

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO EN EL SIGLO XXI



Directorio

PRESIDENTE

LIC. MAURICIO KURI GONZÁLEZ

VICEPRESIDENTE

DRA. MARTHA ELENA SOTO OBREGÓN

DIRECTOR GENERAL

DR. ENRIQUE RABELL GARCÍA

SECRETARIO

LIC. RENÉ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Año 14, edición especial, noviembre de 2023. *Nthe* es una publicación cuatrimestral editada por el Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Querétaro (CONCYTEQ): calle Luis Pasteur Sur núm. 36, col. Centro; CP 76000; tel. (442) 214 3685; www.concyteq.edu.mx; nthe@concyteq.edu.mx. Editor responsable: Felipe de Jesús Esperón Valenzuela. Reserva de derechos al uso exclusivo núm. 04-2018-111410321700-203; ISSN 2007-9079, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Felipe de Jesús Esperón Valenzuela: calle Luis Pasteur Sur núm. 36, col. Centro; CP 76000. Fecha de última modificación: noviembre de 2023

Nthe ha sido aprobada para su inclusión en el Índice del Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX)

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

Se autoriza la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación siempre y cuando se cite la fuente.

EDICIÓN Y DISEÑO DE LA PUBLICACIÓN
LIC. FELIPE DE JESÚS ESPERÓN VALENZUELA

CORRECCIÓN DE ESTILO
MTRA. MONSERRAT ACUÑA MURILLO

Nthe, Publicación del Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Querétaro:
<http://nthe.mx/>

Luis Pasteur Sur núm. 36
Col. Centro, CP 76000
Tel. 52 (442) 214 3685 / 212 7266, ext. 105
Querétaro, Qro., México

Consejo editorial

Investigadores nacionales

Dr. Alejandro Manzano Ramírez

Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, unidad Querétaro

Dr. Flora Mercader Trejo

Universidad Politécnica de Santa Rosa Jáuregui

Dr. Sergio Barrera Sánchez

Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Querétaro

Dr. Martha Cruz Soto

Universidad del Valle de México, campus Querétaro

Dr. Gabriela Calderón Guerrero

Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Querétaro

Dr. Víctor Castaño Meneses

Centro de Física Aplicada y Tecnología Avanzada de la UNAM, campus Juriquilla

Dr. Rolando Salinas García

Unidad Multidisciplinaria de Estudios Sobre el Trabajo, Universidad Autónoma de Querétaro

Dr. Miguel Martínez Madrid

Instituto Mexicano del Transporte, SCT

Dr. Daniel Hiernaux Nicolás

Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Autónoma de Querétaro

Dr. Gabriel Corral Velázquez

Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Autónoma de Querétaro

Dr. Salvador Echeverría Villagómez

Centro Nacional de Metrología

Dr. Alberto Traslosheros Michel

Universidad Aeronáutica en Querétaro

Dra. Alejandra Urbiola Solís

Facultad de Contaduría y Administración, Universidad Autónoma de Querétaro



La revista electrónica *Nthe* es financiada en su totalidad por el Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Querétaro en el marco del presupuesto autorizado el día 22 de diciembre de 2022. (Publicado en el periódico oficial del estado de Querétaro, La Sombra de Arteaga).

Comentario *Nthe*

Uno de los grandes propósitos del Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Querétaro es la difusión de la producción académica de alta calidad; de ahí que la estructura de nuestra revista NTHE incluya tanto los números ordinarios que publicamos cuatrimestralmente como números especiales, que dan a conocer temas derivados de las actividades de investigación en líneas específicas de generación del conocimiento.

En esta ocasión, con agrado presentamos la edición especial titulada “Constitucionalismo contemporáneo en el siglo XXI”, el cual consta de nueve trabajos, los cuales fueron coordinados por el Dr. Pedro Morales Zavala y por un servidor.

Con el título “Constitucionalización de la educación superior en México” nos dice que los derechos nacionales, y de forma particular los de nuestro país, han sido sujetos de una transformación producida por la globalización, la tercera revolución industrial y la transición política. En México, dichos fenómenos no son excluyentes del proceso de la enseñanza en la educación superior; por ello, elevar a rango constitucional la educación superior representa la posibilidad tanto de establecer un equilibrio de fuerzas en torno al federalismo, como de definir los alcances de la educación superior constitucionalizada en sus diversos niveles, realidades y características. Es propósito del presente estudio definir como el federalismo influye directamente en el proceso de educación superior en México.

“La niñez como un fin, un concepto necesario en el proceso de reconocimiento de los derechos de las niñas y de los niños en instrumentos legales, jurisdiccionales y educativos” este trabajo de investigación a través de la hermenéutica filosófica, pero también de la jurídica y en general con una metodología cualitativa, se puede apreciar el estado que guarda el concepto de niñez y su correlación con el reconocimiento de los derechos de los niños y de las niñas en tres instrumentos provenientes de tres tipos de autoridad: la legislativa, la jurisdiccional y la educativa. Se considera que debe imperar una concepción que vea a la infancia no como un mero instrumento, sino como un fin a través del reconocimiento de su dignidad, para que el proceso de asimilación de los derechos de niñas y niños en estos instrumentos sea completa. El objetivo de esta investigación es contribuir al cumplimiento del paradigma de constitucionalidad sustentado en los derechos humanos a que aspira el Estado mexicano desde el 10 de junio de 2011, porque se parte de la consideración de que el cumplimiento cabal de los derechos de las infancias da lugar al pleno fortalecimiento al referido paradigma.

El artículo “La tutela del derecho a la identidad mediante la cédula de identidad ciudadana”, esta investigación tiene como objetivo revisar el marco jurídico internacional y nacional relacionado al derecho a la identidad, para determinar si el estado mexicano cumple con las obligaciones respectivas. En la presente investigación se emplea la metodología del realismo jurídico con perspectiva de los derechos humanos, a partir de los fenómenos que están presentes en su objeto de estudio, dando lugar a un análisis jurídico a través del método inductivo-deductivo en sus dimensiones teórica, fáctica y normativa. Las técnicas de investigación han sido documentales y relacionadas a la doctrina y ordenamientos jurídicos.

“Educación: un derecho humano que posibilita el acceso a la justicia” esta investigación nos refiere a que la educación como derecho humano posibilita una mejora en la calidad de vida de los seres humanos al tener como objetivo el sacarlos de la pobreza; además, posibilita la superación de las desigualdades y garantiza el desarrollo sostenible, tanto individual como colectivo. Hoy en día, los grupos vulnerables son transgredidos en sus derechos; principalmente, la apropiación simbólica y material de los derechos comienza con la educación, su acceso y su calidad. En este artículo se describe y analiza las características de la educación institucional en la comunidad de Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro. La metodología empleada parte de una investigación que tiene un enfoque cualitativo de carácter documental; el marco epistemológico con el que se abordó es el constructivismo. El alcance fue de corte exploratorio-descriptivo. La muestra se construyó con los documentos que hacen referencia a la comunidad de Santiago Mexquititlán y el sistema educativo que se encuentra vigente, publicados de 2018 a la fecha.

Comentario *Nthe*

Con el Título “Restricciones constitucionales como límite de los derechos humanos” el objetivo de este trabajo es determinar si las restricciones constitucionales son mecanismos adecuados para limitar los derechos humanos. Por lo tanto, es importante preguntarse: ¿las restricciones constitucionales vulneran el principio de progresividad?, ¿las restricciones son necesarias para un adecuado equilibrio en andamiaje jurídico?, ¿cómo se justifican las restricciones?, ¿las restricciones ya fijadas en la norma pueden desaparecer?, ¿es idóneo que se apliquen las restricciones constitucionales? Estos cuestionamientos traen la necesidad de utilizar un método de investigación teórico cualitativo. Del estudio realizado se desprende que sí es importante que existan las restricciones constitucionales, pero con su debida justificación y entendiendo que tanto los derechos humanos como las restricciones no son absolutas, es decir, pueden inaplicarse o dejar de existir.

