos políticos de emitir contenidos persuasivos como si se tratara de marcas o figuras, lo anterior, porque deben estar asociados a la construcción de ciudadanía que decide dentro de la democracia, sin dejar de obviar que, si bien el voto es individual y corresponde a cada persona tomar esa decisión,; las políticas no lo son, pues responden al interés general.

Conclusiones

La libertad de expresión es un derecho fundamental básico y esencial dentro de todo sistema democrático, de ese derecho emana la posibilidad de intercambiar todos los mensajes que sean posibles y que cada persona en un ámbito de pluralidad pueda construir su propia idea, evaluación y opinión de las distintas opciones políticas y del propio trabajo realizado por los gobiernos. Este esquema sin lugar a dudas, abona al fortalecimiento de la democracia, la cual debería ser más sólida si los sistemas de libertad de expresión son plenos y libres.

Sin embargo, en una democracia no solamente se requiere la libertad de expresión para decir cualquier cosa en el sentido que sea, sino que se trata de un sistema representativo (particularmente la mexicana), en el que cada persona entrega parte de su responsabilidad de tomar decisiones a quienes eligen para hacer su parte del trabajo y responder a favor de los intereses colectivos, dando resultados a la sociedad en general.

Todo esto constituye una actividad profesional, que conlleva dar resultados y decidir aquellas acciones o políticas que más favorezcan a las personas, no a intereses particulares o partidos políticos, por lo que esas decisiones deben estar fundadas y motivadas. Así, es posible entender que la libertad de expresión debe ser utilizada con fines legítimos para

dar a conocer por parte de esas candidaturas y partidos políticos los programas o proyectos que se requieren ejecutar y ser evaluadas en función de ello.

Quien tiene la decisión en las elecciones es la ciudadanía, sobre ella recae el peso de elegir democráticamente en un sistema plural. En virtud de eso, deben ser quienes gocen de la mayor amplitud de derechos, en contraste con las candidaturas y partidos políticos, porque la decisión es tomada por ciudadanos y ciudadanas que deciden sobre el futuro y la estabilidad política. En virtud de lo anterior, se debe poner especial atención en el derecho a la información con calidad y al sufragio informado, derechos que entran en conflicto con la libertad de expresión.

La finalidad que persiguen estos derechos está relacionada, ninguno de ellos es irreductible, atienden a fines concretos en el momento y la causa específica, por eso en la democracia corresponde, y es constitucionalmente válido, establecer reglas a la libertad de expresión para que las candidaturas durante las campañas electorales expresan información con calidad y no de manera persuasiva, evitando contenidos incompletos, sesgados, confusos o engañosos que lleven a la desinformación de las personas.

Debe entenderse, que la restricción abona a la calidad de la democracia. Esta es entendida así cuando posee más y mejores medios de información, por ello debe hacerse énfasis en la calidad. Los partidos políticos y candidaturas tienen más espacios que los tradicionales de radio y televisión, cuentan con internet y redes sociales que multiplican su presencia. De ahí, que, si ya se tiene la cantidad, se haga énfasis en la calidad, situación que cumple y privilegia la restricción a la libertad de expresión para fortalecer el derecho a la información de calidad y el sufragio informado como valores superiores.

Es preciso entender que el derecho a la información de calidad no está presente en la CPEUM ni en las leyes electorales, pero es implícito a la democracia, situación que puede atender a dos factores concretos: a) la falta de interés en la existencia de calidad informativa; b) evadir el poder que representa el sufragio informado sobre todo en la exigencia para las candidaturas y a la postre a las personas triunfadoras; c) la renuencia a una calidad informativa que provoque mejores campañas, propuestas,

proyectos y responsabilidades a candidaturas y partidos políticos; d) la falta de parámetros de calidad informativa genera un control en la información emitida, y, e) la ausencia de calidad informativa se convierte en un esquema de control político y a la vez de ausencia de libertad.

Por otra parte, el establecimiento de calidad en la información y sufragio informado genera retos concretos en sede legislativa y administrativa en materia electoral; sobre todo el mayor de ellos es determinar en quién recae el control de la información para determinar su calidad, así como también considerar cuál será el parámetro mínimo de calidad. Sin embargo, son retos que deben enfrentarse al dilucidar que responden a intereses y fines constitucionales legítimos.

Debido a lo anterior es claro que la ciudadanía tiene derecho a la información de calidad y a un sufragio informado que implique tener todos los elementos posibles para cruzar la información y contrastar, equiparando proyectos y propuestas para evaluar la que mejor corresponda. En el mismo orden, se requiere recibir información que sea veraz, oportuna, clara y confiable. Con ello, no debe entenderse que el análisis de la restricción a la libertad implica la elaboración jurídica de un apartado de prohibición de contenidos, sino, de privilegiar la forma de los mismos que tienen a garantizar certeza jurídica electoral de la ciudadanía al saber que contarán con información confiable para ejercer su derecho.

Referencias

- Arjona, M., Agramón, J. y Lechuga, J. (2024). La desinformación en la percepción de los usuarios de internet. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 19(2), 143 – 165. <https://www.redalyc.org/journal/7369/736981633007/736981633007.pdf>
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso Castañeda Gutman Vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/castaneda_28_08_13.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Sentencia de 29 de noviembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Sentencia de 13 de marzo de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_352_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Sentencia de 8 de febrero de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Caso López Lone y otros Vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf
- Chacón, O. (2023). Reflexiones teóricas en torno a las noticias falsas en las elecciones. *Revista Mexicana De Derecho Electoral*, 1(17-18), 37–57. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487910e.2020.17-18.17784>
- Cianciardo, J. (2009). *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde el positivismo jurídico*. Ad-Hoc.
- Código Electoral de Brasil. (2025). <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/sumarios/sumario-codigo-eleitoral-lei-nbo-4.737-de-15-de-julho-de-1965>
- Código Electoral de la República de El Salvador. (2025). <https://www.asamblea.gob.sv/taxonomy/term/2574>
- Código Electoral de Panamá. (2025). https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29482_A/90301.pdf
- Código Electoral de la república de Costa Rica. (2025). http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1ynValor2=66148
- Código Electoral Paraguayo. (2025). <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/10452/ley-n-6918-modifica-los-articulos-170-246-247-248-y-258-de-la-ley-n-8341996-que-establece-el-codigo-eleitoral-paraguayo-y-sus-modificatorias-leyes-ns-31662007-y-63182019>
- Constitución de la República Dominicana. (2025). <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/transparencia/base-legal-de-la-instituci%C3%B3n/constituci%C3%B3n-de-la-rep%C3%BAblica-dominicana/>

- Constitución Federal de Brasil. (2025).
- Constitución Política del Perú. (2025). <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Constitución Política de la República de Costa Rica. (2025). http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1ynValor2=871
- Constitución Política de la República de Chile. (2025). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- Constitución Política de la República El Salvador. (2025). <https://www.asamblea.gob.sv/leyes-y-decretos/constitucion>
- Constitución Política de la República de Guatemala. (2025). <https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/secciones/pdf/16e67-constitucion-politica-de-la-republica-de-guatemala.pdf>
- Constitución Política de la República de Honduras. (2025). <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras>
- Constitución Política de la República de Nicaragua. (2025). <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/o6codb3b7bcfc75706257307006f6c6d>
- Constitución Política de la República de Panamá. (2025). <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>
- Constitución Política de la República de Paraguay. (2025). <https://www.senado.gov.py/index.php/menu-contenido/listado-de-categoria-contenido/16-informacion-institucional/11470-constitucion-republica-paraguay-junio-2023>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2025). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Constitución Política de la república oriental del Uruguay. (2025). <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/11/HTML>
- Crespo, J. (2016). Elecciones y democracia. Instituto Nacional Electoral (INE).
- Economist Intelligence Unit. Índice democrático 2024. <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/>
- Esquivel, J. (2018). *Libertad de expresión política y propaganda negativa*. México: Tirant lo blanch.
- Ley Electoral de Honduras. (2025). <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/116-ley-electoral-y-de-las-organizaciones-politicas>
-

- Ley Electoral de Nicaragua. (2025). [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/EDC59130CE2628B906258848006B99E1?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/EDC59130CE2628B906258848006B99E1?OpenDocument)
- Ley Electoral y de Partidos de Guatemala. (2025). <https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/secciones/pdf/54de2-ley-electoral-y-de-partidos-politicos.pdf>
- Ley General de Instituciones Electorales [LGIPE]. (2025). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios de Chile. (2025). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30082>
- Ley Orgánica de Elecciones de Perú. (2025). <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/368389-26859>
- Ley de Elecciones de Uruguay. (2025). <https://www.gub.uy/corte-electoral/institucional/normativa/ley-n-7812-fecha-16011925-ley-elecciones>
- Ley Orgánica del Régimen Electoral de República Dominicana. (2025). <https://presidencia.gob.do/leyes/20-23>
- López, Paulo., Mila, A. y Ribeiro, V. (2023). La desinformación en las democracias de América Latina y de la península ibérica: De las redes sociales a la inteligencia artificial (2015-2022). *Revista de Comunicación y Cultura*, 8, 69-89. <https://doi.org/10.32719/26312514.2023.8.5>.
- Organización de las Naciones Unidas (27 de agosto de 1996). *Comentario general aprobado por el Comité de Derechos humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/21/Rev.1/Add.7yLang=sp
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los derechos humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (6 de diciembre de 1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Instituto Nacional Electoral [INE]. (2025). Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral (RRTME).). <https://sidj.ine.mx/restWSSidj-nc/app/doc/28/20/1>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. Amparo en Revisión 237/2014. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%20237-2014%20v.%20pública%20PDF.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. Amparo en Revisión 566/2015. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-01/AR-566-2015-170118.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. Amparo en Revisión 163/2018. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/AR%20163-2018.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. Amparo Directo en Revisión 4865/2018. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-10/ADR-4865-2018-191009_o.pdf
- Serra, R. (2023). Noticias falsas (fakes news) y derecho a recibir información veraz. dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo. *Revista de Derecho Político*, 116, 13-46. <https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37147>
- Tello, A. (2023). Violencia digital como violencia política en razón de género: apuntes sobre los límites a la libertad de expresión en el debate político. *Revista Mexicana De Derecho Electoral*, 1(17-18), 199–221. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487910e.2020.17-18.17790>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. *Propaganda político-electoral. Se prohíbe el uso de estereotipos discriminatorios de género*. Jurisprudencia 06/2024. <https://elecciones2021.te.gob.mx/IUSTEMP/Jurisprudencia%206-2024.pdf>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. *Libertad de expresión. Las personas servidoras públicas tienen la obligación constitucional de conducirse con prudencia discursiva, a fin de que su actuar no rompa con los principios de neutralidad e imparcialidad impuestos constitucionalmente*. Jurisprudencia 12/2024. <https://elecciones2021.te.gob.mx/IUSTEMP/Jurisprudencia%2012-2024.pdf>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. *Redes sociales. Para acreditar la infracción de una conducta se debe tomar en cuenta la calidad de la persona emisora y el contexto en el que se emite un mensaje*. Jurisprudencia 13/2024. <https://elecciones2021.te.gob.mx/IUSTEMP/Jurisprudencia%2013-2024.pdf>

- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Recurso de Apelación SUP-RAP-3/2012. <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-RAP-3-2012>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Recurso de Revisión del Procedimiento Especial Sancionador SUP-REP-43/2018. <https://www.te.gob.mx/media/SentenciasN/pdf/Superior/SUP-REP-0043-2018.pdf>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Recurso de Revisión del Procedimiento Especial Sancionador SUP-REP-15/2019. <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-REP-15-2019>
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF]. Juicio Electoral SUP-JE-174/2022. <https://www.te.gob.mx/media/SentenciasN/pdf/Superior/SUP-JE-0174-2022.pdf>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Castells C. España, Sentencia de 23 de abril de 1992. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Piermont C. Francia, Sentencia de 27 de abril de 1995. <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57925>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso de Jerusalén C. Austria, 27 de febrero de 2001. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59220>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Defensores de los Animales Internacional C. el Reino Unido, 22 de abril de 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139366>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Ayuso Torres C. España, 8 de noviembre de 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-220573>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Ahmet Yildirim C. Turquía, 18 de diciembre de 2012. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115705>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso de Cengiz y otros C. Turquía, 1 de diciembre de 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159188>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]. Caso Vladimir Kharitonov v. Russia, 23 de junio de 2020. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-12866>

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ).

***Enrique José Chaires Velasco**

Doctor en derecho (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo); doctor en ciencias sociales (Universidad de Colima); maestro en derecho (Universidad de Colima); especialista en justicia electoral (Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); licenciado en derecho (Universidad de Colima). Ocupación: Candidato al SIN, profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Colima. Líneas de investigación: libertad de expresión, comunicación política, justicia electoral, redes sociales y democracia. Contacto: enrique_chaires@ucol.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9300-7820>.

La obligación del notario de informar sobre contratos de subrogación de vientre: protección del derecho superior del menor

The notary's obligation to report surrogacy contracts: protection of the best interest of the child

Juan Manuel Palomares Cantero*

Academia Nacional Mexicana de Bioética, A.C.

Brisareli Victorica Alavez**

Colegio de Notarios de Jalisco, A.C.

Resumen

Este estudio analiza la obligación notarial de informar sobre contratos de subrogación de vientre, desde la bioética, los derechos humanos y la ética notarial. Se busca determinar si el notario, por su función pública y capacidad de verificación, puede garantizar el interés superior del menor y la dignidad de la mujer gestante. Con un enfoque cualitativo y jurídico-comparativo, se examinaron legislación, jurisprudencia y doctrina en Tabasco, Sinaloa y Jalisco, así como modelos internacionales en Ucrania, India, Francia y Canadá. Los hallazgos indican que la intervención notarial, integrada a medidas de supervisión y registros oficiales, puede

Abstract

This study examines the notarial duty to report surrogacy agreements from bioethical, human rights, and notarial ethics perspectives. It aims to determine whether notaries, through their public function and verification powers, can guarantee the best interests of the child and the dignity of the gestational mother. Using a qualitative, legal-comparative approach, legislation, case law, and doctrine were analyzed in Tabasco, Sinaloa, and Jalisco, as well as international models from Ukraine, India, France, and Canada. Findings indicate that notarial intervention, integrated with oversight mechanisms and official registries, can prevent abuses and ensure free and

Recibido: 09 de mayo de 2025.

Aprobado: 18 de agosto de 2025.



prevenir abusos y asegurar el consentimiento libre e informado. Se concluye que el notariado, coordinado con autoridades civiles, puede fortalecer un marco legal que combine seguridad jurídica, equidad y protección de derechos fundamentales.

Palabras clave: subrogación de vientre, interés superior del menor, obligación notarial, biojurídica, ética notarial.

informed consent. The study concludes that the notarial role, in coordination with civil authorities, can strengthen a legal framework that combines legal certainty, equity, and the protection of fundamental rights.

Keywords: surrogacy, best interest of the child, notarial obligation, biolegal, notarial ethics.

Introducción

La subrogación de vientre constituye una práctica en expansión que plantea desafíos jurídicos y bioéticos de alto impacto, particularmente en lo relativo a la protección de los derechos de la mujer gestante y del menor nacido bajo este esquema (Espejo-Yaksic, Fenton-Glynn, Lathrop-Gómez y Scherpe, 2022; European Parliament, 2016). En México, el marco normativo presenta una marcada fragmentación: mientras que entidades como Tabasco y Sinaloa han incorporado disposiciones específicas (Congreso del Estado de Tabasco, 2021; Congreso del Estado de Sinaloa, 2018), otras, como Jalisco, carecen de regulación (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023), lo que genera vacíos jurídicos, criterios dispares y situaciones de vulnerabilidad para las partes involucradas (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, 2021). Esta diversidad se acentúa por el hecho de que las funciones y obligaciones del notariado son de competencia local, lo que implica la existencia de 32 legislaciones estatales distintas que regulan su actuación, con diferencias sustanciales en requisitos, atribuciones y alcances (Gomá, 2023).

En este escenario, la figura del notario puede asumir un papel estratégico como garante de la legalidad y custodio de los principios éticos que deben regir este tipo de acuerdos (Gomá, 2023). Sin embargo, la inexistencia de una obligación expresa de informar a las autoridades competentes sobre la celebración de contratos de subrogación limita la protección efectiva del interés superior del menor y reduce la capacidad preventiva frente a potenciales abusos o situaciones de explotación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989; Pizarro, 2020). No obstante, este análisis también contempla hipótesis complementarias, como la creación de un Registro Nacional de Contratos de Subrogación

o la asignación directa de las funciones de registro y supervisión al registro civil correspondiente u otras autoridades especializadas en la protección de la infancia (European Parliament, 2016). Estas alternativas permiten abrir un debate comparativo sobre la viabilidad, ventajas y limitaciones de cada modelo, así como sobre su posible articulación con la intervención notarial.

El objetivo general de este artículo es analizar la pertinencia y viabilidad de establecer una obligación notarial de informar sobre los contratos de subrogación de vientre en México. Los objetivos específicos son: a) examinar los marcos normativos vigentes en Tabasco, Sinaloa y Jalisco; b) identificar criterios jurisprudenciales relevantes; c) comparar experiencias internacionales representativas; y d) proponer un modelo de intervención notarial que integre registro, notificación y supervisión legal y ética, considerando en paralelo la alternativa de gestión directa por parte de autoridades civiles o la implementación de un registro nacional especializado.

Para alcanzar estos objetivos, se desarrolla un análisis jurídico-comparativo que incorpora legislación nacional e internacional, criterios jurisprudenciales y fundamentos éticos y legales. El artículo se organiza en siete apartados: primero, se plantea el problema y la justificación de la propuesta; segundo, se expone el marco teórico-conceptual; tercero, se describe la metodología empleada; cuarto, se presentan los resultados del análisis; quinto, se discuten los hallazgos a la luz del marco teórico; sexto, se formulan las conclusiones; y, finalmente, se incluyen las referencias bibliográficas consultadas.

Planteamiento del problema y justificación

La subrogación de vientre en México presenta un panorama normativo fragmentado y desigual entre las entidades federativas. Tabasco y Sinaloa han desarrollado marcos legales específicos que regulan esta práctica, aunque con enfoques y restricciones distintas, mientras que en estados como Jalisco persiste un vacío normativo que dificulta la formalización de acuerdos, el reconocimiento de la filiación y la actuación notarial. Esta disparidad genera inseguridad jurídica, propicia criterios judiciales dispares y, en algunos casos, obliga a las partes a recurrir a litigios

prolongados para obtener el reconocimiento de derechos básicos como la identidad y la filiación.

La falta de un marco regulatorio nacional unificado también incrementa el riesgo de explotación de la mujer gestante y de vulneración del interés superior del menor. Sin una supervisión adecuada, es posible que la gestante no cuente con asesoría legal y psicológica independiente, que su consentimiento no sea plenamente libre e informado, o que el menor quede en un limbo jurídico que afecte su identidad y acceso a derechos fundamentales. Estos riesgos se acentúan en contextos donde intervienen intermediarios sin control legal o cuando los contratos se celebran en condiciones de opacidad.

En este escenario, el notariado se perfila como un actor clave para garantizar la seguridad jurídica y la protección de derechos. Sin embargo, en la legislación mexicana no existe una obligación expresa para que los notarios informen a las autoridades competentes sobre la celebración de contratos de subrogación de vientre. Esta omisión impide el establecimiento de mecanismos formales de registro, seguimiento y supervisión legal y ética que permitan prevenir abusos, asegurar la correcta filiación del menor y salvaguardar la dignidad de la mujer gestante.

La propuesta de establecer una obligación notarial de informar se justifica por su potencial para articular un sistema de control que combine la formalización del contrato, la notificación a las autoridades competentes y la verificación del cumplimiento de principios legales y éticos. Este mecanismo se alinea con el principio constitucional y convencional del interés superior del menor, con los estándares internacionales de protección de la dignidad humana y con el deber del Estado de garantizar un entorno libre de explotación y discriminación para todas las personas involucradas en la subrogación de vientre.

Marco teórico-conceptual

El análisis de la obligación notarial de informar sobre contratos de subrogación de vientre se fundamenta en principios bioéticos, enfoques de derechos humanos y criterios propios de la ética notarial, lo que permite evaluar esta práctica de manera integral.

En el plano teórico, existen posturas encontradas sobre su licitud y conveniencia. Desde el feminismo abolicionista, se sostiene que incluso la subrogación “regulada” constituye una forma de explotación reproductiva y sexual incompatible con la dignidad humana, lo que lleva a proponer su prohibición absoluta (Hibino, 2023; Lozanski, 2015). En contraste, corrientes inspiradas en los derechos humanos y la bioética admiten su realización bajo condiciones estrictas que garanticen el consentimiento libre e informado, la ausencia de coacción y la protección efectiva del interés superior del menor, siempre dentro de un marco legal y ético robusto (Espejo-Yaksic et al., 2022; European Parliament, 2016).

Este estudio se adscribe a este segundo enfoque, condicionado a la existencia de un sistema de control preventivo y supervisión notarial que asegure legalidad, equidad y respeto a la dignidad humana.

En el ámbito bioético, el referente central es el Principialismo de Beauchamp y Childress (2019), cuyos cuatro principios —autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia— han demostrado ser aplicables a contextos de salud y reproducción asistida. La autonomía exige que la mujer gestante y los padres intencionales decidan de forma libre, consciente e informada; la no maleficencia obliga a prevenir daños físicos, emocionales o jurídicos, especialmente al menor; la beneficencia busca maximizar el bienestar de todos los involucrados; y la justicia demanda una distribución equitativa de beneficios y cargas, evitando discriminación y explotación de situaciones de vulnerabilidad. Este marco se complementa con la bioética de la protección (Schramm y Kottow, 2001), que refuerza el deber del Estado y sus operadores jurídicos de resguardar a quienes se encuentran en riesgo, lo que justifica que el notariado actúe como garante del respeto a estándares éticos y legales.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, se retoma la vinculación entre dignidad y ejercicio efectivo de derechos fundamentales. El enfoque de capacidades de Nussbaum (2011) y Sen (1999) permite valorar si el contrato de subrogación amplía o limita capacidades esenciales como la salud, la integridad corporal y la afiliación social. Asimismo, la teoría del interés superior del menor, recogida por Pizarro (2020) y el Comité de los Derechos del Niño de la ONU

(Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), lo concibe como criterio rector y axiológico que debe guiar toda intervención estatal o notarial en estos casos.

En cuanto a la ética notarial, se vincula con la ética jurídica y el iusnaturalismo contemporáneo. Finnis (2011) sostiene que el derecho debe promover bienes humanos básicos como la vida, la salud y la sociabilidad, mientras que Dworkin (1986) subraya la importancia de los principios morales en la interpretación y aplicación de las normas. En este sentido, el notario, investido de fe pública, asume la responsabilidad de garantizar que los acuerdos formalizados se ajusten a la legalidad y a principios de equidad, transparencia y respeto a los derechos humanos (Gomá, 2023). En contextos de especial vulnerabilidad, como la subrogación de vientre, su función adquiere un carácter preventivo: verificar el cumplimiento de requisitos legales, el consentimiento libre e informado, la ausencia de cláusulas abusivas y la conformidad con el orden público y las buenas costumbres.

Esta función biojurídica sitúa al notariado como un agente capaz de integrar los valores de la bioética y los derechos humanos en la práctica jurídica, asegurando que la formalización de un contrato de subrogación no sea un mero trámite administrativo, sino una garantía efectiva de protección de derechos. La convergencia de estos marcos respalda la propuesta de establecer una obligación notarial de registro, notificación y supervisión como mecanismo para fortalecer la seguridad jurídica y la tutela efectiva de la mujer gestante y del menor (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, 2021).

Metodología

La metodología empleada en este estudio se enmarca en un paradigma jurídico-comparativo de enfoque cualitativo, orientado al análisis normativo y jurisprudencial de la subrogación de vientre y del papel del notariado en este contexto. El análisis parte de una postura que admite la posibilidad de la subrogación únicamente bajo un esquema regulado y supervisado, en contraposición con posturas prohibicionistas que la rechazan por considerarla siempre contraria a la dignidad de la mujer, lo que permite alinear el estudio con los principios y objetivos definidos en el marco teórico.

La selección de los casos de estudio respondió a dos criterios fundamentales. En el ámbito nacional, se eligieron Tabasco y Sinaloa por contar con regulación específica, y Jalisco por carecer de ella, lo que permitió contrastar modelos con marcos normativos distintos y observar sus implicaciones jurídicas y prácticas. En el ámbito internacional, se seleccionaron países que representan modelos regulatorios contrastantes: Ucrania, por su modelo comercial permisivo; India, por su transición de un esquema comercial a uno altruista obligatorio; Francia, por su prohibición absoluta; y Canadá, por su esquema altruista regulado. Esta elección responde a criterios de variabilidad normativa y relevancia para el debate mexicano, aportando lecciones sobre seguridad jurídica, prevención de abusos y protección de derechos.

Asimismo, se incorporó como variable de análisis la hipótesis alternativa de que la función de registro y supervisión de los contratos de subrogación pueda recaer en el Registro Civil u otras autoridades especializadas, o bien en un eventual Registro Nacional de Contratos de Subrogación. Esta inclusión permite valorar comparativamente las ventajas, limitaciones y costos de cada modelo —notarial, administrativo estatal y nacional— y determinar cuál ofrece mayores garantías para el interés superior del menor y la dignidad de la mujer gestante.

Las fuentes de información incluyeron legislación vigente, jurisprudencia y criterios judiciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados, doctrina jurídica especializada, estudios bioéticos y textos de ética notarial, así como documentos y bases de datos oficiales nacionales e internacionales. La revisión documental se llevó a cabo entre marzo de 2023 y marzo de 2025, verificando la vigencia de las disposiciones legales y la actualidad de los criterios jurisprudenciales.

El análisis de contenido permitió identificar principios, obligaciones y vacíos normativos relevantes, con triangulación de fuentes para garantizar la confiabilidad de la información. Esto implicó contrastar textos legales con su aplicación práctica, corroborar la correspondencia entre referencias bibliográficas y documentos consultados, y asegurar la coherencia entre los datos normativos, doctrinales y jurisprudenciales. La interpretación se apoyó en los principios de bioética, derechos

humanos y ética notarial expuestos en el marco teórico, que sirvieron como ejes para evaluar la pertinencia, alcance y viabilidad de un modelo de intervención basado en registro, notificación y supervisión legal y ética.

Resultados

Panorama normativo en México

La regulación de la subrogación de vientre en México presenta un marco fragmentado y heterogéneo, con diferencias sustanciales entre las entidades federativas (European Parliament, 2016). Tabasco fue el primer estado en incorporar disposiciones específicas sobre subrogación en su Código Civil (Congreso del Estado de Tabasco, 2021). Durante varios años, su normativa permitió el acceso a nacionales y extranjeros, lo que derivó en un alto número de procedimientos realizados en la entidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016). En 2016, se reformó dicha legislación para limitar el acceso únicamente a parejas mexicanas heterosexuales con imposibilidad médica para gestar, además de establecer requisitos más estrictos para los contratos, incluyendo criterios médicos y documentales para su validez (Congreso del Estado de Tabasco, 2021). La versión vigente de este ordenamiento corresponde al Código Civil para el Estado de Tabasco 2021, que recoge estas reformas.

Sinaloa incorporó disposiciones sobre la subrogación de vientre en su Código Familiar de forma más reciente (Congreso del Estado de Sinaloa, 2018). Esta legislación, publicada en 2018 y reformada en 2021, establece requisitos para las personas gestantes y para los padres intencionales, así como la intervención de autoridades notariales y judiciales en el proceso (Congreso del Estado de Sinaloa, 2018). Incluye lineamientos sobre el consentimiento de la mujer gestante, la documentación médica y los procedimientos de registro de filiación (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021).

En Jalisco no existe un marco normativo específico que regule la subrogación de vientre (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023). Esta ausencia de regulación implica que no hay disposiciones estatales que definan los requisitos para la validez de los acuerdos ni los procedimientos para reconocer la filiación de los

menores nacidos mediante esta técnica. En la práctica, esta situación ha generado dificultades para el registro de nacimiento ante el Registro Civil y ha derivado en criterios judiciales diversos, dependiendo del caso y del tribunal que lo resuelva.

Es importante señalar que, en México, las funciones y obligaciones del notariado son materia de competencia local, por lo que cada una de las 32 entidades federativas cuenta con su propia Ley del Notariado y regulaciones específicas aplicables (Gomá, 2023). Esto significa que cualquier propuesta de obligación notarial vinculada a la subrogación de vientre requeriría su adecuación a los marcos jurídicos estatales vigentes, considerando sus particularidades y posibles reformas. El presente estudio toma como referencia tres casos —Tabasco, Sinaloa y Jalisco— para ilustrar escenarios contrastantes, pero reconoce que la heterogeneidad normativa a nivel nacional representa un reto para la armonización legislativa y para la implementación de mecanismos uniformes de supervisión y registro.

Tabla 1. *Comparativo de regulación estatal sobre subrogación de vientre en México*

Estado	Tipo de regulación	Acceso permitido	Requisitos principales	Procedimientos establecidos	Año de última reforma
Tabasco	Regulación específica en Código Civil y de Procedimientos Civiles	Parejas mexicanas heterosexuales con imposibilidad médica para gestar	Certificados médicos, contrato notariado, acreditación de imposibilidad para gestar	Procedimiento notarial y judicial para registro de filiación	2016 (versión vigente 2021)
Sinaloa	Regulación específica en Código Familiar	Padres intencionales que cumplan requisitos legales	Consentimiento de la gestante, documentación médica, contrato formal	Intervención notarial y judicial, registro ante autoridades civiles	2021
Jalisco	Sin regulación específica	No definido	No definido	No definido	No aplica

Nota. Elaboración propia con base en legislación estatal vigente. “No definido” indica que no existe disposición expresa en la legislación estatal; “No aplica” se utiliza cuando la categoría no corresponde debido a la ausencia de regulación.

Mecanismo notarial propuesto

El modelo de intervención notarial en contratos de subrogación de vientre se estructura en tres niveles: registro oficial, notificación a autoridades competentes y supervisión legal y ética del contenido contractual (Gomá, 2023).

En el primer nivel, se propone la creación de un registro oficial de contratos de subrogación con acceso restringido a las autoridades responsables de la protección de menores. Este mecanismo garantizaría la trazabilidad del acuerdo desde su celebración hasta el nacimiento del menor (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2024; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989; Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021).

En el segundo nivel, se establece la obligación de notificar el contrato al Registro Civil y a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, con el fin de asegurar la filiación del menor y garantizar que la mujer gestante reciba protección antes, durante y después del embarazo (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2024; Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2024; Pizarro, 2020; Espejo-Yaksic et al., 2022).

En el tercer nivel, el notario verificará el cumplimiento de los principios esenciales para la validez del contrato: consentimiento libre e informado de la gestante, claridad en la filiación del menor y ausencia de cualquier forma de explotación. La supervisión incluirá la revisión de documentación médica, la confirmación de asesoramiento legal y psicológico independiente para la gestante, y la validación de que las cláusulas contractuales sean compatibles con la legislación vigente (European Parliament, 2016; Hibino, 2023; Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016; Congreso del Estado de Sinaloa, 2018).

Tabla 2. Mecanismo notarial para la protección del menor en contratos de subrogación de vientre

Aspecto	Descripción
Justificación	La subrogación de vientre en México presenta desafíos legales y éticos, lo que hace necesario un mecanismo que refuerce la seguridad jurídica y garantice la protección de los derechos de las partes involucradas, en especial del menor.
Rol del notario	Como garante de la seguridad jurídica, el notario no solo certificará el contrato de subrogación de vientre, sino que también tendrá la obligación de notificarlo a las autoridades pertinentes, asegurando el cumplimiento de principios legales y éticos.
Objetivos del mecanismo	Asegurar la filiación del menor, proteger la dignidad de la mujer gestante y garantizar el interés superior del niño mediante un proceso supervisado y transparente.
Nivel 1: Registro de contratos	Creación de una base de datos oficial con acceso restringido a las autoridades responsables de la protección de menores, permitiendo el seguimiento de los casos de subrogación.
Nivel 2: Notificación a autoridades	Obligación del notario de informar al Registro Civil y a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes para garantizar la filiación del menor y supervisar el cumplimiento de los derechos de la mujer gestante.
Nivel 3: Supervisión legal y ética	Verificación por parte del notario de que el contrato contemple el consentimiento libre e informado de la mujer gestante, la filiación clara del menor y la ausencia de cualquier forma de explotación.
Beneficios del mecanismo	Fortalece la seguridad jurídica, previene la explotación de la mujer gestante y protege el derecho del menor a una identidad legal clara, evitando vacíos normativos y posibles conflictos legales.

Nota. Elaboración propia con base en la propuesta de intervención notarial.

Datos jurisprudenciales relevantes

En la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la normativa de gestación subrogada en Tabasco, evaluando su compatibilidad con el interés superior del menor, los derechos reproductivos y la dignidad de la mujer gestante. El fallo subrayó la necesidad de intervención de autoridades competentes en la supervisión de los contratos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016; Pizarro, 2020; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

En el Amparo en Revisión 780/2017, el máximo tribunal examinó la constitucionalidad de requisitos de acceso —como edad y

salud— a la gestación subrogada, a la luz de parámetros de control de constitucionalidad y convencionalidad, con énfasis en la protección de derechos reproductivos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021; Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023, 2024).

La Contradicción de Criterios 69/2023, resuelta por el Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur, estableció que debe garantizarse el registro de nacimiento de personas nacidas mediante subrogación, incluso en ausencia de regulación local específica, priorizando el derecho a la identidad (Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur, 2023; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

Finalmente, en diversos juicios de amparo indirecto seguidos ante jueces de distrito, se ha concedido la suspensión provisional frente a negativas del Registro Civil para inscribir nacimientos de niñas y niños nacidos por subrogación, protegiendo de forma temporal su identidad y filiación hasta que se resuelva el fondo del asunto, conforme al marco constitucional y convencional vigente (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989; Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023, 2024).

Tabla 3. *Jurisprudencia relevante sobre gestación subrogada en México*

Asunto	Órgano	Punto resolutivo central	Año	Referencia
Acción de Inconstitucionalidad 16/2016	Suprema Corte de Justicia de la Nación	Compatibilidad de la regulación de Tabasco con el interés superior del menor, derechos reproductivos y dignidad de la mujer gestante; necesidad de supervisión por autoridades.	2016	Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016); Pizarro (2020); Asamblea General de las Naciones Unidas (1989)
Amparo en Revisión 780/2017	Suprema Corte de Justicia de la Nación	Constitucionalidad de requisitos de acceso a la subrogación y protección de derechos reproductivos bajo control de constitucionalidad y convencionalidad.	2017	Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021); Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2023, 2024)

Contradicción de Criterios 69/2023	Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur	Garantizar registro de nacimiento de menores nacidos por subrogación aun sin regulación local; prioridad al derecho a la identidad.	2023	Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur (2023); Asamblea General de las Naciones Unidas (1989)
Juicios de amparo indirecto (varios)	Juzgados de Distrito	Suspensión provisional contra negativas de registro civil; protección temporal de identidad y filiación.	Varios	Asamblea General de las Naciones Unidas (1989); Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2023, 2024)

Nota. Elaboración propia con base en jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur y diversos Juzgados de Distrito.

Modelos internacionales

En el plano internacional, diversos países han adoptado enfoques regulatorios contrastantes frente a la gestación subrogada, que permiten identificar diferentes estrategias para regular, prohibir o condicionar esta práctica (European Parliament, 2016; Espejo-Yaksic et al., 2022).

En Ucrania, se permite la subrogación comercial para parejas heterosexuales, incluidas extranjeras, y la filiación del menor se establece desde el nacimiento a favor de los padres intencionales. Este esquema ha convertido al país en un centro de turismo reproductivo, con la consecuente discusión sobre riesgos de explotación de mujeres gestantes (European Parliament, 2016).

En India, la legislación de 2019 prohíbe la subrogación comercial y establece un modelo altruista obligatorio, limitado a parejas indias casadas que cumplan con requisitos específicos (Hibino, 2023). Este cambio busca reducir casos de explotación y asegurar que la participación de la mujer gestante se realice sin fines lucrativos (Hibino, 2023).

En Francia, la subrogación está prohibida de forma absoluta, declarando nulos de pleno derecho los contratos de gestación subrogada. El país no reconoce la filiación de menores nacidos en el extranjero mediante esta técnica, lo que ha generado litigios para inscribir a hijos de ciudadanos franceses nacidos en otras jurisdicciones (Puppinck, 2014).

En Canadá, la subrogación está permitida únicamente bajo un modelo altruista. La ley prohíbe cualquier compensación económica más allá del reembolso de gastos directamente relacionados con el embarazo. También se establecen requisitos como que la gestante tenga al menos 21 años y haya tenido un hijo previamente. Este enfoque busca evitar la mercantilización del proceso, aunque puede limitar el acceso debido a la baja disponibilidad de mujeres dispuestas a participar en estas condiciones (Lozanski, 2015).

Tabla 4. *Modelos de regulación de la gestación subrogada en diferentes países*

País	Tipo de subrogación	Principales características
Ucrania	Comercial permitida	Destino de turismo reproductivo; filiación automática a los padres intencionales; riesgo de explotación.
India	Altruista obligatoria	Subrogación comercial prohibida desde 2019; acceso restringido a parejas indias casadas.
Francia	Prohibida	Subrogación nula de pleno derecho; no se reconoce la filiación de menores nacidos en el extranjero.
Canadá	Altruista regulada	Compensación económica prohibida; reembolso solo de gastos vinculados; requisitos estrictos para la gestante.
México	Mixta (según estado)	Regulación fragmentada; algunos estados permiten bajo condiciones, otros prohíben; vacíos normativos y turismo reproductivo.

Nota. Elaboración propia.

Justificación ética y legal

La obligación notarial de informar sobre la celebración de contratos de subrogación de vientre se fundamenta en principios de bioética, en el marco de derechos humanos y en la ética notarial, con el propósito de proteger a las personas involucradas, en particular al menor y a la mujer gestante (Gomá Lanzón, 2023; Espejo-Yaksic et al., 2022).

Desde la bioética, los principios de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia constituyen el referente normativo esencial. La

autonomía implica que las decisiones de la mujer gestante y de los padres intencionales deben ser libres e informadas; la no maleficencia, evitar daños físicos, psicológicos o jurídicos; la beneficencia, procurar el bienestar de todos los participantes; y la justicia, asegurar un trato equitativo y no discriminatorio (Beauchamp y Childress, 2019; Schramm y Kottow, 2001).

En derechos humanos, destacan como ejes centrales el interés superior del menor —reconocido en el artículo 4º de la Constitución Mexicana y en la Convención sobre los Derechos del Niño— y la dignidad de la mujer gestante, consagrada en la Constitución y en tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989; Cadena Alcalá, 2021).

En el plano de la ética notarial, la función del notario se concibe como la de un fedatario y garante activo de derechos humanos, obligado a actuar con independencia, imparcialidad, legalidad, equidad y prevención de abusos, asegurando que los acuerdos se ajusten a la ley y a principios de justicia y dignidad (Gomá, 2023).

Tabla 5. *Aplicación del principio del interés superior del menor en la subrogación de vientre*

Aspecto	Descripción
Fundamento legal	Reconocido en el artículo 4º de la Constitución Mexicana, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
Objetivo del principio	Priorizar el bienestar físico, emocional y jurídico del menor en cualquier acción que lo involucre, garantizando la protección de sus derechos en todo momento.
Consecuencias de la falta de regulación	Posible desprotección del menor y ausencia de reconocimiento inmediato de filiación, afectando identidad y acceso a derechos fundamentales.
Riesgos adicionales	Comercialización del menor en esquemas de tráfico de personas o adopciones irregulares.
Solución propuesta	Notificación del contrato ante una autoridad competente para garantizar reconocimiento legal desde el nacimiento.

Nota. Elaboración propia.

En paralelo, la prevención de la explotación de la mujer gestante constituye otro eje ético-jurídico fundamental, estrechamente vinculado con la labor notarial. Este enfoque busca garantizar que su participación sea siempre libre, informada y protegida frente a cualquier forma de vulnerabilidad o abuso.

Tabla 6. Rol del notariado en la prevención de la explotación de la mujer gestante en la subrogación de vientre

Aspecto	Descripción
Fundamento de la prevención	Asegurar que la participación de la mujer gestante sea libre y sin coerción.
Factores de vulnerabilidad	Presiones económicas, familiares o de terceros que buscan beneficiarse de la situación.
Riesgos por ausencia de normativa	Falta de acceso a acompañamiento médico, legal y psicológico; riesgos físicos y emocionales sin protección.
Intervención notarial	Verificación de que el consentimiento sea libre e informado, evitando cualquier tipo de coerción o engaño.
Medidas de supervisión	Exigir evidencia de asesoramiento legal y psicológico independiente, garantizando comprensión plena de los alcances del contrato y condiciones adecuadas para el bienestar de la gestante antes, durante y después del embarazo.

Nota. Elaboración propia.

Desafíos y retos en la implementación

La puesta en marcha de una obligación notarial para informar sobre la celebración de contratos de subrogación de vientre enfrenta diversas dificultades y preocupaciones que deben considerarse en su diseño. Entre los principales retos se encuentra la resistencia de algunos sectores que consideran la subrogación de vientre como un acuerdo estrictamente privado, sin necesidad de intervención estatal o notarial. Esta postura percibe la supervisión como una posible intromisión en la autonomía de las partes (Hibino, 2023; Lozanski, 2015).

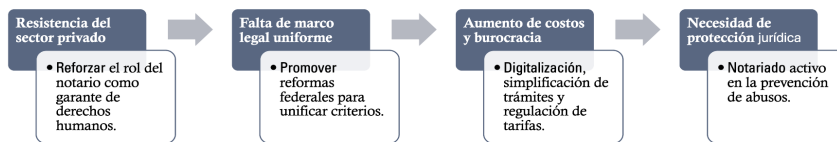
Otro obstáculo identificado es la ausencia de un marco legal uniforme en México. La regulación varía entre las entidades federativas, lo que genera disparidad en los criterios, vacíos normativos y conflictos de interpretación para las autoridades y notarios (Congreso del Estado

de Tabasco, 2021; Congreso del Estado de Sinaloa, 2018; Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023, 2024). La falta de homogeneidad complica la aplicación de procedimientos estandarizados y dificulta la seguridad jurídica de las partes (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, 2021).

También existe la preocupación de que la implementación de esta obligación pueda incrementar los costos y la burocracia del proceso, al requerir certificación y notificación obligatorias. Esto podría percibirse como una barrera para las personas interesadas en acceder a la subrogación de vientre, especialmente si los trámites resultan complejos o costosos (European Parliament, 2016; Espejo-Yaksic et al., 2022).

Figura 1. *Principales retos y soluciones en la implementación notarial de la subrogación de vientre*

DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN NOTARIAL



Nota. Elaboración propia.

Discusión

El análisis comparativo de los marcos normativos revela que la fragmentación legislativa en México genera desigualdades sustanciales en la protección jurídica de las personas involucradas en la subrogación de vientre. Desde el marco de la bioética, esta disparidad vulnera el principio de justicia, pues el grado de protección del menor y de la mujer gestante depende del estado en el que se celebre el contrato. La ausencia

de regulación en entidades como Jalisco permite que la formalización de acuerdos se realice sin lineamientos claros ni mecanismos de supervisión, lo que aumenta la exposición a riesgos jurídicos y sociales.

En términos de derechos humanos, los datos jurisprudenciales muestran que el poder judicial ha tenido que suplir la falta de regulación mediante criterios que priorizan el interés superior del menor y su derecho a la identidad, incluso en ausencia de normas locales específicas. Esta intervención judicial, aunque necesaria en el corto plazo, no sustituye la obligación del Estado de establecer un marco normativo uniforme que garantice seguridad jurídica y protección efectiva en todo el país. Para sustentar este análisis, se procuró mantener coherencia en la presentación de datos estadísticos, facilitando transiciones claras entre los distintos períodos de referencia y evitando contradicciones temporales que dificultaran la comprensión de tendencias y contextos.

La revisión de modelos internacionales aporta elementos para comprender que no existe un consenso único sobre la regulación de la subrogación. El modelo comercial de Ucrania ofrece certeza en la filiación, pero ha sido cuestionado por su potencial de explotación; el modelo altruista obligatorio de India y el altruista regulado de Canadá buscan evitar la mercantilización del proceso, pero pueden limitar el acceso a la técnica; la prohibición absoluta en Francia maximiza la prevención de abusos, aunque impide cualquier forma de subrogación, incluso cuando se realiza bajo condiciones éticas y voluntarias. Este panorama refuerza la necesidad de que México diseñe un modelo propio que combine seguridad jurídica, protección de derechos y prevención de la explotación.

Desde la perspectiva de la ética notarial, los resultados evidencian que la función del notario en México está limitada a la formalización documental, sin que exista un mandato legal de supervisión activa o de notificación a las autoridades. Esta omisión reduce la capacidad preventiva del notariado y desaprovecha su posición estratégica para verificar que los contratos se celebren con consentimiento libre e informado, que se respete la dignidad de la mujer gestante y que se proteja la filiación del menor desde su nacimiento.

No obstante, debe considerarse también la hipótesis alternativa de que el registro y supervisión de los contratos de subrogación recaigan directamente en el Registro Civil y en otras autoridades con competencia en la protección de la infancia. Este modelo administrativo podría centralizar la información, facilitar la coordinación interinstitucional y garantizar la inscripción oportuna de la filiación, aunque requeriría diseñar protocolos claros de verificación y mecanismos de colaboración con los notarios para no duplicar procesos ni generar vacíos de control. Una variante de esta hipótesis incluye la creación de un Registro Nacional de Contratos de Subrogación, que permitiría unificar criterios, concentrar datos estadísticos y fortalecer la vigilancia a nivel federal, siempre que se aseguren los recursos, la infraestructura tecnológica y el marco jurídico necesarios para su operación.

Por otra parte, la eventual implementación de una obligación notarial de informar y supervisar este tipo de contratos no está exenta de retos prácticos, entre ellos el costo económico que podría implicar para las partes. Los honorarios notariales, así como los gastos administrativos asociados a protocolos de verificación y registro, varían según la entidad federativa y pueden resultar significativos, en especial para quienes cuentan con recursos limitados. Si estos costos no se regulan o compensan adecuadamente, podrían convertirse en una barrera de acceso, incentivando la celebración de acuerdos informales fuera del marco legal. Este aspecto exige que cualquier propuesta legislativa —ya sea basada en el notariado, en el Registro Civil o en un registro nacional— incorpore criterios de accesibilidad y proporcionalidad, garantizando que el mecanismo de supervisión no se convierta en un factor de exclusión.

Con base en lo anterior, la postura adoptada en este estudio es que la obligación notarial de informar sobre contratos de subrogación debe incorporarse en la legislación como un mecanismo esencial para articular un sistema de registro, notificación y supervisión legal y ética. Este modelo permitiría integrar los principios de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, junto con el interés superior del menor y la dignidad de la mujer gestante, en un procedimiento formal que refuerce la seguridad jurídica y reduzca los riesgos derivados de vacíos normativos o regulaciones dispares, sin descartar el análisis y posible adopción de esquemas administrativos o nacionales complementarios.

Conclusiones

El análisis jurídico-comparativo realizado evidencia que la fragmentación legislativa existente en México en materia de subrogación de vientre provoca notorias asimetrías en la protección jurídica y bioética de los actores implicados, en especial del menor y de la mujer gestante. La falta de un marco normativo uniforme a nivel nacional hace que la certeza jurídica dependa del estado en el que se formalice el contrato, lo cual vulnera tanto el principio de justicia como el interés superior del menor, y genera incentivos para recurrir a jurisdicciones más permisivas o a acuerdos informales carentes de garantías.

La incorporación de una obligación notarial de informar a la autoridad competente sobre la celebración de estos contratos, vinculada a un esquema de registro, notificación y supervisión con criterios legales y éticos, constituye una alternativa viable para reducir riesgos, prevenir abusos y asegurar que las decisiones se tomen con consentimiento libre e informado. Este enfoque es congruente con los principios de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, así como con los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos.

No obstante, el estudio también subraya la pertinencia de evaluar opciones institucionales adicionales, como asignar directamente estas funciones al Registro Civil u otras autoridades especializadas en la protección de la infancia, o bien instaurar un Registro Nacional de Contratos de Subrogación. Estas variantes podrían favorecer la centralización de información, la unificación de criterios y una coordinación interinstitucional más eficaz, siempre que cuenten con protocolos claros, mecanismos de supervisión y recursos adecuados para su implementación.

Cualquiera que sea el modelo adoptado, deberá garantizarse la accesibilidad y proporcionalidad de los procedimientos, evitando que los costos notariales o administrativos se conviertan en barreras que empujen la práctica hacia la informalidad. El diseño de la política pública debe equilibrar la protección reforzada de menores y mujeres gestantes con la necesidad de procedimientos claros, ágiles y económicamente viables.

En síntesis, la propuesta de fortalecer la función notarial con una obligación de información, complementada con el análisis de modelos alternativos y con medidas que aseguren su viabilidad económica, ofrece una vía para armonizar la diversidad legislativa, consolidar la tutela de derechos y establecer un marco biojurídico integral que responda de manera coherente y efectiva a los desafíos que plantea la subrogación de vientre en el contexto mexicano actual.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 3, 7 y 8). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child#:~:text=Art%C3%ADculo%202,-1.&text=Los%20Estados%20Partes%20tomar%C3%A1n%20todas,tutores%20o%20de%20sus%20familiares>
- Cadena J. A. (2021). La eficacia horizontal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Métodhos*, (20), 8–35. <https://biblat.unam.mx/es/revista/metodhos/articulo/la-eficacia-horizontal-de-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-un-analisis-a-partir-de-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos>
- Cambridge University Press. (2024). Regulating surrogacy intermediaries: A comparative analysis of regulatory approaches and implications in the Chinese context. *International Journal of Law in Context*, 20(2), 155–178. <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-law-in-context/article/abs/regulating-surrogacy-intermediaries-a-comparative-analysis-of-regulatory-approaches-and-implications-in-the-chinese-context/350C70F950D28BBDE1F1B9CF41E5D76B>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). *Código Civil Federal* (arts. 343–359). En: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (art. 4). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2024). *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (arts. 6, 13 y 17). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>

- Congreso del Estado de Sinaloa. (2018). *Código Familiar del Estado de Sinaloa* (arts. 283–297). https://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf
- Congreso del Estado de Tabasco. (2021). *Código Civil para el Estado de Tabasco* (arts. 380 Bis–380 Octies). <https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/11/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco-1.pdf>
- Espejo-Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop-Gómez, F. y Scherpe, J. M. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. Aalborg Universitetsforlag. <https://vbn.aau.dk/en/publications/la-gestaci%C3%B3n-por-subrogaci%C3%B3n-en-am%C3%A9rica-latina>
- European Parliament. (2016). *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*. Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights* (2°. ed.). Oxford University Press. <https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/Natural%20Law%20and%20Natural%20Rights%20%28Clarendon%20Law%29%20%28%20PDFDrive%20%29.pdf>
- Gomá, I. (2023). El notario en el siglo XXI. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 24(2), 81–112. <https://doi.org/10.5209/foro.84318>
- Hibino, Y. (2023). The advantages and disadvantages of altruistic and commercial surrogacy in India. *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, 18(1), 1–10. <https://link.springer.com/article/10.1186/s13010-023-00130-y>
- Lozanski, K. (2015). Transnational surrogacy: Canada's contradictions. *Social Science & Medicine*, 124, 383–390. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2014.10.003>
- Nussbaum, M. C. (2011). *Creating capabilities: The human development approach*. Harvard University Press. <https://scholarworks.calstate.edu/downloads/4f16c524g>
- Pizarro, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*. Reus Editorial.
- Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur. (2023). Contradicción de criterios 69/2023 entre el Segundo y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Civil del Tercer Circuito (pp. 2–8). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/32129>

- Puppinck, G. (2014). ECHR: Towards the liberalisation of surrogacy regarding the *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* cases (n° 65192/11 & n° 65941/11) (pp. 4–11). <https://ssrn.com/abstract=2500075>
- Secretaría de Salud. (2016). *Norma Oficial Mexicana NOM-007-SSA2-2016, para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida* (numerales 5.1–5.5). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5432289&fecha=07/04/2016#gsc.tab=0
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). Acción de inconstitucionalidad 16/2016: Análisis de la constitucionalidad de la regulación de la gestación subrogada en el Estado de Tabasco y la protección de los derechos de la mujer gestante y del menor (pp. 3–19). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/30503>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). Amparo en revisión 780/2017: Análisis de la constitucionalidad de los requisitos de edad y salud para acceder a la gestación subrogada y protección de derechos reproductivos (pp. 5–28). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-780-2017-20012022.pdf
- Sutherland, N. (2025, mayo 23). Something must be done about surrogacy. *Law Society Gazette*. <https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/something-must-be-done-about-surrogacy/5123395.article>
- The Guardian. (2024, octubre 22). Argentina police uncover surrogacy ring exploiting women. <https://www.theguardian.com/world/2024/oct/22/surrogacy-ring-argentina>
- Vázquez, B. (2020). 30 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar (pp. 89–120). Dykinson.

***Juan Manuel Palomares Cantero**

Formación: Licenciado en derecho, maestro y doctor en bioética por la Universidad Anáhuac México; diplomado en derechos humanos, avalado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ocupación: En la Universidad Anáhuac México ha sido docente e investigador, así como ocupado diversos cargos, es miembro desde 2009 de la ANMB (Academia Nacional Mexicana de Bioética, S.C.), y de la FELAIBE (Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética, A.C.) desde 2020, de esta última es representante legal. Miembro del Comité de Ética en Investigación con registro No. 11-003-15-13062016, otorgado por la CONBIOÉTICA. Líneas de investigación: Bioética, biojurídica, ética, derecho natural, derecho de familia, inclusión y derecho. Contacto: jm.palomaresc@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9304-8487>

****Brisareli Victorica Alavez**

Formación: Licenciada en derecho por la Universidad del Valle de Atemajac. Ocupación: Abogada en la Notaría Pública 32 de Zapopan, Jalisco; miembro e investigadora colaboradora del Colegio de Notarios de Jalisco, A. C. Líneas de investigación: Bioética, bioderecho, derecho notarial, derecho de familia, inclusión y derecho. Contacto: brisa.victorica@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-0084-4882>

Los ajustes razonables y la no transgresión al derecho de consulta a personas con discapacidad

The Reasonable Adjustments and the Non-Violation of the Right to Consultation for People with Disabilities

Pahola Betzabé Carrasco Espinoza*

Georgina Monserrat Muñoz García**

Universidad de Colima

Resumen

En el presente artículo se investiga cómo el derecho de consulta a las personas con discapacidad se ve vulnerado dentro del Congreso del Estado de Colima ante la falta de ajustes razonables, lo que sitúa en riesgo su garantía de ser cumplido adecuadamente. La falta de ajustes razonables pone en tela de juicio la garantía de los principios consagrados en el artículo primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, así como los establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se aborda el problema desde una perspectiva descriptiva, analítica e interpretativa con el fin de conocer las realidades y experiencias de los involucrados, en específico de personas

Recibido: 21 de agosto de 2025.

Aprobado: 12 de septiembre de 2025.

Abstract

The work establishes that the Right of Consultation for people with disabilities is a Right that is being violated, given that there is a notable lack of reasonable adjustments within the legislative power from the state of Colima, which jeopardizes the guarantee that this right will be adequately fulfilled. Furthermore the lack of reasonable adjustments calls into question the guarantee of the principles enshrined in the first article of the Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos as well as those set out in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The problem is approached from a descriptive, analytical and interpretive perspective in order to understand



que, como integrantes de la diputación representan a la sociedad y regulan a este sector de la población, por lo que se les cuestiona cómo abordan este tema, qué noción tienen y el porqué, a pesar de ser reconocido como problema, no se hace algo al respecto para solucionarlo. Asimismo, es importante comprender por qué la garantía del derecho de consulta depende a los ajustes razonables que permiten su acceso. El análisis de las consultas legislativas dirigidas a personas con discapacidad revela que la falta de ajustes razonables no es sólo una omisión técnica, sino un reflejo de problemas estructurales más profundos dentro del poder legislativo. A través de las entrevistas realizadas, se identificó que las consultas actuales no garantizan accesibilidad plena, lo que se traduce en una vulneración del derecho a la participación efectiva de los sujetos en cuestión.

Palabras clave: ajustes razonables, discapacidad, derecho de consulta, vulneración, poder legislativo.

the realities and experiences of those involved, in this case, the deputies, to understand why they consider this issue to be a problem, nothing is being done to solve it. It is also important to understand why the guarantee of the right to consultation and reasonable adjustments depends on this. The analysis of legislative consultations aimed at people with disabilities reveals that the lack of reasonable adjustments is not just technical omission, but a reflection of deeper structural problems within the Legislative Branch. Through the interviews conducted, it was identified that current consultations do not guarantee full accessibility, which translates into a violation of the right to effective participation of people with disabilities.

Keywords: Reasonable Adjustments, Disability, Right to Consultation, Violation, Legislative Power.

Introducción

Con el presente artículo se pretende evidenciar la falta de ajustes razonables dentro del Congreso del Estado de Colima para llevar a cabo consultas previas al sector de personas con discapacidad (en adelante PcD); por lo cual se estarían vulnerando derechos reconocidos a este sector; puesto que el poder legislativo tiene el encargo de la representación popular en la creación de normas jurídicas. Para que exista una inclusión del sector es necesario que los integrantes de dicho poder hagan los ajustes razonables adecuados con las herramientas necesarias de accesibilidad para enfrentar las barreras que se han impuesto a lo largo del tiempo, esto con la finalidad de respetar y hacer valer el derecho de consulta y participación activa, así como el respeto a la Constitución Federal, a la Convención y demás normas que establezcan los derechos humanos de las PcD.

Es importante hacer énfasis en esta problemática; es una cuestión que ha perdurado a lo largo de los años, dejando al sector de PcD en un

estado de vulnerabilidad y desigualdad ante el resto de la sociedad, y si bien, sólo afecta a una minoría, son seres humanos que merecen ser tratados con dignidad y respeto.

Las entidades deben buscar mecanismos para incorporar al sector de PcD a la sociedad, esto es, realizar los ajustes razonables de acuerdo a las necesidades que se presenten dentro del Estado. Si bien existe reglamentación internacional, que establece la importancia de la participación activa de las PcD, dicha participación es limitada o bien, difícil de llevar a cabo, pues no hay los suficientes sistemas de apoyo que reconozcan la capacidad jurídica de este sector poblacional, pues históricamente ha sido excluido y marginado, al ser sus integrantes vistos desde una perspectiva de vulnerabilidad y poca capacidad para ejercer su pleno goce de cualquier obligación.

En la actualidad, se han tratado de incluir de manera explícita los derechos del sector con discapacidad para que de alguna manera se respeten, pero aún existe ese desbalance que impide que dichos derechos sean puestos en práctica, lo cual trae consigo la transgresión de estos, no hay respeto hacia el principio de igualdad junto con el principio de no discriminación; asimismo, se incluye el principio de libertad, pues al ser excluido el sector, nos está hablando de que no se han tomado las medidas necesarias para hacer los ajustes razonables y así evitar las barreras que lo limitan.

La problemática de la que surge esta investigación es el contexto del Congreso del Estado de Colima que ha omitido la aplicación de ajustes razonables, acordes a lo reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 4.3; asimismo, la inaplicación del principio de igualdad y no discriminación plasmados en el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior se ve reflejado en los estados de Aguascalientes, Baja California, Nuevo León, Chihuahua, Morelos, San Luis Potosí, Zacatecas, Jalisco, Durango, Tamaulipas, Yucatán, Puebla, Quintana Roo, entre otros; esto de acuerdo con los expedientes asignados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en donde se buscó impugnar reformas o adiciones

a las leyes o códigos de dichas entidades, puesto que no llevó a cabo el derecho de consulta a las PcD.

Ahora bien, enfocándonos especialmente en el Estado de Colima, en el año de 2018 el expediente número 46, se buscó impugnar algunos preceptos como el artículo 71 y 72 de la Ley para Regular la Convivencia Civil en el Estado de Colima y sus Municipios, puesto que se violentó el derecho de consulta a las PcD.

No existe alguna referencia de que, al momento de constituirse la norma, se hayan celebrado consultas previas y públicas a las PcD; fue así que se vulneraron los derechos de este sector, en el que nos interesa el de consulta. Si bien este expediente data del año 2018 y la resolución del año 2020, el caso anterior en materia de derechos humanos y discapacidad, a pesar de perpetuar la marginalización a las PcD y la importancia de su inclusión en la toma de decisiones en materia legislativa, no hay antecedentes de que se haya llevado a cabo una consulta al sector para la creación o reforma de algún precepto, es por ello que no se descarta la falta de capacitación y accesibilidad dentro del Congreso del Estado de Colima, necesaria para llevar a cabo la toma de decisiones de las personas con discapacidad.

La ausencia de mecanismos accesibles para la participación de la PcD dentro del ámbito legislativo creó barreras que dificultan la participación en la toma de decisiones que involucran sus propias vidas; asimismo, la insuficiencia de capacitación en legisladores del Estado de Colima, los derechos y necesidades de las PcD, contribuye a una falta comprensión deficiente en su rol y derechos en el proceso legislativo. Así, se contempla que la falta de sensibilidad por parte del poder legislativo reflejado en la escasez de herramientas de accesibilidad y capacitación para una efectiva consulta y participación, se contraponen al pleno ejercicio de principios y derechos humanos. Si bien, no existe un manual exacto que refiera cómo llevar a cabo o cómo se debe ajustar el poder legislativo a las consultas de las PcD, sí existe un instrumento internacional que establece que estas deberán llevarse a cabo de manera previa, pública, accesible y adecuada.

Metodología y procedimiento de la investigación

El enfoque utilizado en la investigación fue cualitativo fincado en profundizar el análisis e interpretación de la realidad en aspectos que sólo se pueden conocer a través de la subjetividad humana (Hernández-Sampieri, 2018), ya que se buscó comprender experiencias y vivencias de los sujetos involucrados; esto mediante la técnica de la entrevista que permitirá conocer las particularidades del fenómeno en estudio. Para enriquecer el enfoque, lo nutrimos de la fenomenología hermenéutica, ambas ayudarán a la relación cualitativa; la primera busca la verdad, el conocer las experiencias de los diputados, en el sentido de cómo perciben el problema abordado, la conciencia y el interés que se tiene con respecto a ello, pero no sólo de manera verbal, sino también mediante el lenguaje no verbal. La segunda permitirá hacer una interpretación y reflexión dentro del contexto jurídico y social; con la información obtenida se conocerá cómo la falta de ajustes razonables dentro del Congreso del Estado de Colima es un tema importante, pues sin él, se ve vulnerado el derecho de consulta a PcD y otros derechos.

Respecto al alcance en una investigación descriptiva, en ella se busca captar el estado actual del fenómeno, es decir, vamos a observar, analizar, describir y conocer el problema sin modificarlo, simplemente resaltar que es un problema real y actual, y que es importante atenderlo.

Por otro lado, el método que se considera es el analítico-sintético, con base en Rodríguez y Pérez (2017): el análisis da la posibilidad de poder desmembrar las partes del fenómeno, y como complemento, la síntesis conduce a unir aquellas partes que son relevantes para la investigación y dar respuesta al objetivo e hipótesis.

La selección del universo de la investigación corresponde a los congresos de las entidades federativas y el de la Unión; ello considerando que son los órganos idóneos para obtener información acerca de la aplicación de ajustes razonables en el ejercicio del derecho de consulta a PcD; puesto que los diputados son los encargados de representar al pueblo, así como los encargados de la legislación. Sin embargo, para la muestra se considera únicamente a los diputados del Congreso del Estado de Colima, mismo que se compone por 25 legisladores; tipo de muestra

de análisis que será no probabilística ni se pretenderá generalizar el resultado, sino profundizar en un caso específico para indagar en los significados que un grupo de legisladores tiene sobre este problema: los diputados y diputadas del Congreso en el Estado de Colima.

Así, la muestra de la investigación fue cualitativa, dado que no se busca un enfoque generalizador sino profundizar en la información de cada persona entrevistada como guía para descubrir si los derechos de las PcD se vulneran. Cabe resaltar que la muestra se redujo de 25 a 15 legisladores debido a que 10 de los diputados se negaron a realizar la entrevista, dejando entrever que no es un tema lo suficientemente importante para las personas que están encargadas de representar al pueblo, de velar por los intereses y los derechos de la sociedad en general, esto demostrado con la negativa o la ausencia de su persona.

Para llevar a cabo la generación de la información, la técnica aplicada fue la entrevista con preguntas estructuradas, mismas que están basadas en nuestros objetivos; esto con el fin de facilitar la obtención de patrones de repetición en sus respuestas y que dichos patrones, a su vez, se emplearán en la interpretación de los resultados como categorías de análisis predefinidas. A continuación, se presentan las preguntas más relevantes utilizadas de la entrevista:

1. Durante el periodo de la presente legislatura ¿recibió algún curso o capacitación para llevar a cabo el ejercicio del derecho de consulta de PcD?
2. ¿Cuentan con los apoyos o herramientas necesarias que permitan a las PcD ser partícipes en el ejercicio de su derecho de consulta?
3. ¿A qué cree que se deba la falta de ajustes razonables dentro del poder legislativo en Colima?
4. ¿Qué opina de la falta de ajustes razonables para llevar a cabo las consultas a las PcD?
5. ¿Cree usted que la falta de ajustes razonables vulnera los derechos de las PcD?

El principal objetivo de la investigación es captar la comprensión, la reflexión, así como la vivencia del problema en las personas

entrevistadas; ello para corroborar cómo se estaba o no aplicando el derecho a la consulta previa con los ajustes razonables a las PcD. Es por ello que se optó por sintetizar cinco preguntas relevantes de la entrevista, las cuales más adelante se analizan.

Asimismo, se generaron cuatro preguntas problematizadoras, originadas de los objetivos para establecer las categorías y con este fin fijar los códigos que permitirán sintetizar toda la información con el fin de adentrarse de manera pronta a los resultados y comprobar si realmente hay una falta de ajustes razonables dentro del poder legislativo del Estado de Colima, ocasionando que se vulnere el derecho de consulta y dejando sin garantía otros derechos humanos, así como principios consagrados. A continuación, las preguntas problematizadoras que guiaron la entrevista:

1. ¿Qué acciones reflejan la sensibilización del poder legislativo al sector de personas con discapacidad?
2. ¿Cómo se evidencia la falta de ajustes razonables para el ejercicio de consultas adecuadas por parte del poder legislativo en relación al derecho de consulta a las personas con discapacidad?
3. ¿Los ajustes razonables son indispensables para la inclusión del sector de personas con discapacidad en las consultas de participación?
4. ¿Cuáles son las razones que originan la falta de ajustes razonables dentro del poder legislativo y cómo se evidencia?

Resultados, análisis y discusión

Capacitación para el acceso al ejercicio del derecho de consulta a PcD

Durante la entrevista se indagó si los diputados habían recibido o no capacitaciones pertinentes para la realización de consultas apropiadas para la inclusión de PcD, así como se evaluó si tenían un aceptable nivel de conocimiento y sensibilización ante este sector de la población, y a la cual están representando como parte del proceso legislativo.

Para estar en aptitudes de llevar a cabo el abordaje sobre el conocimiento y sensibilidad, primero se realizó la investigación

documental que brinda el sustento para esta evaluación; comenzando con las normativas aplicables.

Así, al analizar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD o la Convención), se observó que en sus artículos marcan la obligación de que las autoridades de los Estados tengan una capacitación que garantice el desarrollo de las PcD. Por ejemplo, su artículo número 13, párrafo 2 indica lo siguiente: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.” (CDPD, 2006).

Respecto al derecho de consulta previa, se entiende como “la posibilidad de involucramiento en el proceso decisorio, respecto a grupos afectados por cierta legislación o política es un requisito necesario para la legitimidad de la norma” (Stepien y Rivera, 2016, p. 184). Es decir, lo esencial es que se garantice que los grupos afectados puedan involucrarse en la decisión que les atañe, en un proceso legislativo respecto a regulaciones que podrían afectarles. Para ello se requiere que quienes van a tomar la decisión pública posibiliten tal involucramiento. Es así que el Derecho de Consulta exige que las personas que legislan estén capacitadas para garantizar la participación de las PcD.

Para mayor precisión, el comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su Observación General Número 7 (2028), señala el alcance del artículo 4 de la Convención:

Los Estados partes deberían incluir la obligación de celebrar consultas estrechas e integrar activamente a las personas con discapacidad, a través de sus propias organizaciones, en los marcos jurídicos y reglamentarios y los procedimientos en todos los niveles y sectores del Gobierno. Los Estados partes deberían considerar las consultas y la integración de las personas con discapacidad como medida obligatoria antes de aprobar leyes, reglamentos y políticas, ya sean de carácter general o relativos a la discapacidad. (p. 5)

De lo anterior se aprecia que el involucramiento mediante el derecho de consulta es una obligación y, en tal sentido, las personas legisladoras deben estar conscientes de tal obligatoriedad y realizar todo lo que sea

necesario para cumplirla. Por tanto, la interrogante de la entrevista buscaba una respuesta no sólo literal, sino que explicaran cómo en el ámbito específico de su responsabilidad en el proceso legislativo realizaban el cumplimiento del derecho de consulta previa. Con ello queríamos conocer cómo interpretaban la realidad de su capacitación y compromiso con el derecho de consulta a PcD. A través de sus respuestas, las personas legisladoras revelaron más de lo que explícitamente contestaron (atendiendo la metodología de análisis de silencios y evasivas), lo que permitió encontrar vacíos de conocimiento, falta de institucionalización y carencias en la estructura legislativa.

En sus respuestas algunos legisladores mencionaron haber asistido a cursos generales sobre discapacidad, pero no específicamente sobre cómo ejercer adecuadamente el derecho de consulta; otros afirmaron que su conocimiento provenía de la experiencia empírica o del contacto con asociaciones civiles; finalmente, unas respuestas reconocieron con franqueza o con una tranquilidad alarmante que no habían recibido capacitación alguna.

En las respuestas que fueron proporcionadas se apreció que no mencionaron a la consulta como un derecho fundamental, con lo que se puede interpretar que no lo consideran como tal; se aprecia entonces una falta de conocimiento y sensibilización, además de una visión reduccionista de la accesibilidad que no le da su verdadero valor como exigencia de la dignidad humana. Además, esta visión no permite identificar que la discapacidad proviene de la misma sociedad que impone limitaciones en vez de garantizar la accesibilidad para el ejercicio de sus derechos a todas las personas con igualdad y equidad.

Para entender tal visión reduccionista fue necesario investigar un enfoque de discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos. Es así que el modelo social de la discapacidad expresa que: “Se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales.” (Palacios, 2008, p. 103). Pues bien, la sociedad es quien impone las diferencias en la misma, de acuerdo con Barnes citado por Palacios, menciona que: “Desde esta perspectiva, las personas con discapacidad son discapacitadas como consecuencia de la negación por parte de la sociedad de acomodar las

necesidades individuales y colectivas dentro de la actividad general que supone la vida económica, social y cultural” (p. 103).

De tal manera, no hay un respeto al principio de universalidad de los derechos humanos, ya que el modelo social de discapacidad muestra que “la realidad social de esta población contradice el principio constitucional que garantiza la igualdad real y el trato preferente para las personas con discapacidad” (Victoria, 2013, p. 1094). Por lo que las soluciones no deben enfocarse directamente a las personas afectadas sino a toda la población en general, existiendo así un modelo donde en la sociedad haya normalización en la igualdad de las PcD y otro modelo donde la sociedad debe de hacer frente a las necesidades de todas las personas. Pero todo esto es, en cuanto a lo que se apreció durante las entrevistas, un conocimiento desconocido por las y los encargados de la labor legislativa, un ideal que, en tal sentido, se queda en una utopía: si las autoridades que se supone tienen la labor de cumplir estas obligaciones las ignoran o desconocen de manera intencional, qué se puede esperar de las regulaciones que emitan.

Si bien algunos diputados han tenido acercamientos informales al tema, la ausencia de una capacitación suficiente es lo que reveló la entrevista; no hay una formación estructurada para que cumplan con sus obligaciones de accesibilidad para el derecho de consulta previa en un efectivo involucramiento en decisiones públicas. Lo cual, en la práctica, perpetúa la exclusión de PcD y limita su participación en procesos legislativos, revelando una violación a su derecho a la consulta y la participación política. La capacitación en derechos humanos y accesibilidad se percibe como un esfuerzo individual y no como una obligación institucional.

En el análisis de este resultado de la investigación concluye que la falta de capacitación en consulta a las PcD no es un simple descuido, sino una manifestación de exclusión sistemática de su involucramiento en los procesos legislativos del Congreso del Estado de Colima; por lo menos acorde a las respuestas y silencios emitidos por las personas entrevistadas. En su lenguaje se interpreta que tienen una concepción incompleta e ineficiente de los derechos humanos, donde la accesibilidad y la consulta no son considerados derechos exigibles, sino elementos

secundarios dentro del proceso legislativo. En términos de derechos humanos, esto reproduce un sistema excluyente donde la participación de PcD depende de la buena voluntad de las personas legisladoras en turno y no de un marco jurídico sólidamente integrado en sus procesos.

Respuestas sobre la existencia de apoyos y herramientas para la participación de PcD

El objetivo de la pregunta de investigación que guio esta parte de la entrevista era determinar si existen herramientas o apoyos que faciliten la plena participación de las PcD durante las consultas legislativas, ello para evaluar el cumplimiento del principio de accesibilidad universal. Se entiende por esta una condición esencial para la inclusión y la participación plena en la sociedad; es decir, su comprensión ha evolucionado para ser considerada desde una perspectiva más amplia y no limitada exclusivamente a la discapacidad (Palacios, 2008, pp. 118-123). Es decir, la accesibilidad universal debe, como su nombre lo indica, estar disponible para todas las personas, para que puedan, en igualdad, ejercer sus derechos humanos.

Al respecto, en el informe igualdad y no discriminación por razón de discapacidad (Benavides, Ospina y Velarde, 2010, p. 8), se precisa que:

La accesibilidad es la condición que debe cumplir el entorno social a fin de que todas las personas, en condiciones de igualdad puedan ejercer sus derechos y vivir de manera independiente. Supone, en sentido positivo, la obligación por parte del Estado de construir obras de infraestructura adaptadas a las necesidades de acceso de las personas con discapacidad, o en sentido negativo, la eliminación de obstáculos y barreras que impiden el acceso a los edificios, el transporte, comunicaciones, servicios de información, etc. (p. 8)

Desde el modelo social de discapacidad mencionado líneas arriba, la accesibilidad deja de ser abordada como una medida especial dentro de un proceso de rehabilitación y se enfoca en encontrar respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas. Ello incluye conocer y derribar barreras físicas, como contar con una infraestructura adecuada para la movilidad como elevadores y rampas, caminos con relieve y señales en braille para invidentes; barreras comunicacionales, como lengua de señas o adaptado para

neurodivergencias; y barreras actitudinales, desde la misma apertura, esfuerzo y responsabilidad de los y las legisladoras para conocer y respetar los derechos humanos de las PcD e integrarlas en los procesos legislativos y las regulaciones que aprueben.

En esta parte del análisis se evaluó si el Congreso del Estado de Colima garantiza la participación del sector de PcD en procesos de consulta. Con este análisis se buscó determinar si hay un interés real en mejorar las condiciones de participación eliminando barreras que enfrentan las PcD; o si, por el contrario, la exclusión se mantiene y es una práctica institucionalizada al identificar que existen obstáculos físicos (falta de rampas, señalización), comunicacionales (ausencia de intérpretes o documentos en braille) y actitudinales (falta de capacitación en derechos humanos).

Algunas de las personas entrevistadas mencionaron ciertos esfuerzos aislados para incluir a las PcD en la consulta, consistentes en reuniones con organizaciones que los representan o el uso de tecnología básica para favorecer la comunicación; pero que, en concreto, no se observó que se hubiera garantizado una accesibilidad. En las respuestas de otros legisladores, estos reconocieron de manera expresa que no hay herramientas accesibles suficientes y que el congreso no cuenta con protocolos formales de accesibilidad para la consulta de PcD. Entre sus respuestas también afirmaban que desconocían la necesidad de ajustes razonables específicos, señalando que “no ha habido solicitudes de parte de PcD”; es decir, como si la obligación no existiera a menos que lo exigieran de forma generalizada de las PcD.

En conclusión, de un análisis global de las entrevistas se ha identificado la ausencia de respuestas claras o la minimización del problema al revelar ciertas verdades subyacentes; puesto que, no se garantiza la accesibilidad, se ha normalizado la exclusión porque si la consulta se realiza sólo cuando PcD “lo solicitan” indica que el congreso no asume la responsabilidad proactiva de garantizar su derecho a participar, asumiendo que las consultas a PcD dependen de una mera voluntad política pragmática y no de un marco jurídico que les obliga a un trato digno, igualitario y no discriminatorio. Tal como lo señala la CDPD (2006) en su artículo 2:

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables [...] (el denotado en negrita es propio).

Factores que limitan o impiden adoptar ajustes razonables dentro del Congreso del Estado de Colima

En cuanto a las medidas que garanticen la accesibilidad, para respetar los derechos humanos de las PcD se tiene la obligación de realizar todos los ajustes razonables, tal como lo indica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2006), en su artículo 2:

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...]

Para entender la obligación de realizar ajustes razonables, de acuerdo con Luis Cayo Pérez (2012), estos implican:

La conducta positiva de actuación del sujeto obligado por norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares que éstas puedan encontrarse a fin de permitir en esos casos el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. (p. 8)

Sintetizando lo anterior, los ajustes razonables son indispensables para la inclusión social y accesibilidad en el ejercicio de los derechos,

garantizando la participación activa a las PcD: sector que enfrenta barreras históricas por haber sido marginado por el gobierno y la propia sociedad. Esto porque los ajustes razonables son aquellas adaptaciones y modificaciones en las estructuras sociales y políticas que permiten la igualdad de oportunidades para participar plenamente en la sociedad.

Durante las entrevistas, las personas legisladoras evadían o pretendían justificar su obligación a realizar ajustes razonables para la accesibilidad. Lo anterior se constató con las siguientes observaciones que se recogen de las interacciones: respuestas que usaban el presupuesto como excusa y no como una barrera real (como que no hay recursos o que hay “temas más urgentes”); otras, como se señaló, que se requería que las PcD solicitaran ajustes razonables. Lo cual refleja un desconocimiento del enfoque de derechos humanos, así como falta de comprensión del derecho de consulta como una de estas garantías.

Se destaca una fatalista normalización de la exclusión de PcD en el poder legislativo, con un argumento de incapacidad financiera como una estrategia recurrente para justificar la falta de acción estatal; lo cual equivale a validar la discriminación estructural por razones económicas y, en la práctica, ello lleva a perpetuar la exclusión y la violación sistemática de derechos humanos. El que los legisladores no mencionen la CDPD ni las leyes nacionales en materia de accesibilidad indica que no hay un marco de referencia claro dentro del congreso sobre la obligación de garantizar ajustes razonables; en términos de derechos humanos, no existen “temas más urgentes” cuando se trata de garantizar la participación de grupos históricamente excluidos.

Lo manifestado durante las entrevistas permite interpretar que los factores que limitan o impiden la adopción de ajustes razonables tienen que ver con agendas políticas que no integran una cultura de derechos humanos: desde el desconocimiento de las obligaciones en materia de consulta previa, accesibilidad y ajustes razonables, hasta una agenda política que no prioriza la igualdad y la no discriminación en el uso de los recursos públicos. El análisis revela que la falta de ajustes razonables en el Congreso del Estado de Colima no son resultado de una carencia de recursos, sino de una cultura política que no prioriza la accesibilidad ni la inclusión de PcD.

Durante la entrevista, la exclusión de PcD aparece sistemáticamente justificada con argumentos que no resisten un análisis profundo: el discurso legislativo refleja un desconocimiento y falta de sensibilización en cuanto a los derechos humanos de las PcD al evadir su responsabilidad en realizar “las modificaciones y adaptaciones adecuadas que garanticen “el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (CDPC, 2006). La obligación de garantizar la accesibilidad no depende de la demanda de las PcD o de que sobren recursos económicos después de atender “temas más urgentes” (según ciertas agendas políticas discriminatorias); sino, por el contrario, es una obligación estatal y de todas las autoridades establecida en el marco normativo vigente.

La falta de ajustes razonables para el derecho de consulta a PcD

De forma más directa, se indagó durante la entrevista sobre lo que implicaba realizar ajustes razonables en cuanto a las consultas a PcD. Esta indagación para hacer hincapié en el principio de accesibilidad en sus dos vertientes: como camino a garantizar una efectiva igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos, por una parte; y como requisito en el diseño de los entornos físicos, bienes y servicios, por la otra. Ambas vertientes convergiendo en el objetivo del principio de accesibilidad: eliminar las barreras que impiden la autonomía (Palafox, 2018, p. 32).

A partir de las respuestas se apreció que hay una visión incompleta de los legisladores acerca del derecho de consulta a PcD; puesto que se notó un vacío respecto al conocimiento explícito del problema: no reconocieron que la ausencia de accesibilidad impide el ejercicio efectivo del derecho de consulta. Lo que sugiere una visión reduccionista del problema y que se interrelaciona con la excusa sobre la falta de ajustes razonables por la falta de presupuesto sin que se mencionara alguna acción legislativa para solicitar recursos o gestionar y destinar un presupuesto específico para ajustes razonables; lo cual también indica una carencia de iniciativa política al respecto (sea por

insensibilidad política, agendas políticas discriminatorias, o mera ignorancia e ineptitud).

Se apreció que también había una minimización de la importancia de los ajustes razonables cuando en sus respuestas llegaron a afirmar que “siempre hay formas de participar”; como si no hubiera problema alguno o que este depende de que las PcD busquen otra “forma de participar”. Esto pone de manifiesto que hay una incomprensión fundamental de los ajustes razonables como medidas obligatorias para garantizar la igualdad. Lo anterior refleja una visión donde se espera que las PcD se adapten a las condiciones existentes en lugar de que sea el Estado el que garantice su acceso efectivo.

Durante las entrevistas la consulta a PcD sigue siendo visto como un proceso opcional, no como un derecho exigible. Ninguna respuesta remotamente reconoció que la accesibilidad debe estar garantizada como parte estructural del proceso legislativo; evidencia de que la consulta a PcD sigue dependiendo de la voluntad política de cada persona legisladora en vez de un mecanismo obligatorio con reglas claras.

El derecho de consulta de las PcD no puede ser efectivo sin accesibilidad, lo que significa que la falta de ajustes razonables equivale a una violación de sus derechos. Si el congreso no implementa tales ajustes que garanticen su acceso en las consultas, se está vulnerando directamente los derechos políticos de las PcD y perpetuando la discriminación estructural. Las “justificaciones” como problemas de presupuesto fueron una estrategia recurrente para tratar de diluir la responsabilidad estatal en el cumplimiento de los derechos humanos; lo cual, como se ha reiterado, no exime de la obligación de igualdad y no discriminación.

Si hay quienes creen que la consulta puede realizarse sin ajustes razonables porque “siempre hay formas de participar”, es evidente la clara incomprensión del enfoque de los derechos humanos, lo que confirma la necesidad de una formación en accesibilidad y derechos de PcD para las personas legisladoras y, por qué no, de la sociedad a la que representan.

La relevancia de los ajustes razonables para la inclusión

En este momento del análisis se requiere hacer una aproximación a la teoría de justicia de Nussbaum (2006) con el fin de interpretar las respuestas obtenidas. “Los pensadores clásicos del contrato social no lograrían imaginar que las PcD pudieran ser partícipes en la elección de los principios políticos” (p. 35), alude la autora, y parece que este eco subsiste en el pensamiento de las personas entrevistadas. Nussbaum (2006) afirma que la justicia implica reconocer que las PcD:

están plenamente capacitadas para ser partícipes en elecciones políticas, y esta exclusión que se infringe a este vulnerado grupo se refleja como una carencia desde el punto de vista de la justicia al no ser tratados como iguales cuando sus voces no son escuchadas en la elección de principios básicos (p. 35).

Continúa afirmando que no existe justificación para no incluirlas en los procesos de elección, ya que no suponen ningún inconveniente para las instituciones sociales que representan a las PcD en su colaboración en la toma de decisiones políticas (Nussbaum, 2006, p. 36).

Lamentablemente, considerando los resultados de esta investigación, parece que aún se ve a la accesibilidad como una concesión opcional y no como un derecho exigible. Por esta ignorancia, las PcD pueden sufrir discriminación, pues no hay igualdad ante el resto de la sociedad para que puedan ejercer libremente sus derechos y libertades fundamentales.

Debe quedar claro a las personas legisladoras que los ajustes razonables son indispensables: es necesario su conocimiento y manejo dentro del Congreso del Estado de Colima. Los ajustes razonables permiten el ejercicio de derechos y están consagrados en CDPC y la CPEUM, en una interpretación conforme a los valores y principios de igualdad, libertad, autonomía, independencia y no discriminación, que sustentan el sistema jurídico mexicano.

El cumplimiento al derecho de igualdad da como resultado que la persona pueda disfrutar plenamente de sus derechos humanos y fundamentales y se coloca en una posición de igualdad en la sociedad. Se debe entender igualdad en el sentido de que si bien todos somos iguales

ante la ley, cada persona es desigual en la sociedad, pues cada individuo es una identidad personal, es desigual en condiciones materiales y sociales (Giménez, 2009, pp. 311, 312) y físicas, es entonces que debe de hacerse un ajuste en donde todos los seres humanos por más diversos que sean personalmente, puedan disfrutar de su derecho de igualdad sin riesgo a que se vea vulnerado por la falta de ajustes razonables.

Por otro lado, si se respeta el derecho a la igualdad entonces también se respeta el derecho a la libertad; puesto que al vulnerarse el primero se limita el goce, uso y disfrute de derechos libremente. Por lo cual, de no hacer los ajustes razonables para que el sector de PcD pueda incorporarse a la vida sociopolítica con igualdad, la existencia de barreras discriminatorias impide su libre desenvolvimiento. La discriminación es social: “La sociedad debe estar diseñada de tal modo que responda a las diversas expectativas de desarrollo y progreso social” (Ospina, 2010 p. 154); ello amerita medidas distintas y apropiadas para respaldar el cumplimiento de los derechos humanos colocándolos en igualdad de condiciones que al resto de las personas (Palacios, 2007).

Dentro del reconocimiento de la dignidad y de los derechos humanos se encuentra que las PcD deben de gozar de autonomía; sin embargo, es importante destacar que existen discapacidades diversas que pueden llegar a un extremo de imposibilitar a la persona el tomar decisiones autónomas (Sarmiento, 2023). Eso no significa que deba dejarse de lado a las PcD en la toma de decisiones; sino, en estos casos, pueden ser asistidas por individuos que les apoyen conforme a sus intereses. También es necesario que se realicen ajustes razonables para que aquellas personas con discapacidad, las cuales su diversidad funcional no es grave y no les impide participar en la sociedad, puedan acceder de forma igualitaria y libre (Montañez, 2017).

Ahora bien, destaca que en el análisis se deja ver que persiste una discriminación hacia las capacidades diversas. es prudente admitir que la garantía del cumplimiento del derecho de consulta no es totalmente dependiente de las PcD o de aquellos que las representan, sino de la estructura gubernamental (Gallegos et al., 2016). Esto se aprecia en dos tipos de discriminación (Giménez, 2009): la jurídica y la de hecho.

La discriminación jurídica “excluye a algunos sujetos de la titularidad de algunos derechos” (Giménez, 2009, p. 317). Al dejar de lado a ciertos individuos como lo es el sector en cuestión, se está impidiendo el ejercicio de sus derechos. La falta de la consulta previa a PcD constituye en sí una violación de derechos, ya que se les excluye formalmente de procesos que les competen.

En cambio, la discriminación de hecho son “aquellas que de hecho se desarrollan, a pesar de la igualdad jurídica de las diferencias y en oposición al principio de igualdad de oportunidades” (p. 317) . A pesar de la existencia de ciertas legislaciones que garantizan el derecho de consulta previa, en la práctica las PcD a menudo no son consultadas ni se les da voz en procesos legislativos. Así que, aunque en la ley se les reconocen sus derechos, en la realidad práctica se enfrentan a desventajas en el ejercicio de su esfera jurídica (discriminación de hecho).

Es triste constatar que durante las entrevistas los legisladores no mencionaron soluciones concretas; de lo que se aprecia que la accesibilidad no ha sido una prioridad en la agenda política del Congreso. Las respuestas revelan patrones de justificación, minimización y desconocimiento sobre la obligatoriedad de los ajustes razonables como un derecho exigible. Esto pese a que la accesibilidad no es opcional ni negociable, los derechos humanos no dependen del presupuesto disponible, sino que deben garantizarse en cualquier circunstancia, pues el argumentar que la falta de presupuesto impide la implementación de ajustes razonables revela una falta de compromiso con la accesibilidad y una evasión de la responsabilidad estatal.

Síntesis de los análisis de resultados

Se procede al estudio, interpretación y discusión de los resultados obtenidos mediante los instrumentos empleados para la recolección; una vez sintetizada la información relevante, tenemos los códigos que obtuvimos por medio de las preguntas problemáticas.

Para la representación de la información analizada y sintetizada, se construyó el siguiente diagrama.

Figura 1. Diagrama sintético de los resultados de la investigación



Nota. Elaboración propia con los resultados obtenidos en la investigación.

Como se observa en la Figura 1, en la información que revelaban las respuestas, toman un lugar predominante las razones dadas para no aplicar los ajustes razonables en las consultas; ello desde el mismo desconocimiento o a modo de excusa, como si esto liberara de su responsabilidad al órgano legislativo; ahí se conjuntan la falta de presupuesto, de interés, de sensibilidad y de voluntad política para atender de manera prioritaria este sector en cuanto a regulaciones que le afectan directamente.

Como segundo nivel, se conjuntaron como evidencias de la violación a la obligación de los ajustes razonables para ejercitar el derecho de consulta previa la falta de capacitación de los recursos humanos, y la falta de accesibilidad en los recursos materiales. Lo anterior se oculta o invisibiliza con foros de participación que no tienen las medidas de accesibilidad, es decir, los ajustes razonables para que puedan participar PcD; así como cursos de sensibilización que no tienen un impacto real en las acciones de las y los diputados, ni en cambios de las condiciones

materiales o espacios que sean verdaderamente propicios para foros de consulta efectivos.

En el tercer y último nivel del diagrama se conjuntaron las razones jurídicas por las cuales, de acuerdo con lo investigado, es indispensable realizar cambios en el Congreso del Estado de Colima para que se apliquen ajustes razonables en el ejercicio del derecho de consulta previa de las PcD. Primero, porque sin ello se les está excluyendo y se les vulneran derechos, no sólo el de consulta previa, sino los que pudieran resultar perjudicados por la regulación que les afecta, y a la cual no se les ha consultado previamente; la falta de libertad para ejercer su derecho ante la imposibilidad de acceso al mismo; lo cual también limita su derecho de participación política, reduciendo el ejercicio de su ciudadanía; la discriminación en un aspecto prioritario para combatir la desigualdad que enfrentan las PcD, dado que si no participan activamente en las decisiones políticas que les incumben directamente, poco se puede esperar de que se les incluya en la vida social, política y jurídica en condiciones de igualdad.

A continuación, se sintetizan los análisis resultantes de las respuestas a las interrogantes guía de la entrevista.

Respecto a la primera pregunta *¿Qué acciones reflejan la sensibilización del poder legislativo al sector de PcD?*, se descubrió cuáles son los medios que utilizan los diputados para llevar a cabo las consultas a las PcD; a lo que abiertamente expresaron que emplean los foros en los cuales se reúnen con este sector vía representantes de asociaciones, con quienes platicaban acerca de temas que les atañen. Esto deja por ver que, si bien era un modo de acercamiento con el sector, no era suficiente, ya que no era directo y desde ese momento se levantaban barreras invisibles; es, además, un modo de simulación afirmar que se abre el espacio del congreso a las PcD, pero en la infraestructura material no hay adaptaciones para que ingresen ni tampoco se comuniquen, como intérpretes del lenguaje de señas o documentos braille; incluso, cabe la posibilidad que la invitación a los foros o consultas no lleguen a las personas con discapacidad.

Por lo que la comprensión de lo que los legisladores entienden por participación o consulta al sector es meramente formalista, es

decir, sólo por cumplir realizan una invitación a un foro sin asegurarse de que pueda llegar a las PcD y, además, las convoca a un espacio en el tienen problemas para ingresar y para comunicarse; así, se aprecia que en las personas entrevistadas no hay una visión sustantiva, o sea, eliminar las barreras que imposibilitan la participación activa de las PcD. Se interpreta por ello que la supuesta sensibilización con cursos no se refleja en la forma de llevar a cabo foros; menos aún respecto a la consulta previa en la que no pueden participar las PcD por la ausencia de los ajustes razonables que les den acceso.

En cuanto a la segunda pregunta, “¿Cómo se evidencia la falta de ajustes razonables para el ejercicio de las consultas adecuadas por parte del poder legislativo en relación al Derecho de Consulta a las PcD?” Las respuestas evidenciaron una falta de capacitación efectiva, pues quienes manifestaron haber tenido capacitaciones en el tema afirmaron que fue previo a su integración en la legislatura o que las llevaron por su cuenta fuera de las funciones que como legisladores asumen. Además, los cursos que llevaron fueron simplemente para conocer más acerca de las PcD, y no para poder llevar consultas adecuadas.

Sin embargo, a pesar de eso, los legisladores creen que por el hecho de llevar foros participativos ya se está cumpliendo el llevar a cabo una consulta, por lo que se evidencia la falta de ajustes razonables en las consultas legislativas porque, aunque se realizan foros participativos, estos no garantizan accesibilidad efectiva. La ausencia de herramientas como intérpretes de lengua de señas mexicanas, formatos accesibles y espacios adaptados demuestra que las PcD enfrentan barreras que limitan su derecho a participar plenamente. Esto refleja que el Congreso del Estado de Colima aún tiene una visión formalista del derecho de consulta, sin aplicar un enfoque de accesibilidad e inclusión real.

Respecto a la tercera pregunta, “¿Los ajustes razonables son indispensables para la inclusión del sector de PcD en las consultas de participación?” Aunque es claro que los ajustes razonables son indispensables, el artículo logra evidenciar su ausencia en un espacio prioritario: el derecho a la consulta previa ante regulaciones que les afectan. Se aprecia cómo el que haya una vulneración de los derechos de las PcD en el ámbito legislativo perpetúa un estado de discriminación

por omisión, esto por las barreras que impiden el acceso real a la toma de decisiones políticas que afecta su autonomía, igualdad y libertad. Se destaca que al impedir la inclusión de las PcD a los espacios de participación política se les excluye del ejercicio de otros derechos que se derivan de una ciudadanía plena. Además, se pone énfasis en que el cumplimiento de estos ajustes no debe ser opcional o supeditado a las decisiones arbitrarias de quienes legislan, sino una obligación del Estado conforme a la CDPC y la CPEUM (artículo 10 y 133) que es responsabilidad de las autoridades, en este caso, las que integran el Congreso del Estado de Colima.

Finalmente, en cuanto a la cuarta interrogante, “¿Cuáles son las razones que originan la falta de ajustes razonables dentro del Poder Legislativo y como se evidencia?”; las respuestas evidenciaron ignorancia, falta de sensibilización, de interés y de presupuesto, esto conforme a lo manifestado por las personas entrevistadas. Desde un enfoque fenomenológico-hermenéutico, la vivencia de los entrevistados no es de un cuidado a los intereses de las PcD, antes bien, parecen excusarse de su insensibilidad señalando una falta de presupuesto sin asumir su responsabilidad o proponerse resolverlo. Lo cual implica una insensibilidad que evidencia lo poco comprometidos que están con la inclusión y una falta de conciencia de su rol como legisladores. El hecho de que mencionan que la falta de ajustes razonables se debe a la falta de presupuesto da a entender que los derechos de las PcD no son realmente importantes dado que no se proponen cómo obtenerlos; e, incluso, se expresaban como gastos costosos y no como una inversión necesaria de la cual son autoridades responsables dentro del ámbito legislativo.

Conclusiones

De acuerdo con el problema que dio origen a la presente investigación, si bien se determinó que la falta de ajustes razonables necesarios para llevar a cabo consultas apropiadas al sector de personas con discapacidad puede vulnerar el que se lleven a cabo las consultas establecidas en el artículo 4.3 de la CDPC, instituido en el objetivo número uno, también se determinó que la falta de ajustes puede dejar sin garantía los principios establecidos en la misma convención, así como en la CPEUM, ya que

se le restringe a la PcD de disfrutar sus derechos en plena igualdad y libertad, esto enfocado principalmente a la hora de querer hacer uso de su derecho de consulta.

El análisis de las consultas legislativas dirigidas a personas con discapacidad revela que la falta de ajustes razonables no es solo una omisión técnica, sino un reflejo de problemas estructurales más profundos dentro del poder legislativo. A través de las entrevistas realizadas, se identificó que las consultas actuales no garantizan accesibilidad plena, lo que se traduce en una vulneración del derecho a la participación efectiva de las PcD. En su mayoría el poder legislativo del Estado de Colima argumentó que sí buscan incluir al sector con discapacidad al implicarse mediante foros participativos, esto, con el objetivo de que expresen sus necesidades mediante representantes de ciertas asociaciones civiles de las cuales forman parte; sin embargo, las acciones que implementan son insuficientes. La realización de foros participativos sin medidas de accesibilidad como intérpretes de Lengua de Señas Mexicana, formatos en Braille o herramientas digitales adaptadas, evidencia una visión limitada y formalista del derecho de consulta.

También existe la incógnita con aquellas personas con discapacidad que no pertenecen a alguna asociación civil, al no existir las herramienta o apoyos adecuados, además de la falta de implementación de mantener informado al sector. Lo anterior, no solo de que pueden formar parte de estos foros de participación que se llevan a cabo en el Congreso del Estado de Colima, sino de la totalidad de derechos que gozan como lo es la igualdad y la libertad, pues a causa de esta vulneración se ve limitada la participación. No se tiene la noción de si se encuentran adecuadamente informados para ejercer su derecho de consulta, y es importante que la persona a pesar de tener una capacidad diversa pueda participar más activamente. Sin embargo, lo que no se ve directamente, pero es igual de significativo, es la falta de compromiso real de muchos legisladores. La ausencia de varios diputados en el proceso de entrevistas, su negativa a participar, su actitud prepotente o desinteresada, refuerza la hipótesis de que la discapacidad sigue sin ser una prioridad en la agenda legislativa. Esto no sólo invisibiliza a las

PcD en la toma de decisiones, sino que perpetúa un modelo de exclusión donde el derecho de consulta se convierte en un simple trámite, sin impacto real en la legislación.

Las personas con discapacidad deberían de poseer la certeza de que sus derechos no serán vulnerados por la falta de ajustes que impide la accesibilidad en el ejercicio de derechos, esto se ejemplifica en que si surgiera el deseo de acceder a la página web del Congreso del Estado, esta página ya cuente con las modificaciones necesarias para su uso y goce, en el mismo sentido; que si alguna persona con discapacidad manifiesta la inquietud de acercarse a sus legisladores, ellos cuenten con aquellas herramientas o personas que medien la comunicación, así como si alguna otra persona del sector con una discapacidad distintiva de requerir un intérprete tenga el deseo o necesidad de participar en algún foro organizado por el congreso.

Ahora bien, de acuerdo al análisis realizado del contraste entre los fundamentos y los resultados obtenidos, se destaca que estos últimos no distan mucho de lo manifestado por Agustina Palacios y Martha Nussbaum en sus obras, en razón de que aún persisten barreras, como lo es la falta de ajustes razonables, la cuales limitan que la participación jurídica sea activa por parte del sector que nos ocupa. Nussbaum llama en su obra a este sector como una problemática no resuelta; desafortunadamente sigue siendo de esa manera.

Es preciso mencionar que durante la investigación existió un pequeño obstáculo en cuanto a la investigación de campo, en razón de que el tiempo fue poco para realizar las entrevistas. Las y los diputados que fueron entrevistados concluyeron su legislatura el primero de octubre del presente año, y al momento de sacar una cita con ellos se complicó porque ya no estaban yendo constantemente al congreso, solo se presentaban cuando tenían sesiones extraordinarias. Por lo anterior, se considera que sería indispensable tomar en cuenta el tiempo para realizar las investigación de campo.

Referencias

- Benavides, A., Ospina, M. y Velarde, R. (2010). *Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad*. Universidad Carlos III de Madrid, Clínica jurídica del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Cayo, L. (2012). *Configuración Jurídica de los ajustes razonables*. CERMI. <https://biblioteca.fundaciononce.es/sites/default/files/publicaciones/documentos/la-configuracion-juridica-de-los-ajustes-razonables.pdf>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH]. (s. f.). Acciones de inconstitucionalidad.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH]. (2018). Acción de inconstitucionalidad 46/2018. <https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-46-2018>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. (Promulgada en 1917). Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD]. (2006 ratificado por México en 2007). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>
- Finterbusch, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis*, 22(2), 227-252. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200008>
- Gallegos, J., García, P., Hernández, G., Sánchez, E. y Valles, B. (2016). *Discapacidad y Derecho VII*. SCJN
- Giménez, I. (Trad.). (2009). La igualdad y sus garantías. *Desafíos de la igualdad, Desafíos a la igualdad*. AFDUAM, 13, 311-313. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2009-10031100325
- Montañez, S. (2017). El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia. En *Anales de derecho y discapacidad*. (2) CERMI. 63-71. <https://cermi.es/colecciones/anales-de-derecho-y-discapacidad/155>
- Monteiro de Brito, Filho J. (2014). Asegurando el goce de los Derechos en condiciones de Igualdad: Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad - Contexto General. (Cernadas). En *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (p.75) *Universitat Pompeu Fabra*. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6618-derechos-humanos-de-los-grupos-vulnerables-coleccion-dhes>

- Naciones Unidas. [CRPD] (2018). Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención. Observación General Número 7. p. 5, párr. 15. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/336/57/pdf/g1833657.pdf>
- Nussbaum, M. (2006). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós
- Ospina, M. A. (2010). Discapacidad y sociedad democrática. *Revista derecho del Estado*, (24), 154. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/439>
- Palacios, A. (2007). ¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español. <https://vlex.es/vid/rehabilitador-persona-discapacidad-38860022>
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI.
- Palafox, I. y Alberto, F. (2018). Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación número 97. Daño moral derivado de actos discriminatorios por motivos de discapacidad y condición económica. Suprema Corte de Justicia de la Nación. p.32 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4889/14.pdf>
- Rodríguez, A. y Pérez, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*, (82), 179-200. <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>
- Sarmient, C. H. (2023). La autonomía y la discapacidad: Los retos derivados de la comprensión del ejercicio de la autonomía que motivan el planteamiento de una bioética aplicada a la discapacidad. *Revista Iberoamericana De Bioética*, (22), 1–13. <https://doi.org/10.14422/rib.i22.y2023.005>
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la Investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw-Hill Interamericana Editores.
- Stepień, B., y Rivera León, M. A. (2016). *Eppur si muove: consulta previa y derecho internacional a propósito de la ley de movilidad en México. Méthodos*. *Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, (11) p. 184. <https://www.redalyc.org/pdf/6761/676172944008.pdf>

- Stewart, L. (2024). Análisis hermenéutico en la investigación cualitativa. *ATLAS.ti*. <https://atlasti.com/es/research-hub/investigacion-hermeneutica>
- Victoria, Jorge A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(138), 1094. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&tlng=es
- Vivanco, Rostman M., Rosero, Carlos G. y Méndez, Carmen M. (2021). Análisis jurídico de la vulneración de derechos de las personas con discapacidad. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 9 (spe1), 00067. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.2974>

***Carrasco Espinoza Pahola Betzabé**

Formación: Licenciada en derecho por la Universidad de Colima. Ocupación: Investigadora independiente. Líneas de investigación: Derechos humanos, derecho de consulta a personas con discapacidad, inclusión social. Contacto: betzaofthehollow@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9029-0396>

****Muñoz García Georgina Monserrat**

Formación: Licenciada en derecho por la Universidad de Colima. Ocupación: Investigadora independiente. Líneas de investigación: Derechos humanos, derecho de consulta a personas con discapacidad, inclusión social. Contacto: mgmonse@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2201-4462>

Migración: el derecho a la paz y a su bienestar integral

Migration: the Right to Peace and Comprehensive Well-Being

Sherry Emilie Osorio Fernández*

María Leticia Segura Arévalo**

Guillermo Santiago Arriaga***

Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen

En este artículo se analiza la realidad de las personas migrantes a la luz de los derechos humanos; lo anterior, como un grupo vulnerado en sus derechos ante la necesidad de buscar mejorar su calidad de vida en otros países. Entre los principios afectados, se encuentran el acceso a la educación, a una vida libre de violencia, a la igualdad sustantiva, a la paz, a ser escuchados sin juicios. Sin embargo, la lejanía de sus seres queridos y el desapego al que se enfrentan se manifiesta en distintos estados de su salud mental, como crisis de estrés o ansiedad. Estas preocupaciones durante su trayectoria y arribo les permiten adaptarse a nuevos contextos, desarrollar nuevos recursos de resistencia y adaptabilidad como la resiliencia, albergando en lo más profundo de sus entrañas el recuerdo de quienes se quedaron atrás ante la búsqueda de este sueño.

Palabras clave: migración, paz, derechos humanos.

Recibido: 20 de agosto 2025.

Aprobado: 06 de octubre 2025.

Abstract

This article analyzes migration as a group whose rights are violated due to the need to seek a better quality of life in other countries. Among the rights violated are the right to education, to a life free of violence, to substantive equality, to peace, and to be heard without judgment. However, the distance from their loved ones and the detachment they face manifests itself in different states of mental health, such as stress or anxiety crises. These concerns during their journey and arrival allow them to adapt to new contexts, develop new resources of resistance and adaptability such as resilience, while harboring deep within themselves the memory of those who stayed behind in pursuit of this dream.

Keywords: Migration, Peace, Human Rights.



Introducción

El presente texto muestra un análisis profundo sobre el tema de la migración, y para entender su filosofía se describe como un fenómeno social donde el individuo busca, después de dejar su lugar de origen, el encuentro de una mejor oportunidad y seguridad de vida; pero también conlleva a múltiples y profundas implicaciones, que atentan contra los derechos más esenciales que defienden a la persona: los derechos humanos. En específico, el derecho a la paz y el bienestar integral del ser humano. Este fenómeno donde el *ser* va en búsqueda de una mejora integral nos muestra que en la migración se ven implícitas las vulneraciones que reciben, como el maltrato, la discriminación y la violencia.

Es a través de este estudio que se presentan las estructuras sociales y la nula o poca dirección política de sus países de origen, donde la obligación es la de garantizar la seguridad y la dignidad, además de la empatía, la solidaridad y el compromiso que deben a su sociedad. Lamentablemente no es así y son “arrojados” a un viaje lleno de desafíos y peligros.