“Principios de interpretación constitucional y medio ambiente sustentable (México – Colombia)” este trabajo nos dice que la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de julio de 2022 declaró al medio ambiente saludable como un derecho humano, esto represento para la comunidad internacional un gran avance en la materia, pues abandona el escenario de ser un derecho con intereses jurídicos a situarse en el escenario de ser un sujeto de derechos. El objetivo es evidenciar como los principios de interpretación constitucional desarrollan el tema del medio ambiente como derecho humano, identificando como se otorga la protección más amplia. Utilizando una metodología cualitativa apoyada en una inductiva, se comprenderá desde los contextos históricos y contemporáneos como se ha desarrollado el medio ambiente en materia constitucional y jurídica al interior de México y Colombia. Los cambios sociales han sido un factor trascendental en la construcción de los textos constitucionales, el medio ambiente es uno de ellos y es necesario reinterpretar muchos de los preceptos que construyen la normatividad de México y Colombia.

El artículo “Federalismo Fiscal y su divorcio entre Teoría y Ley”, desarrolla la teoría del federalismo fiscal referente a la distribución de competencias fiscales, se revisa el marco legal mexicano y las últimas cifras estadísticas con la intención de sustentar la hipótesis de una dependencia de las entidades federativas hacia la federación debido a la falta de claridad de sus atribuciones fiscales y sus ingresos mediante el gasto federalizado programable. Se determinará si existe un divorcio entre la norma jurídica y la teoría del federalismo fiscal, desarrollando las posibles causas y soluciones conforme a la literatura.

“Los derechos humanos y Marx: una relación contradictoria”, el objetivo de la investigación es analizar las posturas de diversos autores que han abordado el tema de la relación entre los derechos humanos y Marx, la cual se ha calificado tradicionalmente como crítica cuando no contradictoria. A través de la revisión de diversas fuentes documentales, se logran identificar posicionamientos que consideran dicha contradicción teórica como insuperable, mientras que existen posturas menos radicales que identifican puntos en común entre ambas construcciones teóricas.

Cerramos con el artículo “Organismos constitucionales autónomos: Reconfiguración a la distribución del poder” La irrupción de los Organismos Constitucionales Autónomos (OCA) en el constitucionalismo mexicano marca un cambio en la concepción de la distribución del poder público en tanto que son instituciones que gozan de autonomía y se encuentran fuera de la estructura orgánica de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en razón de la falta de legitimidad y manejo técnico en la toma de decisiones trascendentes para la sociedad. Este trabajo plantea algunos acercamientos al fenómeno de los organismos constitucionales autónomos para que nos permita identificar sus características, puntualizando en que su aparición conlleva a una evolución del principio tradicional de la división de funciones.

Esperamos que las contribuciones de esta edición especial abran espacios para el análisis y reflexión que deriven en la aportación de conocimiento a las nuevas generaciones.

Dr. Enrique Rabell García
Director General del Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Querétaro

ÍNDICE

Constitucionalización de la educación superior en México

Luis Eusebio Alberto
Avendaño González
Gerardo Alan Díaz Nieto
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

1

La niñez como un fin, un concepto necesario en el proceso de reconocimiento de los derechos de las niñas y de los niños en instrumentos legales, jurisdiccionales y educativos

Pedro Morales Zavala
Luis E. Avendaño González
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

11

La tutela del derecho a la identidad mediante la cédula de identidad ciudadana.

Gerardo Alan Díaz Nieto
Pedro Morales Zavala
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

23

Educación: un derecho humano que posibilita el acceso a la justicia

Gemma Fernández Pichardo
Leonardo Senén Cabello Álvarez
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

30

Restricciones constitucionales como límite de los derechos humanos

Israel Anguiano Soto
Julio César Avendaño González
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

38

Principios de interpretación constitucional y medio ambiente sustentable (México – Colombia)

César Augusto Deaquiz Rodríguez
Adolfo Humberto Vega Perales
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

45

Federalismo Fiscal y su divorcio entre Teoría y Ley

Francisco Javier Elizalde Soto
Enrique Rabell García
Gabriela Nieto Castillo
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

55

Los derechos humanos y Marx: una relación contradictoria

Erik Arturo Ibarra Hernández
Ricardo Ugalde Ramírez
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

64

Organismos constitucionales autónomos: Reconfiguración a la distribución del poder

David Roberto Sánchez Solórzano
Javier Rascado Pérez
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Querétaro

73

Constitucionalización de la educación superior en México

Luis Eusebio Alberto Avendaño González¹
Gerardo Alan Díaz Nieto²

Resumen

En las últimas décadas, los derechos nacionales, y de forma particular los de nuestro país, han sido sujetos de una transformación producida por la globalización, la tercera revolución industrial y la transición política. En México, dichos fenómenos no son excluyentes del proceso de la enseñanza en la educación superior; por ello, elevar a rango constitucional la educación superior representa la posibilidad tanto de establecer un equilibrio de fuerzas en torno al federalismo, como de definir los alcances de la educación superior constitucionalizada en sus diversos niveles, realidades y características. Es propósito del presente estudio definir como el federalismo influye directamente en el proceso de educación superior en México.

Palabras clave: Constitucionalización, educación superior, federalismo.

Abstract

In recent decades, national rights, and particularly our country, have been subject to a transformation, produced by the phenomena of globalization, the third industrial revolution and the political transition. In Mexico, these phenomena are not exclusive in the process of teaching in higher education, therefore, raising higher education to a constitutional rank represents the possibility of establishing a balance of forces around federalism and defining the scope of the Constitutionalized higher education at its various levels, realities and characteristics. It is the purpose of this study to define how federalism directly influences the process of higher education in Mexico.

Key Word: Constitutionalization, higher education, federalism.

¹ Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I de CONACyT. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4479-3837>. Correo electrónico: luis.avendano@hotmail.com

² Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I de CONACyT.

INTRODUCCIÓN

La educación en nuestro país tiene su fundamento en el artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual dispone:

[es un proceso que] se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje (CPEUM, 1917, Art. 3).

El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

En el mismo sentido, ejercemos un sistema federal como forma de gobierno, lo cual implica la coexistencia de dos jurisdicciones –la federal y la particular de los estados– de modo que los gobernados se encuentran sujetos a una doble autoridad dentro de los límites y competencias de cada uno de ellos. De forma específica, el sistema federal define facultades exclusivas para cada orden de gobierno⁴; sin embargo, también existen ciertas facultades cuyo ámbito de competencia no es claro, tal es el caso de las denominadas facultades “concurrentes” o “coincidentes” que se ejercen de forma simultánea, tanto por la federación como por los estados.

A pesar que federalismo y descentralización no son conceptos equiparables –ni en sus dimensiones teóricas ni en sus implicaciones prácticas–, en

⁴ Aún y cuando el sistema federal se encuentra previsto como forma de gobierno en términos de los artículos 40 y 41 constitucionales, el tema de la materia educativa históricamente representó una extrema centralización no sólo por su magnitud en términos de recursos humanos y económicos, sino particularmente por su importancia política.

diversos momentos de la historia mexicana ambos parecen estar enfocados a un mismo fin: descongestionar al gobierno central y fortalecer a los gobiernos locales con la intención de reforzar su autonomía.

La educación y su proceso de enseñanza como derecho humano dispone que toda persona tiene derecho a la educación. El Estado –federación, estados, Ciudad de México y municipios– impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación básica está conformada por inicial, preescolar, primaria y secundaria, las cuales en conjunto con la educación media superior son obligatorias; la educación superior lo será en términos de la fracción X del presente artículo. La educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia (CPEUM, 1917, Art. 3).

Por estas razones, constituye uno de los objetivos del presente trabajo describir los alcances del decreto del 15 de mayo de 2019 que reformó, derogó y adicionó diversas disposiciones en materia educativa de los artículos 3, 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵ (D.O.F. 15/05/19). Este decreto incluyó, entre otros rubros, la obligatoriedad de la educación superior en los términos de la fracción X del propio artículo, lo cual establece de la siguiente forma:

La obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado. Las autoridades federal y locales establecerán políticas para fomentar la inclusión, permanencia y continuidad, en términos que la ley señale. Asimismo, proporcionarán medios de acceso a este tipo educativo para las personas que cumplan con los requisitos dispuestos por las instituciones públicas (CPEUM, 1917, Art. 3 fracción X).