También se aborda un tema sumamente importante como lo son las complejidades emocionales y psicológicas durante el proceso de migrar, en donde se destaca la resiliencia y también el dolor de la separación que viven las personas migrantes, la lejanía de sus familias y cómo el desapego emocional les afectan mentalmente, llevándoles a crisis tanto de ansiedad como de estrés.

Se discute la necesidad de la resiliencia y aquellos recursos que pueden desarrollar en su viaje al futuro quienes migran; y no solo es observar los problemas que enfrentan sino también el plantear la urgente necesidad de que los Estados acojan políticas que sean inclusivas pero que además promuevan los derechos, para que se reconstruya el tejido social con un ambiente de paz y de bienestar integral. El tema de la migración está muy lejos de ser un simple desplazamiento del individuo, es más bien un viaje de grandes desafíos, esperanzas y la necesidad continua de la dignidad humana.

Migración y estado de derecho

La migración es un fenómeno social que hoy toma un nuevo cariz gracias a las reformas políticas que se están dando a nivel global, el crecimiento de migrantes por decenas de miles en todos los continentes y sociedades que renuevan su manera de pensar para integrar a estas comunidades que se asientan en cualquier lugar con el único propósito de recibir un poco de seguridad, estabilidad y confianza para vivir con plenitud porque en sus lugares de origen, en muchos de los casos, las condiciones no son favorables. Sin embargo, esto no es reciente, es una realidad que se ha vivido desde el origen del ser humano. Entendemos por persona migrante “cualquier persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones” (Naciones Unidas, 2024).

La necesidad de mejorar su situación es inherente a cualquier individuo y ha llevado a cientos de pueblos a moverse a diferentes lugares donde la tierra fuera más fértil y favorable para las actividades más esenciales, como lo son la agricultura y la ganadería. Hoy en día, las aspiraciones no son distintas, pero los métodos sí cambian; no se busca un lugar por las facilidades para cultivar o para criar el ganado, pero sí hay un objetivo de lograr mejores oportunidades de trabajo y de esa forma superar la pobreza y disminuir la desigualdad; lo anterior, por medio de los sistemas que reconfiguran los modelos económicos, la interacción social y la estructura política.

Según el Portal de Datos sobre Migración (2025) se estimó que en el año 2024 migraron internacionalmente 304,021,813 personas alrededor del mundo. No obstante, la movilidad de las personas entre países o regiones no se traduce en un estado de bienestar inmediato para los y las migrantes, sino que es un proceso de adaptación difícil porque pasan por muchas situaciones para lograr su objetivo, y en algunas ocasiones hasta se pone en peligro la vida misma de los individuos que toman esta decisión. Desde el traslado y el asentamiento en su destino, experimentan procesos de adaptación en temas económicos, sociales y jurídicos. Por lo que no se convierte en una tarea sencilla para las personas que han tomado la decisión seguir este camino de la

migración. Aquellos individuos en situaciones irregulares “suelen estar expuestos desproporcionadamente a la discriminación, la explotación y la marginación.” (ONU, 2024), por lo que procurar mejorar la justiciabilidad de los derechos de las personas migrantes se convierte en una problemática inaplazable por atender en la agenda pública. Esta urgencia exige del Estado la necesidad de revisar su legislación, concientizar a su población y actualizar su quehacer institucional para recibir a personas que vienen de diferentes latitudes en búsqueda de nuevas oportunidades; quienes en algunas ocasiones no comparten lengua, historia y mucho menos origen. Pero que coinciden en una misma naturaleza humana.

Por tal motivo, el Estado, máximo órgano regulador de la vida pública y privada, debe establecer los medios necesarios para asegurar los derechos humanos de personas migrantes, tomando en cuenta que esto significa actualizar la legislación a las necesidades de la sociedad presente, fortalecer el quehacer de las instituciones públicas en todos los sentidos desde la seguridad, la salud y la educación, y por último, concientizar a la sociedad civil sobre principios democráticos constitucionales como lo son la dignidad, la libertad y la igualdad. A partir de esta nueva concepción del individuo, es necesario eliminar toda clase de discriminación o segmentación social, en el entendimiento que todo ser humano posee un valor intrínseco que no depende de ninguna otra condición para que su importancia sea reconocida por todos.

En este contexto es que deben plantearse políticas públicas orientadas a salvaguardar el bienestar de los migrantes en el trayecto o en el destino que haya establecido para sí mismo. Sin lugar a duda, su origen o nacionalidad no determinan su valía ni tampoco se vuelve un pretexto para promover la discriminación. Al contrario, el Estado y la sociedad civil deben reconocer el valor que posee cada individuo que se desprende de su propia existencia. Si bien, en la teoría se reconoce la importancia de estas personas y la necesidad de salvaguardar sus derechos humanos, en la praxis es una asignatura por atender. Por lo que se vuelve necesario realizar un análisis a profundidad del estatus de las personas provenientes de otros países en nuestro territorio y visibilizar su realidad. Comprender su sentir de convertirse en extranjeros y

encontrarse con una nueva cultura. Asimilar una nueva realidad que están viviendo.

Los eventos más recientes nos llevan a repensar cuál ha sido el papel de la autoridad y la sociedad civil en la protección de los derechos humanos de los migrantes en México o en el mundo. Basta con mencionar las siguientes tragedias que han marcado la historia del país y de muchas familias, por lo menos en materia de migración, como el incendio sucedido en marzo de 2023 en un centro del Instituto Nacional de Migración donde murieron 40 migrantes provenientes principalmente de Guatemala, Honduras, Venezuela y El Salvador. Otra noticia de este tipo sucedió en diciembre del mismo año, pero en Chiapas, cuando un camión que transportaba migrantes de forma clandestina se volcó en la carretera, muriendo por lo menos 26 personas. Sumado a ello, este camión, metros antes había pasado por un retén militar que aparentemente no detectó el traslado irregular de estas personas.

No obstante, también hay situaciones donde más de un migrante ha perdido la vida en EE. UU., en Europa y en todas partes del mundo. De ahí la necesidad de repensar no sólo el derecho a la dignidad de la persona, sino una garantía de migrar, un derecho a la esperanza, un derecho al progreso, un derecho a la paz, etcétera. Un derecho a transitar sin riesgo, sin peligro, sin poner en juego la vida misma de las personas que toman esta decisión. Por eso la necesidad de analizar la situación de quienes migran no sólo desde lo que comparten los medios de comunicación, sino realizar un estudio a conciencia de la situación de los migrantes y su realidad, su pensar y sentir.

Derechos humanos

Sin duda alguna, la teoría de los derechos humanos cambió nuestra perspectiva sobre los migrantes en nuestro presente, dando un giro sobre la necesidad que tiene el Estado de proteger las garantías de ellos y cambiando percepción de la sociedad civil, generando conciencia sobre el respeto a la dignidad que poseen por compartir una misma esencia humana. Así, los derechos humanos sirven de protección para las personas, es una aspiración para los países, es “un ideal común” (ONU, 2025) entre las naciones. Es un giro antropológico del derecho.

Pasar de una visión legalista kelsiana hacia una visión antropocéntrica que pone a la persona en el centro de toda operación, cualesquiera que esta sea y “todo derecho debe ordenarse al servicio del hombre persona en su circunstancia concreta” (Pampillo, 2019, p. 54). Es una lucha por defender la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas. Garantizar una existencia con el mínimo necesarios para desarrollarse en toda su potencialidad como individuo.

La dignidad humana es uno de los pilares que sostiene esta teoría que cambió, no sólo la realidad jurídica, sino al mundo entero en los últimos setenta años. No es un principio negociable. Debe ser una realidad para todas las personas. Sin distinción alguna. Es una garantía de que, en cualquier actividad, relación o aspiración, el ser humano ratifica su valor como Ser, suyo y de sus congéneres. Es una protección ante aquellas personas que desean limitar su potencialidad y aprovecharse de sus bienes personales. De ahí, que la esclavitud haya sido erradicada, al menos en su forma más antigua —aunque pareciera ser que encontró nuevas formas de explotación—.

Si bien, a lo largo de la historia surgen diferentes nociones acerca del significado de dignidad y hasta para algunos autores es “una noción ambigua y vacía de contenido” (Viteri, 2024), no cabe duda que en nuestro tiempo, dentro de la esfera pública, la idea de dignidad se refiere “al valor intrínseco que el ser humano posee, el cual le está dado desde su propio ser que lo constituye como un individuo, libre, racional, volitivo, pulsional, autónomo y como un fin en sí mismo” (Montero, 2021, p. 55). Esta noción nos permite establecer límites precisos para las operaciones del Estado, determina obligaciones que debe cumplir y traza una ruta clara sobre los fines de la organización política en materia de migración. A partir de esta lógica, cada actividad tiene que estar orientada a dignificar al ser humano, independientemente de la realidad que vive la persona.

Por esta razón expuesta, el Estado debe proteger sus fronteras con el propósito de regular el tránsito a su territorio y asegurar que los migrantes reciban un trato digno al ingresar al país de parte de las instituciones, los operadores jurídicos, fuerzas armadas, seguridad pública, quienes son los principales responsables de conservar el orden y la seguridad. La idea de la dignidad no sólo se queda en teoría,

también debe ser una praxis. Dignificar al migrante desde su ingreso, reconociendo su identidad, su nacionalidad; haciéndole saber sus derechos, sus obligaciones; dándole la oportunidad de transitar con seguridad en nuestro territorio, sin discriminación, sin distinción alguna. Pero, la realidad en el mundo se vuelve incierta para todas aquellas personas que desean buscar nuevas y mejores oportunidades, tal como lo vemos en EE. UU. con las nuevas políticas anti migratorias que han impuesto para los migrantes. Por ello, es capital replantear la idea de dignidad del migrante. Si todos somos seres humanos, por encima de toda nacionalidad, siguiendo esta lógica de los derechos humanos, nadie debería necesitar de un visado o permiso para transitar.

Pero al mismo tiempo que se procura defender la dignidad, también es necesario garantizar el derecho a la libertad de los migrantes. La libertad es el reconocimiento de la voluntad, saber que el ser humano es un ente volitivo, que posee la capacidad para decidir. El Estado no sólo debe velar por los ciudadanos de su nación, sino proteger a todos los individuos indistintamente su origen y nacionalidad. Porque los derechos humanos no son a medias ni hay ciudadanos de segunda o de tercera, sino todos somos iguales en valor para los derechos humanos. Por eso la necesidad de replantear la seguridad de los migrantes en México y el mundo. Porque los derechos humanos no hacen acepción de persona. Si en sus lugares de origen aún no se consolida un estado de derecho, no hay una protección expedita de sus garantías más esenciales, debe ser una tarea de las demás naciones establecer los mejores controles de seguridad constitucional para las personas en tránsito. De tal manera, en nuestros países, en este caso México, debe ser un Estado que garantice la libertad de los migrantes, la capacidad que tienen ellos para tomar una decisión sobre sí mismos y su futuro. Una libertad para desarrollarse, pero también una libertad de tránsito.

La libertad va más allá de entenderse “libre de un poder absoluto y arbitrario” (Brito, 2021, p. 116), una concepción que en el pasado tenía vigencia por los sistemas monárquicos y esclavistas que gobernaban; pero hoy, desplazados esos paradigmas anacrónicos, no cabe más que reinterpretar la libertad a la luz del presente, y entenderla como la capacidad que posee el individuo de hacer uso de cada una de sus

capacidades para satisfacer sus necesidades y aspiraciones, de “hacerse a sí mismo”, de ‘gestionar su naturaleza’, de ‘definirse’ según su propio arbitrio” (Pampillo, 2019, p. 54). Es así, que quien migra, en la necesidad de cumplir con sus sueños, emprende un camino hacia lo desconocido, pero sabiendo que es la oportunidad de cumplir con el propósito que él mismo se ha impuesto. Es la manera en que se realiza personalmente y en muchos otros ámbitos más. No es la libertad de abandonar la esclavitud, de hacer uso de su voluntad; la libertad es la manera de realizarse como persona. De perfeccionar su humanidad. De curtir su carácter.

Como se mencionó, el Estado tiene la obligación de proteger las fronteras nacionales, pero esto no debe significar una prohibición de entrada para los migrantes. Al contrario, debe ser la oportunidad para disfrutar de sus derechos como es la dignidad y la libertad. Dignidad al reconocer que su valor no está sujeto a negociación alguna y que cuenta con la libertad necesaria para ingresar a nuestro país sin ningún tipo de restricción.

Una vez entendido el derecho a la dignidad y la libertad, es necesario abordar el principio de igualdad. Sin duda alguna, es un principio mal usado por la falta de entendimiento de este. Propugna que no hay diferencia en el valor de las personas, que todas poseen un mismo valor que nos otorga dignidad, sin distinción alguna. Pero esto no significa que todos tengamos las mismas capacidades, mucho menos erradica la diversidad natural que hay entre las personas. Sólo es una igualdad frente al Estado, frente a la Constitución y las instituciones en oportunidades y frente a nosotros mismos. Los migrantes también tienen derecho a gozar de igualdad de condiciones que cualquier persona que haya nacido en otro país. Es una igualdad especial, porque reconoce que no todos tenemos las mismas oportunidades para desarrollarnos, algunos nacen en contextos que son menos favorables, pero indiscutiblemente, eso no les resta capacidad para que por sus propios medios construyan un futuro con mejores condiciones. En este punto, el principio de igualdad “se define como en términos de igualdad de tratamiento” (Criado, 2011, p. 10). En otras palabras, es un principio de no discriminación. Sin duda alguna, la historia da numerosos ejemplos de tratos diferenciados por múltiples razones, pero en la actualidad, hay una preocupación real por

erradicar estas prácticas y por esa razón, los derechos humanos tienen el ideal de lograr una sociedad pacífica, armoniosa e integrada.

En este contexto, la igualdad no elimina las diferencias naturales. Sin duda alguna, es la pluralidad de pensamiento, de capacidades y de intereses permiten que la sociedad continúe hasta nuestros días, permitiendo enriquecer nuestro existir con esa multiplicidad de idiosincrasias y cosmovisiones que surgen en el devenir de la humanidad. La migración, más allá de confrontarnos entre nosotros, es una oportunidad para reconocernos en los otros, de valorar su carácter y de analizar nuestras prácticas. La migración permite actualizar nuestro modo de vivir. Someter al juicio de la razón nuestra manera de pensar. Es una dialéctica que dará por resultado una nueva sociedad, cultura y costumbres. El pasado es testigo de que el encuentro entre las civilizaciones resulta en nuevas lenguas e ideas.

La migración es un movimiento social complejo, ambiguo, lento e inevitable. Corresponde a todos los actores sociales construir un espacio en el que todos tengan oportunidad de vivir y de desarrollarse. Un desafío del mundo presente. Acentuado por el desarrollo científico y tecnológico que facilita el encuentro entre culturas, pero al mismo tiempo promovido por políticas económicas neoliberales que promueven el enriquecimiento de unos, mientras que empobrecen a otros tantos. El mundo de nuestros días tiene matices que se vuelven objeto de estudio para los pensadores del presente y que tienen por responsabilidad visibilizar la situación de los grupos vulnerables como lo son los migrantes.

Las estructuras sociales como causa de migración y el derecho a la igualdad sustantiva

La sociedad está viviendo uno de sus peores momentos, los países se han visto colapsados por las diversas manifestaciones de violencia interna. Sus estructuras sociales, políticas, económicas, culturales y educativas se resquebrajan por la falta de dirección política que permita a los ciudadanos obtener los recursos para la supervivencia propia y de sus familias, trabajo, comida, alimento, vestido, seguridad, estabilidad. Reflejo de esto es el bajo índice de desarrollo nacional, que con base en las (ONU, 2025) es considerado toda una institución con múltiples

funciones, objetivos, propósito obligaciones que debe abarcar desde las necesidades propias de quien dirige, sin perder de vista que sus integrantes objetan una buena calidad de vida.

Las estructuras sociales desde el punto de vista de las ciencias sociales siempre han estado marcadas por el poder y el control, así como por una notoria clasificación entre ricos, pobres y sus constantes desigualdades. Numerosos estudiosos se han dado a la tarea de analizar las causas que empujan a la sociedad a llevar estas formas estructurales, como ejemplos, la teoría marxista de Karl Marx, la teoría de la estratificación social de Max Weber y la teoría sociológica de la acción de Emilio Durkheim, por mencionar algunas. En cada una de ellas, existe un análisis en donde vemos que es el propio ser humano el que se separa de sus iguales, en donde se busca la opresión de unos sobre otros y en donde se obtiene un beneficio para algunos cuantos.

Este panorama nos lleva a replantear si las causas de la migración obedecen a la falta del desarrollo nacional o por la estructura social en la que los sujetos viven, en donde sus derechos a la igualdad sustantiva han sido desplazados por la falta de oportunidades, falta de equidad, igualdad, el control y el poder. Por igualdad sustantiva, entendemos el derecho de toda persona de obtener preparación suficiente que le permita ponerla en práctica en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres (CNDH, 2022), y evitar que estos derechos sigan siendo vulnerados por la violencia interna y estructural que aún existe.

Maltrato y ausencia del derecho a su paz

Este grave deterioro en las oportunidades ha empujado a muchas personas a salir de sus países, comunidades y culturas; en consecuencia vemos cómo el derecho a su paz se torna sustituido cuando evalúan sus necesidades y las de su familia, por lo que construyen un escenario ideal en donde fincan sus expectativas y sus sueños, ¡claro!, fuera de su contexto habitual, sin considerar que esto pone en franca mira su integridad al ser susceptibles de violencia y de malos tratos hacia su persona y su dignidad.

El derecho a la paz se torna violentado cuando inician su marcha y adquieren la figura de migrante, quienes sufren de distintos tipos

de violencias entre las que se encuentran la institucional, en donde la negligencia ha cobrado con la muerte de muchas personas; uno de estos casos fue el sucedido en Ciudad Juárez. Este acontecimiento, además de causar un gran descontento en la sociedad, puso a pensar a conciencia sobre el trato que reciben los migrantes por parte de los organismos autorizados para su cuidado (BBC, 2023).

Por otro lado, la violencia física y sexual a la que se encuentran expuestos y en donde no solamente la mujer es blanco para llevarlo a cabo, sino cualquier persona, ya que, debilitados por la carencia de insumos como alimentos, luz y energía, se propicia el contexto ideal de los perpetradores.

Otro ejemplo de violencia hacia migrantes es cuando ya se encuentran inmersos en el territorio al que aspiraron, en donde se presenta otro fenómeno de la migración: la violencia simbólica o cultural. Esta viene acompañada de grandes matices de discriminación, de malos tratos físicos, verbales, culturales, de señalamientos por estereotipos y estigmas por su forma de verse o hablar, por lo que su derecho a la paz se torna menoscabado por la misma humanidad.

El derecho a la paz constituye uno de los más altos estándares en todas las naciones, es la aspiración más grande en la humanidad, es un derecho inalienable por el simple hecho de ser persona; sin embargo es hasta diciembre de 2016, que se establece la Declaración sobre el Derecho a la Paz, aprobada a través de la Resolución 71/189 de la Asamblea General de Naciones Unidas; esta nos dice en su artículo segundo que “los Estados deben respetar, aplicar y promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el estado de derecho y garantizar la liberación del temor y la miseria, como medio para consolidar la paz dentro de las sociedades y entre estas”. Se promueve la condición en donde no hay fronteras y diferencia entre las personas, en donde es imperante que se establezcan formas en las que puedan ser escuchados como parte de la comunidad a la que se integran.

Potestad del Estado de derecho la garantía del derecho de tránsito

Debemos comprender que un estado de derecho no se refiere solamente a la aplicación tácita de la norma, ante el incumplimiento de ella, también implica garantizar que las personas puedan decidir a dónde ir sin que por ello se les detenga o maltrate. Los derechos fundamentales, de acuerdo con Acuña (2010), son los más altos estándares normativos establecidos por el Honorable Congreso de la Unión, plasmados en el máximo ordenamiento de nuestro país, es decir la constitución federal.

Es por ello que el derecho de tránsito como derecho fundamental en la norma constitucional mexicana, refiere al artículo 11, en donde describe que “toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes” (CPEUM, 2025). Entonces, si así lo dicta nuestra máxima de máxima, ¿quién dota de facultades a quién para detener a las caravanas que necesitan cruzar y transitar hacia un destino particular?

Dentro de la ley de migración se hace un llamado al respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos de los migrantes; establece, además, políticas migratorias, el reconocimiento de sus derechos y atiende a este principio de libertad de transitar. Dentro del artículo 7 define este derecho y dota de libertad a quien decida ingresar, y de ser necesario, permanecer o moverse a otros estados. Y si es su deseo posteriormente salir del país, puede hacerlo, entendiendo también que existe una regulación de estancia establecida por las diversas normativas legales.

Este mismo artículo establece que las personas indistintamente de su situación dentro de la nación pueden trasladarse por los medios o formas que así lo consideren, y que solo las autoridades facultadas para ello podrán, en los casos necesarios y dependiendo de la circunstancias que se presenten, solicitar a alguien su situación migratoria.

Educando para la paz: el derecho a una vida sin violencia

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (OIM, 2025) establece que se adquiere el carácter de migrante cuando pasamos un lapso de un año en un país diferente al de origen, y deja al descubierto una labor muy importante del lugar al que llega, como lo es la carencia del sentido de la educación para la paz, y por ende la forma en la que debemos tratarnos.

La educación para la paz, si bien es cierto es parte de un proceso formativo que en primera instancia debería dar inicio en la socialización primaria bajo una serie de valores, normas de conducta y buen trato, generalmente se confiere a un segundo plano de formación del individuo, como lo es la socialización secundaria y, con la mejor de las suertes, se incorporará al menos una asignatura de formación para la paz, de corte optativo, posicionándose en un plano inferior de la preparación académica.

Pero ¿qué tiene que ver la educación para la paz con los migrantes? No solamente se relaciona con la preparación académica, sino que se relaciona en un todo, ya que habla de una sociedad preparada, competente y humanista en donde “no existe” diferencia de nacionalidad, color o linaje; en donde quienes transiten o se incorporen a su sociedad sean recibidos de manera solidaria, empática ante sus necesidades. Una sociedad que ofrece cooperación básica sobre a dónde ir, o cooperación instrumental sobre qué hacer y en dónde; el trato se asume por naturaleza, mostrando la comprensión hacia las vicisitudes de la persona. En este tenor, Cerdas (2025) relata que la educación para la paz se construye a través de toda una cultura educativa, en donde las personas son tratadas con dignidad, respeto bajo los más altos estándares establecidos por los derechos humanos en beneficio de la sociedad.

La educación para la paz es una construcción pedagógica de orden cultural y como tal se debe asumir, por lo que nuestras administraciones de orden estatal y federal habrán de trabajar y apegarse a lo señalado por los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, entre ellos el ODS 4 y el ODS 16. Esto implica una ardua tarea en la construcción y adaptación de las mallas curriculares de todos los niveles educativos,

en la elaboración de libros pertinentes y transversales de desarrollo humano y formación humanista, los cuales incluyan ejercicios, prácticas pedagógicas y comunitarias para obtener los conocimientos y dotar de herramientas cognitivas en el educando, que enseñe no solamente a convivir, sino que aprenda a coexistir con sus semejantes independientemente de donde sea.

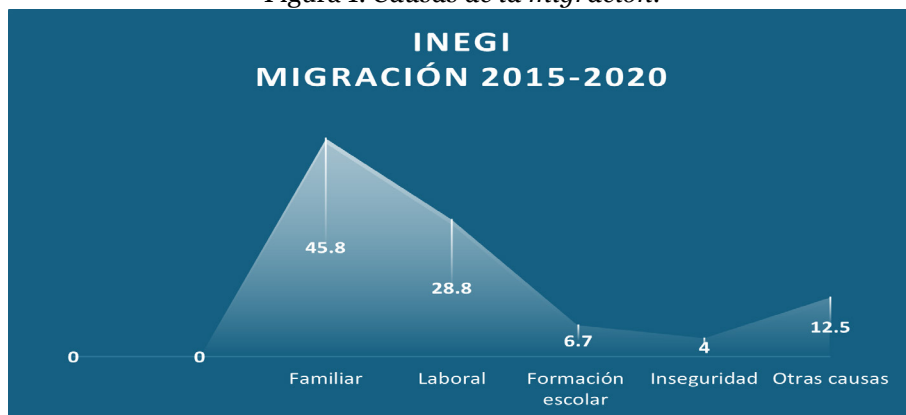
La labor no es fácil y la semilla de la educación para la paz tardará en dar sus frutos, sin embargo, el inicio es el camino al cambio y el cambio es lo que buscan los migrantes, por lo que tarde o temprano la semilla de la educación para la paz florecerá.

Prácticas restaurativas: del juicio a la comprensión migratoria

En tanto que lo planteado suceda, habrá que cuestionarse sobre la situación de las personas migrantes ya incorporadas en nuestra sociedad. ¿Qué lleva a determinar su situación? o ¿qué les impulsa a tomar esta decisión? ¿Se conocen sus necesidades? ¿Cómo entender por qué salieron de su país en búsqueda de otro?

Nada es lo que parece en la migración, porque, muchas de las apreciaciones, por no decir juicios que se hacen, son conjeturas o supuestos. El Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI, 2020), durante el período del 2015 al 2020, muestra algunas de estas causas entre las que se encuentran: el factor familiar con un 45.8 %; el laboral (trabajo) con un 28.8 %; la formación escolar (educativa) con un 6.7 %; la inseguridad delictiva o violencia con un 4 %, y determina, con el 12.5 % otras causas, como se muestra en la Figura 1.

Figura 1. *Causas de la migración.*



Nota. Elaboración propia con información del INEGI (2020).

Para comprender estas causas de migración, es necesario crear espacios de escucha, pero, no con una escucha superficial y juiciosa, sino a través de metodologías que nos permitan interactuar con ellos, con una estructura que tenga como premisa entender su situación migratoria. Para ello, existen prácticas restaurativas que tienen como finalidad la reconstrucción del tejido social. Para la Secretaría de Seguridad Pública, el tejido social es un entramado conformado por todos los sectores de la sociedad, dígame familia, comunidad, gobierno, instituciones civiles, etcétera, en un estado de armonía que permite escucharse y establecer acciones para cubrir las necesidades de los diversos grupos (SSP, 2011).

Por otra parte, las prácticas restaurativas son por esencia reuniones de construcción circular, y de acuerdo con Zehr (2010) buscan integrar y unir a la comunidad, movilizandoy haciendo partícipes a las diversas personas con algún interés en específico, por lo que su característica particular y lo que la distingue es que proponen en un plano de igualdad el abordaje de temas específicos como lo pueden ser las causas que motivan esta migración. La dinámica tradicional de estas prácticas se establece en un espacio privado, seguro, se da inicio con una palabra o frase detonante y se establece un orden de intervención para que todos y todas puedan exponer su situación; para ello se utiliza un instrumento denominado tótem, cuya finalidad es dar el uso de la palabra; se incorpora en el centro un tapete circular en donde se deposita

una pertenencia que sea muy significativa de cada uno y posteriormente lo explica. En estas pautas de comunicación todos y todas escuchan con atención y entendimiento sin juicio, generando una sinergia de empatía y comprensión ante lo expuesto. Después de varias rondas y con una frase final se cierra el círculo, logrando con ello establecer una comunidad más reflexiva, inclusiva y consciente de las necesidades de sus integrantes.

Las emociones de los migrantes: un viaje de esperanza y desafío

Un número importante de personas a nivel global que busca asilo ha alcanzado niveles sin precedentes, los conflictos han generado desafíos políticos, sociales y humanitarios complejos, que impactan en la planificación y provisión de servicios en los países receptores (Blackmore et al., 2020). Los asilados han vivido situaciones traumáticas, como separación o pérdidas de seres queridos, guerras, peligrosos viajes hacia destinos seguros, o dificultades de adaptación a una nueva cultura (Peconga y Hough, 2019).

Es importante recalcar que los migrantes, al llegar a un nuevo país que los ha acogido, se enfrentan a otros problemas, como las barreras lingüísticas, la exclusión social, las dificultades económicas, cambios socioculturales, falta de apoyo, lo que afecta directamente en su salud física y mental (Henríquez et al., 2023). Por lo anterior, un número considerable de migrantes corren el riesgo de sufrir trastornos psicológicos o condiciones mentales graves que pueden durar años después de su reubicación.

El desafío que enfrentan los migrantes está marcado por violencias internas en sus países de origen, que sin oportunidades son factores que impactan emocionalmente en esa travesía y en la búsqueda de una vida digna (Méndez, 2019). Esta actividad migratoria no solo representa la lucha por sobrevivir, sino también el deseo de pertenencia a un entorno, acumulando sentimientos como la nostalgia, el abandono familiar. Y es durante el viaje donde se perciben emociones de tristeza, coraje y zozobra, aunque también momentos de alegría; es importante señalar que todas esas emociones contribuyen a la resiliencia y a definir su identidad en contextos hostiles.

La búsqueda de un futuro mejor

La migración es vista desde una perspectiva de esperanza para alcanzar un futuro mejor, son las familias de nivel socioeconómico bajo quienes buscan elevar o cambiar el rumbo de vida al que estaban acostumbrados. Esta esperanza de un futuro mejor es lo que los mantiene con la energía para seguir su camino, no obstante de las dificultades que se presentan. Y son los riesgos que trae la migración lo que para millones de latinos y caribeños son su única esperanza de progreso (Mora y Romero 2023).

El ser humano necesita tener bienestar tanto físico como emocional, sin descuidar el bienestar social, todo ello forma parte de la salud mental, que si bien se ha catalogado como la falta de enfermedades o malestares, para Armijos (2022) este estado se relaciona con la capacidad de los individuos de generar su propio bienestar y se evalúa a través de su satisfacción personal y percepción de vida. Es aquí donde los migrantes se llenan de deseos positivos, de esperanza, de sueños, lo cual son los motores que los llevan a la aventura; en cambio la ansiedad, miedo e inseguridad se presentan en los menores entre cinco y siete años, al sentirse desamparados ante el riesgo de abusos o maltratos psicológicos (Mora y Romero, 2023).

Dificultades psicológicas de los migrantes: país de origen, trayecto y país receptor

Los migrantes enfrentan múltiples factores de riesgo desde su país de origen, incluyendo pobreza, violencia, falta de oportunidades y conflictos que afectan su bienestar emocional (Méndez, 2019). Durante la travesía, los peligros locales y globales, como recesiones económicas, brotes de enfermedades, crisis humanitarias, desplazamientos forzados y crisis climática, elevan los riesgos físicos y psicológicos (World Health Organization, 2022). Los migrantes pueden sufrir deterioro físico, limitado acceso a agua y alimentos, condiciones de higiene precarias y exposición a enfermedades transmisibles. Además, mujeres, niños y adolescentes son particularmente vulnerables al acoso y abuso sexual, generando estrés colectivo (Naranjo-Sabina, González-Valles y Castro-Valles, 2024).

En el país receptor, los migrantes enfrentan barreras lingüísticas, cambios culturales, exclusión social, desempleo y pérdida de redes de apoyo, factores que contribuyen a trastornos psicológicos significativos (Henríquez et al., 2023; Peconga y Hogh, 2019). Entre los trastornos más frecuentes se encuentran el TEPT, la ansiedad y la depresión, con tasas de hasta 43 %, 40,85 % y 26,6 %, respectivamente, en refugiados sirios adultos (Peconga y Hogh, 2019). Henkelmann et al. (2020) reportan que hasta un tercio de las personas refugiadas presentan depresión o TEPT diagnosticables, y dos de cada diez trastornos de ansiedad, prevalencias superiores a poblaciones no refugiadas.

Factores de riesgo adicionales incluyen estatus migratorio inseguro, amenaza de deportación, violencia sexual, disfunción familiar, pobreza, discriminación, ausencia de redes de apoyo y barreras de vivienda y empleo (Côté-Olijnyk et al., 2024; Rizzi et al., 2023). No obstante, la presencia de recursos psicológicos y sociales, como apoyo social percibido, ampliación de redes e identidad compartida con la comunidad de origen y receptora, puede mitigar los efectos negativos en la salud mental (Henríquez et al., 2023; González-Castro et al., 2020).

Dolor de la separación

La migración implica la separación de la familia y de la comunidad de origen, generando un profundo dolor emocional. Cuando la persona migrante abandona su lugar de origen experimenta nostalgia, tristeza, vivencias comparadas a la pérdida de un ser querido. En las infancias, la situación de abandono puede presentar cambios en el comportamiento, así como el impacto emocional como la ansiedad, tristeza, desánimo, preocupación, miedo, nostalgia, entre otros (Mora y Romero 2023).

Los jóvenes también se ven afectados ante un abandono, experimentan la soledad, que los lleva a comportamientos rebeldes o consumo de alcohol o drogas. También en la separación de una pareja hay una alta probabilidad de efectos negativos. Como bien lo señalan Naranjo-Sabina, González-Valles y Castro-Valles (2024), en el ámbito familiar la migración tiene un efecto negativo en la estructura y dinámica, resultando en desfragmentación, pérdida de redes de apoyo y problemas en la relación de pareja.

El movimiento de los migrantes lleva a percibir un dolor que es acompañado por la nostalgia, pero también de la pérdida de lo que dejaron en su lugar de origen, es en esos pensamientos donde su salud mental se ve afectada, ya que perciben muy continuamente la tristeza. Esa falta que hace la familia aumenta y llega a ser un malestar que se le presenta al migrante y ante esta vivencia se ve afectado, provocando con ello un malestar generalizado.

Estrés y ansiedad

Tanto el estrés como la ansiedad son condiciones generadas por la travesía migrante, ya que provocan angustia, miedo, culpa, etcétera, por abandonar a la familia. Los TA (trastornos de ansiedad) son patologías asociadas frecuentemente, que llegan a provocar sufrimiento con una carga importante en sus ámbitos económicos y sociales (Delgado, et al., 2021).

Para Naranjo-Sabina, González-Valles y Castro-Valles (2024), durante la travesía, con frecuencia suelen ser víctimas de acoso y abuso sexual, sobre todo las mujeres, niños, niñas y adolescentes. Situación que los lleva a un estrés colectivo. Además, la migración es a menudo incierta y fragmentada. En ocasiones, los migrantes se ven obligados a permanecer en ciertas regiones durante períodos prolongados, lo que genera nuevas problemáticas y condiciones que impactan su realidad social y cultural. Este contexto permite observar la necesidad de programas de apoyos emocionales que les ayuden a afrontar experiencias adversas.

Resiliencia

La resiliencia permite enfrentar de una manera positiva las adversidades y los retos que surgen a lo largo de su vida. Se obtienen aprendizajes significativos que lo transforman y le ayudan a desarrollar nuevas competencias que pueden ser útiles en el futuro (Pérez-Ávila, 2024). También los niños y jóvenes pueden encontrar apoyo en amigos y familiares, fomentando y promoviendo las relaciones positivas, apoyo emocional y conexiones sociales (Mora y Romero 2023).

Recursos de afrontamiento

Para disminuir los efectos negativos de la migración y que se logre el bienestar mental, es necesario trabajar en los recursos psicológicos y sociales, como percibir la ayuda de programas sociales, la identidad con su comunidad, las redes de contacto, inteligencia emocional, así como de tener la capacidad de reparar su estado emocional (Henríquez et al., 2023; González-Castro et al., 2020).

La religión y las relaciones cercanas ofrecen soporte, aunque pueden generar carga emocional por la responsabilidad hacia la familia (Côté-Olijnyk et al., 2024). Estos recursos permiten a los migrantes manejar emociones negativas, extender las positivas y fortalecer la resiliencia frente al estrés.

Sugerencias a las naciones receptoras

Para que se promueva el bienestar y también la salud mental en las personas migrantes, las naciones receptoras deben implementar políticas inclusivas y sensibles a la situación emocional de estas. Entre las acciones recomendadas se incluyen la creación de programas de apoyo psicológico, fortalecimiento de redes comunitarias y familiares, acceso a educación y servicios sanitarios, adaptación cultural y lingüística, promoción de la participación social y económica, y estrategias para reducir la incertidumbre legal y el estatus migratorio inseguro. Estas medidas permiten a los migrantes enfrentar adversidades, desarrollar resiliencia y motivación, y favorecer la calidad de vida.

Conclusión

A la luz de las múltiples situaciones por las que atraviesan los migrantes, es necesario reforzar y actualizar las medidas que garanticen su seguridad, así como su derecho a su desarrollo individual o familiar, sin que medie violencia alguna que vulnere sus derechos humanos. Para ello se propone generar espacios de participación y conexión con la comunidad en general a través de prácticas restaurativas, que permitan, primero, comprender en un plano de igualdad las diversas necesidades de los grupos; segundo, conectarse desde la comprensión de las propias emociones y esperanzas puestas en ese nuevo camino, con la finalidad

de que las naciones receptoras desarrollen fuertes campañas y políticas inclusivas a quien o quienes por diversas necesidades se les domina como migrantes, que en palabras crudas en la realidad y sin distinción alguna, son personas.

Referencias

- Acuña, Martha L. (2010). ¿Qué entendemos por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales? *Justicia*, 18, 51-161.
- Armijos, R. A. C., Viteri, M. G. T., Junia, H. D. G. y Acurio, O. R. L. (2022). La salud mental y ansiedad en los espacios de trabajo. Estrategias de mitigación. *Dominio de las Ciencias*, 8(3), 86.
- Arrieta, Milton. (2023). El derecho humano a la paz: contenido, retos y formas de concreción. *Justicia*, 28(43), 17-32. <https://doi.org/10.17081/just.28.43.6180>.
- Blackmore, R., Boyle, J., Fazel, M., Ranasinha, S., Gray, K., Fitzgerald, G., Misso, M. y Gibson-Helm, M. (2020). The prevalence of mental illness in refugees and asylum seekers: A systematic review and meta-analysis. *PLOS Medicine*, 17(9). <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1003337>
- Brito, R. (2021). Los derechos humanos y la filosofía política. En J. A. Montero, *La filosofía de los derechos humanos* (pp. 101-132). Tirant Lo Blanch; Facultad de Derecho - Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cerdas, Evelyn. (2015). Desafíos de la educación para la paz hacia la construcción de una cultura de paz. *Educare*, 19(2). https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-42582015000200009&script=sci_arttext
- CNDH. (2022). Igualdad Sustantiva y Derechos Humanos.
- Côté-Olijnyk, M., Perry, J., Paré, M. y Kronick, R. (2024). The mental health of migrants living in limbo: A mixed-methods systematic review with meta-analysis. *Psychiatry Research*, 337. <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2024.115931>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 11. 10 de junio de 2011 (México).
- Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho de Estado* (26), 7-49.
- Cruzvillegas, María E. (2019). *Hacia la Igualdad Sustantiva en México: Agenda prioritaria*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos
- Delgado, E. C., De la Cera, D. X., Lara, M. F. y Arias, R. M. (2021). Generalidades sobre el trastorno de ansiedad. *Revista Cúpula*, 35(1), 23-36. <https://www.binasss.sa.cr/bibliotecas/bhp/cupula/v35n1/arto2.pdf>

- Haas, B. M. (2021). “Asylum is the most powerful medicine”: Navigating therapeutic interventions in limbo. *Culture, Medicine and Psychiatry*, 45, 193–217. <https://doi.org/10.1007/s11013-020-09681-7>
- Henkelmann, J., Best, S., Deckers, C., Jensen, K., Shahab, M., Elzinga, B. y Molendijk, M. (2020). Anxiety, depression and post-traumatic stress disorder in refugees resettling in high-income countries: Systematic review and meta-analysis. *The British Journal of Psychiatry*, 6(4), 1–8. <https://doi.org/10.1192/bjo.2020.54>
- Henríquez, D., Urzúa, A. y López-López, W. (2023). Social support as a mediator of the relationship between identity fusion and psychological well-being in South–South migrant populations. *Journal of International Migration and Integration*, 24, 1113–1135. <https://doi.org/10.1007/s12134-022-00996-5>
- Incendio en centro de migrantes de Ciudad Juárez: vinculan al titular del Instituto Nacional de Migración de México al proceso por la tragedia que dejó 40 muertos. (2023, mayo 1). BBC News Mundo <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-65450241>
- González-Castro, J., Ubillos Landa, S., Puente Martínez, A. y Vera Perea, M. (2020). The role of emotional intelligence and sociocultural adjustment on migrants’ self-reported mental well-being in Spain: A 14 month follow-up study. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(4), 1–15. <https://doi.org/10.3390/ijerph17041206>
- Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática [INEGI]. (2020). Migración. <https://www.inegi.org.mx/temas/migracion/>
- Méndez, J. A. (2019). El Estado mexicano a la luz del modelo espiral: Estudio sobre cumplimiento de normas internacionales de derechos humanos en materia de migración en tránsito. [Tesis de licenciatura. Centro de Investigación y Docencia Económicas]. <http://hdl.handle.net/11651/3993>
- Montero, A. J. (2021). Los derechos humanos y la filosofía. En J. A. Montero, *La filosofía de los derechos humanos* (pp. 51-100). Tirant Lo Blanch; Facultad de Derecho-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mora, Y, y Romero, L. del P. R. (2023). Influencia de la migración en el desarrollo emocional de los niños. *Revista de Desarrollo del Sur de Florida*, 4(9), 3533–3546. <https://doi.org/10.46932/sfjdv4n9-014>
- Naciones Unidas. (9 de agosto de 2024). Las personas migrantes. <https://www.un.org/es/fight-racism/vulnerable-groups/migrants>

- Naciones Unidas. (11 de agosto de 2025). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naranjo-Sabina, Y., González-Valles, M. N. y Castro-Valles, A. (2024). Movilidad humana en México: Factores impulsores, riesgos y consecuencias multidimensionales en población adulta. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 6(Migraciones), 1–16. <https://doi.org/10.62364/cneip.6.2024.186>
- International Organization for Migration [OIM]. (2025). Fundamentos de la migración. <https://www.iom.int/es/fundamentos-de-la-migracion>
- ONU. “Research Guides: Documentación de la ONU: Desarrollo: Introducción.” *UN Research Guides*, 13 February 2025, <https://research.un.org/es/docs/dev>. Recuperado: 27 07 2025
- Pampillo, J. P. (2019). Una teoría global del Derecho, hacia una filosofía jurídica comprensiva . En J. P. Pampillo Baliño, y A. Salcedo Romo, *Filosofía del derecho. Nuevas tendencias y escuelas actuales* (pp. 27-74). Tirant Lo Blanch.
- Peconga, E. K. y Høgh Thøgersen, M. (2020). Post-traumatic stress disorder, depression, and anxiety in adult Syrian refugees: What do we know? *Scandinavian Journal of Public Health*, 48(7), 677–687. <https://doi.org/10.1177/1403494819882137>
- Pérez-Ávila, S. (2024). Proyecto de vida y resiliencia en inmigrantes venezolanos. *Sistemas Humanos*, 4(2), 10–30.
- Portal de Datos sobre Migración. (2025, agosto 8). Migration and Human Mobility: Key Global Figures <https://www.migrationdataportal.org/es/key-figures>
- Rizzi, D., Ciuffo, D., Landoni, M., Mangiagalli, M. y Ionio, C. (2023). Psychological and environmental factors influencing resilience among Ukrainian refugees and internally displaced persons: A systematic review of coping strategies and risk and protective factors. *Frontiers in Psychology*, 14, 1–20. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2023.1266125>
- Secretaría de Seguridad Pública [SSP]. (2011). El Tejido Social y su Fortalecimiento.
- Viteri, V. (2024). Fundamentos filosófico-jurídicos de la protección debida a las víctimas de migraciones forzadas: un análisis a la luz del principio de dignidad humana. *PERSONA Y DERECHO*, 90, 29-76. Doi: <https://doi.org/10.15581/011.90.002>

World Health Organization [WHO]. (2022). Salud mental: fortalecer nuestra respuesta. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>

Zehr, Howard. (2010). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Good Books

***Sherry Emilie Osorio Fernández**

Formación: Doctora en educación IUSAM y doctora en educación CEVVI; facilitadora recertificada para la solución de controversias por el Instituto de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México. Ocupación: Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL); jefa del Centro de Mediación y Capacitación de la Preparatoria 7 “Dr. Oscar Vela Cantú” de la UANL. Líneas de investigación: derechos humanos, migración, medios alternativos de solución de controversias (MASC). Contacto: sherry.osoriofrn@uanl.edu.mx, Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-4140-8772>

****Maria Leticia Segura Arévalo**

Formación: Doctora en psicología con orientación en psicología y educación de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México; facilitadora recertificada para la solución de controversias por el Instituto de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México. Ocupación: Profesora investigadora de la UANL; docente investigadora de TC en la Preparatoria 7 “Dr. Oscar Vela Cantú” de la UANL; miembro del Sistema Nacional de Investigadores e Investigadoras nivel candidato. Líneas de investigación: derechos humanos, migración, medios alternativos de solución de controversias (MASC). Contacto: maria.seguraarv@uanl.edu.mx Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9811-6532>

*****Guillermo Santiago Arriaga**

Formación: Doctor en derecho constitucional y gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México; facilitador recertificado de mecanismos alternativos para el ejercicio de la mediación

DE JURE | Revista de investigación y análisis

y conciliación por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México. Ocupación: Profesor investigador de la UANL; miembro del Sistema Nacional de Investigadores e Investigadoras nivel candidato. Líneas de investigación: derechos humanos, migración, medios alternativos de solución de controversias (MASC). Contacto: guillermo.santiagoar@uanl.edu.mx Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4798-3297>

El realismo jurídico: antídoto para el hiperformalismo legalista del iuspositivismo

Legal Realism: Antidote to the Legalistic Hyperformalism of Legal Positivism

José Samuel Chávez Castillo*

Diana Pamela Zambrano Vázquez**

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Resumen

El sistema jurídico mexicano, vástago de la familia romano-germánica, como tal ha primado la doctrina codificadora romana, con matices galos y germanos, de corte a ultranza legalista que, asumiendo la teoría clásica kelseniana, pretendía garantizar la certeza jurídica con un hiper legalismo. Sin embargo, tal sistema de reglas es rígido al enfrentarse a acontecimientos que escapan del texto legal o cuando la supuesta racionalidad legislativa y discrecionalidad judicial son justificaciones poco autocríticas cuando no un mero arbitrio e, inclusive, un alejamiento de la realidad social por parte de tribunales atrapados entre los fríos muros de la ley abstracta que mandata *la bouche de la loi*¹, como máxima de la desconfianza de la época de la Revolución Francesa. El método epistemológico rígi-

¹ “Los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las letras de la ley, unos seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza su rigor”.

Recibido: 29 de marzo de 2025.

Aprobado: 20 de octubre de 2025.

Abstract

The Mexican legal system is an offshoot of the Roman-Germanic family, as such, in which the Roman codifying doctrine has prevailed, with Gallic and Germanic nuances, but always indistinctly of an ultra-legalistic cut, which in light of classical Kelsenian theory guarantees legal certainty, but what happens when a system of rules so rigid that it does not admit exceptions is faced with events that occur for the first time, when it is demonstrated that the much theorized and supposed rationality of the lawmaker is nothing more than a little self-critical justification of human nature prone to error and that even with the efforts of the judges to deliver justice through jurisprudential interpretation to correct what the legislator did not contemplate, or even in those cases in which it was legislated incoherently, the courts are trapped between the cold walls of the abstract law that mandates that judges are only the *bouche de la loi*, as a maxim of



do e hiper legalista omite considerar el fenómeno humano como parte y elemento en todas las relaciones jurídicas; lo cual puede provocar *el hombre malo* del que advertía el juez Oliver Wendell Holmes: que de manera malintencionada y sagaz se puedan usar las reglas del sistema legal para producir lo opuesto a sus fines. El iusnaturalismo tampoco ofrece soluciones prácticas si se limita a pretender principios universales de la naturaleza humana demasiado abstractos alejados de la realidad social concreta y, por ello, poco aplicables. El presente análisis plantea que el realismo jurídico es una opción al iuspositivismo formalista y al iusnaturalismo abstracto como un punto de encuentro: ni principios ambiguos ni leyes rígidas, sino su encuentro desde una posición iusfáctica que permita entregar una justicia realista a la sociedad.

Palabras clave: filosofía del derecho, realismo jurídico, iusrealismo, iuspositivismo, iusnaturalismo.

distrust from the time of the French Revolution. This rigid method, which forgets that it deals with human beings as parts and elements in all legal relationships, materializes the theory of the bad man of Judge Oliver Wendell Holmes, who points out that the malicious and shrewd individual who knows the rules of the system can use them to produce the opposite of his ends, which is why legal realism presents a third option to ius naturalism and ius positivism, a meeting point, neither ambiguous principles nor immutable laws, but the meeting from a position of legal and ethical logic that allows delivering real justice.

Keywords: Legal realism, Philosophy of law, Ius Positivism, Ius Realismo.

*La vida del derecho no ha sido la lógica, ésta ha sido la experiencia.
Oliver Wendell Holmes*

Introducción

Las corrientes epistemológicas del derecho, como núcleo de diversos sistemas jurídicos adoptados en el mundo, parten de planteamientos que son considerados incompatibles *ad intra* entre sí. Ello probablemente se derive de su arraigo en un devenir histórico que ha llevado a un monolitismo incapaz de concebir, al menos voluntariamente, la implementación de un sistema jurídico híbrido e integral que permita extraer las fortalezas de cada corriente teórica en aras de acercar a la humanidad a una mejor justicia sin caer en purismos epistémicos que poco o nada tienen que aportar a la situación actual. En esta tesitura, las corrientes iusfilosóficas clásicas más aceptadas, naturalismo y positivismo, han sostenido posiciones encontradas y opuestas desde sus

inicios; y, sin embargo, han tenido que aprender a convivir puesto que la teoría pura de ambas llevó a marcados fracasos para ofrecer justicia al ser humano.

El presente artículo es una investigación documental que cuestiona cómo superar las divisiones que, pese a esfuerzos integradores, aún persisten en la realidad práctica del derecho en todos sus ámbitos de aplicación. Incluso cuestiona si existe el peligro de un revisionismo hacia un entendimiento fragmentado e incompleto que impide una justicia más cercana, más apropiada a las circunstancias del aquí y el ahora. Las fuentes fueron elegidas para recuperar elementos teóricos para su análisis a la luz del contexto contemporáneo y su impacto en la realidad nacional que atraviesa profundas reformas en su estructura de administración de justicia mediante una Reforma del Poder Judicial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2024 (DOF, 2024) y que ha sido aplicada en una elección controvertida durante el presente año de 2025. Esto pone una presión especial en el sistema jurídico y en quienes ejercen la función judicial y, a final de cuentas, en la sociedad misma que exige una justicia más eficiente.

La situación cobra mayor relevancia por las características del propio sistema jurídico mexicano que, por un lado realiza un cambio de paradigma reconociendo derechos fundamentales (en 2008 con la reforma penal y en 2011 con las reformas constitucional y de la Ley de Amparo); pero cuyo criterio de su máximo tribunal aún empleaba el positivismo de Kelsen como argumento central para sostener un criterio obligatorio que limitaba dichos derechos (Solicitud de Sustitución de Jurisprudencia 6/20 del 2015 y la de 14/2012). En tales criterios se emplea la teoría de Kelsen para interpretar el concepto “interés jurídico” con una visión iuspositivista, siendo que se trataba del acceso a la protección de derechos humanos que, conforme a la reforma de la que procede tal concepto, debía interpretarse *pro persona*. Estas contradicciones presentes en el sistema jurídico mexicano podrían exacerbarse con la reciente reforma del Poder Judicial (2024); lo cual también justifica la presente investigación y análisis².

2 Nota editorial: Respecto a la relevancia de esta investigación, un ejemplo es el Seminario “Hans Kelsen y el Nuevo Siglo XXI” con la mesa redonda de la temática “Positivismo de combate y el otro Kelsen” organizada por las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de

En cuanto al pluralismo jurídico, el Estado mexicano reconoce a los pueblos y comunidades indígenas su propio sistema realista jurídico de usos y costumbres, lo cual fue aceptado por el sistema positivista formalista a regañadientes y, paradójicamente, por una vía iusnaturalista de reconocimiento de derechos humanos (fundamentados en la naturaleza humana inherente). Este pluralismo jurídico surgió en lo que al parecer es un modelo de hibridación entre el positivismo formal dominante y un naturalismo humanista incipiente. A estos se debe agregar la postura iusrealista al favorecer las prácticas sociales indígenas como elemento a ser considerado en la autorregulación de sus comunidades. De manera que en el sistema jurídico nacional se han puesto en pugna las tensiones teóricas de las tres corrientes epistemológicas del derecho (positivismo, naturalismo y realismo); y se mantienen a pesar de las directrices constitucionales que intentan organizarlas vía reconocimiento de derechos humanos como principios fundamentales del estado constitucional de derecho.

Pero, es pertinente destacar que aún impera en México un férreo sistema recalcitrantemente iuspositivista normativo que tiene a la legislación y al afán codificador como fuente de la verdad absoluta; ello aunque atenuado mediante elementos de tinte iusnaturalista de alto talante jurídico como se ha indicado sobre los derechos humanos que tienen alcances convencionales y constitucionales; y, desde luego, con las normas de *ius cogens* las cuales se distinguen por tener un carácter imperativo (Olasolo, 2016) y por ende no pueden ser desconocidas por nadie. Con todo, no se ha podido desterrar la fe ciega en la “letra de la ley” y la “voluntad legislativa” como dominantes en muchos ámbitos del quehacer nacional, en especial cuando grupos mayoritarios en el poder legislativo y ejecutivo llevan su agenda política a las normas jurídicas que aprueban y aplican desde los puestos de gobierno que ocupan.

Sin embargo, también es cierto que hoy en día el escepticismo ante la norma ha ido creciendo, así como una desconfianza de la impartición de justicia fruto de la misma. Si bien las bases del positivismo de corte científico han sentado su elemento legitimador en un proceso que cuenta

la Nación (SCJN, 2025). <https://www.sitios.scjn.gob.mx/casacultura/eventos-en-linea/cec-mr-sem-hans-kelsen-30oct25>

con la voluntad de la mayoría de los votantes, también es cierto que uno de sus componentes como generador es el postulado de *un legislador racional* muy distante de la realidad nacional contemporánea. Es del conocimiento público que muchas veces se legisla de forma irresponsable e irreflexiva, produciendo antinomias o resultados poco justos. Aunque al positivismo formalista no le sea cómoda esta contradicción aduciendo que habrá que indagarse *el verdadero* sentido que el legislador quiso imprimir a dicha formulación lingüística de tipo imperativa; en la realidad se trata de atribuir un sentido que el legislador no contempló o que incluso contravino otra disposición.

Consecuencia de la poco loable teoría de la racionalidad del legislador, juristas del Common Law³ no consideran que las normas detentan las propiedades formales que los dogmáticos continentales les atribuyen; pues, entre otras razones, desde el lenguaje utilizado por el legislador es imposible prever todos los supuestos con las variantes que la vida real puede presentar. Es por ello por lo que le atribuye más peso a la práctica jurídica siendo un sistema consuetudinario desde la base de los precedentes judiciales (particularmente en el iusrealismo norteamericano más que en el escandinavo).

En este sentido, si bien los iusrealistas clásicos descansan su concepto del derecho como proféticas manifestaciones sobre las decisiones judiciales, resulta pertinente que se haga un examen más a fondo de las posibilidades que esta teoría puede aportar para el sistema jurídico mexicano. Ya se ha intentado integrar el iusnaturalismo de los derechos humanos para atenuar el legalismo; pero no ha sido suficiente, y es por ello que este artículo plantea como una posible aportación a la solución considerar al iusrealismo. No se trata de afirmar que sólo la experiencia práctica jurídica es lo que otorga validez al derecho, lo cual lleva a caer en la misma discrecionalidad y arbitrio que generó el positivismo normativista cuando proclamaba “la voluntad del legislador” con fundamento de validez. Por ende, en este artículo tampoco se considera que el realismo extremista sea una solución, tal como Llewelyn acuñó el concepto del derecho, sino que, como lo señala Santiago

3 Common Law, el cuerpo del derecho consuetudinario, basado sobre las decisiones judiciales y encarnado en los expedientes de caso sentenciados, que han sido administrados por las cortes de Common Law de Inglaterra desde la Edad Media.

Nino respecto a la actividad judicial, consiste en decisiones judiciales particulares; que cuando los jueces tienen que decidir un conflicto, no tienen en cuenta otras decisiones judiciales, sino, en todo caso, los criterios, las pautas, las normas que siguieron otros jueces para adoptar sus decisiones (Nino, 2003).

Es decir, la labor judicial tiene una gama más amplia de elementos para motivar y fundar sus sentencias que la norma positiva, así como para encontrar modos prácticos de aplicar los valores y principios iusnaturalistas: acudir a la realidad social. Recuperar al centro del derecho la función que tiene que cumplir para servir a la sociedad, para encontrar lo justo en cada caso, en cada situación, en cada persona que acude a los tribunales para solicitar justicia. La norma y el valor alejados de la realidad no bastan para que la persona de a pie obtenga justicia. El iusrealismo pone en evidencia esto y puede recuperar una tradición jurídica de los tribunales a aproximarse a la sociedad a la que sirven, y acercar la norma y el valor de las leyes para atender problemáticas reales; de manera que sus decisiones se vayan ajustando según cambien las situaciones de la realidad práctica. Las transformaciones del criterio judicial pueden y deben operar adaptándose a las circunstancias de una sociedad dinámica que enfrenta problemas cambiantes y, también, adquiere prácticas sociales distintas conforme evoluciona.

Para ello, la postura más pertinente es la del iusrealismo escandinavo de Alf Ross en cuanto que el derecho debe ser considerado como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones y que deben examinar si les atribuye responsabilidad o no por ciertos actos, ineludiblemente, como una cuestión ética (Santiago, 2003). Así, para analizar un caso, conforme al iusrealismo escandinavo, además de la tradición jurídica de toda la comunidad de juristas, lo cual incluye más que sólo quienes realicen funciones judiciales, se deben incluir también las prácticas sociales como otro criterio al cual se puede acudir en busca de la solución más justa.

La insuficiencia crónica del iusnaturalismo y del iuspositivismo para encontrar lo justo

Para entender cómo el iusrealismo puede aportar para ajustar al iuspositivismo imperante en el sistema jurídico mexicano, así como a la manera de integrar de manera más eficiente los derechos humanos heredados del iusnaturalismo, es necesario revisar cómo han evolucionado. Se comenzará por el iusnaturalismo porque es la corriente epistémica jurídica más antigua y se continuará con el iuspositivismo más cercano a partir del siglo XIX.

La evolución del iusnaturalismo desde sus inicios como precepto teológico emanado de la divina voluntad de fuerzas superiores pasando por el realismo metafísico aristotélico-tomista y hasta la concepción moderna como prerrogativa inherente a la condición del ser humano por el simple hecho de serlo, ha sufrido una transformación que ha permitido modelar un concepto menos mítico y subjetivo hacia uno más objetivo y realista.

Sin embargo, desde la antigüedad, el término de ley natural gozaba de dos cualidades que no han mutado: son normas universales y válidas para todos los humanos del mundo en cualquier época; son innatas, aunque no sean escritas, y no se somete el ser humano a ella, sino que nace sujeto a ella de antemano (Ayala, 2003). Es decir, la ley natural estaba inscrita en la naturaleza misma de la persona: cumplir con esta ley era cumplir con su fin propio como ser humano, es decir, asumir su naturaleza humana esencial.

Posteriormente, con el iusnaturalismo denominado como inglés, si bien aún primaba el elemento teológico, ya mostraba matices de una lógica mucho más aterrizada en la condición humana; para dar paso al iusnaturalismo moderno laico y racional, en el cual “el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social” (Flores, 1997, p. 1013). Así, la naturaleza humana es entendida a partir de estos dos elementos, la racionalidad y la sociabilidad; ello como parte intrínseca a la realidad esencial de toda persona, esto es, una esencia universal al género humano y que, por tanto, debe ser respetada en los ordenamientos jurídicos de todas las sociedades.

En este sentido, para que una norma jurídica fuera justa requería respetar la esencia humana esencial (planteamiento que recuperarán, en parte, los neoconstitucionalismos y la filosofía de los derechos humanos centrando como contenido fundamental del Estado constitucional a la dignidad humana). Sin embargo, definir el contenido esencial como universal implicaba un nivel de abstracción y ambigüedad que dificultaba su aplicación concreta; y, además, lo que cada sistema jurídico o solución a un caso podría definirse como acorde a dicha esencia podría derivar, también, en posibilidades contradictorias. Consecuentemente, si se quería aplicar un contenido tan abstracto primero se requería un esfuerzo de interpretación que lo pudiera aterrizar a la realidad práctica; lo cual no era fácil y, como se mencionó, podría derivar en decisiones contradictorias que, en vez de solucionar las ambigüedades de la ley natural, la agravan. Por ejemplo, conceptualizar al derecho natural como el que es intrínsecamente justo para la naturaleza humana, no permitía encontrar un sentido claro de justicia para un caso concreto.

Al respecto, en un ejercicio interpretativo sobre el objeto de estudio del derecho, la justicia, esta tiene diversas acepciones según las teorías de cada época y corriente con la que se identifiquen. Corrientes iusfilosóficas arrojan diversas respuestas al cuestionamiento de ¿qué es la justicia?; por lo que “es justo” tendrá distintas definiciones. A la perspectiva teórica se agrega la perspectiva sociocultural, pues no será lo mismo la justicia concebida desde la *sharia*⁴ musulmana que la justicia del sistema jurídico francés como vanguardia de los derechos humanos. Estas diferencias teóricas y socioculturales también se trasladan a la tradición jurídica de ambos sistemas, donde, muy probablemente, será muy distinta la impartición de justicia. De ahí que un iusnaturalismo haya tomado una interpretación racista que deshumanizaba y discriminaba a las culturas indígenas durante el colonialismo para colocar como lo “justo” a la cultura occidental eurocéntrica; mientras que otros iusnaturalismos hayan luchado por el reconocimiento de la igualdad de todas las culturas: igualmente criticables y validadas sólo si cumplen con la protección del contenido esencial de la dignidad de toda persona.

4 Ley religiosa del islam; es vista como la expresión del mandato de dios para los musulmanes y, en aplicación, constituye un sistema de deberes que incumben a todos los musulmanes en virtud de sus creencias religiosas.

Si bien una de las respuestas más recurridas por la tradición jurídica nacional para entender a la justicia “dar a cada quien lo que le corresponde o lo que merece”; ello impulsa a múltiples cuestionamientos tales como con base a qué se puede determinar el *merecimiento*. Mismo caso si se considera la justicia como equidad vinculada a un reparto de las cargas y prerrogativas de los individuos tomando como elemento legitimador *al velo de la ignorancia* conforme al cual las oportunidades se deben igualar dando más a los sectores desfavorecidos (Rawls, 2006). Aunado a lo anterior, se puede cuestionar ¿cuál es la medida de dicha equidad de lo justo en cada situación? En fin, las preguntas por la justicia, al final, habrán de posicionarse en el campo axiológico: depende de qué se considera valioso o susceptible de serlo; lo cual en el ámbito jurídico pasa a integrarse a un determinado orden de un Estado-nación.

En esta tesitura, desde la postura iusnaturalista la equidad es entendida desde la misma esencia ontológica del ser humano como:

El arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas, la justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común, a cada uno darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas, pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes, la solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación, y otras tantas virtudes engendran también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. (Hervada, 1988, p. 18)

Por otra parte, la escala axiológica de cada sociedad define la justicia y, sobre todo, la falta de esta, en el sistema normativo con el que regula sus relaciones; esto, a su vez, mediante valores sociales que se integran en el orden jurídico vía legislativa; y en la medida que sean materializados en las sentencias con la impartición que realizan órganos jurisdiccionales. Si bien los valores, aunque en cada sistema jurídico son diversos o su orden interno cambia (jerárquico o de coordinación), dando por resultado regímenes complejos, también es cierto que la mayoría de las democracias occidentales presuponen los estandartes de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y solidaridad (antes fraternidad) son torales del ideal de *estado de justicia*. Desde

esta etapa y, quizá por la tradición codificadora francesa (codificación napoleónica), se agregó un valor jurídico que se colocó en la cumbre del sistema continental: la seguridad jurídica. Esto también se pueden rastrear en el antecedente de las exigencias burguesas de terminar con los privilegios de la nobleza y la realeza, razón por la cual surgieron las primeras cartas constitucionales como límites al poder estatal; siendo la seguridad jurídica exageradamente central.

En ese orden de ideas, la preponderancia de la seguridad jurídica se traslada a la postura iuspositivista normativista y legalista: un sistema de normas de validez formal y jerarquizado que regule de manera precisa lo que se considera justo da certeza a toda la sociedad. Discutir desde la naturaleza humana qué es justo como postulaba el iusnaturalismo va en contra de la seguridad jurídica y, por ello, argumenta la postura positivista, no es contenido del orden jurídico ni de la ciencia del derecho. Así fue como el iusnaturalismo fue desbancado por el modelo de ciencia positivista y se dejó como único contenido jurídico a la norma legislada, dejando la discusión por los valores y la esencia humana a las teorías filosóficas.

El positivismo jurídico se enarboló como la teoría científica del derecho, capaz de brindar orden y progreso a la sociedad, con sistemas jurídicos perfectamente estructurados y precisos derivando la validez de las normas en criterios formales y jerárquicos: que se emitieran en un proceso legislativo correcto y no contradijeran a las normas superiores hasta la Constitución. En la formulación teórica el iuspositivismo aportaba este halo de precisión y neutralidad científica que se trasladaba a una seguridad jurídica en el sistema normativo, y no es que no se le considere relevante para el desarrollo de la ciencia del derecho y de los sistemas normativos modernos; pero una aplicación tan tajante de la ley positiva y vigente en jueces que se limitan a ser *la boca de la ley*, como lo hicieron los mismos franceses, o posteriormente los propios modelos kelsenianos, ha tenido desastrosos resultados para la humanidad:

El juez no es —como habría querido la tradición iluminista de base montesquivina— la mera boca de la ley; no es, digamos, una especie de muñeco de ventrílocuo que solo habla por y en nombre del legislador sin poder pronunciar él mismo palabra alguna, el juez,

por el contrario, desempeña un papel esencial en la construcción del derecho: en cuanto interprete auténtico (en el sentido kelseniano del término), habla con su voz propia. (Maldonado, 2020, p. 15)

Basta recordar el régimen del nacionalsocialismo alemán que cometió de manera legal actos de verdadera deshumanización y barbarie en contra de la propia especie, con políticas públicas fundadas en legislación positiva válida, emitida por cuerpos legislativos legitimados mediante el voto del pueblo. Estos resultados perversos de la aplicación de un sistema formal que en la superficie es legal pero que en el fondo es injusto, ha sido implementado por gobiernos emanados de la voluntad popular vía democrática y de dictaduras que han institucionalizado sus plataformas políticas autoritarias en la regulación. Es por ello que los métodos positivistas propios de las ciencias exactas y naturales no son sino una respuesta fácil para tratar de complacer a los críticos positivistas emanados de las ciencias exactas, para legitimar el derecho como ciencia siguiendo el método deductivo de dichas disciplinas.

Sin embargo, un frío modelo de justicia formal, semejante a un algoritmo inhumano, no es en sí mismo capaz, no por elección sino como limitante de su propia naturaleza, de asignar una justicia material a la compleja condición humana, seres humanos dinámicos e indeterminados a quienes se les pretende aplicar. No puede, de ninguna manera, un modelo superficial legalista y ascético encontrar un modo de llegar a la profundidad en el conocimiento de lo humano en cada caso concreto para encontrar la decisión justa; el positivismo jurídico formal, por tanto, no puede ser la forma en que se implemente la justicia.

Por otro lado, tampoco retomar el iusnaturalismo es suficiente. Ya se mencionó cómo este adolece de concreción, y esa vaguedad produce una muy difusa e imprecisa conceptualización de los derechos naturales; más importante aún cuál es su contenido en un caso concreto y quién lo determina. Ello produce dificultades para contemplarlo como suficiente para el funcionamiento de un orden jurídico, sin dejar de reconocer que sus aportaciones a los derechos humanos son invaluable. Esto pues su resurgimiento después de la Segunda Guerra Mundial ocurrió ante el positivismo legalista de los regímenes totalitarios que, aplicando el

positivismo formalista, contaron con un estado de derecho con el que legitimaron la legalidad sus actos atroces.

El iusrealismo como respuesta ecléctica para la justicia en México

Una vez que se han delineado las dos teorías jurídicas clásicas que están en la base de los sistemas jurídicos contemporáneos, resulta oportuno señalar que sería fatal hacer oídos sordos al reclamo social por la justicia. Este reclamo ha resonado más en los tribunales, donde la ciudadanía ha llevado su exigencia de una justicia que se obtenga en cada caso, en cada decisión práctica que aplica el orden jurídico en las partes de un juicio. De ahí que el realismo jurídico como tercera postura se materializó como una reacción en contra del positivismo formal y se presentó como otro modelo de encontrar la validez de la norma jurídica en su efectividad real cuando era aplicada en los tribunales y en las prácticas sociales. Una norma es válida si es aplicada por la sociedad y, en caso de disputa, por el tribunal. Para encontrar la solución justa, por tanto, se requiere conocer el sentir de la sociedad y la tradición judicial.

Trasladado esto al ámbito nacional, si bien el sistema jurídico mexicano tiene en su base un corte fuertemente legalista y formalista, al cual se ha agregado un paulatino núcleo de derechos fundamentales con el reconocimiento de los derechos humanos, aún la impartición de justicia se encuentra lejos de ser percibida por la mayoría de la población como justa. Y, aunque podría descalificarse a una sociedad como desconocedora del derecho o tacharla de ignorante, tanto desde un postura iusnaturalista como iuspositivista, el iusrealismo (en especial el escandinavo) sí permite cuestionar lo justo desde la realidad social que viven los grupos humanos. En la actualidad, desempolvando y bombardeando con todo el arsenal teórico positivista con el kelsenialismo a la vanguardia, es sabido de casos en los que un culpable fue absuelto y un inocente ignorado o hasta castigado; con un legalismo que vuelve al derecho procesal un ajedrez que muy pocos saben jugar, pero en el cual especialmente *los hombres malos*, como decía el juez Holmes son muy hábiles.

Finalmente es la propia sociedad la que tiene en sus manos la conformación del Estado y de sus órganos. Ello implica desde la regulación jurídica en general hasta los destinos de los órganos judiciales, como hoy en día lo vemos, ha sido muy difícil para el Poder Judicial Federal justificar su operación y su costo al erario público, ante los embates del Poder Ejecutivo de naturaleza absolutista que se están gestando en México.

Se cuenta con una judicatura que se palpa lejana y distante a los valores jurídicos, más como una secta de la codificación, la cual difícilmente podría convencer de lo contrario a costa de su propia supervivencia, de que con la actual interpretación y aplicación de las normas se imparte una justicia real. Incluso los juristas externos a la judicatura, pero formados en la corriente positivista se enfrentan a la titánica tarea de demostrar a las personas no letradas en el tópic, que diversas y recientes resoluciones judiciales satisficieron de alguna forma un mínimo requisito de justicia, que proteja los valores que presuntamente son el núcleo fundamental que motivan la existencia de las normas.

Si bien los motivos ocultos para socavar la autonomía del Poder Judicial Federal son diametralmente opuestos a la autenticidad de la justicia que se imparte, existen casos como el abuso de una menor de edad por parte de un familiar en el Estado de México, en el cual en la *ratio decidendi* de la sentencia, el juzgador pobremente determina que al no identificar la menor plenamente las condiciones de modo tiempo y lugar, aun cuando solo cuenta con cuatro años y se obtuvieron peritajes psicológicos que comprueban el ataque sexual, por apego a ley positiva escrita, el acusado es puesto en libertad.

Lo anterior despierta inquietud toda vez que aun cuando el mismo juez aceptó que en su opinión hubo tocamientos a la menor, el juzgador determinó que no se configuraron los medios probatorios en boca de la víctima, al no poder ella recordar el lugar ni la hora de la agresión, sin poder olvidar que cuenta con tan solo cuatro años y la evidente situación de estrés que atravesó. Al respecto, la madre de la niña le cuestiona lo siguiente: “Señoría una pregunta, usted vio a mi hija ¿no le creyó?”, a lo que el juez respondió, “Desde luego que le creí en el

tema del tocamiento, su hija jamás mencionó el tema del lugar, el día, el horario” (Jiménez, 2024).

Increíblemente el juzgador absuelve al agresor, lo cual nos lleva a observar que sigue primando el legalismo hiper formalista que protege la seguridad jurídica del presunto agresor, ello en oposición al elemento moral y por ende racional de proteger a las generaciones más jóvenes e indefensas de nuestra especie, de su depredación como acto de autopreservación, dicho caso basta para demostrar que ocurre cuando se materializa la teoría del *hombre malo* que el realismo jurídico postula y que más adelante se desentraña en este artículo.

Es necesario señalar que dichas conductas provocan fuertes heridas emocionales y conductuales vitalicias a las víctimas; es decir, un daño de difícil o nula reparación, sentando además un terrible precedente para casos venideros, con lo que ello implica para el tejido social.

Este tipo de resoluciones judiciales difícilmente son justificables a los ojos de la sociedad mexicana, consideramos que aun cuando los más feroces positivistas pudieran presentar argumentos en el marco de su teoría del derecho, en la cual toda situación jurídica encuentra explicación en el sistema jurídico, probablemente pudieran ganar el argumento al amparo del frío formalismo sin consideraciones morales, pero no sin un amargo sabor de boca, al saber que implícitamente esos mismos argumentos desembocaron en una sentencia sin responsabilidad para un abusador de infantes.

Todo este preámbulo tiene como objeto escenificar en términos prácticos la postura de los realistas del derecho, como lo postuló el ilustrísimo jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes en la Senda de la Justicia; basta que veamos la ley desde la perspectiva del *hombre malo*, aquel que sólo está interesado en las responsabilidades y costes de su actuar antisocial, que por ende ve con ojos de juego estratégico el derecho para comprender por qué la ley positiva es insuficiente. O bien, como lo señaló el destacado juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien sentenció que si se quiere conocer la ley y nada más, se le debe mirar como el hombre malo, el que solo se interesa por las consecuencias materiales que dicho conocimiento le permite predecir, no

como un hombre bueno, quien encontrará sus razones para la conducta, ya sea en la ley o fuera de ella (Wendell, 1897).

Tristemente acorde con dicho principio realista, en nuestro país existe una cultura de la evasión de la ley. Los abogados litigantes claro que determinantemente deben conocer la ley, pero su principal ejercicio es de naturaleza dialéctica, buscan las grietas, las excepciones a las reglas, cómo burlar al sistema y cómo mínimo obtener una especie de *in dubio* hacia su cliente que le permita evadir la responsabilidad.

Este juego estratégico es uno de los principales catalizadores de la impunidad en México. El ejercicio del coste y beneficio, el cálculo de los riesgos por parte de *los hombres malos* como lo definía Holmes, les permite a anticiparse a la ley, buscar esos resquicios que puedan ser refugio, situación que el realismo jurídico sí contempla, puesto que, si bien existen pautas generales que los juzgadores deben seguir, así como los antecedentes de casos similares, también el tamiz de la ética de los actos de los hombres juega un papel fundamental en las sentencias.

Mientras que las autoridades administrativas y legislativas abusan de su poder cuando les parece conveniente, nuestros juzgadores son más tendientes al escudarse detrás del acotamiento de sus funciones para limitarse a la ley y olvidarse de la justicia. Hoy en día, pululan ejemplos parecidos al ocurrido en el Estado de México que se señalé. Los jueces penales aducen que los ministerios públicos no cumplen con presentar una investigación y acusación fortalecida, pero se limitan a declararlo *a posteriori*; los mismos jueces no juegan un papel activo como agentes del Estado determinados indirectamente por el pueblo para buscar e impartir justicia.

Abiertamente se puede afirmar que los postulados dogmáticos de la *racionalidad del legislador* (García, 1986) son falaces y opuestos a su significado, si bien no pretendemos justificar una operación de un sistema jurídico basado únicamente en costumbre porque lo consideramos primitivo, sí es notorio que el legislador no es omnisciente, coherente y muchas veces ni responsable, prueba de ello es que no ha previsto ni puede prever todos los escenarios y ramificaciones de la conducta humana. Antes que las reglas están los hechos, como lo señaló K. Llewelyn; con base a nuestra escala ética axiológica podemos

clasificar una conducta que a la luz de la norma jurídica escrita no está concretamente contemplada, como correcta o en contra de nuestro orden social.

En este orden de ideas, como respuesta a los problemas de injusticia que se presentan actualmente por un sistema positivista deshumanizado, se puede reconsiderar un papel más relevante del realismo el cual puede reconciliar al derecho con la sociedad, pues entre sus principales axiomas se encuentran la concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro (Campos, 2010).

Lo anterior permite fundamentar que el derecho no debe ser entendido como un método de deducción, sino que su propósito se extiende a un campo de acción y que, por ende, sus efectos son tan relevantes como el propósito con que se creó. Las líneas que hoy se comparten no pretenden promover la proscripción de la ley positiva. Claro que debe haber una serie de normas legitimadoras de las autoridades con acotamiento de competencias y atribuciones, pero asimismo debe permitirse a los juzgadores (en caso de que el Poder Judicial Federal subsista en términos autonómicos a las reformas que mientras se escriben estas líneas se promueven), realizar una interpretación más amplia y, a la vez, concreta en las controversias que ante ellos se ventilan.

Es decir que sus sentencias no sólo cumplan con la rigurosa letra escrita, cuando es evidente que dicha normativa va en contra de los principios éticos que el sistema ya elevó al rango de valores fundamentales; los derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente son un ejemplo a nuestro parecer de un adecuado uso del realismo jurídico como método ecléctico entre naturalismo difuso y frío positivismo.

Puede aprovecharse la concepción del derecho iusrealista no como un *deber ser*, sino como un *ser* con la norma y el hecho. El derecho no es sólo el legislado por Estado ni debe provenir sólo de una legitimidad formalista que desconoce valores fundamentales por una

supuesta postura mayoritaria en las cámaras, ni, tampoco, desconectarse de la sociedad a la que debe servir con una regulación justa acorde a su situación práctica.

Esta experiencia de realidades, relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales (Flores, 1997), recalca que para los realistas la validez de la norma no emana del proceso legislativo, sino del efectivo cumplimiento en el orden social; asimismo, que se puede advertir este grado de efectividad, es decir a nuestro juicio, que la ley escrita determine una forma de conducta desde la deontología no la vuelve por sí norma válida, esta debe presentarse en un supuesto de la vida real con sus propias aristas y presentada ante un juez para poder considerar la validez.

Dicha teoría de la validez la postuló acertadamente Karl Llewellyn con sus *paper rules and real rules* (Llewellyn, 2011, pág. 21), situación constante en la realidad jurídica mexicana, cuantas normas no son sino auténtica letra muerta, aun habiendo pasado por el proceso legislativo formal y promulgadas por el Poder Ejecutivo, en no pocas ocasiones la misma Constitución es pasada por alto, y si bien no pretendo argumentar que se siga con esta cultura de la ilegalidad, si es cierto que en gran medida se debe al divorcio del estado y la sociedad, cada vez más distantes como lo decía Engels, lo cual se refleja cada vez más en su sistema normativo.

Si bien en épocas más recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha primado una emisión de jurisprudencia cada vez más robusta y constante que ha permitido dar luz, en contraste con el oscurantismo legislativo producto de sus representantes cada vez más incapaces, me permito sugerir que desde los juzgadores de menor jerarquía se debería de implementar esta libertad deliberativa, en la cual se funde no sólo la codificación sino los precedentes de sus antecesores.

Basta recordar que, de los tres poderes, el judicial es el único que requiere una capacitación académica y profesional esencial, por lo que no resulta infalible el complemento de las decisiones judiciales como fundamento único para el resolutive en casos en los cuales evidentemente se consideran las normas positivas generales, pero con la perspectiva

realista para problemas específicos, dado que ninguno es idéntico a otro por muy general que sea la consideración del legislador.

Sería altamente provechoso retomar los elementos fácticos de cada caso, puesto que no todos están previstos en la norma escrita, y verificarlos a la luz de los precedentes judiciales, para evitar tener sentencias legales pero injustas, como ha venido siendo el caso desde hace muchos años. Por ejemplo, la resolución de la Suprema Corte respecto al anatocismo al que se opuso el voto particular del entonces ministro Juventino V. Castro (que trata en su libro *La Suprema Corte de la Nación ante la Ley Injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*) (De la Torre, 2011).

Si bien el realismo tiene a su vez debilidades, sus principales argumentos deben ser analizados para integrar el conocimiento de la realidad social al momento de interpretar y argumentar el derecho; puesto que, al parecer de este análisis, esta teoría no consideró desplazar al positivismo normativista, sino complementarlo; claro que para ello se requiere una apertura etnojurídica.

Por otra parte, el acercamiento a las prácticas sociales como uno de los principales argumentos en pro del realismo, tampoco desconoce los principios sintetizados de manera magistral por Núñez:

es razonable afirmar que tenemos una obligación moral general de conocer las consecuencias de nuestras acciones, no modulamos culpa o responsabilidad dependiendo de si la persona conocía las consecuencias de sus actos, sino que normalmente aceptamos que los sujetos tienen la obligación de conocer, al menos en algunos ámbitos, las consecuencias de sus acciones. (Núñez, 2012, p. 743)

Es destacable que, si bien hay reglas escritas, también las hay no escritas, al menos no en papel, pero sí en la conciencia del ser humano como especie racional con dignidad y, por ende, moralidad insoslayable. Sin embargo, a quienes pudieran cuestionar que la libertad en la amplitud de la decisión judicial iría en contra de la seguridad jurídica, nos encontramos con una reflexión interesantísima que produce el mismo autor: “Una ciencia jurídica que pretende describir y predecir cómo deciden los jueces es la que se encuentra en mejor posición para garantizar el valor de la seguridad jurídica” (Núñez, 2012, p. 746).

Aquí podemos advertir que, si bien la ley positiva enmarca escenarios hipotéticos más o menos generales, aquellos resquicios que el legislador no contempló pueden ser atajados por el juzgador, refiriéndose a decisiones previas en casos similares, sentencias también a disposición de las postulantes, lo cual dota de certeza al derecho en casos que no fue bastante la normativa para aclarar todo el panorama.

El legalismo hiper formalista debe ser detenido y qué mejor que un golpe de realidad jurídica. Dicho sistema no ha dado todas las respuestas, y si bien al ser sus creadores seres imperfectos, el derecho como producto siempre lo será igualmente sin distinción de la teoría que se aplique; pero no es motivo para que se abandone la búsqueda de la justicia. Hoy en día los resultados de un estricto positivismo no han alcanzado justicia, sólo legalidad; si no se adquiere consciencia de ello al menos sería congruente renombrar los tribunales de justicia como tribunales de legalidad.

Sin embargo, renunciar a la justicia sería uno de los peores escenarios. El “realismo moral” que propugna Rawls en su Teoría de la Justicia, termina por ser una respuesta al escepticismo ético, que negaba la posibilidad de afirmar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre lo justo o lo correcto (Caballero García, 2006, p. 21). Si el sistema jurídico mexicano cae en un escepticismo ético al grado de renunciar a lo justo por un legalismo formalista, está a un paso de perder su función prioritaria y exigencia máxima de la sociedad en la actualidad.

Conclusión

De acuerdo con lo argumentado líneas arriba, la visión epistemológica más adecuada entre el iusnaturalismo, como estudio del derecho como conjunto de valores, y del iuspositivismo, como conjunto de normas, es, precisamente el iusrealismo como la visión fáctica, el realismo jurídico o el estudio del derecho como conjunto de hechos; lo cual es lo más apropiado para que no ocurra un distanciamiento entre la sociedad y el derecho.

Ante las posiciones críticas del realismo, basta recordar que no se plantea una versión de línea dura, sino más bien una progresista moderada, no se habla de jueces infalibles o con total margen de

maniobra, sino de un marco más amplio que los renglones de la codificación.

Al respecto, que hay que tener en cuenta las nuevas corrientes neorrealistas que pueden presentar una mejor alternativa a las teorías clásicas pero insuficientes:

En el fondo, se trata de subrayar que la práctica de la interpretación es mucho más compleja de cuanto se pueda creer a primera vista; esto, ante todo, porque jueces y juristas trabajan con material diverso en el cual pueden hallarse problemas de equivocidad y de vaguedad, así como contradicciones, vacíos, etc. Esto abona, como ya se ha dicho, a la conclusión según la cual la tesis de la “objetividad” de la interpretación jurídica no es sostenible. (Maldonado, 2020, p. 21)

De lo anterior se puede destacar que son insoslayables los elementos fácticos de cada escenario jurídico y que, si bien los valores no pueden ser el núcleo, tampoco las normas generales, pues no son aplicables para la especificidad de los diversos casos; pero sí se puede encontrar una justa media, en la cual, si la norma legal va contra los valores éticos, el juzgador pueda advertirlo e inaplicarlo, no sólo cuando se trata del orden constitucional, sino de los casos más específicos.

Esta teoría ecléctica puede ser una respuesta para el futuro. Es importante que ante escenarios de emergentes gobiernos de izquierda y de derecha autoritarios en América Latina no se olvide que no todas las normas positivas que estos, apoderándose de las instituciones puedan promulgar, sean encaminadas a la justicia, sino utilizar el derecho en su modalidad más perversa, es decir como instrumento de dominación que permita someter a la población a esa doctrina legalizada y a la vez legitimada por el proceso legislativo.

Es por ello que juzgadores que tengan la oportunidad de valorar todos los aspectos de la realidad, no solo la fría norma dictada por un legislador servil al poder, son indispensables como baluartes de la justicia, recordemos que no son solo boca de la ley, sino los auténticos intérpretes de la misma. De esta forma, si bien los juristas mexicanos han sido realmente adoctrinados dentro del positivismo, las visiones reduccionistas que esta teoría presenta deben ser superadas para tener un panorama que permita vencer paradigmas nocivos, en pos

de fortalecer el sistema jurídico nacional, como un sistema plural por elección y que ello permita una función mucho más dinámica y moderna del derecho.

Lo anterior debe de permear en el sistema judicial, al permitir la propia norma que los jueces puedan allegarse tanto de oficio como forma proactiva, como cuando las partes puedan ofrecer aquellos medios de convicción de naturaleza etnojurídica que permita configurar un panorama más amplio y a la vez ceñido por la fuerza a la sencilla legalidad, que como se ha venido postulando está limitada por la propia inventiva del ser humano al ser la norma positiva una mera predicción. Por más específica que intente redactarse siempre existirán supuestos no contemplados y con particularidades propias fruto de la infinidad de variables presentes y las reacciones conductuales humanas al respecto.

Es por tanto paradójico que en un país su tribunal más alto se denomine Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxime cuando su sistema judicial opere buscando garantizar como valor central en los litigios la estricta legalidad sin distingo entre el peso del derecho sustantivo y el adjetivo, en el cual el multicitado *hombre malo* se ha convertido en un ajedrecista experimentado.

Por lo tanto, la investigación etnojurídica pericial con énfasis en la justicia como valor primordial debiera ser un principio en el que todo juzgador como calificador de elementos fácticos pudiera apoyarse para motivar sus fallos, o en caso contrario plantearse como nación el legislar el renombrar al máximo tribunal del país como Suprema Corte de Legalidad de la Nación.

Referencias

- Ayala, J. M. (2003). El derecho natural antiguo y medieval. *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, 377-386.
- Caballero, F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales, Voces y contextos* (II), 1-22.
- Campos, F. (2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (122), 191 – 220.
- De la Torre, J. A. (2011). *Iusnaturalismo histórico analógico*. Porrúa.

- Diario Oficial de la Federación [DOF]. (2024, septiembre 15). <https://transparencia-ciudadana.scjn.gob.mx/sites/default/files/page/2024-10/dof-reforma-judicial.pdf>
- Faralli, C. (2005). The Legacy of American Legal Realism. *Scandinavian studies in law* (48), 75-82.
- Encyclopedia Britannica (2025). Common Law.
- Encyclopedia Britannica (2025). Sharia.
- Flores, I.B. (1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1(90).
- García, M. C. (1986). Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. *DOXA*, 3, 101-132.
- Hervada, J. (1988). Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. *Dikaion - Persona y Derecho*, 2(18), 281-300.
- Jiménez, R. (2024, febrero 26). Exhiben en redes a juez del Edomex por absolver a agresor sexual de una menor; activistas anuncian bloqueos este martes. *El Universal*.
- Llewellyn, K. N. (2011). *The Theory of Rules*. The University of Chicago Press.
- Marin, J. C. (23 noviembre 2011). *Le juge est-il toujours la bouche de la loi?* [Intervención]. Conférence débat “Club de Châtelet”, Paris, Francia.
- Mendoza, I. B. (01 de enero de 1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(90).
- Muñoz, M. M. (2020). Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo. El realismo jurídico (Apuntes para una introducción). *Iuris Dictio*, (25), 13-25.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, Colección mayor de filosofía y derecho (2º. Ed.): Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
- Núñez, A. (2012). *Ciencias Jurídica realista: modelos y justificación*, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, (35), 717 – 747.
- Olasolo, H. (2016). La naturaleza imperativa del principio no hay paz sin justicia respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada justicia de transición. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIX, (145).
- Wendell Holmes, O. (1897, marzo 25). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10(8).
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2016). Solicitud de Sustitución de Jurisprudencia 6/2015. <https://doi.org/10.17081/just.28.43.6180>.

Vaquero, Á. N. (2012). Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (35), 717-747.

Zamora, F. C. (mayo-agosto de 2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas* (122), 191-220.

***José Samuel Chávez Castillo**

Formación: Licenciado en derecho por la Universidad de La Salle Campus Morelia; maestrante en derecho con opción en derecho administrativo por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Ocupación: Estudiante de tiempo completo en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y del Departamento de Idiomas, ambos de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Líneas de Investigación: Derecho administrativo y filosofía del derecho. Contacto: 0833495b@umich.mx Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-1511-3802>

****Diana Pamela Zambrano Vázquez**

Formación: Doctora en derecho por la Universidad de Colima; licenciada en derecho y maestra en derecho con opción en procesal constitucional ambos por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Ocupación: Profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Líneas de Investigación: Derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional pública y movilidad humana. Contacto: diana.zambrano@umich.mx Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6015-8729>

Contra la «irrelevancia» del positivismo jurídico

Against the “Irrelevance” of Legal Positivism

Jesús Everardo Rodríguez Durón*

Universidad de Guanajuato

Resumen

En el presente artículo de revisión se plantea un estudio de las principales objeciones dirigidas al positivismo jurídico en su carácter de concepción general del derecho. En especial, se alude al argumento de la irrelevancia sostenido por Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, conforme al cual el positivismo debería cerrar su ciclo histórico en virtud de que sus postulados serían tan banales que no alcanzarían a explicar la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos. Contra esta posición, se asume la virtualidad del positivismo jurídico, y se explican las causas por las que conserva su relevancia como método para acercarse al conocimiento del derecho. Para ello, desde una perspectiva oblicua, es decir, centrada en la refutación de las objeciones formuladas por las teorías que subyacen o se hallan en la base de este, se responde al argumento de la irrelevancia a partir de una específica versión del constitucionalismo positivista afinado sobre ciertos planteamientos incluyentes vinculados con la tesis de las fuentes sociales y la separabilidad entre el derecho y la moral. **Palabras clave:** derecho como integridad, teoría del derecho, discrecionalidad,

Abstract

This review article examines the main objections to legal positivism as a general conception of law. In particular, it refers to the argument of irrelevance, advanced by Manuel Atienza and Juan Ruíz Manero, according to which positivism should close its historical cycle because its postulates are so banal that they cannot explain the complexity of contemporary legal systems. Against this position, the virtuality of legal positivism is assumed, and the reasons why it remains relevant as a method for approaching legal knowledge are explained. To this end, from an oblique perspective—that is, one focused on refuting the objections formulated by the theories that underlie or are at the basis of legal theory—the argument of irrelevance is answered based on a specific version of positivist constitutionalism based on certain inclusive approaches linked to the thesis of social sources and the separability of law and morality.

Keywords: Law as integrity, theoretical disagreements, discretion, moral skepticism, constitutional positivism, legal positivism, separation between law and morality, the thesis of social sources.

Recibido: 3 de agosto de 2025.

Aprobado: 27 de octubre de 2025.



escepticismo moral, positivismo constitucionalista, positivismo jurídico, separación entre derecho y moral, tesis de las fuentes sociales.

La banalidad del positivismo

Decir que el positivismo jurídico no vive sus épocas de esplendor es una cuestión evidente hasta para los propios positivistas. Nada menos, Eugenio Bulygin (2008) sostiene que el positivismo se mueve a la defensiva entre sus múltiples objetores, y parece haber perdido la batalla desde que el legislador, incluido el constituyente, se volvió ius-naturalista. Dentro de la panoplia de críticas, aquí quiero ocuparme de una en particular. Se trata de lo que llamaré el “argumento de la irrelevancia”. Para ello, me serviré del planteamiento polémico de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, quienes aconsejan abandonar el positivismo jurídico precisamente a causa de su banalidad en el contexto actual de los sistemas jurídicos constitucionalizados.

Según los profesores alicantinos, el positivismo afirma la posibilidad de identificar el derecho con base en criterios empíricos y convencionales, a lo cual se suma la pretensión de separar —conceptual o contingentemente— el derecho de la moral. Sin embargo, la estrategia en este caso no consiste en negar las premisas antedichas, sino en aceptar sin más que ambas tesis están en lo correcto, pero son tan “manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante” (Atienza y Ruiz, 2007, p. 21), de modo que afirmarlas no hace ninguna diferencia. Por ello, la debilidad del positivismo jurídico estriba en que la teoría resulta en un sentido irrelevante y, por otro lado, en que “si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, el positivismo resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas” (p. 21) para las condiciones actuales.

En consecuencia, la objeción de Atienza y Ruiz Manero (2007) puede resumirse de la siguiente forma:

El positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del derecho como sistema y no (también) del derecho como práctica social. (pp. 26-27)

En efecto, si las asunciones capitales de la teoría positivista se limitan a señalar que el derecho es producto de actos humanos que le imprimen un contenido históricamente variable a los sistemas jurídicos, entonces esta tesis es trivialmente verdadera y no constituye una cualidad distintiva del positivismo, ya que en realidad todas las teorías del derecho de algún modo aceptan ese presupuesto. Por otro lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral puede entenderse de maneras tan diversas que si se limita “a aquello que comparten todos los que se denominan positivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del derecho” (Atienza y Ruiz, 2007, p. 21), de modo que la mayor parte de quienes critican al positivismo estarían de acuerdo con aceptar que el derecho y la moral son dos ámbitos claramente separados. El positivismo deviene así en una categoría a la que los juristas se aferran más por la fuerza de la tradición que por cualquier otro factor racional. En suma, si la forma actual de hacer teoría del derecho requiere ocuparse de cuestiones que los positivistas están lejos de percibir en toda su complejidad, para los profesores alicantinos, bien haríamos en dejar atrás al positivismo jurídico.

Como dije, en esta contribución pondré en solfa el argumento de la irrelevancia. Con ese fin, en lo que sigue procederé a partir de dos movimientos. Primero, abordaré los frentes más comunes en los que suele desdoblarse la crítica al positivismo —apartados 2 a 4—; y luego, propondré una lectura incluyente de dicha concepción que, espero, acredite su potencial explicativo también en el contexto de los sistemas

constitucionalizados —apartados 5 y 6—. En todo caso, para refutar el argumento de la irrelevancia haré uso de una estrategia oblicua; es decir, me centraré en la tarea de desmontar las objeciones formuladas por las posiciones que subyacen o se hallan en la base de la tesis de la banalidad, para demostrar cómo una específica versión del constitucionalismo positivista afincado sobre los planteamientos incluyentes de la tesis de las fuentes sociales y la separabilidad entre el derecho y la moral, conserva su potencial explicativo como concepción general del derecho. Así, una vez que ha quedado señalado el itinerario, avanzaré sobre la primera parte.

El intento de separar lo inseparable

En el origen mismo del positivismo jurídico se encuentra la pretensión de explicar el concepto y la naturaleza del derecho mediante un modelo teórico de carácter general y descriptivo (Hart, 2008). Para conseguir semejante empresa, los positivistas tienen que presuponer una serie de operaciones y deslindes conceptuales con el propósito de despojar a su objeto de estudio —el derecho positivo— de todos aquellos elementos que le resultan extraños (Kelsen, 2013). Puestos en esa faena, por ejemplo, la mayoría de los problemas de adjudicación implicados por la aplicación de las normas a los casos concretos pasan por la clarificación del lenguaje en que el derecho se expresa. Ello es de ese modo porque las disposiciones jurídicas no escapan a los vicios de ambigüedad, vaguedad y textura abierta que asechan a los términos ordinarios empleados en su formulación. Sin embargo, al margen de la importancia concedida al análisis del lenguaje se encuentra otro punto capital para el modo positivista de hacer teoría del derecho, el cual se vincula con la tajante distinción entre el hecho y el valor. Conforme a tal dicotomía, un enunciado descriptivo sobre «cómo es el derecho» en ningún caso puede ser equivalente a la expresión de un juicio prescriptivo acerca de «cómo debería ser» un ordenamiento o sistema jurídico conforme a un orden valorativo específico.

La oposición entre el hecho y el valor o, dicho de otra forma, entre la descripción y la prescripción, tiene profundas consecuencias sobre el estatuto de la ciencia jurídica y sobre la propia definición del derecho. En cuanto al primer aspecto, el objeto de la jurisprudencia —

en la primera acepción del término (García, 2006)— implica solamente las tareas concernientes a la identificación de los enunciados primitivos que están en la base del sistema y su correspondiente reformulación a partir de un conjunto de términos formales e irreductibles, que permitan elaborar un modelo económico, mínimo y no redundante del ordenamiento bajo consideración. Según el parecer de Alchourrón y Bulygin (2013), el carácter sistematizador y exquisitamente cognoscitivo de la jurisprudencia deviene inconcuso desde el momento en que la actividad del jurista no se distingue, en cuanto a su contenido o entidad, de las operaciones realizadas por los físicos o los matemáticos en cada uno de sus campos.

Pero el asunto no termina en esto. Por fin separado del reino de las verdades eternas, según la feliz expresión de García Figueroa (2005), el ámbito de lo jurídico se releva como un producto generado por actos humanos, a través de los cuales se regula el comportamiento y que, por eso mismo, se encuentra plenamente desvinculado de las exigencias de corrección sustancial derivadas del universo de los imperativos morales (Raz, 2011). De este modo, el positivismo parece asentarse sobre la llamada tesis social —el derecho es un artefacto al que le da forma la voluntad humana— y en el corolario que deriva de aquella, es decir, en la tesis de la separación o separabilidad —conforme a la cual el derecho es independiente de la moral— (Villa, 2024). Es verdad que entre la tesis social y la tesis de la separación no existe una relación de dependencia recíproca (Raz, 2011), aunque tampoco es menos verdadero que las versiones más difundidas de la concepción jurídica positivista durante los últimos dos siglos se han caracterizado por una defensa de ambos presupuestos, ya sea como un elemento fundamental para determinar el ámbito de lo jurídico o como un corolario derivado de un modelo naturalizado de jurisprudencia.

Hasta este punto el conjunto de cuestiones planteadas podría presentar un cariz pacífico que está lejos de tener. El balance sobre el positivismo se torna mucho más interesante cuando se suman las variables representadas por los argumentos de todas aquellas posiciones que sostienen la insuficiencia de esa concepción del derecho. Por de pronto, bastará con pasar revista a tres puntos esgrimidos en contra

del enfoque analítico asumido por los positivistas —sobre ello, véase (Villa, 2024)— y, luego, con pasar revista en torno a algunos extremos problemáticos atribuidos a la tesis de la separación.

Según las voces de los detractores del enfoque analítico en la filosofía del derecho, la pretensión del positivismo para reducir los problemas generados por la aplicación de las normas bajo la apariencia de inconvenientes relativos a la claridad del lenguaje, supone el mantenimiento de un modelo filosófico superado. Según esta primera línea de crítica sintetizada y sostenida de manera brillante por Marta Albert (2013), los positivistas continuarían anclados a la afirmación del primer Wittgenstein según la cual “de lo que no se puede hablar hay que callar” (Wittgenstein, 1987, p. 183). Y esto pese a que los presupuestos epistemológicos que la sostenían —la teoría de la ciencia del Círculo de Viena— ya han sido claramente superados. Además, el intento por construir un modelo de ciencia jurídica puramente formal y cognoscitivo no se compadece con las verdaderas cuestiones de las que se ocupa la filosofía del derecho, que en muchas ocasiones exceden el ámbito de la positividad para inquirir acerca de los temas morales relacionados con el derecho justo.

Con todo y que ello sea importante, aún falta ocuparse del principal defecto del positivismo jurídico, pues ese enfoque nos condena a “ocuparnos de cosas que nos preocupan muy secundariamente. De lo que realmente nos importa, no es posible decir nada con sentido. Lo que realmente importa no es científico” (Albert, 2013, p. 5). De modo que, paradójicamente, los juristas del positivismo se vieron aherrojados en un callejón sin salida construido por sus propias manos: de los asuntos conectados con el mundo del derecho, “solo podían ocuparse de unos cuantos” mientras que “aquellos por los que quizá estuvieran dispuestos a dar sus vidas [eran] justamente sobre los que no les cabía reflexionar, ni decir una palabra” (Albert, 2013, p. 5).

Los argumentos de Albert representan un lugar común —no en el sentido peyorativo, desde luego— en el escenario de las críticas al positivismo analítico y, sin embargo, ellos resultan infundados. Y aunque a menudo suele darse por hecho que existen vínculos entre el positivismo jurídico y el positivismo en sentido amplio, en este

punto hay que proceder con cautela para no caer en el error de llevar la equiparación entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico más allá de lo debido (Paulson, 2011). A decir verdad, el positivismo acuñado por el Círculo de Viena no es la cuna absoluta del positivismo jurídico de nuestros tiempos. Una equiparación de ese grado difícilmente sería acertada, habida cuenta de que el positivismo en general, es una «expresión denigrada en los círculos filosóficos actuales» y el jurídico resulta ser también una construcción mucho más elaborada que en aquel entonces (Paulson, 2011, p. 106). De hecho, es todavía un punto discutible si la filosofía del lenguaje ordinario subyacente, por ejemplo, a la teoría del derecho hartiana —en tanto representante conspicua de la *analytical jurisprudence*— es un producto exclusivo de la escuela de Oxford encabezada por John Langshaw Austin o presenta puntos de antecendencia en común con la obra desarrollada en Cambridge por «el segundo Wittgenstein» (Mora, 2019, pp. 304-306). Lo que en todo caso resulta claro es que los positivistas no mantuvieron nunca una filiación con las tesis del *Tractatus* más decidida que la de su propio autor (Villa, 2024), tan es así que la tesis de la separación no está conceptualmente unida al escepticismo moral, como ya bien se sabe (Nino, 2013; Lyons, 1998).

Otro tanto cabe decir al respecto de la acusación de que el positivismo es mudo ante lo que realmente importa en el derecho. En efecto, la separación entre el hecho y el valor, no implica que los teóricos jurídicos no tengan nada que decir, tal vez, sobre las normas injustas o las resoluciones irrazonables de los jueces. En suma, no quiere decir que los teóricos no puedan realizar tareas de política o evaluación del derecho, porque con ella lo único que se da a entender es que esas son actividades distintas, esto es, que no se trata de tareas cognoscitivas, sino prácticas y valorativas, que por otro lado no son extrañas a la actividad de los juristas. Por eso, no deben considerarse como ocupaciones inapropiadas para el teórico del derecho. Tal como lo explica Chiassoni:

los positivistas que adoptan el descriptivismo, sostienen, al mismo tiempo, la importancia de las tareas de política del derecho. Solo intentan evitar cualquier confusión entre las dos: evitar, en par-

ricular, que operaciones de política del derecho sean presentadas como operaciones científicas. (Chiassoni, 2016, p. 244)

Con lo dicho basta para descartar las objeciones al carácter analítico de la metodología positivista. No obstante, con ello apenas se habría recorrido la mitad del trayecto, pues como se recordará, otro frente de las objeciones ataca los cimientos de la tesis social y, en especial, a la separación entre el derecho y la moral. En tanto que es sobre este último rasgo donde se concentran los aspectos más acerbos de las objeciones, para los efectos buscados a estas alturas, podremos concentrar la atención solamente en ellos. Según esta manera de entender las cosas, el hecho de que las constituciones contemporáneas incluyan dentro de su catálogo de derechos a normas carácter moral (Alexy, 2011) supone “una restricción en el ámbito de los contenidos del derecho positivo. Aunque el poder quisiera mandar o prohibir determinados comportamientos mediante normas, debería respetar determinados límites, los del derecho natural, si quiere que esas normas sean auténticas normas jurídicas” (Ansuátegui, 2017, p. 178). De este modo, existe una deriva iusnaturalista en el derecho constitucional que viene determinada no tanto por la inclusión de contenidos morales en las constituciones, sino por la exclusión de esos contenidos del ámbito de la discusión política (Ansuátegui, 2017). Consecuentemente, la pretensión positivista para desvincular la naturaleza del derecho de sus profundas implicaciones morales, es vista como un fútil intento de separar lo inseparable.

Ante el argumento de la constitucionalización el positivismo podría sostener que la inclusión de contenidos morales en las constituciones es una cuestión de hecho que no presenta un carácter conceptual, desde el momento en que la regla de reconocimiento *puede* —aunque sea posible imaginar alguna que no lo haga— incluir aspectos morales entre los criterios de validez (Hart, 2008). Si esta alternativa es viable, entonces tampoco el argumento de la constitucionalización sería suficiente para determinar el abandono del positivismo como concepción del derecho. Desde ahora puedo adelantar que estoy esencialmente de acuerdo con esta solución del problema; sin embargo, demostrar la plausibilidad de un positivismo constitucionalista, exigiría extender mucho el argumento y presuponer demasiadas cosas que no se han

clarificado hasta el momento, por lo que la presentación completa de este aspecto deberá aguardar un poco más. Por ahora, lo que se impone es analizar otro frente abierto en contra de la tesis social, esta vez, desde la incapacidad del positivismo para explicar los desacuerdos entre juristas.

Una novela en cadena

Como se sabe, la teoría del derecho de Ronald Dworkin representa no solamente una crítica general al positivismo jurídico, sino que también entraña una concepción del derecho por sí misma (Dworkin, 2012a y 2012b; Arango, 2016). Por ello, no es extraño que el movimiento seguido por el jurista americano para alcanzar este propósito se haya concretado en tres movimientos, que constituyen los grandes sectores de su obra escrita. En el primer momento, Dworkin ataca la suficiencia de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la existencia de principios morales en el derecho. Luego, mediante el argumento del «aguijón semántico», califica al positivismo jurídico como una teoría basada en criterios fácticos que es incapaz de explicar los desacuerdos teóricos entre juristas. Finalmente, en sustitución de lo anterior, Dworkin presenta una teoría del derecho como integridad fundada en la unidad del valor (Bonorino, 2010).