⁵ Con dicha reforma constitucional el Constituyente Permanente derogó las leyes reglamentarias: a) Ley general de educación; b) Ley general del servicio profesional docente, y c) Ley del instituto nacional para la evaluación docente.

Con el enunciado anterior, se elevó a rango constitucional la educación superior, se fijó su impartición y garantía como derecho humano, la distinguió de la educación básica y obligatoria y, por último, estableció el criterio de oportunidad en los términos de la fracción antes referida.

Por lo anterior, constituye un segundo objetivo de este trabajo definir, por un lado, en qué forma se cumplimenta el federalismo en el estado mexicano a través de la reforma constitucional y, por otro, cuál es el impacto de las decisiones que determine el Poder Judicial Federal para efectos de cumplimiento, esto si tomamos como referencia uno de los instrumentos de la jurisdicción constitucional orgánica: el juicio de controversia constitucional aplicado a la materia educativa, como protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder (Fix Zamudio, 1999, p. 205).

METODOLOGÍA

La problemática de esta investigación se aborda desde la perspectiva del realismo jurídico, para lo cual se particulariza el estudio en casos específicos con su respectiva explicación. Además, se aplica el método comparativo en la confronta de legislaciones aplicables.

EL FEDERALISMO EN MÉXICO

El sistema que establece la Constitución, respecto a la distribución de facultades entre los órdenes federal y local, genera que ambos órdenes sean coextensos y de idéntica jerarquía, por lo cual uno no puede prevalecer por sí mismo sobre el otro.

El sistema federal tiene por características fundamentales: el reparto o división de competencias entre la federación y las entidades, la nulidad de aquellas leyes que fueran en contra del texto constitucional y, como piedra angular del federalismo, la competencia de los tribunales judiciales para declarar la nulidad de los actos contrarios al reparto constitucional de competencias (Hamilton, 1987). De esta manera, la

Constitución Federal divide el ejercicio de la soberanía nacional entre la federación y los estados de la república (Valadés, 1994).

En nuestro país, la teoría constitucional se ha producido a partir del fenómeno federal. Ejemplo de lo anterior es el criterio formulado en la controversia constitucional 14/2001 relativa al municipio de Pachuca de Soto de Hidalgo, de fecha 7 de julio de 2005, el cual dispone la existencia de cinco ordenes jurídicos en el Estado mexicano:

El federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. En relación al último, establece en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales ordenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla (SJF, Registro 177006).

El federalismo se reconfiguró a partir de dos eventos específicos de la historia constitucional de nuestro país: la reforma del año de 1994 y la creación de la Ley reglamentaria al artículo 105 de la misma Carta fundamental.

a) La reforma constitucional de diciembre de 1994

Esta reforma convocó a la conformación del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través de la selección de 11 nuevos ministros. Además de las funciones con las que ya contaba el pleno con motivo de la reforma, se añadieron las propias de un “modelo de tribunal constitucional”, para lo cual se emitieron los acuerdos plenarios 5/1999, 6/1999, 10/2000 y 4/2001. Con éstos, el pleno de la SCJN se reservó el monopolio de la interpretación de la Constitución mediante el conocimiento en última instancia de los juicios de amparo en revisión y, en única instancia, sobre el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. De igual forma, se crearon

criterios ideológicos y éticos propios a partir de la conformación de la 9a. Época en criterios jurisprudenciales (Avendaño, 2017, p. 34).

b) El juicio de Controversia Constitucional como factor de respeto al federalismo

La composición del artículo 105 de la Constitución Federal concede a la SCJN conocer, en única instancia, las controversias constitucionales que se susciten entre la federación, los estados, los municipios o el Distrito Federal, a fin de que se invaliden normas generales o actos concretos que atenten contra la esfera de competencia de esos niveles gubernamentales.

Para tales efectos, el juicio de controversia constitucional tiene como propósito fundamental el reconocimiento del federalismo y la salvaguarda de la división de poderes (SJF, Registro 195025). De esta manera, la controversia constitucional puede ser considerada desde dos puntos de vista: en primer lugar, como un medio de protección del sistema federal de gobierno destinado a mantener la efectividad de las normas constitucionales que dan atribuciones específicas a los órganos originarios del Estado; en segundo lugar, como uno de los mecanismos contemplados por el derecho procesal constitucional, cuyo fin radica en salvaguardar las disposiciones constitucionales contra actos, normas generales o tratados internacionales que pretendan suprimir el orden previsto por la carta fundamental. En cuanto a sus características, el Pleno de la SCJN ha identificado las siguientes:

- a) *en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental;*
- b) *la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito*

Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) *tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma;* d) *respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento;* e) *en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas;* f) *por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales;* y, g) *los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y*

siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros (SJF, Registro 191381).

De lo anterior, podemos resumir que la controversia constitucional persigue fines que trascienden la salvaguarda del federalismo y la división de poderes. El régimen federal se traduce en una precisa atribución de competencias, en tanto que el poder se divide para que no se concentre en un solo individuo; sin embargo, tales circunstancias serían inútiles si no trajeran aparejado el bienestar de la soberanía nacional, el cual no reside en un órgano gubernamental determinado, sino en el pueblo (SJF, Registro 193257). Por ello, es importante considerar que, en última instancia, la controversia propenda a la protección del pueblo, cuya soberanía lo lleva a darse el gobierno que juzgue mejor.

La fórmula de la justicia constitucional, entonces, debe ser formulada de la siguiente manera: federalismo es igual a distribución y eficacia de las competencias previstas constitucionalmente a efecto de garantizar una correcta protección del pueblo. Así, el derecho a la educación, al igual que el catálogo de derechos previstos constitucionalmente, deben cumplirse con eficacia.

ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

a) Contexto Internacional

Las políticas de educación superior predominantes en el mundo, particularmente en las últimas cuatro décadas, se han construido con un andamiaje que ha pretendido uniformizar los modelos educativos bajo la orientación del paradigma de capitalismo académico. Esto ha sido liderado por las universidades de investigación de los países altamente industrializados, cuya prioridad es

reforzar los vínculos de la academia con los mercados globales (Slaughter, Sheila y Gary Rhoades, 2004).

A lo largo de esos años, los desafíos de la educación superior han implicado el diseño e implementación de reformas para mejorar su calidad, ampliar, diversificar e internacionalizar su oferta académica, así como lograr una eficaz vinculación con los mercados y sectores productivos de punta. En este periodo de predominio de los modelos económicos basados en los postulados de la economía neoliberal, ganaron terreno los procesos de mercantilización y privatización de la educación superior en prácticamente todo el mundo. En conjunto con el declive gradual de los estados nacionales en la provisión de servicios educativos, esta situación llevó a la ampliación de las brechas sociales por la disminución en el cumplimiento del derecho humano a la educación superior para toda la población.

Esta situación de desigualdad estructural ha llevado a reconocer la inaplazable necesidad de revalorizar a la educación superior como un bien público fundamental para la construcción de sociedades más justas y equitativas. También, ha implicado un pronunciamiento claro y contundente sobre la responsabilidad y compromiso de la educación superior con la sociedad, lo cual implica atender en docencia, investigación, difusión de la cultura y extensión de los servicios, los problemas sociales más apremiantes en el contexto de la desigualdad mundial.

Por estas razones, adquiere gran relevancia el cuarto objetivo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual postula que, hacia el 2030, es indispensable “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos” y, de acuerdo a la meta 4.3, “asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria” (ONU, 2022). Por lo tanto, el financiamiento sostenible de la oferta de educación superior pública es fundamental para salvaguardar

el acceso equitativo a los sistemas de educación superior y la mejora de su calidad, así como para reflejar adecuadamente el papel vital que desempeña el sector en las estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo. Tal objetivo se vincula con los desafíos que la agenda mundial señala como prioritarios para las sociedades contemporáneas: el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la persistencia de los conflictos armados, la desigualdad de los ingresos y el declive general de la democracia.