Tanto la tesis de los principios como el resto de los argumentos de Dworkin en contra del positivismo hartiano ya resultan conocidos con relativa suficiencia, por lo que puede omitirse una mención más detenida. En lo que sí es preciso detenerse es en el punto donde se resalta la existencia de desacuerdos teóricos entre juristas y la teoría del derecho como integridad, en cuanto que representan aspectos de trascendencia para comprender el sentido de la reflexión dworkiniana durante su periodo de madurez (Arango, 2016).

Para comenzar, conviene no perder de vista que la teoría de Dworkin, se estructura con base en un análisis de los casos difíciles resueltos por la Corte de los Estados Unidos (Rojas, 2006). Por esta causa, el papel de la jurisdicción representa un componente fundamental para la concepción del derecho como integridad. Este punto es importante porque aquí comienzan a separarse los caminos respecto de la posición general del positivismo jurídico. En efecto, con arreglo a lo sostenido por

aquella doctrina, cuando los jueces se encuentran ante un caso para el cual el derecho no depara una solución claramente determinada, ellos pueden resolver el asunto mediante un ejercicio de discrecionalidad que el propio ordenamiento les reconoce (Bulygin, 2015). No obstante, en contraposición, Dworkin afirma que aun en estos casos el juez se encuentra vinculado por el derecho, esta vez bajo el imperio de los principios existentes en el ordenamiento, los cuales determinan siempre una única respuesta correcta para cada caso (Arango, 2016). Entonces, bajo ninguna consideración podría aceptarse el postulado positivista según el cual en algunos supuestos el juez se limita a aplicar el derecho preexistente, mientras que en otros —los especialmente complejos— la judicatura efectivamente crea derecho mediante un ejercicio legislativo intersticial (Hart, 2014). Esta particularidad de la jurisdicción en clave positivista se expresa, verbigracia, en las canónicas palabras de Hart:

(...) he retratado la teoría del derecho (...) como acosada por dos extremos, la pesadilla y el noble sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra. (Hart, 2000, p. 348).

Ahora bien, la crítica de Dworkin es interesante no solo por su ataque a la tesis de la discrecionalidad, sino por el modelo de jurisdicción que se propone en su lugar. En efecto, el autor de *Law's Empire* no se limita a objetar el poder creativo de los jueces ante las situaciones complejas, sino que afirma categóricamente la existencia de una sola respuesta correcta para cada asunto litigioso, sin importar lo complejo o sencillo que resulte ser bajo la lupa del proceso judicial (Arango, 2016). Para Dworkin el derecho se releva como una práctica interpretativa a partir de la cual se precluye la existencia de casos sin solución.

Bajo la conceptualización del derecho como interpretación, en todos los problemas donde se invoca la presencia de las normas jurídicas con el propósito de dirimir una situación controvertida, cada uno de los participantes presentará diferentes posturas sobre lo qué es el derecho

y ofrecerá razones en defensa de las mismas (Calsamiglia, 1992). La eventual diferencia de razones respecto de un mismo asunto se explica porque cada actor en la práctica entiende lo que ella permite o requiere en función de ciertas proposiciones que solo tienen sentido dentro y a través de dicha actividad. Las proposiciones a las que Dworkin hace referencia pueden ser de dos especies: (1) las proposiciones jurídicas y (2) los fundamentos de derecho. Las primeras son afirmaciones sobre el contenido del derecho en un sistema jurídico particular, mientras que los fundamentos de derecho existen en un ordenamiento, verbigracia, si la autoridad ha dictado una ley o código donde se sustente la proposición de que se trate (Shapiro, 2012).

En este contexto, la práctica del derecho consiste en gran medida en el uso y discusión de dichas proposiciones jurídicas (Arango, 2016) y, por eso, la principal actividad de la filosofía del derecho debe ser el análisis de los diferentes tipos de argumentación que los operadores del ordenamiento emplean en sus razonamientos. Sin embargo, la teoría positivista ha descuidado esa actividad bajo el desgastado recurso de la discrecionalidad (Dworkin, 2012). En realidad, los problemas suscitados por la aplicación del derecho no se refieren, como estiman los positivistas, a si una norma ha sido dictada o no, o a si, conforme a determinados criterios semánticos, un caso pertenece al ámbito de dominio de una disposición; sino, más bien, a la determinación de cuáles son las proposiciones jurídicas que proporcionan la mejor justificación para el uso de la coacción en los casos concretos. Lo que el positivismo no alcanza a explicar es el hecho de que los juristas, con vista a un mismo sistema de fundamentos jurídicos, a menudo discrepan sobre lo que el derecho ordena, permite o prohíbe; esto es, sobre cuáles proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas en un sistema determinado (Arango, 2016).

Los desacuerdos teóricos a los que alude Dworkin son disputas genuinas y recurrentes que ocupan gran parte de las preocupaciones de cualquier participante en la práctica social guiada a través de normas. Su origen se encuentra en el propio carácter del derecho como una actividad interpretativa constructiva. En este sentido, las interpretaciones constructivas son procesos mediante los cuales se impone un propósito

a un objeto o práctica con el fin de hacer de ese objeto o práctica el mejor ejemplo de la forma o género a la que se supone que pertenece. Dicho en breve, un propósito hace que un objeto sea lo mejor que puede llegar a ser (Dworkin, 2008). Para eso, el propósito debe ajustarse al objeto para justificarlo mejor que ninguna otra interpretación alternativa. El ajuste al objeto existe cuando la interpretación aconseja que el objeto —en nuestro caso, el derecho— exista o que tenga las propiedades que tiene; mientras que el propósito implicado en la práctica constructiva estará justificado en cuanto se considere que el objeto o la práctica en cuestión merece ser perseguida o alcanzada mediante una labor constante y coordinada. En suma, bajo la conceptualización del derecho como una práctica interpretativa es posible proporcionar no solo la mejor imagen del sistema jurídico, sino también prever una explicación plausible de los desacuerdos teóricos entre juristas.

Según el modelo del derecho como integridad, la práctica jurídica ha de justificar al derecho bajo su mejor luz posible, sin que con ello se separe de la tradición representada en los precedentes que sustenten al sistema de referencia. Para explicar esta construcción dual, Dworkin recurre a la metáfora de la *novela en cadena*. Imagine que un grupo de novelistas ha sido llamado a realizar un proyecto literario, de modo que cada uno sortea el número del capítulo que le corresponderá escribir en la obra colectiva. El escritor que obtenga el número menor en el sorteo deberá escribir la primera entrega de la obra, la cual será enviada al siguiente participante para que, a su vez, redacte el capítulo siguiente y así sucesivamente hasta que todos hayan completado su intervención. En todo caso, los novelistas —a excepción del primero— tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear. Cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela en el momento de ser creada, sin tener la intención de comenzar la obra desde el principio (Dworkin, 2008).

Según Dworkin, cuando el derecho se enfrenta a los casos difíciles su aplicación se asemeja al ejercicio practicado por los novelistas de nuestro ejemplo. En esos casos, cada uno de los jueces debe repasar lo que otros jueces han dictado en el pasado, no solo para saber qué han

dicho, sino para asegurarse de que la nueva decisión encuadre con la obra general escrita a lo largo de los años. Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. “Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy” (Dworkin, 2008, p. 167). Cada juez ante un caso, debe interpretar lo que ha venido ocurriendo hasta antes porque tiene la responsabilidad de hacer progresar la empresa del derecho y proyectarle su mejor luz “antes de tomar de golpe su propio camino” (Dworkin, 2008, p. 167).

Sin embargo, hay todavía una cuestión que Dworkin tiene que enfrentar, pues aún bajo el supuesto de que la imagen de los jueces como un eslabón de los novelistas en cadena sea correcta, no es claro que de ello derive siempre una sola respuesta correcta para cada caso. Por ello, Dworkin tiene que imaginar a un juez mitológico, dotado de un conocimiento ilimitado del derecho y con tiempo y claridad mental infinitas para estudiar con detenimiento todos los asuntos complejos sometidos a su potestad, a fin de determinar, sin margen de error, la única respuesta que el derecho —en tanto empresa interpretativa— depara para cada uno de esos casos. Naturalmente en qué medida los jueces de carne y hueso se asemejen a tal juez Hércules es una cuestión que permanece abierta para la teoría dworkiniana.

Ahora bien, me parece que el positivismo podría aceptar sin cortapisas que el ordenamiento no solo está compuesto por reglas, esto es por mandatos definitivos, sino también por principios según los cuales se recoge alguna dimensión de la moralidad. De hecho, la existencia de una regla de reconocimiento nada dice en contra de que ciertos contenidos morales puedan formar parte de los parámetros de validez del derecho (Hart, 2008). Si ello es de ese modo, entonces la primera crítica dworkiniana demostraría mucho menos de lo pretendido por su autor, y eso sería sufriente para descartarla como una crítica absoluta a la tesis de social sostenida por el positivismo.

Ahora bien, las cosas se complican desde el momento en que, al menos en una primera lectura, Dworkin parece sostener una teoría de la adjudicación particularmente exigente y paradójicamente muy parecida

a los modelos mecánicos de la jurisdicción sostenidos por Montesquieu y Beccaria. Como se sabe, para el autor de *El espíritu de las leyes* los jueces son seres que se limitan a pronunciar las palabras de la ley, pero que no pueden modular ni su fuerza ni su rigor (Montesquieu, 2006). Mientras que, para el célebre pensador italiano, la aplicación del derecho se concibe como una operación exquisitamente silogística (Beccaria, 2008). Pues bien, aun a pesar de que la argumentación de Dworkin sea mucho más sugerente y se base en metáforas fuertemente persuasivas, en el fondo la tesis de la única respuesta correcta no se encuentra muy alejada de la imagen del juez acotado y mecanicista que se limita a encontrar la «única respuesta» determinada por el derecho.

Para demostrar que las cosas son más complejas de lo que Dworkin sostiene basta revisar el papel de la jurisdicción en el Estado constitucional. En la actualidad, se dejan bajo la protección judicial decisiones sobre las cuales anteriormente se encargaba el poder político, lo cual da lugar a un mayor rango de aplicación de principios y valores que suponen un grado importante de indeterminación normativa. Frente a una magistratura cada vez más activa y consiente de su papel, el congreso y la administración han perdido influencia sobre la actividad de los tribunales supremos. Las relaciones del poder judicial con el poder político se han intensificado en el contexto del Estado moderno en la medida en que la judicatura ha servido mejor que otros poderes para procesar las demandas de la población. En parte por esa y otras causas, se ha abandonado la percepción inanimada de la jurisdicción para ceder el paso a una tendencia de acercamiento entre los poderes que, de otra parte, es característica de la sujeción del Estado al derecho. Tal como lo advierten Guarnieri y Pederzoli, queda claro que las fronteras entre la jurisdicción, la legislación y la administración tienden a borrarse. El hecho de que el juez sea también un legislador se considera ya hoy como una obvia banalidad. Los ámbitos de discrecionalidad de que dispone y las mismas características del procedimiento de decisión le llevan de hecho a participar en la formulación de las políticas públicas (Guarnieri y Pederzoli, 2009).

La propia existencia de principios es una fuente de discrecionalidad judicial consustancial a los ordenamientos, especialmente de carácter constitucional. En esa misma proporción la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Dworkin se antoja como cada vez más complicada de realizar. En dicha tesitura, si la única respuesta correcta quiere sobrevivir a la tormenta, no puede asumirse como una tesis conceptual, sino solamente como una idea regulativa. Esta interpretación del tema, tal como es presentada por Robert Alexy, me parece correcta. Según el autor alemán, para que la tesis de la unidad de respuesta fuera acertada, tendrían que satisfacerse cinco idealizaciones: tiempo ilimitado, información ilimitada, claridad lingüística-conceptual ilimitada, capacidad ilimitada para el cambio de roles; y carencia ilimitada de prejuicios; por lo que concluye que no existe ningún procedimiento que permita llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Sin embargo, como todos estos requisitos solo pueden cumplirse de manera aproximada, entonces la tesis en comentario solamente es exitosa si se concibe como un ideal regulativo de la función judicial, que puede alcanzarse en algunos casos, pero no en otros (Alexy, 2010).

Si la tesis de la única respuesta solo puede ser entendida bajo la presentación del ideal regulativo, entonces nada obsta para afirmar que, bajo ciertas condiciones, los jueces efectivamente crean derecho, y que cuando lo hacen deberán aducir razones generales que justifiquen la decisión y presenten al actuar del juez como el de un legislador escrupuloso al optar según sus determinadas creencias y valores. En la medida en que los jueces procedan en esta forma, estará justificado que se les autorice a seguir parámetros o razones de decisión no dictados expresamente por el derecho, a pesar de que tales parámetros puedan llegar a diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles. Ante dos casos para los cuales el derecho no depara ninguna solución predeterminada, los jueces podrían arribar a sentencias distintas igualmente correctas, con tal de que el operador proceda con la debida diligencia y se fundamente en las razones generales proporcionadas por la prudencia jurídica (Hart, 2014).

En suma, la existencia de una única respuesta correcta —para algunos casos fáciles— no afectaría la corrección de la tesis de la

discrecionalidad, al grado de que aquella podría ser aceptada por los positivistas sin abandonar los presupuestos esenciales de su concepción del derecho. Y si las cosas son de este modo, entonces la teoría de la adjudicación sostenida por el positivismo, se revela también en este aspecto como superior al desafío dworkiniano.

Positividad y corrección

A pesar de la enorme atención recibida por la teoría del derecho de Ronald Dworkin, no puede pasar desapercibido que la obra del autor americano se concentra solo en el análisis de la discusión jurídica en el ámbito anglosajón (Carrió, 2006). El efecto de este fenómeno es doble: por una parte, pone de manifiesto que el desarrollo del positivismo jurídico en la tradición continental no puede ser preterido en ningún estudio sobre el tema; y, de otra parte, revela que dentro de ese mismo ámbito geográfico existen alternativas al positivismo mucho más potentes que la propia teoría dworkiniana. Este es el caso, por ejemplo, de la teoría del derecho no-positivista de Robert Alexy.

La obra de Alexy se puede definir como un intento por institucionalizar los ideales de razón y justicia característicos del Estado constitucional. Por esa causa, Alexy es considerado como el más destacado representante de la «segunda escuela de Kiel», esto es, la categoría que agrupa a los juristas, que bajo los auspicios del propio Alexy —en oposición a los profesores del nacionalsocialismo que los precedieron— se han vinculado en torno al desarrollo científico del principialismo, la argumentación jurídica y el enfoque no-positivista sobre el concepto del derecho (Nava, 2015).

Ahora bien, aunque Alexy sostiene una perspectiva no-positivista, ello no implica que oscurezca otros elementos propios de la juridicidad. La apreciación de este hecho es la clave de la tesis sobre la doble naturaleza del derecho sostenida por el jurista alemán. De acuerdo con ella, derecho posee una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica. La primera se manifiesta por los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. En tanto que el aspecto ideal o crítico está dado por la pretensión de corrección moral. Cuando se define al derecho solamente a partir de los elementos fácticos, se sostiene

una teoría positivista. Sin embargo, cuando se agrega la corrección moral como tercer elemento, el cuadro cambia hacía un concepto no-positivista del derecho; de modo que “la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo” (Alexy, 2017, p. 25).

La obra de Alexy gira en torno a tres puntos capitales, a saber, la teoría de la argumentación jurídica, la conceptualización de los derechos fundamentales con arreglo a la teoría de los principios y la elaboración de un concepto de derecho no-positivista (Nava, 2015). Cada uno de estos aspectos se corresponde con alguna de sus obras mayores en orden de antigüedad, por lo que conviene seguir ese mismo criterio de exposición, a fin de captar la propia evolución del pensamiento del bienquisto profesor alemán y, como, en conjunto su obra desemboca en una concepción no-positivista del derecho.

Por lo que hace al primer aspecto, Alexy sostiene que el discurso jurídico es una especie del discurso práctico general, esto es, un discurso a través del cual reflexionamos sobre lo que debemos hacer y sobre las justificaciones que encontramos para ello (Alexy, 2011). De este modo, la teoría de la argumentación parece reconciliar dos aspectos aparentemente contradictorios que se hallan conectados con la tesis de la doble naturaleza. En efecto, la argumentación jurídica no sería posible sin la presencia de argumentos prácticos generales y tampoco podría realizarse sin atender y tomar en serio la validez del derecho positivo (Nava Tovar, 2015). Bajo este esquema, la teoría del discurso se presenta como un recurso analítico y normativo a través del cual es posible fundar racionalmente tanto la corrección de las decisiones tomadas en los contextos jurídicos como el análisis de la estructura lógica de los argumentos ofrecidos.

Según la teoría alexyana, un enunciado normativo será correcto cuando pueda ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, de un discurso racional regido por ciertas reglas de razón, de fundamentación y de distribución de cargas entre los participantes. En ese tenor, el modelo preconizado por Alexy posee una naturaleza procedimental; y en esa misma medida debe hacerse cargo de un par de objeciones que salen a su paso. En primer lugar, es necesario demostrar que tales reglas satisfacen el requisito de universalidad a fin de que

puedan ser tenidas en cuenta; y, luego, es preciso demostrar que una teoría procesal está en aptitud de garantizar la corrección de las decisiones prácticas. Sin embargo, a diferencia de lo que sostienen sus críticos, la teoría del discurso no intenta definir como absolutas determinadas reglas de una comunidad política, sino únicamente afirmar el carácter inmanente y trascendente de ciertos cuestionamientos y presupuestos básicos del lenguaje que se dan dentro de las comunidades y abarcan todas las formas de vida. Por ello, las reglas de la argumentación están justificadas en cuanto se vinculan con la autonomía de los sujetos y desde el momento en que garantizan el acceso igualitario a un debate donde predomina la coerción no coactiva del mejor argumento (Nava, 2015.). Si las cosas son así, entonces la teoría también quedaría a buen recaudo de la objeción relativa a la formalidad, en tanto que la posibilidad de arribar a un resultado acertado depende solamente del seguimiento de ciertas reglas conforme a las cuales se estructura el discurso justificativo (Nava, 2015.).

No obstante, este no es el único grupo de objeciones que se han dirigido a la teoría de la argumentación. Desde el momento en que Alexy sostiene la tesis del caso especial, esto es, que el derecho es solo un ámbito de aplicación del discurso práctico general, se corre el peligro de arrasar con la sustantividad propia de la práctica jurídica. Según los criterios más interesantes en este sentido, la tesis del caso especial incrementa el riesgo de diluir al discurso jurídico en el campo de la moral, ya que Alexy parece aceptar ciertas tesis emparentadas con el derecho natural. Sin embargo, estas críticas fallan el blanco. Si se lee con atención la obra de Alexy, no es difícil concluir que la relación entre el discurso práctico y la argumentación jurídica es solamente de género a especie, ya que subsisten ciertas características específicas del discurso jurídico, tales como el razonamiento a partir de las normas positivas o el uso de precedentes, que en su conjunto impiden la pérdida de singularidad de la argumentación jurídica dentro de los territorios morales. Además, tal como se advertirá más adelante, aunque Alexy sostiene una conexión entre el derecho y la moral, dicha vinculación sólo niega el carácter jurídico a las normas que superan un carácter extraordinariamente injusto. De este modo, incluso bajo la aplicación

de la tesis de la vinculación, en la teoría de Alexy habría espacio, por ejemplo, para ciertas normas en algún sentido injustas —inmorales— siempre que tales no superen dicho umbral extremo.

En otro orden de ideas, por lo que toca a la teoría de los principios, Alexy asegura que existe una relación interna entre los derechos fundamentales y el razonamiento jurídico. En este punto, la primera cuestión a destacar es que, frente a la elusión del problema de la fundamentación, Alexy propone un ejercicio de justificación a partir de una metafísica positiva con sentido constructivo, racional y universal (Alexy, 2011). Así las cosas, los derechos quedarían justificados a partir del juego de dar y pedir razones por medio del cual se hace explícito lo que subyace a la praxis humana. Esto implica que las prácticas discursivas se presentan en la totalidad del mundo como una característica netamente humana a la cual no se puede renunciar sin despojarse de un rasgo de identidad; por tanto, los derechos fundamentales nacen de los propios rasgos que nos confieren identidad como personas (Alexy, 2011).

Si los derechos fundamentales se conceptualizan conforme a la teoría de los principios, entonces ellos resultan ser mandatos de optimización que ordenan que una conducta se realice en la mayor posibilidad de las condiciones jurídicas y fácticas (Alexy, 2011). En este aspecto, existe un cierto acercamiento con la teoría dworkiniana; sin embargo, diferencia del jurista americano, Alexy es enfático al señalar que no puede existir una teoría del derecho que no dé cuenta de las posibles y frecuentes colisiones entre principios y tampoco sin una teoría de la adjudicación que permita establecer las pautas para resolver esta clase de concurrencias (Alexy, 2011). De esta forma, aunque el profesor alemán concibe a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, no niega que ciertos bienes colectivos puedan ser reputados como tales, al tiempo que funda su teoría sobre la base de la libertad, la igualdad y el deber de proporcionalidad.

Justo en el campo de la solución a las colisiones entre principios se encuentra una de las partes más interesantes de la teoría de Alexy, ya que es aquí donde configura las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación (Alexy, 2011). A través de la proporcionalidad se estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del

contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador. Para ello, es menester desplegar un análisis secuencial para decidir si una medida que interfiere derechos es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto (Bernal, 2014). Ahora, para conocer si una medida es proporcional en sentido estricto es menester sopesar —ponderar— los principios que entran en colisión en un caso concreto a fin de determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por lo tanto, cuál de ellos determina la solución del caso (Nava, 2015).

Si los derechos fundamentales son exigencias a ser optimizadas, entonces la teoría está atenazada por el riesgo de exigir demasiado o representar demasiado poco. Los derechos representan demasiado porque podrían conducir a un escenario en donde la constitución lo disciplinara todo asfixiando el campo para la determinación legislativa. Por el contrario, representaría demasiado poco si la expectativa de cumplimiento de los derechos pudiera ser relativizada a partir de ponderaciones judiciales en cada caso. Ante estas dos objeciones, Nava Tovar sostiene que la teoría de Alexy no conduce a ninguna de estas soluciones, pues en ella está implícita una visión procedimental sustantiva de la constitución donde se garantizan márgenes de acción estructurales y epistémicos para que el legislador, a través de un ejercicio de libre configuración, determine lo que exige cada derecho dentro del marco de lo que no viene exigido ni resulta prohibido por el texto constitucional (Nava, 2015).

Finalmente, como tercer gran apartado de su obra, Alexy sostiene una teoría del derecho de carácter no-positivista. Según este enfoque existen relaciones conceptuales y necesarias entre el derecho y la moral, tal como lo muestra la tesis de la doble naturaleza del derecho. Con arreglo a esta tesis, el aspecto ideal de la práctica jurídica se encuentra conectado con la idea de la pretensión de corrección. Según el profesor tudesco, tanto los sistemas jurídicos en su conjunto como las normas jurídicas y las decisiones individualizadas necesariamente erigen una pretensión de corrección moral. En la pretensión de corrección se encuentra uno de los vínculos más estrechos entre Alexy y el argumento de la injusticia formulado por Radbruch durante la etapa final de su vida,

el cual podría sintetizarse en la afirmación de que la injusticia extrema no es derecho (Alexy, 2011).

A partir de un análisis de los delitos cometidos durante el nacionalsocialismo y por los centinelas del muro de Berlín durante la Guerra Fría, Alexy considera que existe un umbral en donde la injusticia de las normas es en tal grado extrema que les priva por completo del atributo de la juridicidad (Alexy, 2011). Es justo aquí donde resulta más claramente la tesis de la doble naturaleza, pues la teoría no-positivista de Alexy solo negaría el carácter jurídico a una clase especial y restringida de normas extremadamente injustas y no a cualquier norma que presentara un defecto moral tolerable. Así, el concepto de derecho resulta fortalecido no solo por la existencia de una dimensión real, representada por la vigencia y la eficacia social, sino también por la pretensión de corrección moral, que evidencia su conexión con ciertos aspectos valorativos relevantes (Nava, 2015).

Ahora bien, ¿cuál debería ser la actitud positivista frente a la teoría de Robert Alexy? En principio, por lo que hace a la teoría de la argumentación jurídica, ella representa un aspecto infravalorado por el positivismo. Sin embargo, tal situación no debe conducir al abandono del positivismo como concepción del derecho, sino más bien a su fortalecimiento mediante la teorización de los aspectos omitidos. Con arreglo a esta forma de entender el asunto, si bien es cierto que “las teorías de Kelsen, Ross, Bobbio, Hart, Alchourrón y Bulygin no proporcionan una teoría del razonamiento jurídico en los Estados constitucionales” (Chiassoni, 2016, p. 236), ello no implica que no tengan algo que decir sobre el derecho contemporáneo. “Ellas contienen ideas valiosas acerca de la interpretación y del razonamiento jurídico en general: y, por lo tanto, útiles para comprender cómo es, cómo funciona, el derecho tanto en los Estados legislativos de derecho como en los Estados constitucionales” (p. 236).

Por otro lado, si bien Alexy sostiene la existencia de un vínculo entre el derecho y la moral, ello no implica que el positivismo jurídico esté impedido para receptar tanto la tesis de la pretensión de corrección como la existencia de conexiones de hecho entre el derecho y la moral. En efecto, si el positivismo no se encuentra comprometido con una conexión

identificativa entre el derecho y la moral, ni está reñido con la afirmación sobre el valor moral contingente del derecho; y tampoco resulta necesario para ser positivista sostener alguna especie de escepticismo moral, tal como ya lo he referido más arriba. Entonces no habría inconveniente para aceptar la tesis de la pretensión de corrección y tampoco, incluso, la posibilidad de alguna (o algunas) relaciones no necesarias entre el derecho y la moral.

No obstante, que la teoría no-positivista de Alexy no logre desbancar al positivismo no implica que deba ser descartada sin más. Por el contrario, ella debe ser tomada en serio no únicamente desde las filas del constitucionalismo argumentativo a que da lugar, sino principalmente desde el frente positivista, porque ningún jurista que sostenga la tesis social y la separación entre el derecho y la moral, podrá dejar de ajustar cuentas con Robert Alexy.

El constitucionalismo positivista

Consideradas en su conjunto, tanto la teoría del derecho como integridad y la tesis en torno a la naturaleza dual del derecho coinciden en su identificación sobre la insuficiencia del positivismo como concepción jurídica general y apuntarían a favor de sostener el argumento de la irrelevancia anunciado al principio. Es cierto que ambos enfoques recorren caminos diversos, principalmente en función de su distinta génesis intelectual, aunque al final del sendero los dos concluyen en un punto común representado por su rechazo al positivismo jurídico. Si la presentación realizada hasta ahora fuera la única posible, indudablemente nos encontraríamos ante el ocaso de una doctrina que gozó del predominio teórico durante los últimos dos siglos, pero que ahora pasaría a ocupar un volumen más en el estante de la historia de las ideas jurídicas. No obstante —y tal vez para fortuna de los positivistas—, esta no es la única manera de presentar el asunto. Una alternativa, específicamente con miras a incorporar los rasgos del proceso de constitucionalización como parte del paradigma positivista todavía es posible. Si esto es así, entonces el positivismo jurídico no es forzosamente incompatible con las exigencias de los sistemas constitucionales que sirven de banco de prueba al argumento de la irrelevancia. Todavía queda

un camino viable para alguna especie de constitucionalismo positivista, y para demostrarlo me serviré de un conocido trabajo de Luis Prieto Sanchís (2005).

En *Constitucionalismo y positivismo* (2005) antes de entrar a la «defensa» de su tesis capital, Prieto comienza por denunciar los efectos del prejuicio antipositivista. Según su opinión, la mayoría de las objeciones en contra de esta corriente son desfavorables por poco meditadas. En más ocasiones de las que recomienda la prudencia, los críticos se encargan de discutir tesis que los positivistas en realidad nunca han sostenido o que se mueven en planos distintos al auténtico centro de la concepción jurídica cuestionada (Prieto, 2005). Este sería el caso de Radbruch cuando culpa al positivismo de ser el causante de los horrores del nazismo (García, 2003), o cuando se considera que el positivismo asume un modelo de adjudicación mecanicista, más cercano a los postulados de la Escuela de la Exégesis, que a la tesis de la discrecionalidad compartida por la mayoría de los exponentes actuales de aquella doctrina.

Si a este “prejuicio antipositivista” (García, 1998, p. 368) se suma que a menudo el proceso de constitucionalización es asociado con una carga positiva, desde el momento que modifica el estatuto de la ciencia jurídica y la conformación de los ordenamientos —porque si el derecho habrá de responder a ciertas exigencias de valor, entonces los juristas al acercarse a su objeto de conocimiento no solo colaborarían con una obra del poder, sino que estarían prestando sus servicios a una empresa *justa*—, es más fácil comprender que los espacios del positivismo sean cada vez más exiguos, no porque en realidad lo sean, sino porque así se quiere hacer parecer por los «nuevos amigos de la constitución».

Mencionadas este par de cuestiones introductorias, el segundo paso para demostrar la posibilidad del constitucionalismo positivista, supone desmitificar el uso de los conceptos implicados (Prieto, 2005). Como se sabe, el constitucionalismo puede entenderse en tres sentidos diversos: ya sea como teoría del derecho, como metodología, o bien como una ideológica jurídica (Comanducci, 2009). Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros del proceso de constitucionalización, por lo que dicha doctrina se presenta como

una alternativa respecto a la teoría positivista tradicional mediante la asunción de un modelo de la constitución concebida como norma. En su orden, el neoconstitucionalismo metodológico se caracteriza por sostener la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa entre el derecho y la moral; y finalmente, en su faceta ideológica, la corriente en estudio asume un enfoque que no solo describe los logros del proceso de constitucionalización, sino que además “los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación” (Comanducci, 2009, p. 50).

Si ahora aplicamos estas categorías a la clásica distinción señalada por Bobbio en torno las formas en que se puede hablar del positivismo jurídico, resultará que también existen tres variantes no necesariamente conectadas en las que una teoría del derecho podría participar de los postulados de esa corriente (Prieto, 2005). Según la primera de esas acepciones, conforme a un determinado enfoque metodológico, es preciso distinguir entre el derecho como un hecho social y el derecho como una idea de valor, de modo que la teoría únicamente debe ocuparse del derecho realmente existente, mas no del derecho ideal o valorativamente deseable (Bobbio, 2009). En segundo lugar, de acuerdo con la acepción del positivismo como teoría, se entiende una “concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción” (Bobbio, 2009, p. 49). Finalmente, en su cariz ideológico, el positivismo jurídico afirma que el derecho «que es», por el solo hecho de existir adquiere un valor positivo, favorable a su obediencia; es decir, “prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal” (p. 52).

Así las cosas, la única acepción que representa el sentido focal del positivismo jurídico es la que se vincula con un cierto enfoque metodológico para distinguir el derecho que es frente al derecho que debería ser conforme a algún aspecto valorativo. Pero esta asunción no se encuentra vinculada con ninguna tesis estatalista ni tampoco presupone la existencia de un deber moral de obediencia respecto del derecho positivo. En consecuencia, si se contrastan los tres planos en que puede ser entendido el proceso de constitucionalización con el sentido focal del positivismo como método, se podrán extraer una serie de interesantes consecuencias.

En primer lugar, respecto de las versiones del constitucionalismo teórico e ideológico, los positivistas podrían observar satisfactoriamente los logros del proceso de constitucionalización e incluso contribuir en su teorización mediante una descripción detallada de los mismos. Pero ello no implica caer en el exceso de sustituir la adhesión al positivismo ideológico —que postulaba el deber de obediencia del derecho por el solo hecho de ser positivo— para entronizar ahora una observancia acrítica de la constitución por la vía de una vinculación moral. Esto quiere decir que las normas derivadas de la constitución no son percibidas favorablemente solo por creer que tienen una carga positiva comunicada automáticamente por la regla fundamental, sino porque satisfacen los criterios establecidos por aquella, tanto en lo que respecta a su forma de producción como en lo que hace a su contenido concreto (Prieto, 2005).

Esto reduce la magnitud de los desencuentros entre ambas corrientes. Ahora el punto de la *litis* se centra en la manera en cómo la tesis de la separación —tan querida por el positivismo— puede resistir a los afanes de la vinculación entre el derecho y la moral sostenida por los neoconstitucionalistas. Pero, aunque ello nos coloca de lleno ante el verdadero problema a dilucidar, pronto resalta un punto de acuerdo entre los contendientes. En efecto, tanto los valedores de la separación como los adalides de la conexión entre el derecho y la moral, estarían de acuerdo en que dicha vinculación no puede implicar sin más una completa confusión entre ambos dominios del comportamiento (Prieto, 2005). Suponer semejante cosa conllevaría a que cualquier defecto moral privaría del carácter jurídico a las normas legales, lo cual es inaceptable para todos. En consecuencia, la tesis de la vinculación tendría que reformularse conforme a cualquiera de estas dos hipótesis: sea como una tesis sobre la especificidad del razonamiento jurídico o como una afirmación relacionada con la unidad de la razón práctica.

Según la primera de las versiones expuestas, en los sistemas constitucionalizados el razonamiento jurídico viene a ser una especie del razonamiento moral. Sorprendentemente si la tesis de la vinculación se quiere mantener en esos términos, el positivismo podría conceder el punto sin problemas, con tal de que la remisión al ámbito de la moralidad se realice solo en los sistemas jurídicos que satisfacen dos condiciones

necesarias y conjuntamente suficientes: en primer lugar, que se trate de sistemas constitucionalizados donde existan tales referencias a la moral; y que se considere al razonamiento jurídico como una especie del razonamiento moral sólo en los casos donde la ley fundamental expresamente emplee semejantes referencias morales.

Por el contrario, si la relación entre el derecho y la moral se refiere a una proposición acerca del razonamiento práctico general, su fortuna dependerá de las razones favorables que puedan esgrimirse en torno a la unidad del razonamiento práctico. Pero nuevamente, los positivistas —o al menos algunos de ellos— no quedarían mal parados si un objetivismo moral mínimo resulta demostrado. En efecto, de acuerdo con algunas versiones del positivismo jurídico incluyente, la unidad del razonamiento práctico es plausible y en realidad resulta bastante inocua. En última instancia, la unidad del razonamiento, como se ha dicho, parece requerir de un cierto objetivismo moral a partir del cual sea posible arribar a determinados acuerdos prácticos en el derecho. Es aquí donde el positivismo incluyente asienta el golpe y sostiene que es posible arribar a esos acuerdos desde el momento en que reparamos en el hecho de que los jueces son agentes morales y cuando toman decisiones que afectan el bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales.

Sin embargo, el deber de fundamentación moral de las decisiones judiciales no supone que el derecho deje de ser una cuestión de hechos sociales, ni mucho menos que la vinculación entre el derecho y la moral se presente como un asunto conceptual. Contrariamente a ello, tales relaciones son un asunto de hecho relacionado con la eficacia del sistema jurídico, pues si el derecho pretende ser exitoso al momento de cumplir su función en la resolución de los problemas de coordinación de la vida social, no podría desconocerse que constantemente existen traslapes con el contenido de una moral social e históricamente determinada. En conclusión, si la vinculación del derecho es un asunto contingente y predicable no con relación a un orden de valores eternos e inmutables, sino sociales e históricamente demarcados, entonces no se alcanza a ver ningún inconveniente al desarrollo de un constitucionalismo positivista

(Prieto, 2005). Esto es de un constitucionalismo conocedor de que la constitución encarna un consenso de moralidad pública, por cierto, no solo entre funcionarios, y de que, por tanto, expresa decisiones abiertamente morales (Prieto, 2005). Y si las cosas son así, entonces el positivismo jurídico se revela como una concepción superior a sus más cercanos contrincantes.

Cómo refutar el argumento de la irrelevancia

En la última línea del apartado anterior deslicé la conclusión de que el positivismo es una concepción jurídica superior a sus más cercanas competidoras, pero no dije nada más. Tal situación podría mover a la desazón a cualquiera que haya seguido el desarrollo de la cuestión hasta aquí. ¿Por qué el positivismo jurídico es una concepción superior frente a sus más cercanas competidoras? ¿Esto es una afirmación objetiva o se corresponde más bien a un juicio de valor subjetivo? Es hora de afrontar ambas interrogantes y, de paso, responder la pregunta de por qué no deberíamos dejar atrás al positivismo jurídico.

En general, la objeción que subyace en las críticas al positivismo tiene que ver con su aparente imposibilidad para dar cuenta de la existencia de criterios morales de validez. Sin embargo, ello no sería así en todos los escenarios posibles. Como sabemos, la jurisprudencia conceptual se encarga de explicar el concepto del derecho tal como lo determinan nuestras prácticas lingüísticas; por lo tanto, mientras que nuestras prácticas lingüísticas ordinarias permitan la posibilidad de un sistema jurídico con criterios morales de validez, entonces la posibilidad de que —como factor contingente— la regla de reconocimiento pueda incluir criterios morales de validez, no es una cuestión imposible. Nada menos, en un reciente y estimulante libro, Kenneth Einar Himma sostiene explícitamente un parecer semejante, cuando dice que “si no hay otras razones de peso para pensar que es conceptualmente imposible que un sistema jurídico incorpore criterios morales de validez, la tesis de la incorporación parece ser verdadera en lo que respecta a nuestro concepto de derecho” (Himma, 2025, p. 242). Esa es la tesis de fondo que se ha tratado de demostrar a lo largo de esta contribución

Bajo semejante entendimiento, ante la recomendación de Atienza y Ruiz Manero, se podría replicar que no es necesario abandonar al positivismo, en cuanto que dicha concepción del derecho no deviene incapaz, por ejemplo, para explicar nuestras prácticas constitucionales. A ello hay que sumar, también, el mayor potencial explicativo del positivismo en la medida que presenta un concepto de derecho más sencillo y menos engorroso que los enfoques no-positivistas (García, 1998). Si el derecho se define solamente en virtud de la tesis social y de la tesis de la separación como una instancia de la primera, claramente se evita cualquier consideración metafísica sobre la esencia de lo jurídico, al tiempo que se responde a los usos corrientes que la propia palabra «derecho» presenta en el lenguaje ordinario.

Una definición positivista del derecho no requiere de la elucubración previa de qué sea lo justo o con arreglo a qué orden de valores ese concepto deba ser determinado, situación que es previa y fundamental, por ejemplo, para el iusnaturalismo. Sin embargo, que el positivismo evite cualquier consideración ética, no quiere decir que también abjure de todo compromiso moral. El positivista constata lo que históricamente se ha entendido o considerado como derecho en un sistema de referencia, pero ello no supone que por ello justifique también la aplicación de un derecho injusto. Como lo dice García Amado (2003), ante la iniquidad, el parecer del positivista y del no-positivista es semejante “el juez que se ve en la tesitura de aplicar una ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula si es iusnaturalista. Pero ninguno, honestamente, la aplicaría” (p. 284).

Por otro lado, curiosamente el concepto no-positivista del derecho estaría en un riesgo mayor de caer en el despotismo tan atribuido al positivismo jurídico del medio siglo. Si el no-positivismo reconoce un contenido de justicia a todos los ordenamientos a los que se les da el calificativo de jurídicos, entonces tácitamente estaría modificando la intensión y la extensión del concepto del derecho. Como explica García Figueroa (1998), con la intensión de un concepto se hace referencia a las propiedades que definen a una cosa, mientras que la extensión expresa el conjunto de elementos a los que el concepto cubre o a los que se refiere. Bajo esta tesitura, en la intensión del concepto no-positivista del derecho

se presupone un «cierto contenido de justicia» pero sin que la extensión del concepto sea modificada.

El problema es que la extensión del término derecho usada por los no-positivistas sigue estando determinada típicamente por los criterios señalados por el positivismo jurídico, con lo cual se llegaría al contrasentido de sostener un concepto de derecho con una intensión no-positivista, pero con una extensión claramente positivista. Y el resultado no puede ser más inaceptable: se llegaría al extremo de considerar como ejemplos de ordenamientos jurídicos a sistemas que garantizan un mínimo de justicia que apenas supere el límite inferior antes de la ausencia de esa propiedad (García, 1998). Ese es el sentido de la expresión, incluso del segundo Radbruch, según la cual la existencia de la ley siempre es mejor que su ausencia.

En la medida que el concepto de derecho positivista, determinado por la tesis social, la tesis de la separación y la de la discrecionalidad, presenta una mayor capacidad explicativa y un menor riesgo de incurrir en confusiones, derivadas de la aceptación acrítica de prácticamente cualquier sistema jurídico, ella presenta una palmaria superioridad explicativa. En suma, la tesis social —y sus desdoblamientos visibles en la tesis de la separación y la discrecionalidad— representan el último bastión del positivismo jurídico, y mientras ellas no caigan tampoco lo hará la concepción del derecho que ellas contribuyen a mantener en pie. En tanto eso sea de este modo, no sería sensato abandonar estos elementos aún relevantes del positivismo jurídico.

Referencias

- Albert, M. (2013). ¿Qué es el derecho? La ontología jurídica de Adolf Reinach. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea-Universidad de Medellín.
- Alexy, R. (2010). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En *Derecho y razón práctica*, (4.ª ed.). Fontamara.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del derecho. En Bernal Pulido, Carlos. (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra.

- Alexy, R. (2017). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. En *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Ansuátegui, F. J. (2017). Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En Mora Sifuentes, F. *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2.ª ed.). Fontamara.
- Arango, R. (2016). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? (2.ª ed.). Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (27). ITAM/Fontamara.
- Beccaria (2008). *Tratado de los delitos y de las penas*. Porrúa.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. (4.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2009). *El problema del positivismo jurídico*. (1.ª ed.). Fontamara.
- Bonorino, P. (2010), *Dworkin*. Ara Editores.
- Bulygin, E. (2008). Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho* (12).
- Bulygin, E. (2015). El positivismo jurídico. En *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, (2.ª ed.). Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1992). El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (12).
- Carrió, G. (2006). *Notas sobre derecho y lenguaje*. (5.ª ed.). Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. (4.ª ed.). IIJ/UNAM-Trotta.
- Dworkin, R. (2008). Cómo el derecho se parece a la literatura. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.
- Dworkin, R. (2012a). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2012b). *El imperio de la justicia*. (2.ª ed.). Gedisa.
- García, J. A. (2003). *Ensayos de filosofía jurídica*. Temis.
- García, A. (1998). Reseña a *Constitucionalismo y positivismo*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (54).

- García, A. (2005). Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas. En Bernal Pulido, C. (Ed.). *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra.
- García, E. (2006). *Introducción al estudio del derecho*. (59.º ed.). Porrúa.
- Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (2009). *Jueces y política*. Taurus.
- Hart, H.L.A. (1977). American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, 11(5). https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33
- Hart, H.L.A. (2000). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño. En Casanovas, P. y Moreso, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Crítica.
- Hart, H. L. A. (2008). *Postscriptum* a “El concepto de derecho”. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes.
- Hart, H. L. A. (2014). Discrecionalidad. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* (37).
- Himma, K. E. (2025). *Moralidad y naturaleza del derecho*. Puno, Zela.
- Kelsen, H. (2013). *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*. Colofón.
- Lyons, D. (1998). *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Gedisa.
- Montesquieu (2006). *Del espíritu de las leyes*. Tecnos.
- Mora, F. (2019). H. L. A. Hart: Vida y contexto filosófico. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, (13). IIJ/UNAM.
- Nava, A. (2015). *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Nino, C. S. (2013). *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Fontamara.
- Paulson, S. (2011). El sentido mismo del positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, (102).
- Prieto, L. (2005). *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Ediciones Coyoacán.
- Rojas, V. M. (2006). El concepto de derecho de Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, (246).
- Shapiro, S. (2012). El debate “Hart-Dworkin”: Una breve guía para perplejos. En Melero de la Torre, M. (Ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Tirant lo Blanch.

Contra la «irrelevancia» del positivismo jurídico.

Villa, V. (2024). *Historia de la filosofía del derecho analítica*, Puno, Zela.
Wittgenstein, L. (1987). *Tractatus logicus-philosophicus*. Alianza Editorial.

***Jesús Everardo Rodríguez Durón**

Formación: Doctor en derecho por la Universidad de Guanajuato; miembro del Sistema Nacional de Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SNII/SECIHTI). Ocupación: Profesor de las maestrías en justicia constitucional y ciencias jurídico penales, así como del doctorado interinstitucional en derechos humanos de la Universidad de Guanajuato. Líneas de investigación: Teoría y filosofía del derecho; derecho constitucional; teoría de los derechos fundamentales, justicia constitucional. Contacto: everardord@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6970-2697>

Inteligencia artificial generativa en el sector creativo: equilibrando la innovación y los derechos humanos desde el derecho al desarrollo

Generative Artificial Intelligence in the Creative Sector: Balancing Innovation and Human Rights Through the Right to Development

César Ricardo Castillo Velazco*

Universidad Autónoma de Aguascalientes

Centro de Ingeniería y Desarrollo Industrial

Resumen

El avance de la inteligencia artificial generativa (IAG) en el ámbito creativo ofrece oportunidades sin precedentes para potenciar la innovación cultural, ampliar el acceso a herramientas tecnológicas y dinamizar el crecimiento económico. Sin embargo, también plantea riesgos significativos para la protección de los derechos humanos, en particular debido a que los sistemas regulatorios internacionales tienden a privilegiar la tutela de los derechos individuales sobre los colectivos. Este artículo propone situar el

ABSTRACT

The advancement of generative artificial intelligence (GAI) in the creative sphere offers unprecedented opportunities to foster cultural innovation, broaden access to technological tools, and stimulate economic growth. However, it also poses significant risks to the protection of human rights, particularly because international regulatory developments tend to prioritize the safeguarding of individual rights over collective ones. This article proposes placing the right to development at the core of GAI regulation, considering

Recibido: 22 de agosto de 2025.

Aceptado: 1 de noviembre de 2025.



derecho al desarrollo como eje articulador de la regulación de la IAG, considerándolo como un marco integrador capaz de equilibrar innovación tecnológica, equidad y justicia social, conciliando de manera armónica los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. A partir de una revisión documental y un enfoque metodológico de carácter deductivo, se analizan los intereses de los actores clave en el ecosistema de la IAG y se contrastan con los avances normativos internacionales que buscan proteger a los creadores, garantizar la participación cultural y asegurar un acceso equitativo a los beneficios del progreso científico, en ambos casos desde la perspectiva de los derechos humanos. Los hallazgos permiten concluir que la incorporación del derecho al desarrollo en la regulación de la IAG no sólo es compatible con los estándares internacionales de derechos humanos, sino imprescindible para que esta tecnología funcione como motor de inclusión y bienestar colectivo, evitando la profundización de desigualdades y la concentración del poder tecnológico en unos pocos actores.

Palabras clave: inteligencia artificial generativa, derecho al desarrollo, derechos humanos, regulación tecnológica.

it as an integrative framework capable of balancing technological innovation, equity, and social justice, while harmoniously reconciling civil, political, economic, social, and cultural rights. Drawing on documentary research and a deductive methodological approach, the study analyzes the interests of key stakeholders within the GAI ecosystem and contrasts them with international regulatory developments aimed at protecting creators, ensuring cultural participation, and guaranteeing equitable access to the benefits of scientific progress, both examined from a human rights perspective. The findings suggest that incorporating the right to development into the regulation of GAI is not only compatible with international human rights standards but also essential to ensure that this technology becomes a driver of inclusion and collective well-being, while preventing the deepening of inequalities and the concentration of technological power in the hands of a few actors.

Keywords: generative artificial intelligence, right to development, human rights, technological regulation.

Introducción

La inteligencia artificial generativa (IAG) se ha consolidado como uno de los avances tecnológicos más disruptivos de nuestro tiempo. Su capacidad para producir texto, imágenes, música y otros contenidos de forma automática la convierte en una herramienta con un enorme potencial transformador. En el sector creativo, en particular, la IAG abre la posibilidad de democratizar el acceso a recursos culturales, ampliar las capacidades humanas y hacer más dinámica la innovación a una velocidad sin precedentes. Sin embargo, estas oportunidades conviven con

desafíos éticos, jurídicos y sociales que originan tensión en los marcos normativos actuales y obligan a repensar las formas en que se regulan los avances tecnológicos.

Uno de los principales riesgos asociados al uso de la IAG es la profundización de desigualdades preexistentes. La concentración de poder en pocas manos, la brecha en el acceso a la tecnología y la posible sustitución del trabajo creativo humano plantean interrogantes sobre equidad, justicia y distribución de beneficios. Además de que la homogeneización cultural y la reproducción de sesgos en los datos de entrenamiento utilizados por estas tecnologías ponen en peligro la diversidad y pluralidad de expresiones, elementos esenciales para la vida cultural de los pueblos.

A nivel internacional, diversos organismos han impulsado principios éticos y recomendaciones para orientar el desarrollo y uso de la inteligencia artificial (IA) en general. La transparencia, la rendición de cuentas, el respeto a la dignidad humana y la no discriminación han sido algunos de los planteamientos que rigen estos avances. No obstante, la mayoría de estas iniciativas se ha concentrado en la protección de derechos individuales, dejando en un segundo plano los derechos colectivos. Estos últimos son fundamentales para garantizar que el progreso tecnológico se traduzca en un desarrollo inclusivo y sostenible.

En este escenario, el derecho al desarrollo se presenta como un marco integrador capaz de responder a algunos de los dilemas que plantea la IAG. A diferencia de otros enfoques más parciales, este derecho tiene la capacidad de vincular de manera holística las dimensiones económicas, sociales, culturales y políticas del progreso, destacando que los individuos y los pueblos deben ser no solo beneficiarios, sino también protagonistas activos en la construcción de su propio desarrollo.

La particularidad de este derecho es que articula de forma armónica las distintas generaciones de derechos humanos. Este enfoque integral permite concebir la regulación de la IAG más allá de la mera protección de la propiedad intelectual o de la gestión de riesgos técnicos, orientándola hacia principios de equidad, inclusión, sostenibilidad y justicia distributiva. En otras palabras, sitúa a la persona y a las comunidades en el centro de la innovación tecnológica, por lo

tanto, la adopción de esta perspectiva implica repensar los marcos regulatorios vigentes, pero con una visión de largo plazo. Esto implica el reconocimiento de que la innovación tecnológica no puede aislarse de valores como la justicia social y la diversidad cultural, ni puede reducirse a la búsqueda de beneficios económicos; por el contrario, se requiere una regulación capaz de equilibrar los intereses individuales y colectivos, garantizando que la IAG se convierta en motor de bienestar humano y no en un factor de concentración de beneficios en unos pocos actores.

De igual manera, el derecho al desarrollo puede aportar elementos clave para la gobernanza de la IAG, tales como la cooperación internacional, la transferencia tecnológica y la participación democrática en la toma de decisiones, las cuales son dimensiones esenciales para evitar que las asimetrías actuales entre Estados y empresas profundicen la brecha entre desarrolladores y usuarios. Sin una visión compartida entre los diversos actores y ante una regulación fragmentada de estos avances tecnológicos, se corre el riesgo de generar vacíos normativos que faciliten prácticas abusivas y comprometan los derechos humanos.

Por lo tanto, el presente artículo explora cómo el derecho al desarrollo puede servir como eje normativo para regular la IAG en el sector creativo, para ello se lleva a cabo una revisión documental y a través de un enfoque deductivo se analizan los intereses de los actores involucrados, los pilares normativos internacionales involucrados, así como los desafíos normativos que plantea esta tecnología. La propuesta central es que el derecho al desarrollo constituye no solo una opción compatible con la regulación de la IAG, sino un marco indispensable para garantizar que el progreso tecnológico se traduzca en inclusión, diversidad y bienestar colectivo, no así en una nueva forma de desigualdad o exclusión.

Bases conceptuales para comprender la IAG

La IAG se refiere a un conjunto de sistemas de la IA capaces de generar contenido (texto, imágenes, audio, video, combinación de ellos, entre otros) mediante el uso de modelos generativos entrenados con grandes volúmenes de datos de entrada (Sengar et al., 2025). Estos sistemas procesan dichos datos y, a través de una serie de instrucciones (también

conocidas como *prompts*) producen resultados que no se limitan a replicar los datos iniciales, sino que muestran cierto grado de novedad, lo cual los diferencia de otros sistemas inteligentes, los cuales se limitan a identificar patrones o a tomar decisiones basadas en reglas predefinidas (Creswell, et al. 2018; Feuerriegel et al, 2023). Es precisamente esta capacidad de generar resultados con rasgos de originalidad, junto con las similitudes entre su funcionamiento y los procesos creativos tradicionalmente atribuidos a los seres humanos, lo que ha generado interés en el sector académico y social.

El funcionamiento de la IAG se perfecciona mediante un proceso de entrenamiento, en el cual los sistemas identifican patrones complejos y relaciones no evidentes a simple vista, lo que les permite “aprender” y mejorar la calidad de los resultados producidos (Russell y Norvig, 2021). Su base tecnológica descansa en técnicas de aprendizaje automático, especialmente en redes neuronales profundas y modelos generativos como las redes adversarias generativas (Goodfellow et al., 2014). Una característica fundamental de estos modelos es su capacidad de ajustar parámetros internos mediante retroalimentación, optimizando de forma continua la precisión, coherencia y calidad de los resultados que genera.

El impacto de la IAG ya es evidente en múltiples ámbitos, entre ellos la educación, la salud, el trabajo y la industria creativa, en este último facilita la generación de contenidos artísticos y literarios, de manera rápida, accesible y a bajo costo. Desde una perspectiva social, su expansión constituye una oportunidad de democratización del acceso al conocimiento y a la cultura, al reducir las barreras de entrada en la producción de contenido. No obstante, este potencial convive con riesgos significativos, como la profundización de brechas de desigualdad entre quienes tienen acceso a la tecnología y quienes quedan excluidos, la homogeneización cultural y la precarización del trabajo creativo humano (OCDE, 2019).

Debido a que la IAG se encuentra en constante evolución y avanza a una velocidad acelerada, su análisis y regulación requieren de una comprensión dinámica y multidisciplinaria, que abarque aspectos éticos, jurídicos, sociales, económicos, políticos y culturales. Este enfoque resulta indispensable para garantizar que su implementación no solo

derive en beneficios económicos concentrados en pocos actores, sino que se traduzca en un desarrollo social amplio, equitativo y sostenible, aspirando a lograr un equilibrio entre la innovación y la protección de los derechos humanos.

En este sentido, la rápida expansión de la IAG en el sector creativo no solo debe entenderse desde su dimensión técnica o económica, sino también desde la óptica de los derechos humanos, particularmente de aquellos que buscan garantizar un progreso inclusivo y equitativo. Es aquí donde el derecho al desarrollo cobra relevancia como marco integrador, ya que este derecho, colectivo y holístico, exige que el progreso tecnológico genere beneficios reales para todas las personas, evitando que se profundicen desigualdades existentes o se creen nuevas formas de exclusión. Analizar la tecnología en comento a la luz de este derecho permite plantear marcos regulatorios inclusivos, capaces no solo de contener los riesgos, sino también de orientar su potencial hacia el bienestar colectivo, la justicia social y el fortalecimiento de capacidades para el desarrollo sostenible.

Antes de abordar este derecho, resulta necesario detenerse en la identificación y caracterización de los intereses que convergen en la producción de contenido mediante esta tecnología y en su estrecha vinculación con los derechos humanos. Dichos intereses no son homogéneos ni lineales, sino que configuran un entramado complejo en el que participan actores con motivaciones diversas, muchas veces complementarias, pero también en tensión. Para efectos del análisis, los intereses pueden agruparse en dos esferas, la individual y la colectiva, cada uno de los actores serán abordados en el siguiente apartado.

Intereses involucrados en la generación de contenido con IAG y su relación con los derechos humanos

El ecosistema de la IAG se configura como un entramado complejo en el que confluyen actores individuales y colectivos con intereses legítimos, pero frecuentemente en conflicto. Estas tensiones, relacionadas con la búsqueda de beneficios económicos, el reconocimiento autoral, la preservación de valores colectivos como la diversidad cultural y la

dignidad humana, entre otros, no deben entenderse únicamente como conflictos irreconciliables. También pueden concebirse como espacios de interacción y diálogo que, gestionados de manera adecuada, abren la posibilidad de generar sinergias capaces de impulsar la innovación tecnológica y, al mismo tiempo, fortalecer el respeto a los derechos fundamentales.

En este sentido, resulta esencial analizar las motivaciones y expectativas de cada actor para diseñar un marco regulatorio equilibrado, que no se limite a imponer restricciones, sino que funcione como un instrumento orientador, capaz de alinear el progreso tecnológico con los principios de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, es posible distinguir dentro de la esfera individual los intereses de los programadores, titulares y usuarios, cuyos objetivos se centran en el diseño, la explotación y la utilización de los modelos generativos; mientras que la esfera colectiva está integrada por autores humanos y la sociedad en su conjunto, los cuales se encuentran preocupados por la defensa de la creatividad, la protección de la diversidad cultural y la garantía de un acceso equitativo a los beneficios que ofrece esta tecnología. A continuación, se analizan estos intereses con el objetivo de identificar su vínculo con el sistema internacional de los derechos humanos.

Programadores y creadores

Representan el núcleo esencial de la IAG, pues son quienes diseñan, entrenan y ajustan los modelos a partir de vastos volúmenes de datos. Su labor no se limita a la construcción de algoritmos sofisticados, sino que implica una búsqueda permanente por superar las limitaciones actuales en términos de precisión, adaptabilidad y capacidad de los sistemas (Al-kfairi et al., 2024). En este sentido, se convierten en agentes estratégicos del progreso tecnológico, al situarse a la vanguardia de la automatización de procesos creativos y al expandir la frontera de lo posible en la relación entre tecnología y creatividad humana.

El producto de su trabajo es considerado como una creación intelectual, lo que lo hace susceptible de protección a través del derecho de autor. En consecuencia, estos actores son merecedores tanto del

reconocimiento moral como autores de los sistemas que desarrollan, como de la retribución económica derivada de su explotación, en concordancia con el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, previsto en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

No obstante, su actividad plantea dilemas éticos, jurídicos y sociales que trascienden el plano técnico. Por un lado, el contenido generado mediante sus sistemas puede confundirse con producciones humanas, lo que debilita los mecanismos tradicionales de protección autoral y diluye el valor de la creatividad humana, lo que entra en tensión con el derecho antes referido. Por otro lado, el uso masivo de datos para entrenar los modelos generativos conlleva riesgos adicionales, como la afectación a la privacidad o la incorporación de obras sin autorización (artículo 12 de la DUDH y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]).

Ante este panorama resulta imprescindible que la labor de las personas encargadas de la programación se oriente hacia una conciliación entre la innovación tecnológica y el respeto a los principios éticos y legales (Al-kfairy et al., 2024). Esto implica garantizar que el reconocimiento y la retribución por su trabajo vayan acompañados del respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales. En otras palabras, los avances en IAG deben concebirse no como un riesgo de erosión de derechos, sino como una oportunidad para fortalecerlos y consolidar un desarrollo tecnológico inclusivo y sostenible.

Titulares

Los titulares de los modelos generativos, ya sean personas físicas o morales (empresas, u organizaciones), ocupan un rol central en la cadena de valor de la IAG. Su función trasciende la mera inversión en investigación, desarrollo e implementación de estos sistemas, ya que concentran la capacidad de definir las condiciones de acceso, explotación y regulación del mercado. Sus intereses se orientan hacia la obtención de retornos económicos significativos, la consolidación de ventajas

competitivas y la protección de la propiedad intelectual que deriva de sus innovaciones (Al-kfairy et al., 2024).

Sin embargo, esta posición privilegiada conlleva riesgos evidentes, tales como la concentración de beneficios y la reproducción de desigualdades estructurales, dado que el control de la tecnología suele quedar en manos de un reducido número de actores (Foro Económico Mundial, 2022). Desde la óptica de los derechos humanos, el ejercicio de este poder plantea tensiones con el principio de igualdad y no discriminación (artículo 7 de la DUDH y el 26 del PIDCP), cuyo objetivo es evitar la exclusión de individuos o comunidades en el acceso a los avances tecnológicos.

De igual manera, los titulares tienen la responsabilidad compartida de garantizar un acceso equitativo a los frutos del progreso científico (artículo 27 de la DUDH y artículo 15 PIDESC). Esto implica que sus modelos y productos no deberían circunscribirse al beneficio de unos cuantos, sino orientarse hacia un desarrollo inclusivo y sostenible, en el que la innovación tecnológica se constituya como herramienta para la reducción de desigualdades y la promoción del bienestar colectivo.

Usuarios

Los usuarios de la IAG recurren a esta tecnología con el objetivo de optimizar procesos creativos, reducir costos y expandir las fronteras de la innovación. Su adopción ha convertido a la IAG en una herramienta estratégica para la generación de contenido en múltiples sectores, al permitir una producción más rápida, flexible y adaptable (Anantrasirichai y Bull, 2022). Sin embargo, esta búsqueda de eficiencia no está exenta de dilemas éticos, entre los que destaca la dilución de la autoría, la opacidad en los procesos de generación de contenido y la saturación de éstos, factores que ponen en tensión la relación entre tecnología, creatividad y valor cultural.

Al mismo tiempo, estos actores deben asumir un papel activo en la gestión de riesgos vinculados con la originalidad, la autenticidad y la propiedad intelectual de los resultados generados. Hoy en día es evidente que los modelos generativos son capaces de reproducir sesgos presentes en los datos de entrenamiento y facilitar la propagación de información

engañoso o manipulada, lo que refuerza la urgencia de promover prácticas responsables en su uso (Hutson, 2021). De esta manera, los usuarios no pueden concebirse únicamente como beneficiarios de las ventajas de la IAG, sino también corresponsables en la construcción de un ecosistema tecnológico más justo, seguro y transparente, lo cual exige su participación en la adopción de estándares y buenas prácticas en la generación y difusión de contenido (Information Technology Industry Council, 2024).

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la actividad de los usuarios se vincula de manera directa con la libertad de expresión (artículos 19 de la DUDH y del PIDCP). Sin embargo, este derecho debe ejercerse en equilibrio con la protección de la diversidad cultural y la participación equitativa en la vida cultural y científica (artículo 27 de la DUDH y el artículo 15 del PIDESC). En este sentido, resulta fundamental que los usuarios comprendan que la innovación tecnológica no puede justificar la homogeneización cultural ni la reducción de expresiones minoritarias, sino que debe orientarse hacia la construcción de un entorno inclusivo, plural y respetuoso de la diversidad cultural (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], 2021).

Autorías

Se trata de los creadores humanos, es decir, artistas, escritores, músicos, diseñadores y demás personas que se involucran en la creación de obras artísticas o literarias. Estos actores perciben a la IAG como una amenaza directa tanto a su reconocimiento, como a la viabilidad económica de su trabajo. La capacidad de los modelos generativos para producir contenido con niveles de calidad técnica competitiva y a una velocidad sin precedentes genera el riesgo de devaluar la originalidad de la creación humana y de provocar una sobresaturación del mercado creativo y/o cultural, donde la abundancia de producciones automatizadas reduce la demanda de obras creadas por autores (Gervais, 2020; Martens, 2024). Esta situación se traduce en una pérdida de oportunidades laborales y de ingresos, sobre todo en sectores donde la funcionalidad y el bajo costo se premian sobre el valor artístico o intelectual. No se debe perder de

vista el potencial transformador de esta tecnología para impactar en el ecosistema cultural de las naciones, lo que afecta no solo a los creadores individuales.

Más allá de las consecuencias económicas, lo que está en juego es la preservación de los derechos morales de los autores, en particular el respeto a la autoría, la atribución correcta de las obras y la integridad de las creaciones (artículo 27 de la DUDH y artículo 15 del PIDESC). Como señalan Miernicki y Ying (2021), la falta de mecanismos claros para distinguir entre producción humana y automatizada erosiona la confianza en el mercado y dificulta el reconocimiento de la creatividad individual. Por ello, los creadores demandan la construcción de marcos regulatorios específicos que incorporen criterios de transparencia en la generación de contenidos, mecanismos efectivos de atribución justa y sistemas de compensación adecuados (Caramiaux, 2020; Rettberg, 2024).

Esta regulación debe equilibrar la protección de la creatividad humana con la promoción de la innovación tecnológica, garantizando que los sistemas de IAG funcionen como herramientas complementarias y no como sustitutos de la labor humana. En este sentido, fortalecer la regulación no solo protege los intereses de los autores, sino que también preserva la diversidad cultural y el valor de la creatividad como parte esencial del desarrollo humano.

Sociedad

La IAG representa una transformación profunda en las esferas cultural, económica y política de la sociedad contemporánea. Por un lado, ofrece un potencial sin precedentes para democratizar el acceso al conocimiento y a la cultura, al posibilitar la generación y difusión de contenidos en múltiples formatos y lenguajes a un costo reducido. Esto abre la puerta al cierre de brechas en el acceso a recursos educativos, informativos, artísticos, entre otros, especialmente en contextos donde la infraestructura es limitada (Lawton, 2024; Sudmann, 2019).

En esta línea, la UNESCO (2022) ha señalado que la IA, si se orienta bajo principios de equidad, puede convertirse en un instrumento para ampliar la participación cultural y promover la diversidad de

expresiones creativas en el entorno digital. No obstante, este potencial convive con riesgos significativos. La dependencia de bases de datos preexistentes para entrenar los modelos trae aparejada la posibilidad de homogeneización cultural, ya que, al priorizar patrones dominantes, no solo se limita la diversidad creativa, sino que también se reducen los espacios de representación de comunidades minoritarias y expresiones locales. Lo anterior implica que no solo se restringe el ámbito creativo, sino que alcanza dimensiones políticas y sociales, pues la pérdida de pluralidad cultural puede profundizar desigualdades estructurales (Prabhakaran et al., 2022; Foka y Griffin, 2024).

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la sociedad tiene un interés prioritario en asegurar la distribución equitativa de los beneficios derivados de la IAG (artículo 25 de la DUDH y artículo 11 del PIDESC), que consagran el derecho a un nivel de vida adecuado. Asimismo, se reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico (artículo 27 de la DUDH y el artículo 15 del PIDESC), lo que impone obligaciones, tanto a los Estados y como a los desarrolladores tecnológicos, para garantizar un acceso no excluyente a estas innovaciones. Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s.f.) ha subrayado que la dignidad humana debe mantenerse como principio rector, asegurando que la tecnología complemente la experiencia humana sin sustituirla ni deshumanizarla.

La convergencia de los intereses individuales y los colectivos pone en evidencia que la IAG no constituye únicamente un fenómeno tecnológico, sino también un campo de disputa social, cultural y normativa. Mientras los primeros persiguen eficiencia, ganancias y posicionamiento competitivo, los segundos demandan equidad, reconocimiento y protección de la diversidad cultural. Esta tensión obliga a concebir normas que trasciendan la mera gestión técnica, sino que integren principios de justicia distributiva, salvaguarda de los derechos humanos y de la creatividad humana. El futuro de esta tecnología dependerá, en gran medida, de la capacidad de los actores en el ámbito internacional para alcanzar un equilibrio entre la innovación y la protección de bienes comunes, garantizando que el progreso

tecnológico no se traduzca en exclusión, sino en un catalizador para el bienestar colectivo.

La identificación de los distintos actores y de los intereses en juego en torno a la generación de contenido con IAG pone en evidencia que este fenómeno no puede comprenderse únicamente desde una lógica técnica o económica, sino que requiere situarse en el marco más amplio de los derechos humanos. Precisamente, el paso siguiente consiste en examinar los pilares fundamentales de esta esfera, entendidos como principios rectores que permiten orientar la innovación tecnológica hacia la protección de la dignidad humana, la equidad y la justicia social. Estos pilares no solo ofrecen criterios normativos para abordar las tensiones entre intereses individuales y colectivos, sino que también constituyen el punto de partida para el diseño de marcos regulatorios incluyentes y sostenibles, que aseguren que la IAG se convierta en un motor de desarrollo humano y no en un factor de fragmentación social.

Pilares de los derechos humanos en la regulación de la IAG

La regulación de la generación de contenido mediante la IAG enfrenta desafíos que trascienden lo puramente técnico o económico, ya que exige la construcción de marcos normativos capaces de equilibrar el avance tecnológico con la protección de los derechos humanos. Si bien la IAG tiene implicaciones relevantes en diversos sectores, este análisis se centra exclusivamente en el creativo, en el que sus efectos resultan especialmente significativos por la cercanía con los procesos culturales y artísticos. En este contexto, se vuelve indispensable identificar los pilares normativos que deben tomarse como referencia para su regulación, particularmente aquellos reconocidos en los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Dichos pilares no solo buscan garantizar la protección de los creadores y demás actores involucrados en este ecosistema, sino también asegurar que la sociedad en su conjunto pueda beneficiarse de manera equitativa de los avances científicos y culturales.

En este sentido, tres ejes destacan como fundamentales, en primer lugar, la protección de los intereses morales y materiales de

los autores, indispensable para resguardar la autoría y garantizar una compensación justa en un entorno donde la IAG puede reproducir y transformar obras existentes; en segundo lugar, el derecho a participar en la vida cultural, que subraya la necesidad de promover la diversidad cultural y evitar la homogeneización derivada de la automatización en la generación de contenido; y, en tercer lugar, el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, que exige garantizar un acceso equitativo a los frutos de la innovación, previniendo la concentración de poder y la profundización de desigualdades.

Estos derechos, interdependientes y complementarios entre sí, constituyen la base para un marco regulatorio integral, flexible y dinámico, capaz de adaptarse a la evolución de la IAG, sin perder de vista los principios esenciales de los derechos humanos. A continuación, se aborda una revisión breve de cada uno de ellos.

Protección de los intereses morales y materiales de los autores

Este derecho se consolidó en el ámbito internacional con la DUDH, donde por primera vez se reconoció que toda persona tiene derecho a beneficiarse de sus producciones científicas, literarias o artísticas. Aunque la DUDH carece de carácter vinculante, sentó las bases ideológicas para el desarrollo posterior de otros instrumentos como el PIDESC, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) (1948) y el Protocolo de San Salvador (1988), los cuales ampliaron y profundizaron el reconocimiento de este derecho (Acosta y Duque, 2008; Chapman, 2002). Sin embargo, su inclusión fue controvertida debido a la tensión entre las tradiciones de *copyright* anglosajón y derecho de autor continental, lo que puso de manifiesto, desde sus orígenes, la complejidad de armonizar ambas concepciones (Shaver, 2010; Yu, 2007).

Con el tiempo, el derecho de autor siguió su desarrollo separado de los derechos humanos, orientado principalmente hacia el comercio y la expansión de la propiedad intelectual, especialmente con los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (1994). Estos acuerdos elevaron

los estándares de protección, beneficiando en mayor medida a los países desarrollados y generando riesgos para los menos avanzados, al poner en tensión otros derechos humanos como la salud, la educación y el acceso a la cultura (Helfer, 2003; Oguamanam, 2014). El fenómeno se agudizó con los llamados ADPIC plus, acuerdos bilaterales que reforzaron los componentes económicos en detrimento de dimensiones sociales y culturales. Ante ello, organismos como la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2000) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2001) destacaron la primacía de los derechos humanos sobre las políticas económicas, subrayando la necesidad de equilibrar ambos regímenes.

Un avance clave en este debate fue la Observación General No. 17 del CDESC (2005), que estableció una distinción clave entre el derecho humano de los autores y los derechos de propiedad intelectual. Mientras que los segundos son temporales, revocables y transferibles, el primero se vincula directamente con la dignidad y el reconocimiento de los creadores, además de ser universal, inalienable, indivisible e interdependiente (Oguamanam, 2014; De la Parra, 2015). Este documento aclaró que el derecho humano en cuestión no establece estándares de uniformes de protección, sino asegurar a los autores un nivel de vida adecuado y el reconocimiento del vínculo con sus creaciones, otorgando a los Estados un margen para definir los mecanismos más apropiados para cumplir con esta finalidad.

El desarrollo de este derecho refleja una tensión constante entre la protección de los creadores y la garantía de otros derechos humanos interdependientes, como el acceso a la cultura y al progreso científico. Como advierte Helfer (2003, 2007), su evolución futura podría seguir distintos escenarios, ya sea la expansión de la protección a favor de los autores, la introducción de límites externos vía *soft law* o la adaptación del régimen de propiedad intelectual para servir a los fines propios de los derechos humanos. En el contexto actual, marcado por la expansión de la IAG, esta discusión adquiere mayor relevancia, ya que los marcos normativos deben asegurar tanto la dignidad y los intereses de los creadores, como el acceso equitativo de la sociedad al conocimiento, la cultura y la innovación tecnológica.

Participación en la vida cultural

Las bases de este derecho se encuentran en el artículo DUDH y en el PIDESC, además de estar previstas en la DADDH y en el Protocolo de San Salvador. Estos instrumentos reflejan una temprana comprensión de la cultura como un elemento esencial para la cohesión social y el desarrollo sostenible. No se limita al acceso a la cultura, sino que comprende también la posibilidad de contribuir activamente a ella, vinculándose de manera estrecha con la educación y la libertad de expresión (CDESC, 2009).

La Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005) representó un hito en la consolidación de este derecho, al reconocer que las expresiones culturales son vitales para la identidad, el diálogo intercultural y el desarrollo sostenible de las sociedades. Este instrumento obliga a los Estados parte a adoptar medidas que salvaguarden la diversidad cultural, evitando que la globalización y los avances tecnológicos obstaculicen la diversidad en las expresiones culturales. En esta misma línea, el CDESC (2009), en su Observación General No. 21, desglosó el contenido esencial de este derecho, destacando que puede ejercerse, tanto de manera individual como colectiva y que la noción de vida cultural abarca múltiples manifestaciones, desde formas de vida, lenguas, tradiciones, religión, literatura, música, comunicación no verbal, deportes, tecnologías y sistemas de producción. Estas expresiones reflejan y configuran los valores sociales, políticos y económicos de individuos y comunidades, lo que justifica su clasificación dentro del género más amplio de derechos humanos culturales (Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2016).

La implementación de este derecho ha enfrentado importantes desafíos, entre ellos la subordinación de los derechos culturales frente a otros derechos, las limitaciones de recursos, las tensiones políticas internas y la influencia de las dinámicas globales, generando desigualdades significativas en su materialización (Shaver y Sganga, 2009; Cliche, 2016). A nivel internacional, persiste además el debate entre el universalismo de los derechos humanos y el relativismo cultural. Mientras algunos Estados defienden una visión universalista

que garantice estándares mínimos comunes, otros sostienen que la interpretación de los derechos culturales debe ajustarse a las particularidades históricas y sociales de cada comunidad (Bennoune, 2018). Este debate explica las diferencias en la implementación nacional de políticas culturales, en algunos países se han adoptado esquemas robustos de protección de la diversidad, mientras que en otros los esfuerzos resultan débiles o insuficientes.

Aunque existen avances normativos relevantes, la plena efectividad de este derecho requiere reforzar los compromisos estatales, fortalecer la cooperación internacional y garantizar un entorno inclusivo en el que todas las personas puedan ejercerlo sin discriminación. El gran desafío consiste en equilibrar la protección de la diversidad cultural con la adaptación a los cambios que introducen las tecnologías emergentes, asegurando que estas no se conviertan en factores de exclusión, sino en herramientas que amplíen la participación cultural y fortalezcan el desarrollo humano sostenible.

Disfrute de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones

Este derecho se encuentra reconocido en la DUDH, el PIDESC, la DADDH y el Protocolo de San Salvador. Estos instrumentos establecen la facultad de toda persona para participar en los avances científicos y disfrutar de sus beneficios, vinculando a los Estados con la obligación de garantizar este acceso de manera equitativa, ética y sostenible. Se trata de un derecho que refleja la importancia de la ciencia y la tecnología para la erradicación de la pobreza, la promoción de la igualdad y el desarrollo humano, además de constituir una condición para la realización de otros derechos humanos (Shaheed, 2012).

Uno de los primeros instrumentos que reforzó este derecho fue la declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1975), el cual subrayó que los avances científicos deben estar al servicio del desarrollo social y económico. En consecuencia, los Estados están obligados a garantizar que dichos beneficios sean accesibles a toda la humanidad, sin discriminación.

Asimismo, enfatizó la cooperación internacional como principio rector, promoviendo la transferencia de conocimientos hacia países en desarrollo. No obstante, algunos Estados mostraron reticencias al considerar los intereses estratégicos militares vinculados a la ciencia y la tecnología.

Décadas más tarde, la relatora especial de la ONU sobre los derechos culturales señaló que este derecho se encuentra íntimamente relacionado con la participación en la vida cultural, ya que ambos buscan garantizar condiciones para la reflexión crítica, la creatividad y el acceso a la producción intelectual de otros (Shaheed, 2012). En este sentido, el derecho a la ciencia se articula con otros derechos humanos, como la libertad de expresión, el derecho al desarrollo, a la educación, a la salud y a un medio ambiente limpio, reforzando su carácter interdependiente e indivisible. Esta visión integral resalta que el acceso a los beneficios científicos no se reduce a lo material, sino que comprende también la posibilidad de contribuir activamente a la investigación y de participar en la toma de decisiones sobre su orientación y usos.

La Observación General No. 25 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC, 2020) consolidó estos planteamientos, precisando que el derecho en cuestión comprende tanto libertades (participar en la investigación, disfrutar de la libertad científica), como derechos sustantivos (gozar de los beneficios del progreso). A pesar de los avances en la materia, su implementación enfrenta retos significativos, entre los que destacan la brecha tecnológica entre países desarrollados y en desarrollo; las tensiones con el sistema de propiedad intelectual, que si bien incentiva la innovación, puede restringir el acceso a tecnologías esenciales en sectores como la salud o la agricultura (Shaver, 2010); así como los riesgos derivados de las tecnologías emergentes, como la IA y la biotecnología. Estas últimas ofrecen oportunidades para mejorar el bienestar humano, pero también pueden ampliar desigualdades sociales si no se regulan de manera adecuada (CDESC, 2020).

De ahí la necesidad de un enfoque inclusivo, cooperativo y orientado a la justicia social, capaz de garantizar que el progreso científico se ponga efectivamente al servicio de la humanidad en su

conjunto y no solo de unos pocos. Tal como lo plantean los principales instrumentos internacionales y la doctrina especializada (De Schutter, 2011), la ciencia debe concebirse como un bien común global, cuya orientación esté guiada por los principios de equidad, sostenibilidad y respeto a la dignidad humana.

La ausencia de una regulación específica para la IAG hace necesario recurrir a los principios fundamentales de los derechos humanos como base normativa. En este sentido, la protección de los intereses de los autores, el derecho a participar en la vida cultural y el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico constituyen un punto de partida esencial para orientar un marco regulatorio equilibrado. Estos derechos no solo previenen que la innovación tecnológica obstaculice el ejercicio de otros derechos, sino que también ofrecen un horizonte de acción para evitar la profundización de desigualdades ya existentes.

La interacción entre estos derechos revela tanto convergencias como divergencias, pero la clave para lograr el equilibrio radica en el diseño de mecanismos que preserven el papel activo de los creadores, promuevan un entorno inclusivo que respete la diversidad cultural y, al mismo tiempo, faciliten un progreso tecnológico sostenible. Este equilibrio debe alcanzarse sin sacrificar el respeto por la dignidad humana, ni los principios de equidad que guían al derecho internacional.

En consecuencia, una regulación que combine la protección de los autores, la inclusión cultural y la distribución justa de los beneficios científicos permitirá que la IAG se convierta en un motor positivo de desarrollo humano. En este sentido, el tránsito hacia un marco integral encuentra sustento idóneo en el derecho al desarrollo, entendido como una vía para armonizar los distintos intereses en juego y como garantía de que el avance tecnológico se oriente hacia el bienestar colectivo y no a la concentración de beneficios en unos pocos.

El reconocimiento del derecho al desarrollo

El derecho al desarrollo constituye un avance significativo en la evolución del sistema internacional de derechos humanos, al marcar la transición hacia el reconocimiento de los derechos colectivos. Su surgimiento respondió a la necesidad de superar las limitaciones de los derechos

individuales, colocando en el centro la interdependencia entre bienestar social, justicia económica y progreso cultural. Este derecho establece que los individuos y los pueblos no solo deben ser beneficiarios pasivos, sino también actores principales en la definición de su propio desarrollo, lo que lo convierte en un eje fundamental para reflexionar sobre los retos contemporáneos en materia tecnológica. Analizar sus antecedentes resulta indispensable para comprender la dimensión política, ética y jurídica que lo sustenta, desde su incorporación en instrumentos internacionales, hasta sus interpretaciones más recientes.

El derecho en comento pertenece a la tercera generación de derechos humanos, la cual emergió en la segunda mitad del siglo XX, reflejando la transición hacia la consideración de los derechos colectivos. Reconoce que el bienestar no se limita al ámbito individual, sino que también debe comprenderse desde la perspectiva de los pueblos y comunidades, en el marco de la comunidad internacional, entendiendo que lo individual y lo colectivo son dimensiones complementarias (Baptista, 2007; Cuevas, 1998). La declaración sobre el derecho al desarrollo (ONU, 1986) lo consolidó como un derecho inalienable, que faculta a los individuos y a los pueblos a participar, contribuir y disfrutar de un desarrollo económico, social, cultural y político. El pleno ejercicio de estas dimensiones constituye tanto un fin en sí mismo, como un medio para la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Deva, 2023a).

A pesar de estar anclado en la DUDH, el PIDESC y el PIDCP, su consolidación se vio afectada por las tensiones de la Guerra Fría. Sin embargo, en décadas posteriores, instrumentos como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) reforzaron su carácter universal e inalienable (CNDH, 2017). Posteriormente, conferencias internacionales como la Cumbre de la Tierra (1992) y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995) lo integraron a la agenda global, vinculándolo con la sostenibilidad y la justicia social. En el siglo XXI su relevancia se reactivó con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000) y, más tarde, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015), que, aunque no lo mencionan de manera expresa, recogen su espíritu al priorizar la reducción de desigualdades y la cooperación internacional.

Si bien la declaración (ONU, 1986) carece de carácter vinculante, muchas de sus disposiciones se han reflejado en normas de derecho internacional consuetudinario y en principios jurídicos obligatorios, como la no discriminación y la soberanía de los Estados (Kirchmeier, 2006; Alfargi, 2017). Por lo tanto, constituye un marco político y ético de acción, que compromete a los Estados a elaborar políticas que aseguren la participación efectiva de los pueblos en su desarrollo. No obstante, su exigibilidad jurídica sigue siendo objeto de debate, ya que persisten desacuerdos sobre su carácter vinculante, lo que refleja divergencias conceptuales y políticas sobre la noción misma de desarrollo (Jongitud, 2001; CNDH, 2017).

El contenido esencial de este derecho descansa en la idea de que el ser humano es el sujeto central del proceso, como beneficiario y contribuyente, en la esfera individual y colectiva; lo que exige a los Estados garantizar su participación activa y significativa en la toma de decisiones. Lo anterior se complementa con el deber de cooperación internacional, el cual se orienta a remover obstáculos estructurales al desarrollo y con la igualdad de oportunidades, para ello deben generar condiciones internas e internacionales que lo garanticen, formulando políticas inclusivas y cooperando para establecer un nuevo orden económico internacional basado en justicia y equidad (ONU, 1986). En este sentido, el Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo (2024a) resalta tres atributos esenciales de este derecho: su enfoque holístico frente a los derechos de las otras generaciones; el equilibrio entre lo individual y lo colectivo, y la existencia de obligaciones estatales en tres niveles (interno, internacional y colectivo).

Los retos principales para su consolidación radican en la falta de mecanismos coercitivos, la persistencia de desigualdades y la influencia de un orden económico internacional desigual. Aunque existen experiencias nacionales exitosas en políticas de desarrollo basadas en derechos humanos, estas dependen de la voluntad política y de las capacidades estatales. En la actualidad, se discute la creación de un instrumento vinculante internacional, el debate se encuentra abierto, aunque persisten divisiones entre la comunidad internacional, mientras los países en desarrollo apoyan su adopción como herramienta

para equilibrar las asimetrías globales, algunos países desarrollados muestran resistencia al considerar que podría interferir con sus intereses económicos. De igual manera, algunos insisten en adoptar un enfoque integral, participativo e interseccional que permita superar polarizaciones y desigualdades. El desafío consiste en garantizar que el derecho al desarrollo, lejos de ser una aspiración declarativa, se convierta en una herramienta efectiva para un futuro inclusivo, equitativo y sostenible (Deva, 2023a), pero para lograrlo se requiere de un marco jurídico efectivo y obligatorio.

Una vez abordados los antecedentes y alcances del derecho al desarrollo, resulta pertinente examinar su papel en la regulación de la IAG. Su carácter transversal, que equilibra las dimensiones individuales y colectivas, permite concebirlo no solo como un derecho en sí mismo, sino también como un mecanismo que pueda orientar la regulación y/o gobernanza de la tecnología. En el siguiente apartado se explorará este potencial, analizando de qué manera el derecho al desarrollo puede ofrecer una base normativa y ética para enfrentar los desafíos que plantea esta tecnología en la protección de los derechos humanos.

El derecho al desarrollo como marco integrador en la regulación de la IAG

Los avances en el campo de la IAG están produciendo transformaciones profundas en los ámbitos creativo, tecnológico y económico, generando tanto oportunidades como riesgos. Por esta razón, ha comenzado a ser objeto de debates regulatorios en distintos foros y sectores. En el ámbito creativo, que constituye el eje central de la presente investigación, se han planteado alternativas normativas orientadas a proteger la autoría, garantizar la diversidad cultural y asegurar una distribución equitativa de los beneficios. Sin embargo, los avances no se restringen a este campo, también en sectores como la salud, la educación o el trabajo se exploran marcos regulatorios que mitiguen los riesgos y aprovechen el potencial transformador de la tecnología.

A pesar de estos progresos, la respuesta global sigue siendo fragmentada y heterogénea, generando vacíos que pueden intensificar desigualdades y tensiones. Por ello, se requieren esfuerzos alineados y

coherentes, capaces de articular principios comunes que trasciendan las particularidades sectoriales. Solo mediante un enfoque integral y coordinado, que incorpore tanto los intereses individuales como los colectivos, será posible que la IAG se convierta en una herramienta para el desarrollo inclusivo y sostenible, en lugar de un factor de exclusión o concentración de poder

En este contexto, resulta pertinente analizar la posibilidad de incorporar a la discusión el derecho al desarrollo como enfoque alternativo para la regulación de los modelos generativos. Este derecho ofrece una visión transversal que articula los pilares previamente analizados y los orienta hacia principios de equidad, inclusión y sostenibilidad. Bajo esta perspectiva, la ciencia y la tecnología dejan de concebirse como fines en sí mismos para convertirse en herramientas al servicio de la dignidad humana y el progreso social, asegurando que sus beneficios no se concentren en unos pocos ni profundicen desigualdades estructurales.

El derecho al desarrollo permite además integrar las distintas generaciones de derechos humanos en la regulación de la IAG, al vincular los derechos civiles y políticos, con derechos económicos, sociales y culturales, sin dejar de lado los derechos de solidaridad, vinculados a la cooperación internacional y a la sostenibilidad. Esta capacidad de articulación lo convierte en un marco idóneo para enfrentar los desafíos que plantea la tecnología, ya que permite reconocer que el impacto de la IAG no se limita a un ámbito aislado, sino que atraviesa múltiples dimensiones.

La perspectiva del derecho al desarrollo también introduce elementos clave para enriquecer la regulación, como la cooperación internacional, la participación democrática en la toma de decisiones y la protección de la diversidad cultural. Este enfoque permite concebir la IAG no como un riesgo de homogeneización y exclusión, sino como una herramienta para ampliar las oportunidades de participación. Con ello se configura un marco regulatorio más justo y equilibrado, capaz de armonizar innovación tecnológica con derechos humanos, orientado a garantizar que el progreso se comparta de manera equitativa y sostenible.

Las innovaciones tecnológicas tienen un impacto dual. Por un lado, fortalecen derechos humanos, pero, por el otro, generan nuevos desafíos en su protección. La tecnología en comento ha desatado preocupaciones por su potencial de afectar derechos como la privacidad, la libertad de expresión, la igualdad, la educación, el trabajo y la salud, además de profundizar desigualdades en el acceso a sus beneficios. Frente a ello, se requiere un marco regulatorio que garantice un desarrollo responsable de estas tecnologías, bajo el principio de que el progreso científico debe orientarse hacia el bienestar colectivo y sin discriminación (CDESC, 2020).

Ante estas tensiones, el derecho al desarrollo se perfila como un marco normativo capaz de orientar la regulación de la IAG. Este derecho impone a los Estados la obligación de crear condiciones favorables que reduzcan brechas tecnológicas y garanticen el acceso equitativo a sus beneficios. Esto implica diseñar políticas públicas inclusivas, fomentar la asequibilidad y accesibilidad de las tecnologías y evitar que las innovaciones profundicen desigualdades estructurales (Secretario General y Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, 2019). A su vez, la comunidad internacional y otros actores desempeñan un papel esencial en la reducción de barreras y en asegurar que la tecnología se convierta en motor de crecimiento y realización de derechos fundamentales.

El sector privado, como actor central en la innovación tecnológica, también tiene responsabilidades. Las empresas deben reorientar sus modelos de negocio hacia un enfoque responsable y sostenible, que no solo evite daños, sino que promueva activamente los derechos humanos y el desarrollo inclusivo. Esto incluye garantizar que las tecnologías no refuercen sesgos ni exclusiones y que se diseñen en beneficio de las comunidades más vulnerables. De esta manera, se plantea un modelo de gobernanza compartida que equilibre los intereses comerciales con las obligaciones de respeto y promoción de los derechos humanos (Deva, 2023b).

A nivel normativo, instrumentos como la declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad (1975) ya establecían que los avances

tecnológicos deben promover el desarrollo económico y social, así como que no deben emplearse para restringir derechos. Este marco subraya la necesidad de regulación internacional coherente y eficaz, capaz de mitigar riesgos como la violación de la privacidad o el uso indebido de datos. La regulación de la IAG debe ser flexible y dinámica, basada en principios de ética, transparencia y rendición de cuentas, asegurando que la innovación no comprometa la equidad ni la inclusión (Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo, 2024b).

El derecho al desarrollo también ofrece un marco para resolver tensiones entre propiedad intelectual y acceso a la innovación. Si bien la protección de creadores es esencial para incentivar la innovación, un sistema demasiado restrictivo puede limitar el acceso a tecnologías vitales. En este sentido, mecanismos como licencias obligatorias, innovación abierta o limitaciones específicas pueden equilibrar los intereses de innovadores y comunidades, asegurando que los beneficios del progreso científico se distribuyan de manera justa. Asimismo, este derecho contribuye a proteger la diversidad cultural, en línea con la Convención de la UNESCO sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), evitando que la homogeneización tecnológica erosione identidades culturales.

La IAG plantea un dilema central, ya que puede revolucionar múltiples sectores, pero también perpetuar sesgos, desinformación y desigualdades laborales. Para que sus beneficios sean universales, es indispensable un enfoque colaborativo internacional que promueva estándares éticos globales, transferencia tecnológica y participación inclusiva en la gobernanza. El derecho al desarrollo, al exigir que el progreso tecnológico se distribuya equitativamente y respete la dignidad humana, se erige, así como una guía normativa y ética importante para alinear la IAG con los objetivos de equidad, inclusión y sostenibilidad a largo plazo.

No obstante, a pesar de sus beneficios, el derecho al desarrollo enfrenta también limitaciones que deben ser reconocidas para no sobrestimar su alcance. Su exigibilidad sigue siendo objeto de debate, dado que carece de carácter vinculante y no cuenta con mecanismos internacionales efectivos de coerción. Además, persisten tensiones

estructurales entre países desarrollados y en desarrollo en torno a la redistribución de beneficios tecnológicos, lo que obstaculiza la adopción de compromisos comunes en foros multilaterales. Estas dificultades reflejan que, si bien este derecho ofrece un horizonte normativo valioso para guiar la regulación de la IAG, su eficacia dependerá de la voluntad política y de la creación de instrumentos que garanticen su aplicación efectiva.

La incorporación de este derecho a la mesa de discusión en la regulación de los modelos generativos permite identificar las necesidades más allá de la simple protección de la propiedad intelectual, situándola en un horizonte más amplio, el cual tiene como fin último la equidad, sostenibilidad y justicia social. No obstante, para que este enfoque adquiera eficacia, resulta indispensable avanzar hacia una regulación armonizada que concilie la protección de los derechos humanos con la promoción del progreso tecnológico. En este punto, se abre la necesidad de reflexionar sobre ciertos elementos clave que deben guiar dicho proceso, como la construcción de marcos normativos coherentes a nivel internacional, la adopción de principios éticos comunes y la creación de mecanismos de gobernanza inclusivos que garanticen que los beneficios de la innovación no profundicen desigualdades, sino que contribuyan a la dignidad y al bienestar colectivos.

Conclusiones

El análisis realizado permite constatar que la IAG constituye uno de los desafíos regulatorios más relevantes de la actualidad, al situarse en el cruce entre la innovación tecnológica y la salvaguarda de los derechos humanos. Su desarrollo acelerado ha configurado un entramado de intereses diversos y, en ocasiones, contrapuestos. En la esfera individual, programadores, titulares y usuarios enfrentan dilemas vinculados con la protección de la creatividad, la explotación económica y la ética en el uso de la tecnología. En la colectiva, los autores y la sociedad se ven expuestos a riesgos relacionados con la precarización laboral, la pérdida de diversidad cultural y la concentración de beneficios en un número reducido de actores. Ante este panorama, resulta indispensable el diseño de un marco normativo integral que logre equilibrar ambas

dimensiones, evitando que la innovación tecnológica se convierta en un factor de erosión de derechos fundamentales.

Emprender esta labor desde una perspectiva limitada al régimen del derecho de autor resulta manifiestamente insuficiente para dar respuesta a los retos que plantea la inteligencia artificial generativa (IAG). Ello exige ampliar el enfoque hacia el sistema internacional de los derechos humanos, dado que el fenómeno tecnológico en cuestión incide de manera directa en esa esfera. En este análisis se ha puesto especial atención en tres pilares fundamentales: la protección de los intereses morales y materiales de los autores, el derecho a participar en la vida cultural y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico. Estos derechos, aunque se ven tensionados por el uso de modelos generativos, también poseen un potencial complementario, en la medida en que se articulen mediante marcos jurídicos adecuados que aseguren compensación justa, acceso equitativo, transparencia y mecanismos efectivos de rendición de cuentas.

En este contexto, el derecho al desarrollo emerge como un marco normativo de carácter integrador que permite trascender los intereses meramente económicos y situar la regulación de la IAG en un plano orientado a la equidad, la inclusión y la sostenibilidad. Dicho enfoque no solo procura una distribución más justa de los beneficios derivados del progreso tecnológico, sino que también fortalece la cohesión social y la preservación de la diversidad cultural. Su incorporación en el diseño regulatorio ofrece, en consecuencia, un horizonte normativo más amplio y robusto para la gobernanza de esta tecnología.

Asimismo, el carácter transnacional de la IAG evidencia la necesidad de avanzar hacia consensos internacionales que reduzcan las asimetrías regulatorias y prevengan la consolidación de zonas de baja supervisión jurídica, las cuales podrían facilitar la vulneración de derechos y la concentración de poder tecnológico y económico. De ahí la urgencia de promover la cooperación internacional, la construcción de estándares éticos compartidos y la instauración de mecanismos inclusivos que garanticen la participación activa de Estados, sector privado, sociedad civil y comunidades creativas.

Finalmente, la IAG debe ser entendida tanto como un desafío, como una oportunidad histórica. Un desafío en la medida en que puede profundizar desigualdades y vulnerar derechos fundamentales; y una oportunidad en la medida en que, bajo un marco normativo sólido, inspirado en los principios de los derechos humanos y orientado por el derecho al desarrollo, puede erigirse en motor de inclusión, equidad y sostenibilidad. Lejos de concebir la regulación como un obstáculo al progreso tecnológico, debe asumirse como condición indispensable para que la innovación redunde en beneficios tangibles y compartidos para la humanidad.

Referencias

- Acosta, J. I., y Duque, A. M. (2008). Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*? *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6(12), 13–34. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13917>
- Alfarargi, S. (2017, 2 de agosto). Informe del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo (A/HR/36/49). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/36/49>
- Al-Kfairy, M., Mustafa, D., Kshetri, N., Insiew, M., y Alfandi, O. (2024). Ethical challenges and solutions of generative AI: An interdisciplinary perspective. *Informatics*, 11(3), 58. <https://doi.org/10.3390/informatics11030058>
- Anantrasirichai, N., y Bull, D. (2022). Artificial intelligence in the creative industries: a review. *Artif Intell Rev* 55, 589–656. <https://doi.org/10.1007/s10462-021-10039-7>
- Baptista, R. (2007). Derechos humanos: ¿Individuales o colectivos? Propuestas para la nueva constitución desde diferentes miradas. *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, (2), 15–32. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23412.pdf>
- Benboune, K. (2018, 25 de julio). *Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales* (Informe A/73/227). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/73/227>
- Caramiaux, B. (2020). *Research for CULT Committee – The use of artificial intelligence in the cultural and creative sectors* (PE 629.203). European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_BRI\(2020\)629220](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_BRI(2020)629220)

- Chapman, A. R. (2002). The human rights implications of intellectual property protection. *Journal of International Economic Law*, 5(4), 861–882. <https://doi.org/10.1093/jiel/5.4.861>
- Cliche, D. (2016). Introducción. En UNESCO (Ed.), *Re|pensar las políticas culturales: 10 años de promoción de la diversidad de las expresiones culturales para el desarrollo* (pp. 17–24). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245767>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2016). *Los derechos humanos culturales*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/documento/los-derechos-humanos-culturales>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2017). *Derecho humano al desarrollo*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/documento/derecho-humano-al-desarrollo>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC). (2001). *Los derechos humanos y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual* (Declaración E/C.12/2001/15). Naciones Unidas. https://digitallibrary.un.org/record/464720/files/E_C.12_2001_15-ES.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). (2006). *Observación general N° 17: Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15.1.c del Pacto)* (E/C.12/GC/17). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/17>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). (2009). *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* (E/C.12/GC/21). Naciones Unidas. <https://digitallibrary.un.org/record/679355?ln=es&v=pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). (2020). *Observación general N° 25: Ciencia y derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1.b, 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* (E/C.12/GC/25). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/25>
- Creswell, A., White, T., Dumoulin, V., Arulkumaran, K., Sengupta, B., y Bharath, A. A. (2018). *Generative Adversarial Networks: An overview*. IEEE

- Signal Processing Magazine, 35(1), 53–65. <https://doi.org/10.1109/msp.2017.2765202>
- Cuevas, M. A. (1998). Las tres generaciones de derechos humanos. *Derechos Humanos: Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, 6(30), 99–102.
- De la Parra, E. (2015). *Derechos humanos y derechos de autor: Las restricciones al derecho de explotación* (2.^aed.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De Schutter, O. (2011). The right of everyone to enjoy the benefits of scientific progress and the right to food: From conflict to complementarity. *Human Rights Quarterly*, 33(2), 304–350. <https://doi.org/10.1353/hrq.2011.0020>
- Deva, S. (2023^a, 4 de agosto). *Informe del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo: Revitalizar el derecho al desarrollo, visión de futuro* (A/78/164). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc5427-reinvigorating-right-development-vision-future>
- Deva, S. (2023b, 12 de julio). *El papel de las empresas en la realización del derecho al desarrollo* (A/78/163). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a78160-role-business-realizing-right-development-report-special>
- Feuerriegel, S., Hartmann, J., Janiesch, C., y Zschech, P. (2023). *Generative AI* (arXiv:2309.07930 [cs.AI]). arXiv. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2309.07930>
- Foka, A., y Griffin, G. (2024). *AI, cultural heritage, and bias: Some key queries that arise from the use of GenAI*. *Heritage*, 7(11), 6125–6136. <https://doi.org/10.3390/heritage7110287>
- Foro Económico Mundial. (2022, 11 de enero). *The Global Risks Report 2022* (17th ed.). World Economic Forum. https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2022.pdf
- Gervais, D. J. (2020). The machine as author. *Iowa Law Review*, 105(5), 2053–2106. <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-105-issue-5/the-machine-as-author>
- Goodfellow, I., Bengio, Y., y Courville, A. (2016). *Deep learning*. MIT Press
- Helfer, L. (2003). Human rights and intellectual property: Conflict or coexistence? *Minnesota Intellectual Property Review*, 5(1), 47–61. <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=mjlst>

- Helfer, L. (2007). *Toward a human rights framework for intellectual property* [Documento de trabajo]. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1973/
- Hutson, M. (2021, 3 de marzo). *Robo-writers: The rise and risks of language-generating AI*. *Nature*, 591(7848), 22–25. <https://doi.org/10.1038/d41586-021-00530-0>
- Information Technology Industry Council. (2024). *Authenticating AI-generated content: Exploring risks, techniques, and policy recommendations*. Information Technology Industry Council. <https://www.itic.org/policy/artificial-intelligence/authenticating-ai-generated-content-exploring-risks-techniques-policy-recommendations>
- Jongitud Zamora, J. (2001). El derecho al desarrollo como derecho humano: Entre el deber, el ser y la necesidad. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (36–37), 215–235.
- Kirchmeier, F. (2006). *The right to development: Where do we stand?* (Occasional Papers No. 23). Friedrich-Ebert-Stiftung, Dialogue on Globalization. <https://library.fes.de/pdf-files/iez/global/50288.pdf>
- Lawton, G. (2024, 26 de agosto). *Democratization of AI creates benefits and challenges*. *Enterprise AI* (TechTarget). Recuperado de <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/feature/Democratization-of-AI-creates-benefits-and-challenges>
- Martens, B. (2024). *Economic arguments in favour of reducing copyright protection for generative AI inputs and outputs* (JRC Working Papers on Digital Economy No. 2024-01). Publications Office of the European Union. https://www.bruegel.org/system/files/2024-04/WP%2009%20040424%20Copyright%20final_o.pdf
- Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo. (2024a). Dimensiones individuales y colectivas del derecho al desarrollo (A/79/170). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/57/40>
- Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo. (2024b, 18 de julio). *Informe anual del Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo* (A/79/169). Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Miernicki, M., y Ying, H. (2021). Artificial intelligence and moral rights. *AI & Society*, 36(1), 319–329. <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01027-6>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (s.f.). *Taxonomy of Human Rights Risks Connected to Generative AI* [Taxonomía de riesgos para los derechos humanos vinculados con la IA generativa] (Documento técnico). Naciones Unidas.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/b-tech/taxonomy-GenAI-Human-Rights-Harms.pdf>

- Oguamanam, C. (2014). Intellectual property: The promise and risk of human rights. In T. Scassa, M. Goudreau, B. Doagoo, y M. Saginur (Eds.), *Intellectual property for the 21st century: Interdisciplinary approaches* (pp. 327–348). Irwin Law.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. <https://www.refworld.org/es/leg/trat/oea/1948/es/129017>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)*. <https://www.refworld.org/es/leg/trat/oea/1988/es/129262>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Resolución 217 A (III)). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Resolución 2200 A (XXI), 999 UNTS 171). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Resolución 2200 A (XXI), 993 UNTS 3). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1975). *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad* (Resolución 3384 [XXX]). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-use-scientific-and-technological-progress-interests>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (Resolución 41/128). Asamblea General de las Naciones Unidas.

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena* (A/CONF.157/23). Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena. Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2000). Declaración del Milenio de las Naciones Unidas (Resolución 55/2). Asamblea General de las Naciones Unidas
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Resolución A/RES/70/1). Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2005). *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. UNESCO.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2021). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (2022). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>
- Organización Mundial del Comercio. (1994). *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)*. En *Acta Final que contiene los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales* (Anexo 1C). Ginebra: OMC. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2019). *Artificial Intelligence in Society*. OECD Publishing. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/06/artificial-intelligence-in-society_c0054fa1/eedfee77-en.pdf
- Prabhakaran, V., Qadri, R., y Hutchinson, B. (2022, noviembre). *Cultural incongruencies in artificial intelligence* (Preprint). arXiv. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2211.13069>
- Rettberg, J. W. (2024, enero 16). *How generative AI endangers cultural narratives*. *Issues in Science and Technology*, 40(2), 77–79. <https://doi.org/10.58875/RQJD7538>
- Russell, S. J., y Norvig, P. (2021). *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (4. a ed.). Pearson. <https://aima.cs.berkeley.edu/newchap00.pdf>

- Secretario General y Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2019, 16 de julio). *Derecho al desarrollo* (A/74/158). Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Sengar, S. S., Hasan, A. B., Kumar, S., y Carroll, F. (2024). Generative artificial intelligence: a systematic review and applications. *Multimedia Tools and Applications*, 84(21), 23661–23700. <https://doi.org/10.1007/s11042-024-20016-1>
- Shaheed, F. (2012). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales: Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones* (A/HRC/20/26). Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/20/26>
- Shaver, L., & Sganga, C. (2009). The right to take part in cultural life. In L. Shaver (Ed.), *Access to knowledge in Brazil: New research on intellectual property, innovation and development* (pp. 41–56). Yale Law School, Information Society Project. <https://openyls.law.yale.edu/server/api/core/bitstreams/aoeff992-f5de-4e66-993a-96de225446cd/content>
- Shaver, L. (2010). The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, 2010(1), 121–184. <https://scholarworks.indianapolis.iu.edu/items/99322dad-29fa-4e3a-b244-464400ad5425>
- Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2000). *Derechos de propiedad intelectual y derechos humanos* (Resolución 2000/7). Naciones Unidas.
- Sudmann, A. (2019). The democratization of artificial intelligence. In A. Sudmann (Ed.), *The democratization of artificial intelligence: Net politics in the era of learning algorithms* (pp. 9–31). https://library.oapen.org/bitstream/id/61810f6f-bf40-404d-b688-61e9ac3405a4/external_content.pdf
- Yu, P. K. (2007). Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework. *U.C. Davis Law Review*, 40(3), 1039–1149. <https://ssrn.com/abstract=927335>

***César Ricardo Castillo Velazco**

Formación: Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes; magíster en propiedad intelectual e innovación por la Universidad de San Andrés, Argentina; maestro en política y gestión del cambio tecnológico por el Centro de Investigaciones Económicas, Administrativas y Sociales del Instituto Politécnico Nacional;

especialista en comercialización de conocimientos innovadores por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; licenciado en derecho por la Universidad de Colima. Ocupación: Coordinador de transferencia tecnológica en el Centro de Ingeniería y Desarrollo Industrial (CIDESI) en Querétaro, México. Líneas de investigación: propiedad intelectual, inteligencia artificial, gestión de la innovación. Contacto: cesar.castillo@cidesi.edu.mx; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1130-1816>

Integración de la inteligencia artificial en democracias constitucionales: desafíos conceptuales y propuestas normativas

Integration of Artificial Intelligence in Constitutional Democracies: Conceptual Challenges and Regulatory Proposals

Johanna Mildred Pinto García*

Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

La presente investigación aborda la intersección crítica entre los avances en inteligencia artificial (IA) y los principios fundamentales que sostienen a las democracias constitucionales contemporáneas. A través de un enfoque interdisciplinario, se combinan perspectivas provenientes de la teoría del Estado, la filosofía del derecho y los estudios tecnológicos para analizar cómo la integración de sistemas algorítmicos en procesos gubernamentales y sociales está modificando las estructuras tradicionales de poder. El análisis resalta que, en ausencia de una regulación adecuada, la adopción de estas tecnologías puede dar lugar a vacíos normativos que facilitan la erosión de los controles democráticos y po-

Abstract

The essay examines the critical intersection between advancements in artificial intelligence (AI) and the foundational principles underpinning contemporary constitutional democracies. Through an interdisciplinary approach, it integrates perspectives from state theory, legal philosophy, and technological studies to analyze how the incorporation of algorithmic systems into governmental and social processes is transforming traditional power structures. The analysis highlights that, in the absence of adequate regulation, the adoption of these technologies may create normative gaps that facilitate the erosion of democratic oversight and compromise accountability mechanisms.