A la situación referida, se suman los impactos de la pandemia causada por el SARS-CoV-2 que provocó la suspensión obligada de prácticamente todo tipo de actividades, incluidas las escolares y académicas. En 2020, más del 91 % de la población estudiantil del mundo fue afectada por el cierre de escuelas en aproximadamente 191 países, equivalente a 1 579.6 millones de niños, niñas y jóvenes; además, 60.2 millones de maestros dejaron de trabajar de manera presencial en las aulas. En América Latina y el Caribe, más de 160 millones de estudiantes resultaron afectados (CEPAL-UNESCO, 2020).

La transición obligada y súbita de la educación presencial a la educación remota profundizó las brechas económicas, socioculturales y tecnológicas, afectando principalmente a instituciones, docentes y estudiantes en situación de vulnerabilidad, lo cual hizo evidente el aumento de las disparidades educativas y un agudo malestar social (UNESCO, 2022). Adicionalmente, la pandemia provocó la disminución del financiamiento público para la educación superior, esto al tener que competir con otras necesidades sociales apremiantes como la salud y el bienestar de la población, lo que en muchos países afectó severamente su desarrollo.

Sin embargo, a pesar de los efectos adversos de la pandemia, el cambio hacia la educación virtual abrió nuevas oportunidades para aprender colectivamente de las experiencias vividas en la reconfiguración de las prácticas curriculares y

pedagógicas, las cuales se orientaron a la renovación de los modelos educativos con un apoyo relevante de las tecnologías digitales, así como a una nueva reconfiguración de los sistemas de educación superior.

b) Contexto nacional

La educación superior en México, durante el ciclo 2021-2022, se ofreció a través de 4 320 instituciones que operaron 7 049 escuelas y atendieron a un total de 5 101 664 estudiantes, de los cuales 4 679 996 eran de pregrado o nivel profesional (91.7 %) y 421 668 de posgrado (8.3 %) (Tabla 1)⁶. Del total de instituciones, 1 065 son públicas (24.7 %) y 3 255 particulares (75.3 %); sin embargo, las Instituciones de Educación Superior (IES) públicas atendieron al 64.4 % de la matrícula total y las IES particulares a 35.6 % del total.

La oferta de educación superior en México se caracteriza por su diversidad. La legislación mexicana reconoce tres subsistemas: universitario; tecnológico y de escuelas normales e instituciones de formación docente. A su vez, cada subsistema se integra con varios tipos de IES (Gráfica 1)⁷.

c) La evolución de la educación superior en México.

El Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 y el Programa Sectorial de Educación 2020-2024 reconocen diversos desafíos que enfrenta México en materia de educación superior: baja tasa de acceso y cobertura en educación superior, elevados niveles de abandono escolar, marcada heterogeneidad en la calidad de la oferta educativa profesional y de posgrado, desigual y débil vinculación de las IES con las necesidades sociales y económicas de su entorno, problemas financieros estructurales en las IES e insuficiencia y desconexión de los mecanismos de financiamiento

⁶ La tabla no es propia y forma parte del documento Programa Nacional de Educación Superior 2023-2024.

⁷ La tabla y gráfica no son propias y forman parte del documento Programa Nacional de Educación Superior 2023-2024.

público con las necesidades de desarrollo de la educación superior.

Los principales retos de la política de educación superior consisten en revertir la desigualdad en el acceso y permanencia a los servicios educativos, así como fortalecer la pertinencia de la oferta de educación superior para las necesidades de las comunidades con una perspectiva intercultural y territorial. En los últimos 50 años la tasa bruta de cobertura de educación superior aumentó siete veces a nivel nacional, al pasar de 6.1 % en 1970 a 42.5 % en 2022. No obstante, México está en desventaja en el contexto regional y mundial, pues para el caso de América Latina y El Caribe la cobertura aumentó a 49.4 % y, para los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aumentó a 57 %.

A pesar de la expansión de la cobertura de los servicios de educación superior en todas las entidades federativas, las brechas sociales y territoriales también se ampliaron. En los últimos 20 años las brechas de la tasa bruta de cobertura de educación superior, respecto a la media nacional, se ampliaron en 17 estados; cinco de ellos, lo hicieron de manera dramática: Oaxaca, Chiapas, Guerrero, Michoacán y Tlaxcala. De continuar las tendencias actuales de expansión de los servicios de educación superior, las desigualdades continuarán ampliándose.

En México el acceso a la educación superior continúa siendo un privilegio más que un derecho. El Censo de Población y Vivienda 2020, recientemente publicado por el INEGI, muestra que sólo dos de cada diez personas con 25 o más años cuenta con estudios de tipo superior, y sólo tres de cada diez jóvenes de 18 a 22 años cursan una carrera profesional.

Asimismo, las y los jóvenes que provienen de las regiones, localidades y hogares en condiciones de marginación y vulnerabilidad social están excluidos del acceso a la educación superior. La Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares más reciente (ENIGH 2020) arroja que, del total del alumnado inscrito en pregrado o nivel profesional, sólo 4.9 % proviene del decil más pobre de los hogares del país.

Por su parte, la estadística educativa del ciclo 2021-2022 revela que sólo 1.7 % de las y los estudiantes de pregrado o nivel profesional en IES públicas y particulares se reconocen como hablantes de lengua indígena. Es decir, la inmensa mayoría de las y los jóvenes indígenas no tiene acceso a la educación superior.

Cada año, alrededor de 200 mil jóvenes egresados de bachillerato no continúan sus estudios en el nivel superior. Un porcentaje importante de éstos son los mal llamados “rechazados” de las IES de alta demanda. En el ciclo escolar 2020-2021 egresaron con bachillerato concluido 1.4 millones de jóvenes. Por su parte, la matrícula de primer ingreso a las IES es de 1.1 millones de estudiantes. Se estima que para 2024 los egresados de bachillerato alcancen 1.5 millones.

No obstante, existe una significativa oferta de lugares en planteles, programas y modalidades que no corresponde con las demandas y preferencias de los aspirantes a la educación superior

d) A nivel local.

La Comisión Estatal para la Planeación de la Educación Superior (COEPES) es un órgano técnico de apoyo y asesoría que tiene por objeto coadyuvar con la Secretaría de Educación del Estado de Querétaro (SEDEQ) en la planeación, desarrollo y orientación de manera coordinada, pertinente y racional de la educación superior en el estado. Algunas de las funciones de la COEPES son:

- Colaborar con la SEDEQ en la elaboración del Programa Sectorial de Educación Superior.
- Emitir opinión respecto a la creación de nuevas instituciones de educación superior públicas o particulares, formación de nuevos programas y modalidades educativas en las instituciones existentes.
- Diseñar y proponer políticas y criterios específicos para la planeación, desarrollo y reorientación de la oferta de educación superior en el estado, conforme a las

perspectivas y necesidades del desarrollo económico y social estatal.

- Proponer la metodología para formular indicadores y estándares dirigidos a evaluar periódicamente los distintos aspectos de la educación superior.
- Diseñar y proponer los criterios y la metodología para la elaboración de estudios de factibilidad sobre la pertinencia de la apertura de nuevas instituciones de educación superior en la entidad, así como sus planes y programas de estudio y nuevas modalidades educativas.
- Proponer estrategias para el mejoramiento de la calidad educativa basada en procesos de evaluación, acreditación y certificación.

CONCLUSIONES

Históricamente, el sistema federal mexicano ha sido asociado a la idea de centralización de competencias en lugar de su distribución. Bajo esta óptica, la reforma constitucional en materia de educación ha fijado las bases para identificar las competencias que corresponden de forma exclusiva a la federación, a los estados, así como las que habrán de calificarse como concurrentes.

El juicio de controversia constitucional establece el mecanismo con el cual se garantiza el principio de división de poderes y, de forma específica, el sistema federal. A partir de esto, dicho mecanismo tiene por objeto hacer que los estados ajusten sus marcos locales, en primera instancia, al ejercicio de sus propias facultades y, en segunda instancia, a la no contravención de la Constitución federal. Así se garantiza la uniformidad, en dos sentidos, del modelo educativo mexicano, así como una educación de calidad con uniformidad en los planes y programas de estudio para garantizar la difusión de los mismos conceptos e ideas.

Si bien dicho mecanismo constitucional, no se implantó como un mecanismo centralizador, sino como un complemento a la imposibilidad de la justicia local para velar por el cumplimiento a la Constitución federal, la jurisprudencia y el excesivo uso del mecanismo pueden traer como consecuencia un efecto contrario: la dependencia

judicial en la instrumentación por cuanto ve al cumplimiento de las facultades exclusivas, concurrentes o simplemente de coordinación constitucional.

La educación, la escuela, los profesores, el sistema educativo en general y la sociedad mexicana deben constituir los vínculos que fortalezcan una formación integral fundamentada en la igualdad, el respeto y las cualidades para una formación integral y competitiva a nivel de la ofertada en otras partes del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Avendaño González Luis Eusebio Alberto (2017). Interpretación e ideología constitucional. Una propuesta de estudio las decisiones en México, Colombia: Temas Socio Jurídicos.

CEPAL-UNESCO. (agosto de 2020). *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*. Informe COVID-19, 1-21. Recuperado el 22 de septiembre de 2022. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374075?poSlnSet=1&queryId=6606d041-e555-4f06-b4c4-42ea1b4153e9>.

COEPES QUERÉTARO, recuperado en: <https://coepesqro.org.mx/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Decreto por el que se reforma, derogan y adicionan diversas disposiciones de los artículos 3, 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa de fecha 15 de mayo de 2019 (D.O.F. 15/05/19)

Fix Zamudio, Héctor (1999). *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México: Porrúa.

Hamilton, Madison y Jay, (1987), *El Federalista*, México: FCE

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, recuperado el 9 de noviembre de 2022 de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/>

Programa Nacional de Educación Superior 2023-2024.

Slaughter, Sheila y Gary Rhoades (2004). *Academic Capitalism and the new Economy: Markets, State, and Higher Education*, The Johns Hopkins University Press. Baltimore, USA.

Semanario Judicial de la Federación,

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. Jurisprudencia [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Octubre de 2005; Pág. 2062. P./J. 136/2005

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, diciembre de 1998; Pág. 789. P. LXXII/98. IUS 195 025.

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, agosto de 2000; Pág. 965. P./J. 71/2000.

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, agosto de 2000; Pág. 965. P./J. 71/2000.

9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, septiembre de 1999; Pág. 708. P./J. 101/99.

UNESCO, *Más allá de los límites. Nuevas formas de reinventar la educación superior*. Hoja de ruta propuesta para la 3ª Conferencia Mundial de Educación Superior WHEC2022 18-20 mayo 2022. Documento de trabajo, Barcelona, España.

Valadés, Diego, (1994). *Constitución y política*, 2ª. Edición, UNAM, México: UNAM

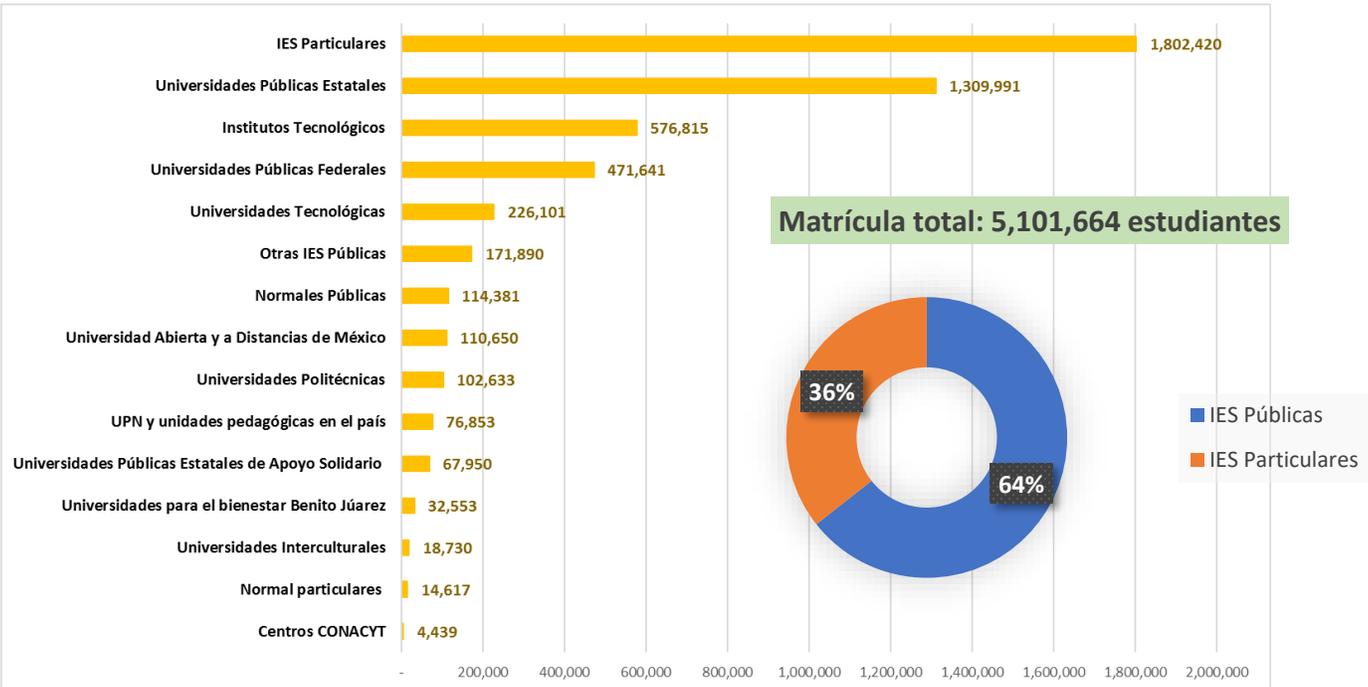
Anexos

Tabla 1
Instituciones, escuelas y docentes de educación superior por tipo, según nivel educativo, 2021-2022

Tipo de institución	Instituciones	Escuelas	Matrícula		
			Total	Profesional	Posgrado
Total	4,320	7,049	5,101,664	4,679,996	421,668
				91.7%	8.3%
Total públicas	1,065	2,696	3,284,627	3,131,580	153,047
Universidades Públicas Federales	48	198	471,641	424,084	47,557
Universidades Públicas Estatales	35	1,005	1,309,991	1,253,631	56,360
Universidades Públicas Estatales de Apoyo Solidario	24	108	67,950	66,972	978
Institutos Tecnológicos	250	276	576,815	571,116	5,699
Universidades Tecnológicas	121	143	226,101	225,847	254
Universidades Politécnicas	62	63	102,633	101,322	1,311
Universidades Interculturales	10	31	18,730	18,555	175
Otras IES Públicas	179	296	171,890	150,144	21,746
Normales Públicas	246	259	114,381	111,107	3,274
Universidad Pedagógica Nacional	65	138	76,853	66,408	10,445
Universidad Abierta y a Distancia de México	1	1	110,650	109,462	1,188
Centros CONACYT	23	33	4,439	379	4,060
Universidades para el bienestar Benito Juárez	1	145	32,553	32,553	-
Total particulares	3,255	4,353	1,817,037	1,548,416	268,621
Particulares	3,255	4,205	1,802,420	1,534,087	268,333
Normales particulares		148	14,617	14,329	288

Fuente: Elaborado por la SES con base en Formato 911 de educación Superior 2021-2022

Gráfica 1
Magnitud y diversidad del Sistema Educativo en México
Matrícula total de educación superior por tipo de institución, ciclo 2021-2022



La niñez como un fin, un concepto necesario en el proceso de reconocimiento de los derechos de las niñas y de los niños en instrumentos legales, jurisdiccionales y educativos

Pedro Morales Zavala¹
Luis E. Avendaño González¹

¹ Universidad Autónoma de Querétaro
Correspondencia: pedro.morales@uaq.mx

RESUMEN

En este trabajo de investigación a través de la hermenéutica filosófica, pero también de la jurídica y en general con una metodología cualitativa, pudimos apreciar el estado que guarda el concepto de niñez y su correlación con el reconocimiento de los derechos de los niños y de las niñas en tres instrumentos provenientes de tres tipos de autoridad: la legislativa, la jurisdiccional y la educativa. Consideramos que debe imperar una concepción que vea a la infancia no como un mero instrumento, sino como un fin a través del reconocimiento de su dignidad, para que el proceso de asimilación de los derechos de niñas y niños en estos instrumentos sea completa. Nuestro objetivo con esta investigación es contribuir al cumplimiento del paradigma de constitucionalidad sustentado en los derechos humanos a que aspira el Estado mexicano desde el 10 de junio de 2011, porque partimos de la consideración de que el cumplimiento cabal de los derechos de las infancias da lugar al pleno fortalecimiento al referido paradigma.