Recibido: 03 de marzo del 2025.

Aprobado: 17 de mayo del 2025.



nen en riesgo los mecanismos de rendición de cuentas. Ante este escenario, el presente análisis subraya la urgencia de repensar y adaptar los marcos constitucionales a la era digital, proponiendo nuevos mecanismos de gobernanza que sean capaces de mitigar los efectos disruptivos de la tecnología. Se argumenta que la actualización de dichos marcos es esencial para preservar el estado de derecho y garantizar que las transformaciones impulsadas por la IA fortalezcan, en lugar de debilitar, los fundamentos democráticos. En definitiva, el trabajo invita a una reflexión profunda sobre la necesidad de establecer un equilibrio entre innovación tecnológica y protección de los valores democráticos, asegurando que el progreso en IA contribuya a una sociedad más justa y regulada.

Palabras clave: inteligencia artificial, derecho constitucional, gobernanza digital, sistemas algorítmicos.

Considering this scenario, the essay emphasizes the urgency of rethinking and adapting constitutional frameworks for the digital era, proposing new governance mechanisms capable of mitigating the disruptive effects of technology. It argues that updating these frameworks is essential to preserving the rule of law and ensuring that the transformations driven by AI strengthen, rather than weaken, the democratic foundations. Ultimately, the work invites a profound reflection on the need to strike a balance between technological innovation and the protection of democratic values, ensuring that progress in AI contributes to the development of a more just and regulated society.

Keywords: Artificial Intelligence, Constitutional Law, Digital Governance, Algorithmic Systems.

Introducción

La inteligencia artificial (IA) ha irrumpido en el núcleo de las sociedades contemporáneas como un fenómeno de doble filo: mientras promete revolucionar la eficiencia gubernamental y la participación ciudadana, su implementación desregulada amenaza con socavar principios democráticos fundamentales. Esta investigación explora esta contradicción, analizando cómo la velocidad del desarrollo tecnológico supera la capacidad de adaptación de los marcos jurídicos y políticos, generando brechas que facilitan la erosión del constitucionalismo.

El corazón del problema reside en la tensión entre innovación y control. Por un lado, herramientas como el análisis predictivo de datos o los sistemas de toma de decisiones automatizados ofrecen oportunidades para modernizar instituciones públicas. Por otro, su adopción acrítica ha permitido la consolidación de mecanismos de vigilancia masiva, manipulación informativa y exclusión social, particularmente en poblaciones históricamente marginadas. Estos riesgos no son meramente teóricos; la evidencia empírica de procesos electorales e

implementación de políticas públicas revela patrones sistemáticos en los que la opacidad de los sistemas de toma de decisiones algorítmicas y la centralización de capacidades tecnológicas en entidades privadas socavan la rendición de cuentas democrática, la equidad procesal y la separación de poderes (Hagendorff y Meyer, 2022; De Gregorio, 2019). La falta de transparencia en estos sistemas viola el principio de publicidad, fundamental para la legitimidad democrática, ya que impide que los ciudadanos verifiquen que las decisiones se toman sobre bases accesibles y justificables (Hagendorff y Meyer, 2022). Además, la concentración de poder tecnológico en plataformas privadas les permite ejercer control sobre los espacios digitales de maneras que pueden eludir las salvaguardas constitucionales tradicionales, lo que podría socavar los derechos fundamentales y el equilibrio entre la autoridad pública y privada (De Gregorio, 2019).

Tres ejes articulan esta crisis. El primero es la reconfiguración del espacio público digital, donde algoritmos de redes sociales y motores de búsqueda priorizan contenidos polarizantes, fracturando el debate democrático. El segundo radica en la externalización de funciones estatales críticas —desde sistemas de identificación biométrica hasta plataformas de gestión urbana— a corporaciones cuyos intereses no siempre coinciden con el bien común. El tercero, y quizás más complejo, involucra la obsolescencia de categorías jurídicas tradicionales para regular sistemas de IA cuyas decisiones son simultáneamente influyentes, opacas y autónomas.

Frente a este panorama, el presente estudio propone un enfoque interdisciplinario que combine rigores técnicos y humanísticos. A través del análisis comparado de iniciativas regulatorias —como marcos éticos internacionales o reformas constitucionales en derechos digitales— se identifican caminos para preservar la soberanía popular en la era algorítmica. La tesis central sostiene que la supervivencia de las democracias constitucionales dependerá de su capacidad para reinventar instituciones, actualizar garantías fundamentales y establecer límites claros a la tecnocracia, sin sacrificar los avances que la IA puede aportar al servicio público.

El texto se estructura como un llamado a la acción reflexiva: no se trata de rechazar la innovación, sino de guiarla mediante principios democráticos renovados. Desde la protección contra sesgos algorítmicos hasta la transparencia en contratos públicos de tecnologías críticas, cada capítulo explora cómo equilibrar progreso técnico con preservación de libertades. El desafío final, como revela este análisis, no es tecnológico sino político: construir consensos sociales amplios que definan qué tipo de inteligencia artificial queremos —y qué democracia merecemos— para el siglo XXI.

Impacto de los algoritmos en la esfera deliberativa

La introducción de algoritmos en la esfera pública ha transformado profundamente los procesos deliberativos que sustentan las democracias modernas. Estos sistemas, diseñados para procesar grandes volúmenes de datos y personalizar la experiencia de los usuarios, han reconfigurado las dinámicas de interacción ciudadana, el acceso a la información y la formación de la opinión pública. Sin embargo, estas transformaciones no están exentas de tensiones y contradicciones, ya que los algoritmos no solo amplifican las capacidades tecnológicas, sino que también generan desafíos éticos, políticos y sociales que afectan la calidad del debate democrático.

Uno de los principales impactos de los algoritmos en la esfera deliberativa es su capacidad para segmentar audiencias y personalizar contenidos. Plataformas digitales como redes sociales y motores de búsqueda utilizan sistemas algorítmicos para priorizar información que se alinea con las preferencias individuales de los usuarios. La segmentación algorítmica fragmenta el espacio público en microesferas informativas, debilitando el intercambio pluralista que es esencial para una democracia deliberativa (Coeckelbergh, 2020).

Desde una perspectiva crítica, esta fragmentación no solo afecta el acceso equitativo a la información, sino que también fomenta la polarización política. Los ciudadanos se ven inmersos en entornos informativos homogéneos donde las narrativas predominantes son reforzadas continuamente, lo que dificulta el entendimiento mutuo y el

debate constructivo (Santibáñez, 2024). En este sentido, los algoritmos actúan como mediadores invisibles del discurso público, moldeando no solo lo que las personas ven, sino también cómo interpretan la realidad política.

Otro desafío significativo radica en la opacidad inherente a los sistemas algorítmicos. Muchos algoritmos operan como “cajas negras”, donde los procesos internos que determinan las decisiones son inaccesibles tanto para los usuarios como para los reguladores (Pasquale, 2015). Esta falta de transparencia plantea serias preocupaciones sobre la rendición de cuentas en contextos democráticos. Si bien las decisiones políticas tradicionalmente han estado sujetas al escrutinio público y a mecanismos de control institucional, los algoritmos introducen un nivel de automatización que dificulta identificar responsabilidades específicas (Binns, 2018).

La opacidad algorítmica también tiene implicaciones normativas. En democracias constitucionales, principios como la publicidad de los actos gubernamentales y el derecho a saber son fundamentales para garantizar el control ciudadano sobre el poder político (Danaher, 2016). Sin embargo, cuando las decisiones clave son delegadas a sistemas automatizados cuya lógica interna es incomprensible para la mayoría, se erosiona uno de los pilares esenciales del estado de derecho: la posibilidad de cuestionar y revisar las decisiones públicas.

Además de su impacto estructural en el espacio público, los algoritmos pueden ser utilizados estratégicamente para manipular la opinión pública. La capacidad de estas tecnologías para analizar datos personales y dirigir mensajes personalizados ha sido aprovechada en contextos electorales mediante técnicas como el microtargeting político (Zuboff, 2019). Este tipo de prácticas plantea interrogantes éticas sobre el consentimiento informado y la equidad en los procesos democráticos. Por ejemplo, al personalizar mensajes según perfiles psicológicos o emocionales específicos, se corre el riesgo de explotar vulnerabilidades individuales para influir en decisiones políticas sin un debate abierto ni transparente (Santibáñez, 2024).

La manipulación algorítmica no solo afecta a nivel individual; también tiene consecuencias sistémicas. Al priorizar contenidos sensacionalistas o polarizantes —que tienden a generar mayor interacción— los algoritmos podrían contribuir a una dinámica informativa basada en emociones negativas como el miedo o la indignación. Este fenómeno socava la racionalidad del debate público al desplazar temas complejos o matizados por narrativas simplistas diseñadas para captar atención inmediata (Morozov, 2014).

Frente a estos desafíos, resulta imperativo desarrollar marcos regulatorios que garanticen un uso responsable y ético de los algoritmos en contextos democráticos. Esto incluye medidas para aumentar la transparencia algorítmica mediante auditorías independientes y estándares técnicos claros (Binns, 2018). Asimismo, es necesario promover una alfabetización digital ciudadana que permita comprender cómo funcionan estos sistemas y cómo influyen en los procesos deliberativos (Coeckelbergh, 2020).

Un enfoque regulatorio inclusivo también debe abordar las desigualdades estructurales amplificadas por los algoritmos. Como señalan Eubanks (2018) y Benjamin (2019), estas tecnologías tienden a reproducir sesgos sociales preexistentes al basarse en datos históricos que reflejan patrones discriminatorios. Por lo tanto, cualquier regulación debe incorporar principios interseccionales que reconozcan cómo factores como género, raza o clase social interactúan con las dinámicas algorítmicas.

Vigilancia predictiva y derechos fundamentales

La vigilancia predictiva, impulsada por la inteligencia artificial (IA), ha emergido como una herramienta central en la estrategia de muchos gobiernos para abordar la seguridad pública y la prevención del delito. Sin embargo, esta práctica plantea serias preocupaciones sobre la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, generando un debate crítico sobre el equilibrio entre seguridad y libertades civiles. La implementación de sistemas de vigilancia predictiva a menudo se justifica por su capacidad para anticipar delitos y optimizar recursos policiales, pero este enfoque puede derivar en violaciones sistemáticas

a derechos como la privacidad, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo (García, 2024).

Los sistemas de vigilancia predictiva utilizan algoritmos para analizar datos históricos y patrones de comportamiento con el fin de identificar áreas o individuos en riesgo de cometer delitos. Este enfoque ha sido adoptado por diversas fuerzas policiales en todo el mundo, con la promesa de mejorar la eficiencia operativa (Suárez, 2024). Sin embargo, esta lógica presenta riesgos inherentes que pueden comprometer derechos fundamentales. Por un lado, el uso indiscriminado de datos puede llevar a un perfilamiento racial o socioeconómico, donde ciertos grupos son desproporcionadamente vigilados y criminalizados basándose en estadísticas históricas que reflejan sesgos estructurales (Zuboff, 2019). Este tipo de vigilancia no solo perpetúa estigmas sociales, sino que también erosiona la confianza pública en las instituciones encargadas de proteger los derechos ciudadanos.

El impacto de la vigilancia predictiva sobre los derechos fundamentales es multidimensional. En primer lugar, se observa una clara tensión con el derecho a la privacidad. La recolección masiva de datos personales sin el consentimiento explícito del individuo plantea serias dudas sobre la legalidad y legitimidad de estas prácticas (Tenorio, 2021). La falta de transparencia en cómo se recopilan y utilizan estos datos contribuye a una sensación generalizada de desconfianza hacia las autoridades. Además, el uso de tecnologías como el reconocimiento facial en contextos de vigilancia puede dar lugar a situaciones donde se vulneran derechos básicos, afectando especialmente a minorías ya marginadas (Howard Rheingold como se citó en Tenorio, 2021).

En segundo lugar, existe una preocupación creciente por cómo estas tecnologías afectan el derecho a un juicio justo. Los sistemas predictivos pueden influir en las decisiones policiales y judiciales antes incluso de que se presenten cargos formales contra un individuo. Esto plantea interrogantes sobre la presunción de inocencia, ya que las personas pueden ser tratadas como culpables basándose únicamente en análisis algorítmicos (García, 2024). La automatización del proceso penal mediante algoritmos introduce riesgos significativos que pueden

comprometer no solo la equidad del juicio, sino también los principios fundamentales del debido proceso.

Ante estos desafíos, es imperativo establecer marcos regulatorios robustos que garanticen la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la vigilancia predictiva. Las organizaciones internacionales han comenzado a abogar por estándares que aseguren el cumplimiento de principios como legalidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de tecnologías de vigilancia (Organizaciones civiles citadas en CIDH, 2024). Estas medidas deben incluir evaluaciones periódicas del impacto sobre los derechos humanos antes de implementar nuevas tecnologías.

Además, es crucial promover una cultura de rendición de cuentas donde las fuerzas del orden sean responsables del uso que hacen de estas herramientas. Esto implica no solo supervisión externa por parte de organismos independientes, sino también mecanismos internos que permitan a los ciudadanos cuestionar y apelar decisiones basadas en análisis algorítmicos (Suárez, 2024). Sin una regulación adecuada y un marco ético claro, el potencial para abusos es considerable.

Desafíos institucionales de la gobernanza algorítmica

La gobernanza algorítmica se ha convertido en un fenómeno central en el análisis contemporáneo de las democracias, ya que la creciente dependencia de tecnologías digitales y big data plantea serios desafíos para la representatividad y la eficacia de las instituciones democráticas. A medida que los algoritmos se integran en la toma de decisiones políticas y administrativas, es crucial examinar cómo esta transición afecta la estructura y funcionamiento del sistema democrático. La intersección entre tecnología y política no solo redefine el papel del Estado, sino que también suscita interrogantes sobre la legitimidad, la transparencia y la rendición de cuentas en el ejercicio del poder.

Crisis de representatividad y la big data

La crisis de representatividad en las democracias contemporáneas está íntimamente ligada al uso de big data en los procesos electorales y políticos. La capacidad de analizar grandes volúmenes de datos permite

a los partidos políticos segmentar a los votantes y personalizar sus mensajes, lo que puede llevar a una hiperindividualización de la política (Seibert, 2021). Este fenómeno se traduce en una desconexión entre los representantes y sus representados, ya que las decisiones políticas se basan cada vez más en análisis estadísticos que ignoran las necesidades colectivas (Hilbert, 2017).

La utilización de big data también plantea serias preocupaciones sobre la manipulación electoral y la erosión de la confianza pública. Los casos como el escándalo de Cambridge Analytica han evidenciado cómo los datos personales pueden ser utilizados para influir en el comportamiento electoral sin un debate abierto ni transparente (Ardini y Mirad, 2020). Este tipo de prácticas no solo compromete la integridad del proceso electoral, sino que también alimenta el descontento ciudadano hacia las instituciones democráticas. La falta de información completa sobre las plataformas electorales y las propuestas políticas puede llevar a una participación política superficial, donde los ciudadanos son tratados como meros consumidores en lugar de participantes activos en la construcción del bien común (Seibert, 2021).

Además, el uso del big data exacerba desigualdades preexistentes al favorecer a aquellos actores políticos con acceso a recursos tecnológicos avanzados. Esto crea un ciclo vicioso donde solo una élite puede influir efectivamente en el discurso político, mientras que sectores marginalizados quedan excluidos del proceso. En este contexto, es esencial desarrollar mecanismos que aseguren una mayor equidad en el acceso a la información y promuevan una participación política inclusiva.

Hacia un constitucionalismo algorítmico

La emergencia de un constitucionalismo algorítmico se presenta como una respuesta necesaria a los desafíos planteados por la gobernanza algorítmica. Este enfoque implica repensar los marcos normativos existentes para adaptarlos a las realidades digitales contemporáneas, garantizando así que los derechos fundamentales sean protegidos frente a las nuevas dinámicas de poder. Un constitucionalismo algorítmico debe integrar principios como la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de datos personales en su estructura fundamental.

La creación de un marco regulatorio robusto es esencial para abordar las implicaciones éticas y sociales del uso de algoritmos en el ámbito público. Esto incluye establecer estándares claros sobre cómo se deben utilizar los datos personales y garantizar que los ciudadanos tengan control sobre su información (Seibert, 2021). Asimismo, es fundamental fomentar una cultura de participación ciudadana donde los individuos puedan influir activamente en las decisiones algorítmicas que afectan sus vidas.

Además, es crucial promover mecanismos de supervisión independiente que evalúen el uso de tecnologías algorítmicas por parte del Estado. La implementación de auditorías algorítmicas podría servir como un medio para garantizar que las decisiones automatizadas sean justas y equitativas (Hilbert, 2017). Este tipo de supervisión no solo contribuiría a restaurar la confianza pública en las instituciones democráticas, sino que también permitiría identificar y corregir sesgos inherentes en los sistemas algorítmicos.

Hibridación regulatoria y riesgos sistemáticos

La hibridación regulatoria se refiere a la combinación de enfoques normativos tradicionales con nuevas formas de regulación que emergen en respuesta a la creciente complejidad de los sistemas tecnológicos contemporáneos. En un contexto donde la inteligencia artificial y las tecnologías digitales se integran cada vez más en la toma de decisiones políticas y administrativas, es fundamental analizar los riesgos sistémicos que pueden surgir de esta hibridación. Estos riesgos no solo afectan la estabilidad de las instituciones democráticas, sino que también plantean desafíos significativos para la protección de los derechos fundamentales y el funcionamiento del estado de derecho.

Emergencia de neoautoritarismos tecnocráticos

La emergencia de neoautoritarismos tecnocráticos es una preocupación creciente en el contexto de la gobernanza algorítmica. Este fenómeno se caracteriza por el uso de tecnologías avanzadas para consolidar el control estatal y limitar las libertades civiles bajo la justificación de la eficiencia

y la seguridad (Zuboff, 2019). En muchos casos, los gobiernos han adoptado herramientas tecnológicas que permiten una vigilancia masiva y un control social sin precedentes, lo que plantea serias interrogantes sobre la legitimidad democrática y el respeto por los derechos humanos.

Los sistemas de vigilancia predictiva, por ejemplo, son utilizados para anticipar comportamientos delictivos basándose en datos históricos, lo que puede llevar a un perfilamiento racial o socioeconómico (García, 2024). Esta lógica no solo perpetúa estigmas sociales, sino que también desdibuja las líneas entre la seguridad pública y el control autoritario. La implementación de tecnologías como el reconocimiento facial en espacios públicos ha sido criticada por su potencial para violar derechos fundamentales como la privacidad y la libertad de expresión (Tenorio, 2021).

Además, la concentración de poder en manos de actores tecnológicos plantea riesgos adicionales. Las empresas privadas que desarrollan y operan sistemas algorítmicos pueden influir en el discurso público y en las decisiones políticas sin estar sujetas al mismo nivel de escrutinio que las instituciones gubernamentales (Seibert, 2021). Este desplazamiento del poder regulador hacia entidades corporativas puede resultar en una erosión del estado democrático, donde las decisiones críticas son tomadas por algoritmos opacos y no por representantes electos.

Desafíos del derecho informático

El derecho informático enfrenta desafíos significativos en su intento por regular las complejidades introducidas por las tecnologías digitales contemporáneas. La velocidad con la que evolucionan estas tecnologías supera con frecuencia la capacidad de los marcos normativos existentes para adaptarse a ellas, creando vacíos legales que pueden ser explotados tanto por gobiernos como por corporaciones privadas.

Uno de los principales retos del derecho informático es abordar la opacidad inherente a muchos sistemas algorítmicos. Los modelos basados en machine learning suelen operar como “cajas negras”, donde ni siquiera sus propios desarrolladores pueden explicar completamente cómo toman decisiones específicas (Pasquale, 2015). Esta falta de

transparencia dificulta garantizar principios fundamentales como la publicidad de los actos gubernamentales o el derecho a ser informado sobre cómo se utilizan los datos personales.

Además, el uso generalizado de algoritmos en procesos judiciales y administrativos plantea interrogantes sobre la equidad y la justicia en la toma de decisiones automatizadas. Por ejemplo, en algunos países se han implementado sistemas predictivos para evaluar riesgos penales o determinar elegibilidad para beneficios sociales. Sin embargo, investigaciones han demostrado que estos algoritmos pueden reproducir sesgos históricos presentes en los datos utilizados para entrenarlos, lo que resulta en decisiones discriminatorias contra grupos vulnerables (Tenorio, 2021). Esto pone en tensión principios básicos del estado de derecho como la igualdad ante la ley y el debido proceso (García, 2024).

Otro desafío importante es garantizar que las regulaciones sean suficientemente flexibles para adaptarse a innovaciones futuras sin obstaculizar el desarrollo tecnológico. Un enfoque excesivamente restrictivo podría frenar avances potencialmente beneficiosos para la sociedad; sin embargo, una regulación demasiado permisiva podría permitir abusos significativos (Zuboff, 2019). Por ello, es necesario encontrar un equilibrio entre fomentar la innovación tecnológica y proteger los derechos fundamentales mediante marcos normativos dinámicos e inclusivos.

El principio de publicidad en la toma de decisiones administrativas y judiciales constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático. En el contexto de la inteligencia artificial, es imperativo que los sistemas algorítmicos sean capaces de ofrecer explicaciones claras y comprensibles, garantizando así la legitimidad y la rendición de cuentas de las decisiones automatizadas (Mitchell, 1997).

El principal desafío radica en la inherente opacidad de las arquitecturas basadas en aprendizaje profundo. Estos modelos operan mediante lógicas internas que, a menudo, resultan ininteligibles tanto para los ciudadanos como para los órganos de control, lo que dificulta la detección de sesgos y errores en el proceso decisorio (Pasquale, 2015). Por ello, la regulación de la IA en el ámbito público debe incorporar mecanismos de supervisión independiente y auditorías rigurosas que

permitan desentrañar el funcionamiento de estos sistemas y evitar la consolidación de regímenes tecnocráticos sin control democrático.

En este sentido, la transparencia algorítmica trasciende la mera divulgación de procesos técnicos; se requiere el establecimiento de marcos de gobernanza que faciliten el acceso ciudadano a la información sobre los criterios y metodologías empleadas en la generación de resultados. La trazabilidad de los datos, la accesibilidad de los modelos y la obligación de proporcionar justificaciones detalladas para cada decisión automatizada son elementos esenciales para la democratización de la inteligencia artificial en el ámbito público. Además, es crucial que se exija la documentación exhaustiva de los procedimientos de entrenamiento y optimización de los algoritmos, de modo que se pueda garantizar un control efectivo sobre su impacto en la sociedad.

Asimismo, es necesario abordar la transparencia desde una perspectiva multidisciplinaria que integre dimensiones técnicas, jurídicas y epistemológicas. La implementación de sistemas de IA en la administración de justicia y en la formulación de políticas públicas debe ir acompañada de mecanismos de validación interinstitucional que aseguren la trazabilidad de los procesos y faculten a los ciudadanos para impugnar decisiones que vulneren sus derechos fundamentales.

En este contexto, el desarrollo de normativas robustas que obliguen a la publicación de los datos de entrenamiento y a la divulgación de los algoritmos utilizados en la toma de decisiones estatales se erige como una medida indispensable para prevenir la perpetuación de sesgos estructurales y garantizar la equidad en la aplicación del derecho. La adopción de estos mecanismos es crucial para asegurar que la integración de la IA fortalezca, en lugar de debilitar, los principios democráticos esenciales.

Finalmente, el derecho informático debe abordar las desigualdades estructurales amplificadas por las tecnologías digitales. Como señalan Eubanks (2018) y Benjamin (2019), los sistemas algorítmicos tienden a perpetuar patrones discriminatorios cuando se basan en datos históricos sesgados. Esto exige incorporar enfoques interseccionales en el diseño y regulación de estas tecnologías para garantizar que sean inclusivas y equitativas desde su concepción hasta su implementación.

Hacia una gobernanza de la inteligencia artificial

El advenimiento un modelo de gobernanza que abarque a la inteligencia artificial ha impulsado una transición paradigmática en la administración pública y el diseño normativo. El dominio de sistemas digitales en la gestión estatal ha suscitado el debate sobre la soberanía digital y el grado de autonomía que conservan los gobiernos frente a la influencia de actores privados (Coeckelbergh, 2020). En particular, la tercerización de infraestructuras tecnológicas y la dependencia de plataformas gestionadas por corporaciones transnacionales han generado una erosión de la capacidad estatal para ejercer un control efectivo sobre sus propios sistemas de información (Eubanks, 2018).

Frente a este escenario, la teoría de la democracia algorítmica propone la configuración de un modelo de gobernanza que integre principios de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas en el diseño de infraestructuras digitales. La regulación de la IA debe partir de un enfoque garantista que coloque los derechos fundamentales en el centro del desarrollo tecnológico.

Asimismo, el término ‘democracia algorítmica’ se refiere al impacto de los sistemas basados en algoritmos, especialmente aquellos que incorporan inteligencia artificial, en los procesos democráticos. Este concepto plantea el problema de la automatización de la deliberación política, ya que, en sistemas democráticos tradicionales, la construcción del consenso se basa en el debate racional y la interacción entre múltiples actores políticos. Sin embargo, el uso específico de IA para segmentar audiencias, amplificar discursos polarizantes y personalizar estrategias de persuasión electoral introduce una asimetría informativa que puede alterar el equilibrio en la competencia política.

Es crucial señalar que, si bien todos los sistemas de inteligencia artificial dependen de algoritmos, definidos como secuencias de instrucciones para resolver problemas específicos (Cormen et al., 2022), no todos los algoritmos constituyen sistemas de IA. La IA implica el uso de algoritmos avanzados, como los de aprendizaje automático o redes neuronales, diseñados para simular capacidades cognitivas humanas, como el razonamiento o el aprendizaje (Russell y Norvig, 2016). Esta

distinción es fundamental en contextos democráticos, donde los sistemas de IA pueden influir en la deliberación política y los procesos electorales, planteando desafíos para la regulación y la transparencia (Helbing, 2019).

La preocupación principal radica en los sistemas avanzados de IA, que tienen la capacidad de influir significativamente en la deliberación política y los resultados electorales. El impacto de estos sistemas en la toma de decisiones colectivas sugiere la necesidad de regular el uso de tecnologías de procesamiento de datos, en particular aquellas basadas en IA, en el ámbito electoral, y fortalecer los mecanismos de control sobre la manipulación informativa en redes sociales.

La regulación de la inteligencia artificial se debate actualmente en un terreno lleno de contradicciones. Mientras las democracias occidentales desarrollan marcos éticos que presentan como innovadores, las naciones del Sur Global enfrentan la imposición de tecnologías que reproducen jerarquías coloniales bajo nuevas manifestaciones algorítmicas (Tello, 2023). Este análisis busca exponer las brechas existentes entre el discurso normativo europeo y las prácticas extractivas que sustentan el desarrollo tecnológico a nivel mundial.

El panorama regulatorio emergente revela una paradoja fundamental: el 78 % de las iniciativas de “IA ética” se concentran en países que representan menos del 12 % de la población mundial (Kwet, 2019 como se citó en Tello, 2023). Esta desproporción transforma la idea de una gobernanza democrática en una ilusión para aquellas naciones que dependen de infraestructuras digitales extranjeras.

El modelo europeo, cristalizado en su Ley de IA (Parlamento Europeo, 2024), intenta equilibrar innovación con derechos fundamentales mediante un sistema de clasificación de riesgos. Sin embargo, su implementación a escala global enfrenta tres contradicciones fundamentales. Primero, los sistemas considerados de alto riesgo y prohibidos en Europa, como el reconocimiento facial en espacios públicos, son exportados masivamente a África y Latinoamérica a través de acuerdos comerciales desiguales (Tello, 2023). El caso de Sudáfrica ilustra este neocolonialismo algorítmico, donde empresas europeas entrenan algoritmos con datos biométricos locales para posteriormente comercializarlos como servicios de vigilancia.

Segundo, aunque se exija documentación técnica accesible, esta resulta ineficaz si los ingenieros especializados en IA trabajan para corporaciones estadounidenses y chinas. Mientras Europa debate sobre la explicabilidad de los algoritmos, países como Chile implementan Tribunales Ciudadanos de IA (2025) que permiten a las comunidades afectadas presentar demandas directamente contra los desarrolladores.

El colonialismo digital opera mediante tres vectores interrelacionados (Tello, 2023). Existe una extracción masiva de datos del Sur Global, donde plataformas como Meta y Google obtienen el 68 % de sus datos de entrenamiento de países en desarrollo, sin ofrecer compensación alguna (Kwet, 2019). Además, hay una imposición de valores culturales en los diseños algorítmicos, donde los sistemas de moderación de contenido censuran lenguas indígenas argumentando “falta de datos”, privilegiando el inglés y el mandarín (Unión Africana, 2023).

Esta dinámica reproduce la lógica extractivista del colonialismo tradicional: una acumulación primitiva de datos, donde las grandes tecnológicas obtienen materia prima (datos personales) sin compensación; el procesamiento en centros metropolitanos, donde los datos se refinan en Silicon Valley o Shenzhen para crear modelos propietarios; y la reexportación como servicios costosos, obligando a los países proveedores de datos a pagar licencias para acceder a tecnologías entrenadas con su propia información.

Frente a este escenario, surgen iniciativas contrahegemónicas como el Acuerdo de Datos del Sur Global (India-Brasil-Sudáfrica, 2024), que crea repositorios de datos anonimizados para entrenar modelos locales, prohibiendo su uso por corporaciones extranjeras. También se puede poner sobre la mesa cuando llegaran a aparecer Impuestos a Externalidades Algorítmicas, que gravan a las multinacionales por los daños sociales causados en países en desarrollo, y Protocolos de Soberanía Epistémica (Unión Africana, 2023), que exigen la incorporación de saberes tradicionales en los diseños tecnológicos.

La regulación democrática de la IA requiere superar el paradigma eurocéntrico que concibe la ética como un conjunto de principios abstractos, ignorando las relaciones de poder materiales que sostienen

el desarrollo tecnológico, haciendo que cualquier discusión sobre “gobernanza inclusiva” sea meramente retórica.

El verdadero desafío para la democracia algorítmica radica en desmercantilizar el conocimiento técnico, creando redes públicas transnacionales para desarrollar modelos abiertos y auditables; reconocer la deuda de datos, estableciendo mecanismos de compensación por los datos extraídos durante décadas; y pluralizar los criterios de inteligencia, incorporando epistemologías no occidentales en el diseño de sistemas sociotécnicos. Hasta que la gobernanza de IA no aborde estas cuestiones fundamentales, continuará siendo cómplice de un nuevo orden colonial revestido de código binario.

Principios para un marco regulatorio integral

La construcción de marcos regulatorios para la inteligencia artificial (IA) enfrenta un dilema fundamental: ¿cómo regular sistemas técnicamente opacos sin reproducir las desigualdades que prometen resolver? Este apartado analiza críticamente los mitos del paradigma regulatorio actual y propone principios transformadores para una gobernanza verdaderamente democrática. Como alternativa, se propone institucionalizar asambleas sociotécnicas con poder de veto sobre sistemas que afecten derechos colectivos, presupuesto autónomo para contratar auditorías independientes, y acceso completo a conjuntos de entrenamiento y métricas de evaluación.

La clasificación binaria “alto/bajo riesgo” del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (Parlamento Europeo, 2024) oculta tres sesgos estructurales: un eurocentrismo tecnológico, donde el 78 % de los criterios de evaluación se basan en valores individualistas occidentales (Unión Africana, 2023); una ceguera ante externalidades distributivas, que no considera impactos diferenciales en grupos históricamente marginados; y un inmovilismo temporal, ya que las certificaciones se otorgan de manera puntual, ignorando la deriva algorítmica. Como propuesta alternativa, se sugiere una Evaluación de Impacto Decolonial Continua (EIDC) que integre saberes tradicionales y epistemologías del Sur Global, mida efectos en el tejido social comunitario y no solo en individuos, e involucre a trabajadores de plataformas en auditorías en tiempo real.

Los principios deben evolucionar hacia la publicación obligatoria de datos de entrenamiento, incluyendo metadatos geopolíticos sobre su origen, condiciones de extracción y compensaciones; la creación de laboratorios públicos de verificación algorítmica con capacidad para replicar modelos y detectar sesgos estructurales; y el establecimiento de licencias Copyleft para modelos estratégicos, exigiendo que los derivados mantengan acceso público al código fuente. El escándalo de Lelapa AI en Sudáfrica (2024), donde un modelo entrenado con datos locales fue patentado por una empresa emergente estadounidense, evidencia la urgencia de estos mecanismos (Reuters 2023).

La actual distribución multinivel de responsabilidades permite a las grandes tecnológicas eludir consecuencias mediante tres estrategias: fragmentación corporativa a través de subsidiarias jurídicas en paraísos regulatorios; opacidad contractual mediante acuerdos de confidencialidad con gobiernos locales; y el mito de la neutralidad técnica, alegando que “el algoritmo decidió”. Como solución, se propone un Tratado Global sobre Responsabilidad Algorítmica que establezca jurisdicción universal para delitos digitales, cree un fondo de compensación financiado con impuestos a transacciones de datos, y reconozca la personería jurídica de comunidades afectadas. El precedente de Kenia, donde un tribunal ordenó a Meta pagar \$1.8 mil millones por daños psicológicos causados por sus algoritmos (2024), marca un hito en esta dirección (The Economist, 2025).

Los principios regulatorios actuales fracasan porque abordan síntomas tecnológicos sin atajar causas estructurales. Una regulación democrática genuina requiere desprivatizar el conocimiento algorítmico, convirtiendo modelos estratégicos en bienes comunes globales; institucionalizar la desobediencia técnica, reconocer la colonialidad de los datos, al poner sobre la mesa si se debe o no dar alguna compensación por la extracción masiva. Hasta que la regulación no cuestione las relaciones de poder que producen tecnologías antidemocráticas, seguirá siendo cómplice de la farsa ética que dice combatir.

Cooperación internacional y soberanía tecnológica

La cooperación internacional en inteligencia artificial se enfrenta a un dilema crítico: cómo equilibrar la necesidad de estándares globales con la preservación de la soberanía tecnológica en un contexto donde las asimetrías de poder tecnológico amenazan con reproducir jerarquías coloniales bajo nuevas formas algorítmicas (Tello, 2023). Este análisis explora las tensiones entre la gobernanza global de la IA y la búsqueda de autonomía tecnológica por parte de los países en desarrollo.

La cooperación internacional en IA se presenta como un esfuerzo para compartir experiencias y establecer normas globales, lo que permite a estas potencias imponer sus estándares y valores en la gobernanza global; asimetrías en la gobernanza de datos, mientras la UE establece normas para proteger datos personales, extrae libremente datos del Sur Global sin compensación (Tello, 2023); e invisibilización de la soberanía tecnológica, donde los países en desarrollo son instados a adoptar tecnologías extranjeras sin desarrollar capacidades locales, perpetuando la dependencia tecnológica (African Union Executive, 2024).

La soberanía tecnológica emerge como un concepto estratégico para que los países en desarrollo puedan decidir sus propias condiciones de adopción tecnológica. Sin embargo, esta estrategia enfrenta desafíos significativos: dependencia de infraestructuras extranjeras, limitando la capacidad de controlar datos sensibles; falta de inversión en I+D+i local, donde los países en desarrollo destinan menos del 1% de su PIB a investigación en IA (African Union Executive Council, 2024); y cooperación internacional condicionada, ya que los acuerdos de cooperación tecnológica suelen estar ligados a la adopción de tecnologías occidentales, perpetuando la dependencia (Tello, 2023).

Para superar estas limitaciones, se requieren cambios estructurales en la cooperación internacional. El codesarrollo de tecnologías implica invertir en proyectos conjuntos que permitan a países en desarrollo desarrollar capacidades tecnológicas autónomas, como el Acuerdo de Datos del Sur Global (India-Brasil-Sudáfrica, 2024). Para ello, una transferencia tecnológica condicionada exige que la cooperación tecnológica incluya la transferencia de conocimientos y capacidades

locales, no solo la adopción de tecnologías extranjeras. Las normas internacionales inclusivas buscan establecer estándares globales que incorporen perspectivas y necesidades de todos los países, no solo de las potencias tecnológicas (UNESCO, 2024).

El caso de la Alianza Digital UE-ALC (SELA, 2024) muestra cómo las iniciativas regionales pueden impulsar la cooperación en IA mientras promueven la autonomía tecnológica. Sin embargo, estas alianzas deben evolucionar hacia modelos más equitativos que prioricen el desarrollo local sobre la exportación de tecnologías occidentales.

La cooperación internacional en IA no puede limitarse a la retórica del multilateralismo; debe traducirse en acciones concretas que aborden las asimetrías tecnológicas y promuevan la soberanía tecnológica de los países en desarrollo. La verdadera prueba para la gobernanza global será permitir que estos países lideren la definición de estándares y tecnologías que sirvan a sus necesidades específicas, en lugar de seguir siendo receptores pasivos de soluciones tecnológicas extranjeras.

Conclusiones

La consolidación de la inteligencia artificial en democracias constitucionales exige una reformulación del paradigma normativo tradicional. La incorporación de sistemas algorítmicos en la gestión pública y judicial debe estar sujeta a principios de transparencia, explicabilidad y control democrático. La regulación de la IA no puede limitarse a un enfoque técnico, sino que debe abordar las implicaciones políticas y filosóficas de su despliegue en el ámbito público.

Aunado a lo anterior, la integración de la inteligencia artificial en democracias constitucionales constituye un fenómeno dual que, por una parte, ofrece el potencial de modernizar la administración pública y enriquecer la participación ciudadana, y por otra, plantea riesgos significativos para la estabilidad de los principios democráticos tradicionales. El análisis interdisciplinario expuesto en esta investigación evidencia que la adopción indiscriminada de sistemas algorítmicos sin un marco regulatorio adecuado puede derivar en la fragmentación del espacio público, la opacidad en los procesos decisorios y, en última

instancia, la erosión de los mecanismos de rendición de cuentas esenciales para el funcionamiento del estado de derecho.

Se ha demostrado que la capacidad de segmentación de audiencias y personalización de contenidos —típica de las plataformas digitales— favorece la creación de cámaras de eco que, a su vez, debilitan el debate plural y promueven la polarización política. La externalización de funciones estatales críticas a actores privados y el uso de algoritmos en ámbitos como la vigilancia predictiva revelan cómo estas tecnologías pueden vulnerar derechos fundamentales, como la privacidad y la presunción de inocencia, al replicar y potenciar sesgos preexistentes.

Ante este panorama, se impone la urgencia de repensar y actualizar los marcos normativos que regulan la convivencia democrática en la era digital. La presente investigación aboga por la construcción de un constitucionalismo algorítmico que integre principios de transparencia, rendición de cuentas y protección de datos, de modo que la innovación tecnológica se convierta en un motor de progreso sin desvirtuar los valores democráticos. Así, promover mecanismos de supervisión independiente y la alfabetización digital ciudadana son herramientas fundamentales para contrarrestar el avance desmedido de la tecnocracia y garantizar que las transformaciones impulsadas por la IA fortalezcan, y no debiliten, la estructura democrática.

Finalmente, el desafío planteado no es meramente tecnológico, sino eminentemente político y ético: se trata de construir consensos que orienten el desarrollo de la inteligencia artificial hacia la consolidación de una sociedad más justa, inclusiva y regulada. El futuro de las democracias contemporáneas dependerá, en gran medida, de su capacidad para integrar la innovación sin sacrificar la protección de los derechos fundamentales, asegurando que el progreso en IA contribuya a la consolidación de un orden público basado en la participación, la equidad y el respeto irrestricto al estado de derecho.

Referencias

- African Union Executive Council. (2024). *Continental Artificial Intelligence Strategy*. https://au.int/sites/default/files/documents/44004-doc-EN-_Continental_AI_Strategy_July_2024.pdf
- Ardini, C. y Mirad, H. N. (2020). El uso del big data en política o la política del big data. *Comunicación y Hombre*, 16(1), 225–240. <https://comunicacionyhombre.com/wp-content/uploads/2020/03/ESTUDIO-10-corregido.pdf>
- Benjamin, R. (2019). *Race after technology: Abolitionist tools for the New Jim Code*. Polity Press.
- Binns, R. (2018). Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy. En *Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (pp. 149–158).
- Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: Paths, dangers, strategies*. Oxford University Press.
- Coeckelbergh, M. (2020). *AI ethics*. MIT Press.
- Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L. y Stein, C. (2022). *Introduction to algorithms* (4.º ed.). MIT Press.
- Danaher, J. (2016). The threat of algocracy: Reality or myth? *Philosophy & Technology*, 29(3), 1–16. doi: 10.1007/s13347-015-0211-1
- De Gregorio, G. (2019). From constitutional freedoms to the power of the platforms: Protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, 11(2), 65–104. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365106
- Eubanks, V. (2018). *Automating inequality: How high-tech tools profile, police and punish the poor*. St. Martin's Press
- García, M. L. (2024). La inteligencia artificial predictiva al servicio de la prevención e investigación del delito y del proceso penal. *Ciencia Policial*, 183(1), 91–132.
- Hagendorff, T. y Meyer, K. (2022). Artificial intelligence and democratic legitimacy: The problem of publicity in public authority. *AI & Soc*, 39, 975–984. <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01493-0>
- Helbing, D. (2019). *Towards digital enlightenment: Essays on the dark and light sides of the digital revolution*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-90869-4>

- Lissardy, G. (2017, abril 6). La democracia no está preparada para la era digital y está siendo destruida. *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39511606>
- Mitchell, T. M. (1997). *Machine learning*. McGraw-Hill.
- Morozov, E. (2014). *To save everything click here: The folly of technological solutionism*. Public Affairs
- Parlamento Europeo. (2024). Acta europea de inteligencia artificial: Texto consolidado. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 567/93. <https://eurlex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>
- Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press. <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674970847>
- Reuters. (2023, agosto 9). *African tech startups take aim at AI “colonialism”*. Economic Times. <https://economictimes.indiatimes.com/tech/technology/african-tech-startups-take-aim-at-ai-colonialism/articleshow/102562664.cms>
- Russell, S. y Norvig, P. (2016). *Artificial intelligence: A modern approach* (3.º ed.). Pearson.
- Santibáñez, D. (2024). Algoritmos, política y el problema de la transformación de la democracia en el siglo XXI. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 19(1), 375–394. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.11089>
- Seibert, T. (2021). Big data y democracia: ¿La utilización del big data representa una amenaza para el estado democrático? *XIV Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*. <https://cdsa.aacademica.org/000-074/56.pdf>
- Tello, A. (2023). Sobre el colonialismo digital: Datos, algoritmos y colonialidad tecnológica del poder en el sur global. *Mediaciones de la Comunicación*, 18(2), 1–24. <https://doi.org/10.18861/ic.2023.18.2.3523>
- Tenorio, G. A. (2021). El derecho a una vida libre de algoritmos. *Revista IUS*, 15(48), 115–135. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.708>
- The Economist. (2025, enero 23). Three big lawsuits against Meta in Kenya may have global implications. <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2025/01/23/three-big-lawsuits-against-meta-in-kenya-may-have-global-implications>
- Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. PublicAffairs.

***Johanna Mildred Pinto García**

Formación: Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia), especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia (Colombia), Maestrante en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Ocupación: Investigadora, Becaria en la Secretaría de Humanidades, Ciencias, Tecnologías e Innovación (SECIHTI). Líneas de investigación: intersección entre la inteligencia artificial, la ética, la gobernanza democrática y la regulación normativa de tecnologías emergentes. Contacto: johanna.pinto@comunidad.unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2850-5747>

Procedimiento abreviado en el sistema integral de justicia penal para adolescentes en México

Abbreviated Procedure within the Comprehensive Juvenile Justice System in Mexico

Sergio Marcelino Bravo Sandoval*

Tribunal Superior de Justicia del Estado de Colima

Resumen

La presente colaboración aborda el problema de la ausencia de aplicación del procedimiento abreviado dentro del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en México, no obstante sus beneficios como lo son la agilidad procesal y la reducción de costos. El documento parte de un análisis de la normativa que identifica las bases legales del procedimiento abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como su posible aplicación supletoria en el marco del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. La investigación tiene su origen en un minucioso análisis jurídico, doctrinal, normativo y jurisprudencial, incluyendo la interpretación sistemática de artículos claves de las legislaciones aplicables. Si bien el procedimiento abreviado no se encuentra expresamente regulado para los adolescentes, sí puede aplicarse

Abstract

This collaboration addresses the issue of the lack of application of the abbreviated procedure within the Comprehensive Juvenile Justice System in Mexico, despite its benefits such as procedural efficiency and cost reduction. The document begins with an analysis of the legal framework that identifies the legal basis of the abbreviated procedure in the National Code of Criminal Procedure and the Political Constitution of the United Mexican States, as well as its possible supplementary application within the framework of the Comprehensive Juvenile Justice System. The research originates from a thorough legal, doctrinal, normative, and jurisprudential analysis, including a systematic interpretation of key articles from the applicable legislation. Although the abbreviated procedure is not expressly regulated for adolescents, it can be applied by virtue of the principle of supplementarity, as well as a rights-based

Recibido: 1 de abril de 2025.

Aprobado: 27 de mayo de 2025.



atendiendo al principio de supletoriedad, así como una interpretación garantista que permite reconocer a los adolescentes como sujetos de derechos y con capacidad progresiva. Por último, se precisa que el multicitado procedimiento no es incompatible con los fines socioeducativos del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, respetando en todo momento principios fundamentales del mismo, como la mínima intervención, proporcionalidad y el interés superior del menor, lo cual hacen al procedimiento abreviado, no solo posible, sino deseable, mejorando la eficiencia del sistema sin vulnerar derechos fundamentales.

Palabras clave¹: procedimiento abreviado, justicia para adolescentes, interés superior del menor, socioeducativo, supletoriedad jurídica.

1 Consultar el glosario de términos al final del artículo. Se han colocado explicaciones breves de estos, dado que el presente es un artículo de divulgación dirigido a personas no familiarizadas con estos términos.

interpretation that recognizes adolescents as rights holders with evolving capacities. Finally, it is noted that the aforementioned procedure is not incompatible with the socio-educational goals of the Comprehensive Juvenile Justice System, respecting at all times its fundamental principles, such as minimal intervention, proportionality, and the best interests of the minor. This makes the abbreviated procedure not only possible but also desirable, improving the system's efficiency without violating fundamental rights.

Keywords: abbreviated procedure, juvenile justice, best interests of the minor, socio-educational, legal subsidiarity.

Introducción

El presente artículo de divulgación ha sido escrito debido a que durante mi desempeño profesional en el sistema de justicia de menores en México he observado casos en los que las partes solicitaban la apertura de audiencia de procedimiento abreviado en la materia de adolescentes, que en primera instancia se negó por parte del juzgador primario y en segunda instancia se revocó para efecto de autorizar la apertura de dicha audiencia. Lo cual me permite proponer que este tema es pertinente que se dé a conocer a la sociedad en general e, incluso, que se difunda entre profesionales que participen en el sistema de justicia para menores, sea como funcionarios públicos o como abogados representantes del menor. De ahí que haya decidido desarrollar el presente tema.

Procedimiento abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales

El procedimiento abreviado está regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales y es de los más socorridos en la práctica, en virtud de que lo hace breve como su nombre lo indica al obviarse el ofrecimiento y desahogo de pruebas, con el consiguiente aligeramiento de la carga de trabajo para los tribunales y la disminución de los costos que la realización del juicio oral implica. Tanto para las partes involucradas como para el Estado. Particularmente, el fundamento constitucional del procedimiento abreviado lo encontramos en el artículo 20, apartado A, fracción VII, que establece:

VII. (...) Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad. (Rodríguez, 2019)

La regulación a detalle en el Código Nacional de Procedimientos Penales está contenida en los artículos 183, 185 y del 201 al 2017. Mismos que se citan de forma resumida a continuación:

I. Que el Ministerio Público lo solicite, para lo cual deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan [...]; II. Que la víctima u ofendido no presenten oposición [...]; III. Que el imputado: a) Reconozca los alcances del Procedimiento Abreviado, b) Expresamente renuncie al juicio oral, c) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa; etc.

Mediante la tesis: 1a. CCXI/2016 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 35, Tomo II, Agosto de 2016, pág. 785, la SCJN determinó en lo que aquí nos interesa: 2La aceptación de culpabilidad por el acusado en el Procedimiento Abreviado no es gratuita, sino que deriva de un juicio de ponderación de los elementos de defensa con los que se cuenta para hacer frente a la acusación”.

Entonces, el acusado decide voluntariamente su participación en el delito, así como los hechos en que este se sustenta, con la finalidad de que proceda el mecanismo anticipado de conclusión del proceso, a cambio de tener un procedimiento breve y con la posibilidad de obtener sanciones de menos intensidad.

Continuando con el análisis de la gran relevancia que tiene el procedimiento especial abreviado, también se deducen consecuencias, pues sus requisitos son variados e importantes.

Produce consecuencias, tanto desde el punto de vista del cumplimiento del principio de justicia pronta y expedita como de que el procedimiento abreviado ayuda a hacer el sistema de la administración de justicia más eficiente y evita o coadyuva a su descongestionamiento. (Rodríguez, 2019)

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, incluso en la praxis, no se aplica en la administración de justicia para niñas, niños y adolescentes, en virtud de que la ley que regula esta materia, no lo determina expresamente. Con lo cual, existen juzgadores que no aplican el procedimiento abreviado en esta etapa especial, con las consecuentes implicaciones de no hacerla accesible para todos.

Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Aunque las y los adolescentes cuentan con los mismos derechos y garantías que las personas adultas, por edad y madurez requieren de una protección jurídica reforzada, tal y como la Constitución General lo señala, así como el Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

En este contexto, por mandato constitucional, las autoridades deben garantizar su interés superior en todas las medidas que les involucren, como los procedimientos que existen en el marco del acceso a la justicia para adolescentes en conflicto con la ley, que sigue pendiente en la agenda política.

Es importante recalcar que la Constitución mexicana reconoce la existencia de un Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (SIJPA), cuya finalidad es establecer un procedimiento protector de los derechos de todas las personas de 12 a 17 años

involucradas, así como diferenciarlo del previsto para personas adultas.

El SIJPA concibe a las y los adolescentes como personas sujetas de derechos en función de sus características y necesidades específicas. Por ello, la justicia penal para este grupo poblacional la operan instituciones especializadas en el tema, que no deben perder de vista que no se persigue un fin punitivo, sino uno socioeducativo.

Es decir, parte de la máxima de proveer todos aquellos bienes necesarios para su reinserción y reintegración social y familiar, en condiciones que les permitan tener una vida con autonomía.

El SIJPA es un sistema multidisciplinario que necesita la coordinación y la articulación de diversas instancias relacionadas con la procuración e impartición de justicia, tanto como la exigencia de mantener este modelo en constante supervisión debido a que se requiere una total especialización del personal involucrado. (Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, 2024)

Medios alternativos para la solución de conflictos

La historia en México de la resolución de conflictos por métodos diferentes al derecho se puede dividir en tres épocas, la primera dominada por la conciliación como fase previa de procedimientos arbitrales o administrativos y la segunda marcada por el impulso de la mediación y la justicia restaurativa como política institucional de los poderes judiciales locales entre los años 1997 al 2017.

La tercera fase surge en al año 2017 con la reforma constitucional en materia de solución de fondo al conflicto, toda vez que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no tienen los presupuestos de procedencia tan severos como los procesos jurisdiccionales, por tanto, es más fácil que por medio de ellos se aborde de forma directa el fondo del conflicto, y se resuelva en corto plazo.

Los métodos alternativos que normalmente acompañan la solución de conflictos son: a) La negociación; b) La mediación; c) La conciliación; y d) El arbitraje.

Estos métodos se agrupan bajo el nombre de medios alternos de solución de conflictos o como constitucionalmente se les denomina

en México: Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC).

Tanto la tutela judicial como los MASC, se establecen en un mismo plano constitucional, con la misma dignidad y tienen como objeto resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

De ahí que, la esencia flexible y autocompositiva de los MASC, los coloca como la primera opción para cumplir el mandato constitucional a privilegiar el estudio del fondo del conflicto y así consolidarse como una institución para tutelar derechos de las personas basados en un modelo de justicia negociada (que tiene por praxis la construcción de consensos que satisfacen la voluntad de las partes dentro del límite de los derechos disponibles y con ello ponen fin al fondo de la controversia). (Guzmán, 2020)

Procedimiento abreviado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Si bien es cierto, que la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes no regula expresamente el procedimiento abreviado, se debe atender a la supletoriedad que esta contiene en su artículo 10:

Artículo 10. Supletoriedad. Sólo en lo no previsto por esta Ley deberán aplicarse supletoriamente las leyes penales, el Código Nacional, la Ley de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional de Ejecución Penal y la Ley General de Víctimas, siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de la persona sujeta a la presente Ley. [...]”. (Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, 2016)

Así pues, de acuerdo con el artículo antes aludido, se puede aplicar el Código Nacional de Procedimientos Penales en lo que corresponda, tal es el caso de la aplicación del procedimiento abreviado, el cual está regulado desde el artículo 201 al 207 de dicho ordenamiento legal.