Palabras clave: constitucionalidad, derechos de niñas y niños, dignidad, niñez.

ABSTRACT

In this research study, through philosophical hermeneutics, but also through legal hermeneutics and in general with a qualitative methodology, we were able to appreciate the state of the concept of childhood and its correlation with the recognition of the rights of boys and girls in three instruments coming from three types of authority: Legislative, jurisdictional and educational. Since we consider that a conception that sees childhood not as a mere instrument, but as an end through the recognition of their dignity should prevail, so that the process of assimilation of the rights of girls and boys in these instruments is complete. Our main purpose with this research is to contribute to the fulfillment of the paradigm of constitutionality based on human rights to which the Mexican State aspires since June 10th, 2011, because we start from the consideration that full compliance with the rights of childhood gives rise to the full strengthening of the aforementioned paradigm.

Keywords: constitutionality, children's rights, dignity, childhood.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 10 de junio de 2011, los derechos humanos son prácticamente parte del sistema jurídico mexicano, por lo que cualquier autoridad del Estado en la actualidad debe defender, proteger, garantizar y promover los derechos humanos que se encuentran en la Constitución mexicana y los que se encuentran plasmados en los tratados internacionales, aunado a que estos derechos deben interpretarlos en el sentido más protector a la persona, todo en aras de fomentar una cultura que vele por la dignidad humana. Cabe decir que esta expectativa constitucional es, sin duda alguna, impactante y realmente ambiciosa. Con su vigencia pareciera que el Estado mexicano ha hecho a un lado el viejo modelo dogmático de interpretación de lo jurídico, para así arribar a un nuevo paradigma de constitucionalidad. Sin embargo, es importante que de manera frecuente los políticos, los gobernantes, los académicos y, desde luego, los investigadores hagamos evaluaciones periódicas que permitan apreciar cualitativamente el nivel de cumplimiento de la referida expectativa constitucional. Por esa razón, en este trabajo nos interesa hacer un diagnóstico cualitativo general en el tema de la niñez, ya que al ser de trascendencia en materia de derechos humanos, se trata de un tema que resulta relevante para la consolidación del nuevo paradigma de constitucionalidad al que aspiramos en México. Además, el tema de los niños y de las niñas nos ha despertado gran inquietud e interés debido a que nos parece existe todavía una profunda incompatibilidad entre la epistémica de la niñez que aún mantienen muchas de las instituciones jurídicas y autoridades del Estado, con respecto a los derechos humanos y los derechos de los infantes reconocidos en los tratados internacionales y en la actual Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) (Congreso de la Unión, 2014). Resulta importante que, mediante trabajos como éste, se

contribuya en la erradicación de dicha incompatibilidad, pues consideramos que, para que operen cabalmente los derechos de los infantes, es necesario una apreciación distinta de éstos a la que se tenía en los tiempos en los que imperaba la visión dogmática del derecho. Debido a que, para que haya una protección real de su interés superior, se requiere de una concepción de niños y niñas que los reconozca como un fin en si mismos y no de una manera instrumental.

De tal manera que con este propósito hemos decidido estudiar tres instrumentos como objeto de estudio producidos por tres tipos de autoridad con naturaleza institucional distinta: dos legislaciones civiles, una federal y otra de orden local. Igualmente, hemos seleccionado tres tesis aisladas y una tesis jurisprudencial dictadas por órganos del poder judicial de la federación y los órganos de constitucionalidad mexicanos y, por último, cinco libros de texto de 1°, 2°, 3°, 4° y 6° grados de la educación primaria publicados y confeccionados por la Secretaría de Educación Pública. El objetivo de haber seleccionado estos instrumentos es con el propósito de saber de manera general cuál es su visión de la niñez; en el entendido de que éstos han asumido plenamente los derechos de las niñas, niños y adolescentes y los derechos humanos vigentes en los tratados internacionales y en la referida LGDNNA. En este sentido, podemos hacer el siguiente planteamiento del problema: ¿Cuál es el concepto de niñez de estos instrumentos legislativos, jurisdiccionales y educativos que en apariencia asumieron los derechos de las niñas y de los niños como derechos humanos? Para resolver este problema, hemos tomado como eje del estudio la libre opinión de las niñas y niños, ya que con la ubicación del valor que se le dé a dicho derecho, estaremos en condiciones de saber cuál es el concepto de niñez acogido por el instrumento objeto de nuestro estudio, ya se trate del que ve a los infantes sólo de una manera instrumental, o el que ve en ellos un fin en si mismo. Para resolver este problema, hemos optado por métodos

cualitativos dada la naturaleza de este trabajo. Por eso, hemos decidido aplicar la hermenéutica, tanto filosófica como jurídica, para desentrañar el significado de niñez en los instrumentos objeto de nuestro estudio. Aunado a ello, también usamos el método inductivo, ya que hemos hecho observaciones particulares a todos los textos que se analizaron para así llegar a algunas conclusiones generales. Igualmente, mencionamos que hicimos uso del método comparativo para el caso de la revisión a los textos legales, los cuales, por cierto, fueron escogidos para su estudio sin mediar algún criterio específico de selección.

Es importante destacar que en el desarrollo de este trabajo, en cada uno de sus capítulos, se ha logrado alcanzar el objetivo planteado de manera satisfactoria, abordando de manera efectiva el problema inicialmente planteado. No obstante, extendemos una cordial invitación al lector para que realice una revisión exhaustiva del contenido con el propósito de contribuir, a través de su lectura crítica y análisis, a la promoción de una cultura de respeto a los derechos humanos, de acuerdo con los principios consagrados en la Constitución de México.

2. INTERPRETACIÓN DEL SIGNIFICADO DE NIÑEZ EN LA ACTUALIDAD

Si se parte de la base de que la realidad es una interpretación de los hechos, es importante determinar cómo el Estado mexicano está considerando a la infancia desde su perspectiva institucional. Esto evidentemente tiene una finalidad prospectiva para en todo caso construir una concepción que se dirija hacia escenarios posibles y deseables. Lo cierto es que podemos decir, bajo una óptica en pro de los derechos humanos, que la referida palabra en pleno siglo XXI mantiene significaciones negativas, ya que aun cuando se han hecho esfuerzos legislativos importantes en favor de los derechos de niñas, niños y adolescentes en aras de mantener incólume

su interés superior, los órganos jurisdiccionales han tenido que intervenir para definir, precisar y construir derechos en favor de la infancia, lo que significa que hay incompatibilidades entre lo que nuestras instituciones jurídicas entienden por niñez, con lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de derechos de las niñas y niños.

La semántica simple de las palabras infancia o niñez da cuenta de una edad biológica temprana de los seres humanos en proceso de crecimiento y maduración y con características tanto físicas como psíquicas que los coloca en una condición especial de atención, cuidado, protección, pero también orientación y educación de parte de los adultos. Sin embargo, la significación social ha ido más allá, especialmente si tomamos en cuenta el contexto cultural desde el cual se valora a las niñas y los niños, pues éstos no dejan de ser históricos al estar determinados por el tiempo y el espacio.