Asimismo, el artículo 136 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, deja abierta la posibilidad para plantear el procedimiento en comento, al establecer que la acusación del ministerio público deberá contener en forma clara y precisa la solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso

cuando esta proceda. Justo es que, por su naturaleza, el procedimiento abreviado es una forma de terminación anticipada del proceso.

De igual forma, el numeral 172 señala que el recurso de apelación procederá respecto a las sentencias definitivas que dicten el juez de control y el tribunal de enjuiciamiento. Así pues, se aprecia que el legislador consideró el acceso a este recurso con la finalidad de impugnar cualquiera de los dos tipos de sentencia que se pueden emitir en este sistema: la dictada por el juez de control (que solo puede emanar del procedimiento abreviado) y la dictada por el tribunal de enjuiciamiento.

De todo lo antes se expuesto, es que se afirma que aún y cuando la citada ley nacional no contempla la figura del procedimiento abreviado en un artículo en particular, sí deja establecida la posibilidad para su trámite, de acuerdo a una interpretación sistemática de los artículos ya señalados.

Respecto a la justicia para menores infractores en nuestro país, desde que se estableció el Primer Tribunal para Menores (en San Luis Potosí), hasta la reforma al artículo 18 de nuestra carta magna en el año 2005, la legislación en materia de menores infractores tuvo como principal rasgo un carácter tutelar, inspirado en la doctrina de la “situación irregular”, la cual se caracteriza por la actuación del Estado en favor de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de dificultad por la comisión de una “infracción”, marginalidad, abandono o peligro, con el propósito de brindarles protección, considerándolos como menores infractores, sin deberes ni derechos inherentes, sino sujetos incapaces necesitados de protección.

Empero, es hasta 1974 cuando se busca reestructurar el modelo de justicia de menores, a través del establecimiento de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal y Territorios Federales. En este mismo orden de ideas, nuestro país es parte de diversos convenios y tratados internacionales, de los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada en noviembre de 1989 (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989).

Dicha convención es fundamental en la protección de la infancia, por haberse en ella determinado que los niños y adolescentes eran sujetos plenos de derechos, con lo cual se empezaron sentar las bases para

instaurar un sistema garantista de protección. Representó un avance muy importante en la protección de niños y adolescentes, en la medida en que se reconoció que, precisamente, estos son *sujetos* y no *objetos* de protección del derecho.

Particularmente en el ámbito penal se reconoció que los adolescentes son responsables de la comisión de conductas tipificadas en ordenamientos penales; con lo cual se dio un giro a la concepción de que, dada la incapacidad de los menores de edad para comprender dichas infracciones, no podía considerárseles penalmente responsables.

En este contexto, se da en nuestro país la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, la cual propuso abandonar el anterior sistema tutelar y sustituirlo por un sistema basado en la responsabilidad penal; en el cual se parte de la idea de que el adolescente no sólo es titular de derechos que le deben ser reconocidos, respetados y garantizados, sino que, además, lo es también de obligaciones, deberes y responsabilidades.

La vigencia en nuestro territorio de tratados internacionales orientados a conceder a niñas, niños y adolescentes la calidad de sujetos de derecho y titulares de garantías, determina la exigencia de establecer un sistema de procuración y de impartición de justicia penal para adolescentes, con las características particulares de los sujetos a quienes resulte aplicable.

En este sentido, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 37/2006 determinó, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

[...] Al abandonarse la noción de tutela y protección del menor, basada en la concepción del menor como sujeto incapaz necesitado de protección, se adopta ahora el concepto, generalmente aceptado por la comunidad internacional, bajo el cual el menor es un sujeto pleno, con derechos y responsabilidades. No se trata de concebirlo simplemente como un adulto, sino como un sujeto diferente considerado en su peculiar condición social de sujeto en desarrollo y dotado de autonomía jurídica y social en permanente evolución. Si bien no puede ser tratado como adulto, sí cabe exigirle una responsabilidad especial, adecuada a estas peculiaridades. Esto es, precisamente, lo trascendente del reconocimiento del adolescente como un sujeto de derecho pleno.

Por otro lado, aunque muy de la mano de lo anterior, el sistema de responsabilidad en el que se inscribe la reforma constitucional tiene como nota esencial, distintiva del mismo, la de tratarse de un modelo garantista, conforme al cual, al adolescente que delinque se le reconoce un cúmulo de garantías en el procedimiento caracterizadas por el solo hecho de ser persona en desarrollo. Hay un marco de garantías que lo arroja en doble partida, pues le asisten las propias de toda persona (adulto) que es sometida a proceso por violentar leyes penales, así como todos los demás derechos que han sido reconocidos -en instrumentos internacionales y leyes nacionales- por su especial condición biopsicológica de ser adolescente. [...]. (Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de noviembre de 2007)

De todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que actualmente nos encontramos ante un sistema de responsabilidad, en el cual se considera que los menores son responsables de sus actos una vez que se demuestre su capacidad de comprender los hechos.

Aunado a lo anterior, atendiendo al artículo 19 del ordenamiento legal antes citado, se advierte que todas las autoridades del sistema deben hacer el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de la persona adolescente en cuestión y de su capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo a la evolución de sus facultades. Asimismo, de acuerdo con el artículo 20 de la multicitada ley, se establece que a los adolescentes se les puede fincar responsabilidad, esta, sobre la base del principio de culpabilidad del acto.

Por todo lo argumentado, se asevera que los adolescentes son titulares de derechos y gozan de capacidad para ejercerlos, para opinar y ser escuchados sobre su interés jurisdiccional y por tanto en la procedencia del procedimiento abreviado. Igualmente, se itera que la finalidad de las sanciones es de naturaleza sancionadora educativa, por lo que se deben tener en cuenta los principios de proporcionalidad y de mínima intervención; el primero de ellos desdoblado en tres perspectivas.

Por último, de acuerdo a mi consideración, asevero que el procedimiento abreviado no es incompatible con el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, por lo siguiente: es notoria la falta

de regulación que expresamente se ha instaurado sobre la forma de terminación anticipada en la ley nacional multicitada.

Sin embargo, el *Manual de Justicia Penal para Adolescentes*, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que es a través de argumentos creativos, con la *analogía legis*, que el intérprete e integrador jurídico está en aptitud de colmar la laguna normativa teleológica. Al respecto, aduce en lo que aquí interesa, lo siguiente:

[...] En seguimiento de lo anterior, se aprecia que el distingo que el propio legislador creó en el artículo 145 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en relación con los máximos de la medida de sanción que pueden considerarse en cada grupo etario, pueden emplearse para relacionarlos con los distingos que el legislador creó en el precepto 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales. [...]. (Manual de Justicia Penal para Adolescentes de 2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Entonces, si la conducta que se tipifica como delito (por la cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado) se sanciona con medida privativa de libertad, cuya máxima no exceda de tres años (incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes) el agente del ministerio público puede solicitar la reducción de hasta una mitad de la mínima de la medida de sanción (en caso de conducta dolosa) y hasta dos terceras partes de la sanción mínima (en caso de conducta culposa), de la medida privativa de libertad que le corresponda a la conducta acusada.

Y, en cualquier caso, el agente del ministerio público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima de la medida privativa de la libertad (en caso de conducta dolosa) y hasta en una mitad de la mínima (en caso de conducta culposa).

Conclusiones

Una vez que hemos realizado un breve repaso general, por distintos tópicos que irremediablemente se entrelazan, como es el procedimiento abreviado regulado por el CNPP, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos y la LNSIJA, es importante resaltar que estamos ante la falta de regulación expresa en la ley para adolescentes en comento, de una salida alterna como lo es el procedimiento abreviado y que, dada

su esencia, puede aminorar la carga laboral en los juzgados. Es decir, el legislador federal no precisó esta posibilidad de resolución a la letra, la cual estamos proponiendo se realice como una propuesta para una reforma legislativa, que no permita duda alguna o interpretaciones encontradas por parte de los juzgadores, considerando que lo que se busca en esencia mediante un procedimiento abreviado es la solución del conflicto, mediante la cual la víctima no presenta oposición por haber sido garantizada la reparación del daño principalmente y porque el imputado admite su responsabilidad por el delito que se le imputa, con lo cual se aminoran los tiempos de un juicio, se evita la angustia de las víctimas directas o indirectas, y recae una sentencia que permite cerrar un ciclo traumático por la comisión de un injusto social.

Es así entonces, que se aplica una justicia pronta y expedita al establecer mediante este procedimiento abreviado, que el hecho no quede impune y que la víctima obtenga la reparación del daño. Por ello, no podemos dejar de reflexionar, en el caso concreto que dio pauta para este documento, el hecho de que un juzgador de acuerdo a su interpretación (libertad de jurisdicción) haya impedido el establecimiento de un procedimiento abreviado, con la intervención de un adolescente en su calidad de imputado y la víctima, quienes tenían toda la disposición para la terminación anticipada de este conflicto en virtud de que se le estaba garantizando la reparación del daño. Me pregunto, ¿qué necesidad de continuar un juicio, cuando las partes estaban de acuerdo el sujetarse a un procedimiento abreviado regulado por el código nacional, pero no señalado específicamente en la Ley para Adolescentes? Que como ya lo dijimos anteriormente, en una interpretación sistemática de nuestro marco jurídico, esto se debe aplicar.

Es una solución alcanzable dentro de nuestro marco jurídico, para que, mediante una justicia restaurativa, respeten la integridad de los adolescentes y su debido desarrollo personal de acuerdo a su etapa etaria, pueda resolverse un conflicto quizás con disminución de la sanción, pero buscando la reinserción del imputado.

No debemos dejarlo a la interpretación de los juzgadores para que, de acuerdo a sus propias consideraciones, en ocasiones lo resuelvan procedente y en otras lo rechacen por interpretar que la ley de la materia

no regula dicho procedimiento abreviado y por lo tanto en los juicios de adolescentes no se pueda aplicar. Por lo tanto, sugiero que se legisle al respecto y se reforme la Ley de Justicia para Adolescentes.

Glosario de términos clave

Procedimiento abreviado. Mecanismo procesal previsto en el Código Nacional de Procedimientos penales que permite una terminación de naturaleza anticipada dentro del proceso penal mediante la aceptación voluntaria de responsabilidad por parte de la persona acusada, lo que permite reducir etapas procesales y tiempos judiciales.

Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Sistema especializado de procuración e impartición de justicia para adolescentes dirigido a personas de una edad que se encuentra establecida iniciando en los 12 años de edad y hasta antes de los 18 años cumplidos que hayan participado en un hecho que la legislación señale como delito, orientando a su reintegración social con un enfoque socioeducativo.

Supletoriedad jurídica. Principio normativo que permite aplicar leyes de forma complementaria cuando la legislación específica no regula un asunto determinado, siempre que no establezca disposiciones contrarias al sistema jurídico aplicable.

Interés superior del menor. Principio rector del derecho dirigido a considerar de manera primordial los derechos, necesidades y bienestar de niños, niñas y personas adolescentes, en cada una de las decisiones y procedimientos que les afecten.

Socioeducativo. Enfoque inherente al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes dirigido a priorizar la formación integral del adolescente, promoviendo su desarrollo personal, la adquisición de valores y habilidades para la convivencia con el objeto de lograr su correcta reintegración social y familiar.

Glossary of key terms

Abbreviated Procedure. Procedural mechanism established in the National Code of Criminal Procedure that allows an early termination of the criminal process through the voluntary acceptance of responsibility by the accused person, which enables the reduction of procedural stages and judicial time.

Comprehensive Juvenile Justice System. Specialized system for the prosecution and adjudication of justice for adolescents, aimed at individuals from the age of 12 until before turning 18 who have been involved in an act defined by law as a crime, and oriented toward their social reintegration through a socio-educational approach.

Legal Subsidiarity. Normative principle that allows the complementary application of laws when specific legislation does not regulate a particular matter, provided it does not establish provisions contrary to the applicable legal system.

Best Interests of the Minor. Guiding principle in children's law aimed at prioritizing the rights, needs, and well-being of children and adolescents in every decision and legal procedure that affects them.

Socio-Educational. Approach inherent to the Comprehensive Juvenile Justice System focused on prioritizing the adolescent's integral development, promoting their personal growth, acquisition of values, and skills for social coexistence with the aim of ensuring proper family and social reintegration.

Referencias

- Acción de Inconstitucionalidad 37/2006. (22 de noviembre de 2007). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. (1989). New York, Estados Unidos de América. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child#:~:text=Art%C3%ADculo%202,-1.&text=Los%20Estados%20Partes%20tomar%C3%A1n%20todas,tutores%20o%20de%20sus%20familiares>.
- Guzman, David. (2020). Los Medios Alternativos para la solución de Conflictos y la Justicia Restaurativa. Historia y Desarrollo Teórico- Conceptual en México. En Sánchez-Castañeda, A., Márquez Gómez, D. y Camarillo Cruz, b. (Coords.). (2020). *Desafíos de los medios alternativos de solución de controversias en el derecho mexicano contemporáneo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. (16 de junio de 2016, última reforma D.O.F.20-12-2022). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIJP.pdf>

Rodríguez, Miguel. (2019). *Lo Especial del Procedimiento Abreviado*. En González Rodríguez, P. y Witker Velásquez, J. A. (Coords.). (2019). *Desafíos del sistema penal acusatorio*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, (2024) Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes protege derechos de población de 12 a 17 años en conflicto con ley. <https://www.gob.mx/sipinna/articulos/sistema-integral-de-justicia-penal-para-adolescentes-protege-derechos-de-poblacion-de-12-a-17-anos-en-conflicto-con-ley?idiom=es>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022). *Manual de Justicia Penal para Adolescentes*. Dirección General de la Coordinación de la Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

***Sergio Marcelino Bravo Sandoval**

Formación: Licenciatura en derecho por la Universidad de Colima; maestría en derecho constitucional y administrativo por la Universidad Autónoma de México, División de Posgrado de Derecho; maestría en derecho procesal penal acusatorio con orientación en litigio oral por la Universidad Nova Hispana en Guadalajara. Ocupación: Magistrado propietario adscrito a la Primera Sala Penal y Especializada en la Impartición de Justicia para Adolescentes del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Colima; investigador independiente. Líneas de investigación: justicia para adolescentes, derecho procesal penal. Contacto: serbravo7@hotmail.com

El derecho a la salud mental de las personas en reclusión penitenciaria: reflexiones sobre la dignidad humana y la salud mental en las prisiones

The right to mental health of people in prison: reflections on human dignity and mental health in prisons.

Rosa Lilia Guzmán Espinosa*

Universidad de Guadalajara

Resumen

El derecho a la salud mental en los sistemas penitenciarios ha sido sistemáticamente transgredido, lo cual es una violación grave a la dignidad humana de la persona reclusa; además es factor determinante en el proceso de reinserción social. La salud mental es clave para considerar que la persona está lista para su reintegración a la sociedad, ya que un equilibrio emocional fomenta un comportamiento social y aleja de conductas antisociales. El objetivo del presente ensayo es reflexionar sobre la violación a la dignidad humana de las personas privadas de su libertad por la falta de acceso a los servicios de salud mental, trayendo como consecuencia sus sentimientos retenidos y no abordados, así como la falta de perspec-

Abstract

The right to mental health in prison systems has been systematically violated, representing incarcerated individuals a serious violation of their human dignity; and is crucial in the process of social reintegration. Mental health determines whether a person is ready for their return to society, as emotional balance fosters social rather than antisocial behavior. The objective of this essay is to reflect on the violation of the human dignity of incarcerated individuals due to the lack of access to mental health services, resulting in suppressed and unaddressed feelings and a lack of life prospects for reintegrating into a constantly changing society. The national and international legal framework for the

Recibido: 27 de noviembre de 2024.

Aprobado: 28 de mayo de 2025.



tivas de vida para reincorporarse a una sociedad en constante movimiento. Para ello se analizó el marco jurídico nacional e internacional del derecho a la salud mental, donde es observable que el Estado está obligado a proporcionar las condiciones y servicios para proteger el derecho humano a la salud mental de las personas en reclusión penitenciaria. Por ello, la relevancia de la dignidad humana es esencial en la batalla contra la disparidad y el prejuicio.

Palabras clave: derechos humanos, dignidad humana, salud mental, prisiones, reinserción social.

right to mental health was analyzed, where it is evident that the State is obligated to provide health services and protect this human right. Therefore, the relevance of human dignity is essential in the battle against disparity and prejudice.

Keywords: human rights, human dignity, mental health, prisons, social reintegration.

Introducción

¿Cómo entender la dignidad humana respecto a las personas en prisión? Para dar respuesta a lo anterior, es necesario rescatar a dos tratadistas quienes de manera puntual hablan relativo a la dignidad ética y óntica. En un primer momento, la dignidad ética “es aquella que se deriva del comportamiento y la conducta de la persona. La dignidad óntica se funda en el ser, ésta, en el hacer.” (Sada, 2007, p. 112); por tanto, sólo es digna la persona cuyas acciones son éticas: se porta bien, acata las reglas normativas, no comete delitos. También, en sentido contrario, se puede pensar que es indigno quien realiza acciones contrarias a lo ético: se porta mal, no acata las reglas normativas e incluso, si son acciones criminales, se llega a plantear que no merece estar en este mundo y otras concepciones más gravosas. Sin embargo, hay una dignidad distinta a la que proviene de nuestras acciones, se trata de la dignidad inherente a la misma condición humana; como lo refiere Sada (2007) la dignidad metafísica u óntica que toda persona posee en igualdad a las demás por el sólo hecho de ser una persona y que mantiene en tanto exista y es el fundamento de los derechos humanos, “el hecho de ser persona confiere al hombre una especial situación en el Universo creado.” (p. 110).

Otro de los tratadistas como lo es Albor Ortiz (2006), menciona que:

La dignidad de toda persona es del todo independiente de la situación en que se encuentre o de las características que posea. Así, la

categoría de la persona humana, su dignidad, permanece en todo ser humano independientemente de su capacidad intelectual, de su comportamiento moral y de su condición social. (pp. 201, 202)

En este último sentido, quienes se encuentren con pena privativa de libertad tienen la misma dignidad que cualquier otra persona; por lo cual deben ser respetados sus derechos humanos. Aunque hubieren cometido un delito grave no disminuye su dignidad inherente (es igual y universal a todo el género humano). Tampoco se puede justificar el considerar que esa persona “no merece estar en este mundo”; porque no basta una conducta criminal para que deje de ser humano y pierda su dignidad humana, y que se le despoje de todos sus derechos humanos, incluso el primero; como lo es el derecho a la vida en condiciones dignas. Máxime considerando que México es un Estado Constitucional de Derecho con un sistema penitenciario de reinserción social; lo cual implica colocar con sustento de todo el orden jurídico a la dignidad humana. Así, toda persona en reclusión penitenciaria debe gozar de sus derechos humanos durante el proceso de cumplir con su pena.

Continuando con la discusión y enfocada a la salud mental, es probable que al ser humano en algún momento de su vida no le fue respetada su dignidad, es probable que se le haya privado de la oportunidad de ejercerla a lo largo de su vida, siendo el Estado el obligado por conducto de sus autoridades a garantizar el acceso a condiciones de vida digna. En específico, la salud mental se ve afectada cuando se somete a una persona a un encierro en condiciones indignas, la salud mental es prioritaria para buscar una reinserción social; incluso debe considerarse que es también un factor criminógeno para que muchas personas lleguen a cometer una conducta delictiva.

Y, si se añade a lo anterior, que las violaciones a la dignidad humana de una persona constaron porque en etapas clave de su vida sufrieron agresiones a su cuerpo y mente, por acontecimientos atroces, trayendo una historia personal que influye o influyó significativamente en la conducta ilícita desplegada y que los llevó a enfrentar un proceso penal. No por ello, se deja de lado a otros u otras que también están en reclusión sin que hayan tenido tales trayectorias de vida complicadas. En tanto, se trata de visibilizar aún más el tema de las violaciones de la

dignidad humana; como lo menciona Marchiori (2011), a la cárcel llegan las personas que han tenido problemas en la adaptación psicológica y social y que la han enfrentado a través de medios violentos y agresivos.

En la vida cotidiana, las personas con su actuar y desenvolviéndose en la sociedad, sus experiencias de vida, el trato que recibieron, la interacción de persona a persona, se va construyendo la historia personal, para algunos o algunas favorables, para otros u otras no tanto; donde surgen los cuestionamientos, a veces las respuestas, pensamientos, ideas, palabras, silencios y con esa historia de vida se enfrentan las decisiones propias para bien o para mal. La condición mental que se tiene es en buena medida un resultado de un proceso largo, tanto para bien como para mal, es decir, una condición mental óptima se construye a lo largo del tiempo; de igual manera, los daños pueden ser resultado de una destrucción continuada a lo largo de la vida.

En las cárceles hay personas que se desarrollaron en entornos de violencia, y llegan a los presidios con condiciones de salud mental mermadas; esto en cuanto a recibir un mal trato. Además, el compurgar sus penas conlleva a incrementar su carencia de salud mental, a emociones y sentimientos no controlados. Además de las cuestiones biológicas que también pueden ser un factor, depende en gran medida de la historia de vida en que la persona haya recibido atención médica o una educación que le brindaran herramientas de autocuidado y autocontrol; si ha pertenecido a una familia en donde ha imperado la violencia, es evidente que el resultado será frutos violentos. Por ello, al ingresar a un centro penitenciario y ser violentados en sus derechos humanos, este problema llega a agravarse aún más; pues tal y como lo refiere Trajtenberg, N. y Sánchez, O. (2019): Los procesos o las historias de vida que traen los internos pueden ser factores desencadenantes de violencia o depresión, ya que enfrentarse a otra historia de vida, como lo es la cárcel, les resulta traumático para ellos o ellas, aumentando su irritabilidad, sus miedos, depresión, etcétera. Por otra parte, habla de la teoría de la importación y de la continuidad y diciendo que: “esta teoría asume una continuidad en el sentido de que el individuo que es violento fuera de la prisión lo es también dentro de ella.” (p. 156).

Ahora bien, si la reinserción social está basada en pilares como la educación, la capacitación para el trabajo y la salud, es entonces que, el punto toral para una buena reinserción social es la salud mental: el cuidado de la salud propia. El aprovechamiento educativo y de la capacitación para el trabajo se verán afectados positiva o negativamente por la falta de salud mental. Esto es evidente incluso en las personas que no están pasando por una pena privativa de libertad. El Estado no debe ser un obstáculo para que una persona privada de la libertad pueda gozar del derecho a la salud mental, con atención de alta calidad; y también, está obligado a realizar lo necesario para que pueda acceder a este derecho durante su pena, incluso porque es parte integral de la reinserción social. Que ese derecho no sea disminuido implica primero que, no solo se tenga por asentado como si ya formara parte de la reinserción social sin que se verifique que el recluso tiene acceso a lo necesario para su salud mental; es decir, no minimizar y dejarlo en letra muerta, sino que se debe tratar de manera específica a cada persona. Por otra parte, implica no caer en el extremo contrario: suponer porque sólo es reo, el Estado no está obligado a garantizar su acceso de maneras eficientes para su salud mental plena, así como también dar por asentando que, al no tener familiares, para elaborar redes de apoyo y llevar a cabo integración familiar, no le daría acceso a la atención a la salud mental, o que se ha negado en aceptar un tratamiento psicológico y por ello dejarle sin oportunidades para otros tratamientos.

El presente texto desarrolla reflexiones en torno a la dignidad humana de una persona, en específico, en las personas privadas de su libertad, para que estas tengan acceso a la atención a la salud mental, como parte de un trato digno y como parte de una reinserción social efectiva. El tema se sustentó en una recopilación e investigación de fuentes documentales, analizadas con un enfoque cualitativo.

Reflexiones de la dignidad humana

Si nos remitimos a lo que contempla el diccionario de la Real Academia Española (2023) la palabra digno del latín *dignus*, implica posición de prestigio de cosa, en el sentido de excelencia, valioso, apreciado, precioso, merecedor. Todos los seres humanos nacemos con dignidad,

es decir, intrínseca. Esto quiere decir que, por el sólo hecho de ser personas, tenemos los mismos derechos humanos fundados, a su vez, en la misma dignidad inherente a nuestro ser mismo. De ahí que, los derechos humanos no pueden perderse por ninguna situación, por ningún motivo, ya que la dignidad es intrínseca a cada persona sin importar su circunstancia, su condición y su contexto. Todos tenemos la misma dignidad, por tanto, los mismos derechos humanos que se fundamentan precisamente en tal dignidad.

Desde un punto de vista del origen histórico del reconocimiento de los derechos humanos, conviene citar a Pele (2010), quien refiere que el estoicismo, así como el pensamiento clásico, dio origen a la dignidad humana. El autocuidado parte del autoconocimiento, pues conocerse en la dignidad propia implica cuidarse de realizar actos acordes a tal dignidad; consiste en conocer lo que uno hace, saber cuáles son sus virtudes, valores, cualidades, respetarse uno mismo y, por ende, respetar a los demás. Conocerse es reconocerse también en las otras personas, reconocer lo que tenemos en común; la dignidad inherente de nuestro ser que se realiza en un hacer igualmente digno.

En este sentido, la dignidad humana puede ser vista desde dos perspectivas: el ser respetuoso dando y el ser respetado recibiendo. La dignidad humana busca la verdad, conocerla y reconocerla para actuar, en consecuencia, tener la capacidad crítica de conocer y reconocer lo verdadero lleva al ejercicio de acciones libres, tener la libertad de creencias, de decisiones propias que dignifiquen nuestra vida; en un sentido, ser libre de malos tratos, de imposiciones y represiones de parte de otras personas, el respeto del semejante, de la sociedad; eso es defender nuestra dignidad.

Si la justicia implica dar lo que corresponde, el trato que corresponde a los seres humanos es evidentemente acorde a su dignidad; incluso resarcir los daños también es dentro de lo digno; de ahí la diferencia entre justicia y crueldad, de pena proporcionada que busca resarcir y reconstruir el tejido social, a pena desproporcionada que es venganza institucionalizada y escarnio que acendra la descomposición social. Lo mismo en cuanto al Derecho, como el orden que reconoce la dignidad humana como fundamento, es ahí que el Estado asume

la protección de los derechos humanos de todas las personas, sin importar su situación o condición. De ahí que la dignidad humana se ve comprometida cuando no hay justicia, cuando no hay respeto a la dignidad de la persona.

Dado que la dignidad humana es fundamento de los derechos humanos, debe ser garantizada por el Estado mexicano y sus autoridades, quienes deben respetar, proteger, promover y reparar derechos humanos, conforme al artículo 10. de la Constitución Mexicana. En el dispositivo 4º de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2023) indica que “Para la defensa y promoción de los derechos humanos se observarán los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.” (p. 2).

Y concatenando a lo que dice Campos (2007), la dignidad de una persona se deriva de su naturaleza libre y racional, así como su existencia autónoma y única; retomando una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano: de no ser un medio o instrumento para un fin, sino un fin en sí misma. “La dignidad de la persona sólo se refiere al ser humano, no a las personas morales o jurídicas, y por ende, constituye el fundamento de la libertad, la igualdad de los derechos.” (p. 31).

Así, las expectativas de un mínimo de bienestar que toda persona tiene por su calidad humana y que debe obtener de la sociedad y del orden jurídico (garantizado por el Estado) incluye por supuesto a quienes se encuentran compurgando una pena privativa de su libertad. En parte, las autoridades penitenciarias se limitan a aquello mínimo indispensable para el funcionamiento de las instalaciones y, posiblemente se pierde de vista porque no es palpable y medible en términos claros: se puede dejar al arbitrio de las autoridades penitenciarias el establecer lo que es el “mínimo digno” por la falta de presupuesto, y por considerarlo un “castigo merecido”; como si pudieran con ello justificar condiciones infrahumanas para quienes cometieron delitos. Lo que es una postura aberrante pues, como se desarrolló líneas arriba, la dignidad es inherente, no disminuye ni se pierde en tanto la persona exista. Además, el principal sujeto obligado de preservarla es el propio Estado por medio de sus autoridades.

Si nos situamos en las transgresiones a la dignidad humana que sufren las personas en encierro penitenciario, se trata de una opresión por parte del Estado, es una falta a su debida diligencia; además, preserva y provoca la discriminación social a quienes se les debe tratamientos de reinserción, siendo la salud mental, que tengan el acceso a recibir atención sin limitaciones ni restricciones, ya que caso contrario, se lesiona gravemente la dignidad humana durante el desarrollo de la pena y se mantiene cuando es liberada sin contar con oportunidades para reintegrarse a la sociedad y, carga otro estigma ganado en el trato lesivo en prisión.

El derecho a la salud

La salud en los seres humanos se le puede definir como bienestar físico, felicidad, sin emociones contrariadas, sin sentimientos retenidos, claridad en los pensamientos, la interacción sana con las demás personas, vinculando esa salud con el derecho a la salud.

En tal sentido, Lugo (2015) establece que el reconocimiento del derecho a la salud tanto en instrumentos internacionales como a nivel constitucional, le obliga al Estado el garantizarlo. “La salud de todos coincide en el mayor bienestar físico, psicológico y social para todas las personas.” (p. 13).

El derecho a la salud implica proporcionar a las personas atención médica adecuada para que tengan una calidad de vida que les permita desarrollarse a plenitud; ello considerando su interrelación con otros derechos humanos, como contar con recursos de primera necesidad: agua, alimentación, etcétera, vinculando el derecho a la salud con otros derechos fundamentales, tales como el derecho al trabajo, a la vivienda o a un medio ambiente sano; lo que lo convierte en un derecho central para blindar la dignidad humana. Como lo indica la Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la salud es un derecho inclusivo que abarca un amplio conjunto de aspectos que pueden favorecer a una vida sana” (p. 3). Según la misma fuente, el derecho a la salud también incluye:

- Acceso a los servicios de salud básicos.
- Acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud.

- Tener voz en la sociedad para la toma de decisiones en cuestiones de salud.
- Tener el acceso a iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud.
- Políticas públicas en prevención y al tratamiento de las enfermedades.
- Acceso a medicamentos esenciales (p. 4).

En muchos países todavía existe una atención médica reservada para una minoría; en cambio, la mayoría tiene limitaciones para acceder, y por ello, su derecho humano a la salud no es respetado, ya que el Estado no está cumpliendo. La falta de acceso al derecho a la salud tiene que ver con la desigual distribución de los recursos públicos; también por la desigualdad social que mantiene a sectores de la población con falta de acceso en igualdad de condiciones; o bien, otras causas como los altos precios de los servicios de salud y la falta de medicamentos esenciales o tratamientos adecuados. Aspectos que también afectan el acceso al derecho a la salud mental de personas en reclusión penitenciaria; como se analiza más adelante.

¿Qué trasciende la salud mental en las prisiones?

A la población penitenciaria mexicana tradicionalmente no se les brinda acceso a los sistemas de salud tanto física como mental, lo cual se les niega por la falta de recursos económicos, la falta de personal de salud o hasta la falta de voluntad de las mismas autoridades que lo consideran parte del “castigo merecido”. Sin embargo, la salud mental en personas privadas de su libertad es algo determinante en el proceso de su reinserción social; más aún, es una de las variables en las que los psicólogos y criminólogos penitenciarios encuentran una referencia para determinar si una persona está lista para un contacto con las demás personas, es decir la sociedad.

Así se pone de manifiesto la indudable trascendencia de la salud del individuo, especialmente de la salud mental de la población reclusa, insistiendo, en que esta es un elemento clave en la aplicación del tratamiento penitenciario. Tal como lo indican los psicólogos como

responsables del trabajo de la criminología, se hace uso de este aspecto para poder evaluar si una persona está preparada para salir nuevamente a la sociedad. Mientras que, por el contrario, cuando la salud mental de una persona no se encuentra en condiciones adecuadas, su relación con el resto del universo social es adverso, porque no tuvieron las herramientas mentales para enfrentar a una sociedad en movimiento, es decir, le resulta difícil socializar, adaptarse a ciertos roles cotidianos, hay quienes caen en el ocio, sin saber que hacer, o bien retoman de nuevo conductas antisociales. Por lo que se torna pertinente la defensa de garantizar el acceso a la atención psicológica como derecho humano ante las condiciones de reclusión.

Al respecto, la regla número 30 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (CNDH, 2017) deja claro que los médicos en salud deberán atender a las personas en prisión desde que son ingresadas para reconocer sus necesidades, si han sufrido de maltrato físico y, “Determinar la capacidad física de cada recluso para trabajar, el ejercicio y la participación en otras actividades, según corresponda” (pp. 39-40).

Es de advertirse cómo el equilibrio o la salud mental influye significativamente para una reinserción social efectiva, al fomentar un comportamiento social y no antisocial. Por el contrario, el que no se brinden los medios para el cuidado de la salud mental en reclusión puede acentuar los problemas, emociones, sentimientos negativos, trastornos psicológicos y conductas antisociales durante el tiempo de duración de la pena y posterior a ella; lo cual afecta significativamente las posibilidades de reinserción social de esta población.

Con salud mental los internos al reincorporarse a una sociedad lo harán de una manera consciente, con herramientas y fortalezas aprendidas en su reinserción. Pero el derecho a la salud mental queda sistemáticamente transgredido en muchas prisiones del mundo, lo cual plantea un problema muy grave tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto. En el encierro se agravan las condiciones penitenciarias como la violencia y la criminalidad, esto ocurre si no se protege. Además, se piensa en una atención reactiva y punitiva en vez de preventiva y restaurativa, esta ausencia implica no sólo una vulneración

de los derechos de los internos, sino que también a la larga incrementa las conductas violentas de los centros penitenciarios, creándose así un clima violento que, muy al contrario de ayudar a los reclusos a rehabilitarse les complementa en el deterioro de su salud mental.

Se requiere proporcionar de recursos a la población penitenciaria mediante programas de atención y prevención que propicien el bienestar emocional desde el comienzo de la pena; tales como terapias grupales e individuales, programas de educación emocional, mejoras en espacios que favorezcan actividades de esparcimiento, laborales y de convivencia con sus familias; en general, una revisión a las infraestructuras y recursos que favorezcan condiciones dignas para la salud mental en prisión. El sistema penitenciario mexicano requiere cambios para que todos los reclusos reciban atención psicológica válida y cualificada que les permita recuperar su salud emocional y reintegrarse de nuevo en la vida social de una forma responsable y productiva. Al respecto de esta idea, Bebbington et al., (2021) comentan que:

Prisión y salud mental si no son tratados con profesionalismo, las personas con trastornos mentales en prisión tiene mayores dificultades de adaptación y cumplimiento de los programas de rehabilitación y tratamiento vinculados a su historia de criminalidad, son también más vulnerables a padecer las consecuencias psicológicas y emocionales de la privación y aislamiento social, son mucho más propensas a padecer victimización y, como consecuencia de todo lo anterior, presentan tasas de reincidencias y de criminalidad más elevadas en la reinserción social. (Bebbington, 2021, párr. 4, como se citó en en Pérez, 2023)

Las personas encarceladas son más propensas al aislamiento social, acentuando su estado de salud mental y emocional, convirtiéndolas en potenciales víctimas del propio sistema penitenciario. Un entorno carcelario diseñado para castigar, para que la persona se sienta segregada de manera permanente, como si ya no valiera lo que una persona “normal”, como si estuviera “dañada” para siempre; esto genera un daño mayor a quien ya tiene afectado su estado de salud mental.

No se trata de disculpar o exculpar, claro que se debe fomentar que la persona se haga responsable de sus actos, que reciba la consecuencia justa por el delito cometido; pero, por otra parte, una

“justicia”. Que sea crueldad y dañe más la salud mental, va a presagiar sentimientos de desesperanza, depresión, repudio que en nada favorece la reinserción social; y, en situaciones extremas, contribuye a la ideación suicida; no es de extrañar que personas presas sometidas a este trato lleguen a un desprecio de su propia integridad, cayendo en conductas autodestructivas e incluso conocer que un interno se ha suicidado; hasta aquellos que han podido adaptarse a estos entornos sufren las secuelas, como no poder establecer vínculos satisfactorios dentro del contexto institucional y, a la vez, cuando salgan de él lo llevarán a sus relaciones sociales. Si quienes se dicen que son personas “justas” son capaces de tal crueldad en nombre de la “justicia”, qué se espera de una sociedad que está despreciando e impidiendo que se reintegre la persona, y con estas posturas se tiene por “justificado” que regrese a cometer delitos, que no tenga otra opción sino una vida criminal. De ahí que la pena desproporcionada no funciona como castigo. Además, sin atención a la salud mental se daña la dignidad humana, genera un daño mayor tanto en quienes la compurgan como a la sociedad a la que no se reintegrarán cuando concluya su reclusión.

El que los sistemas penitenciarios continúen en la práctica centrándose más en el castigo que en la reinserción social, es una de las razones por las cuales se pasa por alto el derecho a la salud mental de la población reclusa. La ausencia de cuidado en la salud mental, refuerza patrones de comportamiento por el mismo encierro en condiciones indignas, y puede desencadenar conductas violentas al interior de los penales y, una vez concluida la pena, también al exterior; contribuyendo así a que continúe la conducta antisocial incluso peor, en vez de que se hubiera contribuido a su rehabilitación y reinserción.

Las personas que han sido privadas de la libertad deben hacer un trabajo que les permita prepararse para su regreso a la sociedad mediante la implementación de programas de terapia individual y de grupo. Esto es aún más necesario que sea realizado mediante intervenciones específicas para personas con alteraciones mentales severas para quienes la terapia ocupacional es recomendable; así como una especial atención a la educación de las emociones y la resiliencia acorde a la situación mental

por la que curse, con la oportunidad de tener acceso a herramientas de autoconocimiento, autocuidado y autocontrol a su alcance.

Son necesarios unos sistemas penitenciarios que implementen un abordaje más integral y más humano, visto y centrado en la rehabilitación y el tratamiento del trastorno mental, de esta forma se incrementa la posibilidad de una reinserción social efectiva y de una mayor seguridad para la comunidad.

En su artículo sobre trastornos mentales y del comportamiento en el contexto carcelario y penitenciario, Gómez y Camino (2022) mencionan que:

La Organización Mundial de la Salud indica que, en las sociedades occidentales, la aparición de afectaciones dentro del espectro de la salud mental llega a ser hasta siete veces mayor en la población carcelaria en comparación con la población en general. (p. 71)

Continuando con los autores, “otro de los factores agravantes es el consumo de sustancias dentro de los centros penitenciarios.” (p. 71). Frecuentemente se afirma que, a pesar de las estructuras y sistemas de seguridad, el acceso a las drogas es una realidad para la mayoría de los internos. Por lo cual se puede deducir que, la falta de atención a la salud mental en las personas internas, desencadena otras problemáticas de salud. Las agujas, la falta de higiene, los problemas de salud mental y el hecho de no recibir empleo, educación, etcétera, son causas de que la persona interna busque otras formas de “pasar el tiempo” y genere patrones adictivos que impactan en su salud mental y son una “bomba de insalubridad”.

El uso de drogas en prisión es un tema difícil y conocido que muestra las patologías más profundas de las cárceles, el uso de drogas está estudiado y constatado, incluso con el contraste de la incapacidad y la ineficiencia del sistema penitenciario, a pesar de las estructuras y controles de seguridad. Lo que produce una adicción mayor y genera redes delictivas; además, los centros penitenciarios y sus estructuras suponen superar la función del castigo por el delito, dejando lugar a las organizaciones y grupos delictivos que operan dentro de las prisiones y fuera de ellas. Los grupos delictivos que operan en y desde las prisiones son un gran problema y es evidente el descontrol en muchos centros

penitenciarios, pero también a saber que los criminales delictivos operan en la función de suministrar drogas y el crecimiento de las bandas entre los internos la distribución de drogas tanto dentro como fuera de las instituciones.

El consumo de drogas en las prisiones también alienta la violencia y el conflicto en la población interna, las peleas por las disputas que tienen lugar en relación al tráfico o poder acceder a las sustancias pueden dar paso a enfrentamientos violentos, lo cual supone un entorno inseguro. Los internos más vulnerables son víctimas de situaciones de conductas de poder por bandas o grupos delictivos que los amenazan o se ven obligados a la realización de actividades punibles. Los internos están más preocupados por su garantía de supervivencia en un medio hostil que en su reinserción, ya que este clima de violencia e inseguridad no permite ningún esfuerzo real sobre la reinserción social.

Por otra parte, la existencia de internos que se agrupan para ejercer un poder para cometer conductas ilícitas que dentro de la cárcel y que lo siguen haciendo y controlando a su salida, ya que marcan su poder y puedan coordinar la distribución de estupefacientes fuera de las cárceles esperando el resultado dentro de la prisión. Significa que la falta de control sobre estas organizaciones delictivas está indicando que no se ha logrado el objetivo de desarticular a la organización o incluso que sigue actuando.

También es necesario llegar a un planteamiento mucho más global, aunque no sea sólo una vigilancia y un castigo, sino también un proceso de rehabilitación de los internos, que permita la educación en contextos laborales, sociales, salud mental y con el tratamiento de la adicción. Resulta necesario poder realizar reformas en los sistemas penitenciarios que pongan un mayor ponderado al control efectivo, al tratamiento y al trabajo con las adicciones, y a la readaptación social de los reclusos. Es la única manera de reducir el impacto de la distribución de drogas en el interior de las prisiones y poder ofrecer a las personas con condena una posibilidad real de readaptarse. En este sentido, refieren Gómez y Camino (2022):

Los reinsertos van realizando poco a poco un proceso de adaptarse, siempre con la posibilidad de sufrir daños o agresiones y en

algunas ocasiones con la posibilidad de encontrar hacinamiento, hambre y el hecho del padecimiento durante el periodo que dure la privación de la libertad. (p. 71)

Los autores citados continúan afirmando que se ha comprobado el que durante el proceso del encierro los reinsertos tienen dificultad en adaptarse o, lo que es lo mismo, que esa adaptación es diferente en función de dónde y el tiempo que el reinsertado pasa en prisión: por un lado, se produce una disminución de las estrategias del individuo que le permiten llevar a cabo la defensa de la situación del hecho de estar privado de libertad, y por otro lado, se produce una disminución de las fórmulas de ideas, acciones y sentimientos del individuo que gradualmente repercutirán en la vida como en su entorno (Gómez y Camino, 2022).

En este sentido hay que tener en cuenta el medio ambiente en el que se encuentra el sujeto privado de libertad, o lo que es lo mismo, analizar la serie de características físicas y psicológicas que la prisión ejerce en la readaptación, como el hacinamiento con insalubridad y que existe la violencia y la delincuencia. Es obvio que difícilmente se van a dar elementos positivos al estado mental y que estas condiciones extremas fabrican preferencias para que el individuo alcance o mantenga estrategias efectivas de defensa psicológica en una cárcel con altos niveles de violencia. El individuo puede crear trastornos de ansiedad o depresión, lo que tiene como consecuencia la disminución de la resiliencia del mismo y su potencialidad para actuar de una manera positiva ante las adversidades que se pudiesen presentarse a lo largo de su vida.

Es así, que las cárceles son víctimas de esta visión de la violencia; en donde las relaciones son resultado de la ley del más fuerte, pues precisamente que no existen clasificaciones carcelarias, favorece la existencia de relaciones de poder, con respecto de esta proposición, Eher et al., mencionan lo siguiente:

La presencia de un trastorno mental constituye un factor de riesgo importante para cometer delitos, no sólo de carácter sexual sino de cualquier tipo y; además puede llegar a perjudicar o dejar aparecer nuevos trastornos en el propio desarrollo del cumplimiento de su condena. Por esto, un tratamiento orientado específicamen-

te a disminuir el riesgo, los delincuentes sexuales con un trastorno mental, suelen necesitar de intervenciones que tiendan a hacer frente a las consecuencias psicológicas y sociales del trastorno. (Eher et al., p. 76, como se citó en Gómez y Camino, 2022)

Recursos de atención psicológica y programas de rehabilitación

El término “intervenciones psicológicas” se refiere cuando un médico especialista en salud mental aplica sus conocimientos para ayudar a personas con problemas conductuales, emocionales o psicológicos. La conducta a seguir dependerá de la técnica psicoterapéutica que finalmente se utilice.

Tal y como nos recuerda la UNODC (2017) el encarcelamiento no debe ser únicamente limitarse a la privación de libertad, sino que debe de ofrecer a los internos la posibilidad de que puedan prepararse en el trabajo y profesionalmente, para cuando vuelvan a una sociedad lo hagan plenamente (p. 1).

Hay que señalar que no sólo es una forma de justificar el gasto realizado para atender a este tipo de población, sino que son una forma de ayudar a la reinserción, como tratamiento para enfermedades y trastornos, las intervenciones médicas y psicológicas, y en su caso psiquiátricas, requieran la participación de expertos en el tema con el fin de garantizar la salud de los internos.

En este sentido, los programas de rehabilitación de las prisiones son imprescindibles para las personas privadas de libertad en el proceso de la reinserción. Sin embargo, en vez de esos programas ser considerados herramientas imprescindibles para transformar vidas y evitar reincidencias, son muchas las ocasiones en las que son considerados simplemente eso: una formalidad para que el Estado pueda justificar el gasto que se destina a la población reclusa.

Es importante saber que la recuperación va más allá del cumplimiento de una pena, y también se debe resolver cuáles han sido las causas que han llevado a esa persona a cometer delitos y a dar un vuelco a su vida, a sus valores, sus hábitos, habilidades y comportamientos. Si los programas de rehabilitación se llevan a cabo de forma correcta y si ofrecen a los reclusos las capacidades necesarias para poder reunirse

de nuevo en la sociedad, pueden reconstituirse con nuevas habilidades y visiones, lo que hace disminuir la posibilidad de volver a delinquir.

El verdadero valor de los programas de rehabilitación radica precisamente en ofrecer la posibilidad de transformar el relato de los reclusos, esa historia de vida que traen consigo, pues muchos de ellos proceden de situaciones de violencia y pobreza y no tuvieron acceso a las oportunidades sociales que necesitan para avanzar. Por lo tanto, la cárcel puede ser en este sentido un lugar de cambio donde se ofrece la posibilidad de aprender, de aumentar el conocimiento y de desarrollarse de la forma que antes no podían. Y es que una persona rehabilitada tiene menos probabilidades de cometer nuevos delitos, esto mejora la criminalidad en la medida en que mejoran las condiciones de seguridad pública, lo que beneficia al reo y a la sociedad.

Sin embargo, es cierto que la mayor parte del tiempo, los programas de rehabilitación son considerados formales, son esfuerzos simbólicos sin impacto real en la actividad de los reclusos porque no hay recursos, o no hay personal preparado. Cuando los programas carecen de una estructura y de objetivos claros, la finalidad rehabilitadora queda desvirtuada y a los internos los perciben como una carga sin relevancia práctica en su futuro. Uno de los elementos a superar se ubica precisamente en esta separación entre la intención y la materialización.

Por ello hay que proponer una modificación de cómo se han de confeccionar y realizar los programas de rehabilitación a fin de ser eficaces, el planteamiento debe estar centrado en los internos. Desde el punto de vista de que los programas tienen que ser individualizados, deben responder a los problemas concretos de los reclusos y a las posibilidades de cada uno de ellos, pues no todos los internos necesitan la misma intervención. Los programas de rehabilitación han de ser visualizados como los instrumentos insustituibles del proceso de reinserción y no como formalidades a fin de justificar el desembolso público en las penitenciarías.

Por otra parte, se ilustra el caso de Lloyd Reece como ejemplo de la afectación a la salud mental en la reclusión penitenciaria. Se tiene el caso de los problemas psiquiátricos ocasionados a Lloyd Reece por el aislamiento prolongado durante 12 años y la falta de actividad, en

un lugar al que refiere como “el corredor de la muerte”; segregación que constituye un trato inhumano, un sufrimiento mental, trato cruel y degradante que vulneraron el art.7 y el párrafo 1 del art. 10 en el caso Soering c. el Reino Unido (Lloyd Reece v. Jamaica. Comunicación N.º 796/1998). Si bien este caso va encaminado a las crueldades directas que recibía el interno por parte de los operadores de la penitenciaría; se expone lo anterior a manera de evidenciar dos situaciones: el aislamiento y la falta de actividad de un interno, es decir, el primer sentimiento que se genera de la libertad a la cárcel, es ese aislamiento, aislarlo de una sociedad, de su núcleo familiar y si aparte deviene la apatía a la actividad física, laboral o de integración, se merma el equilibrio emocional de la persona privada de libertad y, si se agrega que el interno ya trae problemas emocionales y no son atendidos desde el día uno al día último de su egreso a la sociedad, cómo podemos definir que prevalece la salud mental de la persona.

Es de advertirse, que el maltrato, la crueldad humana hacia las personas en reclusión, representa transgresiones a la dignidad humana, en consecuencia, genera falta de salud mental. Todas las personas con independencia de su condición social merecen respeto. El trato digno no admite divisiones, es para todas, sin embargo, la sociedad lleva a cabo un ejercicio mental de que, si la persona actuó mal, deberá pagar cruelmente peor de lo que hizo; es claro que tendrá que responder ante la justicia, es claro que deberá cumplir su sanción impuesta, es claro que tendrá que resarcir el daño, y también es claro que tiene que recobrar su salud mental. La sociedad está integrada por personas que constantemente están interactuando y recíprocamente se dan respeto. Por lo cual, podemos decir que el respeto tampoco admite divisiones, sino al contrario, se subraya que éste es para todos.

Conclusiones

La relevancia de la dignidad humana es esencial en la batalla contra la disparidad y el prejuicio, el respeto por la dignidad de individuos es primordial en las acciones de los representantes estatales. Esto establece un ambiente propicio para la realización plena de los derechos humanos; indudablemente, esto implica la implementación de políticas públicas

que salvaguarden los derechos esenciales de todos. Si vinculamos la dignidad humana con el derecho a la salud mental, podemos decir que están estrechamente relacionadas, a razón de que, al existir transgresiones a la dignidad humana, se contribuye el tener problemas en salud mental, como la depresión, el estrés y la ansiedad.

O viceversa, cuando no se tiene acceso a la atención a la salud mental, se transgrede la dignidad humana. Por otra parte, y de manera más específica sobre las personas que se encuentran privadas de su libertad, ha sido un problema el respetar la dignidad humana en la esfera de las prisiones, considerando a la cárcel como un lugar de castigo y crueldad, es necesario que cambiemos la visión hacia esta población para que se rehabiliten y logren tener salud mental, ya que se propicia un equilibrio y paz social, logrando así una reinserción social efectiva. La salud mental es prioritaria para buscar una reinserción social; incluso debe considerarse que es también un factor criminógeno para que muchas personas lleguen a cometer una conducta delictiva. Por lo tanto, el abordar la salud mental desde una perspectiva de derechos humanos y garantizar el acceso a servicios de salud mental con calidad para que las personas puedan vivir con dignidad y bienestar, con salud mental los internos al reincorporarse a una sociedad lo harán de una manera consciente, con herramientas y fortalezas aprendidas en su reinserción.

Finalmente, se reitera que el verdadero valor de los programas de rehabilitación radica precisamente en ofrecer la posibilidad de transformar el relato de los reclusos, pues muchos de ellos proceden de situaciones de violencia y pobreza o marginación social y no tienen acceso a las oportunidades sociales que necesitan para avanzar. La cárcel puede ser un lugar de transformación, con posibilidades de aprendizaje, salud mental, y que las personas estén preparadas con expectativas para enfrentar su reintegración a la sociedad.

Referencias

- Albor, R. (2006). Unidad 8. Origen, concepto y filosofía de los derechos humanos, [pp. 191-203]; en Zaragoza Martínez, Edith Mariana (coord.). Ética y derechos humanos. Volumen 1. Iure Editores.
- Campos, J. (2007). El concepto de dignidad de la persona humana, a la luz de la teoría de los Derechos Humanos. *Humanitas*, 1(1), 27-38. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21814.pdf>
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. (2017). Comisión Nacional de los Derechos Humanos: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Reglas-Mandela-Reclusos.pdf>
- Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2023). Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/documento/ley-de-la-comision-nacional-de-los-derechos-humanos>
- Gómez, H. y Camino A. (2022). Trastornos mentales y del comportamiento en el contexto carcelario y penitenciario. *Rev Esp Sanid Penit*, 24(2), 70-80. <https://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v24n2/2013-6463-sanipe-24-02-66-es.pdf>
- Lloyd Reece vs. Jamaica, Communication N° 796/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/796/1998. (2003). <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/796-1998.html>
- Lugo, M. (2015). *El derecho a la salud en México. Problemas de su fundamentación*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_dersaludmexico.pdf
- Marchiori, H. (2011). *Personalidad del Delincuente*. Porrúa.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (s.f.). *El derecho a la salud*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>
- Pele, A., (2010). *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. DYKINSON, S. L.
- Pérez, E. (2023, enero 16). La salud mental en el ecosistema penitenciario. SOM. <https://www.som360.org/es/monografico/salud-mental-prision/articulo/salud-mental-ecosistema-penitenciario>
- Sada, R. (2007). *Curso de ética general y aplicada*. Editorial Minos Tercer Milenio.
- Trajtenberg, N. y Sánchez, O. (2019). Violencia en instituciones penitenciarias definición, medición y explicación del fenómeno. *Revista de Ciencias*

Sociales, 45, 147-175. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rcs/v32n45/1688-4981-rcs-32-45-147.pdf>

UNODC (2017). Hoja de ruta para la elaboración de programas de rehabilitación en las cárceles. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-07441_eBook.pdf

***Rosa Lilia Guzmán Espinosa**

Formación: Licenciatura en derecho, maestría en administración de justicia y seguridad pública, maestría en ciencias forenses con orientación en criminología, las tres por la Universidad de Guadalajara; actualmente estudia el doctorado en derechos humanos por la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario Tonalá. Ocupación: abogada postulante en el Despacho Jurídico “García y Asociados”, investigadora independiente. Líneas de investigación: Derechos humanos. Contacto: liliguzman504@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1307-864X>



UNIVERSIDAD DE COLIMA