Así pues, es que la apreciación pasiva de los niños se asocia fundamentalmente con la idea de modernidad que se ha desarrollado desde el siglo XVII en las culturas occidentales, la cual no se puede desligar de los valores propios de una burguesía dominante, que veía en la fuerza del sexo masculino un factor imprescindible de la producción. Lo anterior, provocó gran indiferencia política y jurídica hacia los niños, al grado de considerarlos como incapaces dado que a ellos les estaba vedada la posibilidad de emitir cualquier tipo de voluntad, opinión libre y decisión. Para comprender un poco cuál es la perspectiva de la infancia en la Modernidad basta con ver lo que el filósofo de Königsberg dijo sobre la ilustración, en el entendido de que esta es su sinonimia:

La ilustración consiste en el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. Él mismo es el culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es el culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto

del entendimiento, sino en falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro (Kant , 2004, p. 33)

De esta cita se puede apreciar que, si bien se le da existencia a las niñas y niños, lo cierto es que se les coloca en una condición realmente de inferioridad, porque el calificativo de ilustrado sólo será para aquellos que sean capaces de hacerse valer por sí mismos. Por eso, sólo los adultos que hacen uso cabal de su propia razón y en consecuencia de su propia voluntad serán los que gozan de esta categoría y son considerados como agentes del progreso, como lo llamaban los positivistas (Reale & Antiseri, 2010). De tal forma que aquellos que no lo hacen son calificados negativamente como no ilustrados, irracionales, pupilos, prosélitos de la oscuridad, menores, etc. Desde luego, no es nuestro propósito apreciar en la Modernidad una calamidad, ya que sería absurdo negar sus beneficios, como es el caso de la ciencia que por antonomasia se nutre del postulado: “hazte valer de tu propia razón”, expresión que sin duda alguna es digna de elogio. Sin embargo, no nos podemos cegar a las contradicciones en las que incurre, como en el caso de la concepción que ha tenido de la niñez, pues bajo esta óptica los niños y niñas han sido considerados como menores, es decir, debajo de alguien que es mayor, de alguien que está arriba y encima de ellos. En esa tesitura, se les considera irresponsables, en el sentido de que la responsabilidad civil, moral, jurídica y política sólo corresponde a quienes tienen la mayoría de edad en pleno goce de sus facultades mentales. Por lo anterior, la irresponsabilidad inherente a la niñez se deriva de la consideración que se les tiene como incapaces para decidir, para opinar y para ejercer derechos en nombre propio, pues la legislación les veda de la posibilidad de que su palabra tenga consecuencias jurídicas, debido a que sólo un mayor de edad es quien puede tomar decisiones en su nombre y representación. Ahora bien, no obstante a que han pasado varios siglos del escrito kantiano, es un hecho que la Modernidad mantiene

sus pilares con bastante fuerza en virtud de que sigue en un proceso de penetración en las culturas de todo el mundo, lo cual se puede valorar como muy adecuado. No obstante, hay algunos aspectos que si se requieren replantear como en el caso de la concepción de la niñez, pues aun sucede en la actualidad que, a pesar del nacimiento de los derechos humanos con la Declaración Universal que se hizo en 1948 y de su progresiva conquista en el orden mundial, aun se mantienen y oponen resistencias locales que se niegan al cambio y a ver que el ser humano es un fin y no un instrumento tal y como se ha venido haciendo. Por eso, hoy en día se debe abogar por la no instrumentalización de las infancias, por una valoración positiva en la medida que niñas y niños sean concebidos como seres humanos dotados de inteligencia y capacidad para expresarse y en algunos casos hasta aptos para tomar decisiones relevantes de acuerdo a su edad, es literalmente cambiar la epistémica de la modernidad. Cabe decir que esto es lo que está sucediendo en México, por un lado hay una progresiva conquista en la interpretación del derecho en favor de la persona y de la niñez por parte de algunos órganos del Estado. Sin embargo, aún permea muchísima resistencia de instituciones y autoridades para aceptar que su actuar se deba ajustar a un respecto irrestricto a los derechos humanos, así que tenemos conquistas jurídicas importantes que abonan a la asimilación de los derechos de la niñez. Pero, lamentablemente, las resistencias impiden que nuestra normatividad sea plena para concebir de manera distinta a las niñas y niños en aras de procurar su dignidad, pues es un hecho que todavía se mantienen conceptos y normas que les niegan la más elemental opinión y les califica como menores e incapaces, lo cual sin duda promueve su instrumentalización, situación que por demás es indigna para cualquier ser humano.

3. CONCEPTO DE NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN CIVIL FEDERAL Y DE QUERÉTARO

En este apartado vamos a analizar de manera general algunas peculiaridades de la legislación civil federal y del Estado de Querétaro, sobre todo por la importancia de este tipo de normatividad, debido a que es la base de los sistemas jurídicos como el nuestro que pertenecen a la tradición romano-canónica (Merryman & Pérez-Perdomo, 2015). En este sentido, es menester apreciar cómo en este siglo se concibe por parte del Estado a la niñez a través de sus legislaciones que regulan la vida privada de sus gobernados.

El Código Civil Federal vigente desde 1928 (Congreso de la Unión, 1928) y el Código Civil de Querétaro que data desde 2009 (LV Legislatura del Estado de Querétaro, 2009) establecen un capítulo para personas, donde se sostiene que la capacidad jurídica de las físicas se adquiere por su nacimiento y se pierde por la muerte y que un individuo queda protegido por ley desde que es concebido. La legislación queretana sólo difiere al especificar que la protección se dará desde que es concebido de manera natural o por medio de técnicas de reproducción asistida. Cabe destacar que, en esta parte ninguno, de los códigos se menciona la palabra niña o niño, más bien ambos usan el concepto menores de edad para connotar que esta condición es una incapacidad que le impide a éstos ejercer una personalidad jurídica que afecte la dignidad de la persona o atentarse contra la integridad de la familia. No obstante, se señala que estos códigos no definen la referida dignidad en ninguno de sus libros.

En ambas legislaciones está regulada la prohibición de la violencia hacia la familia para conservar la integridad física, psíquica y emocional de sus integrantes con objeto de contribuir a su sano desarrollo. Sin embargo, en la legislación federal cuando se refiere a esta protección, alude de manera textual a los niños, niñas y adolescentes, aunado a que también prohíbe en contra de éstos las

correcciones que impliquen castigo corporal y castigos humillantes.

En general, podemos apreciar en las legislaciones civiles estudiadas que el número de artículos que manejan el concepto niña o niño son realmente muy pocos, si los comparamos con el número de artículos que manejan el concepto de menor o menor de edad. Así pues, en el caso del Código Civil de Querétaro, el concepto niñas o niños se usa en el artículo 23 para referirse a la protección de su interés superior; en el artículo 80 para referirse a los niños expuestos; en el artículo 418 para referirse al nombre de la procuraduría que vela por la protección de niños y niñas; en el artículo 440 para referirse a la pérdida de la patria potestad de éstos y en el artículo 447 para referirse a las convivencias con los padres. Sin embargo el concepto menor o menor de edad se establecen en sus artículos 23, 74, 76, 79, 87, 132, 261, 300, 350, 351, 362, 377, 378, 379, 386, 387, 395, 409, 418, 437, 440, 445, 446, 447, 448, 449 bis, 465, 473, 484, 492, 494 bis, 497, 498, 500, 502, 538, 540, 542, 553, 556, 563, 591, 613, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 627, 628, 629, 630, 631, 633, 641, 1359, 1360 y 2277. Ahora bien, en cuanto al Código Civil Federal el concepto niñas o niños se expresa en los artículos 66 que se refiere a las obligaciones que tiene quien encuentra un niño expuesto; en el 323 que se refiere al derecho de no padecer violencia en la familia y la prohibición de castigos corporales, en el 423 que habla sobre el derecho de los infantes a recibir orientación en educación, cuidado y crianza de sus padres. En cuanto al concepto menores o menores de edad se expresan en los artículos 23, 31, 282, 283, 308, 390, 412, 423, 449, 450, 465, 474, 491, 494, 500, 503, 543, 544, 563, 591, 597, 1138, 1306, 1368, 1502, 1654, 1682, 1745, 1769, 1919, 1920, 2935, 2937 y 3037.

Una diferencia que se aprecia en las legislaciones referidas es en cuanto a la opinión de los infantes, ya que en el Código Civil de Querétaro se contemplan varios artículos que se refieren a ello

como una posibilidad que pueden ejercer los menores, como son nombrados por los siguientes artículos: en el 261 que dice se escuchará el deseo de los hijos para resolver la custodia en el caso de una separación por divorcio. El 367 dice que se escuchará al menor y al Ministerio Público para resolver la custodia de hijos reconocidos por padres que no viven juntos. El 445 habla sobre la opinión, pero de adolescentes para el tema de recuperación de la patria potestad. El 447 alude a que se escuchará a los menores cuando los padres eviten las convivencias. El artículo 623, refiere a que en la restitución de menores se tomará en cuenta su opinión y en el 409, donde se aborda la patria potestad, se afirma que pueden asumir los abuelos y que se tomará en cuenta la opinión del menor en una edad adolescente. Al respecto la diferencia estriba en que para el Código Civil Federal, la opinión no existe como un derecho de los infantes.

Otra diferencia de la legislación civil de Querétaro respecto de la federal es que obliga a las autoridades a buscar y proteger el interés superior de los niños y de las niñas, aun cuando sigue refiriéndose textualmente a ellos como menores. Ese interés es definido como la prioridad que éstas deben tener para otorgarles sus derechos frente al de otras personas, siempre que se trate del acceso la salud física y mental, del acceso a la educación, al mantenimiento de ambientes de respeto, a la aceptación y afecto, a la erradicación de la violencia, al desarrollo de su personalidad, al fomento de una responsabilidad personal y social y a la toma de decisiones según su edad y madurez psicoemocional, de lo cual cabe destacar que en esta última parte en cierta forma puede estar implícito un derecho a expresar su opinión.

De lo aquí citado en las referidas legislaciones civiles, se puede colegir que éstas son desactualizadas. Basta con ver la fecha de su iniciación de vigencia, hecho que da lugar a que estas leyes no sean presentes de una terminología que se coordine con la actual LGDNNA y, evidentemente, con los tratados internacionales en

materia de derechos humanos y tampoco con los criterios que han emitido al respecto los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Lo anterior provoca que sean códigos que, al mantener en su redacción la convivencia de los conceptos “menores de edad” y el de “niños, niñas y adolescentes”, significa que los legisladores los conciben como sinónimos y por lo tanto mantienen esa concepción tradicional de la niñez como seres subordinados que no pueden razonar por sí mismos. Lo anterior lamentablemente tiene consecuencias que afectan la dignidad de las infancias de la actualidad. Como consecuencia, cuando se regula la capacidad jurídica de las personas, se considera a los infantes como incapaces y se les coloca en una posición completamente pasiva y subordinada a los representantes legales. Estos pueden decidir en su nombre sin necesidad de tomarlos en cuenta y mucho menos se concibe la posibilidad de escucharlos bajo ninguna consideración. Al menos así se desprende en la legislación federal. No obstante, para la local hay excepciones donde se regula que se les puede escuchar pero en casos muy específicos, sin embargo estas no hacen otra cosa sino confirmar la concepción actualmente imperante, tratar como menores a las niñas y a los niños como menores de edad. Desde luego que no proponemos se les considere dotados de personalidad jurídica, pues efectivamente un infante está en un proceso de crecimiento, maduración y desarrollo que les impide estar en condiciones para visualizar concientemente el alcance jurídico de sus decisiones y, más aún, porque se les puede colocar en una condición de vulnerabilidad, lo que si consideramos es que sería prudente eliminar el calificativo a los niños, niñas y adolescentes como incapaces, pues ello resulta ofensivo y discriminatorio por razones de edad. Empero, nos parece prudente que ambas legislaciones continúen protegiendo a las niñas, niños y adolescentes con normas de orden público, entendiendo por estas a aquellas disposiciones que

preservan bienes y valores considerados como prioritarios para la sociedad, para lo cual se considera fundamental que la tutela estatal limite la autonomía de la voluntad en las temáticas protegidas por esta concepción jurídica (Domínguez Martínez, 2011). Ese es el caso de la regulación jurídica de instituciones como los alimentos, el reconocimiento de los hijos, la adopción, la patria potestad, la tutela, etc. Sin embargo, en consonancia al concepto de incapacidad, en ellas no se aprecia que los niños y niñas sean agentes jurídicos activos. Por el contrario, se les mantiene en la subordinación y la opacidad, motivo por el cual es menester se actualicen en este sentido.

4. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA QUE ABONAN A UN NUEVO CONCEPTO DE NIÑEZ

Para iniciar, es importante mencionar algo de lo que está haciendo la SCJN a partir del 10 de junio de 2011 en el tema de la opinión de los niños en procedimientos jurídicos, ya que lo consideramos trascendente para la construcción de un nuevo concepto de infancia, tal y como se evidencia en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia, donde por cierto se menciona lo siguiente:

Esta idea de incapacidad difundida en el imaginario jurídico afecta el reconocimiento de los derechos otorgados a NNA. Al mismo tiempo, refuerza una construcción social que les coloca en una situación de dependencia para tomar sus propias decisiones, incluida su capacidad de diálogo en los asuntos legales que les afectan. Así dicha construcción perpetúa prácticas negativas y discriminatorias que, en diversas ocasiones, se traducen en la violación de sus derechos humanos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 16)

El criterio anterior en realidad es resultado de diferentes resoluciones que han emitido diferentes órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la

Federación y de la misma SCJN a través de diferentes tesis aisladas y jurisprudenciales, donde han reconocido que los infantes y pubertos tienen capacidad para opinar y donde se aprecia la sustitución del término “menor” por el de “niñas, niños y/o adolescentes”, aunque es claro que inconscientemente en algunas se aprecia un amplio reconocimiento al derecho de niñas y niños pero paradójicamente usando el concepto de menores de edad, al respecto y no con una finalidad exhaustiva muestro algunas de estas resoluciones:

a) En la tesis aislada a que dio lugar el amparo en revisión 4102/2015, la primera sala expresó que los juzgadores al momento de hacer su ponderación para emitir resolución deben apreciar la opinión del infante tomando en cuenta la edad y debe cerciorarse que no está manipulada (Tesis aislada: 1a. CXXX/2017 (10a.), 2017).

b) En una tesis aislada derivada del amparo en revisión marcado con el número 910/2016 se dijo que los juzgadores deben tener cuidado en valorar la opinión de los niños y niñas en los asuntos en los que se dirimen aspectos que afectan su esfera jurídica. De tal forma que la opinión de los infantes no se puede tomar como un hecho aislado, sino que se debe tomar en cuenta contrastándola con otras pruebas a efecto de reforzar su convicción. Cabe destacar que en la redacción de esta tesis se expresa en varias ocasiones el concepto menor (Tesis aislada: 1a XLVIII/2018 (10a.), 2018).

c) La tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito al determinar que en un procedimiento familiar se debe procurar escuchar al niño o niña antes de emitir una resolución sobre el régimen de visitas y convivencias, a efecto de tener mayores elementos de convicción y

proteger el interés superior. (Tesis aislada : VII.2o.C237 C(10a.), 2021).

d) En abril de 2022 se publicó la tesis jurisprudencial I.4º.A.J/2ª(11ª.) la cual derivó del hecho de que las autoridades de salud del Estado de México se negaron a inocular la vacuna contra el virus del SARS-Cov-2 para la prevención del Covid-19 a infantes de entre 5 y 11 años de edad, bajo el argumento de que se violaba su derecho humano a ser escuchados y a decidir sobre si querían recibir la vacuna mediante su consentimiento informado. Ante lo cual esta declaración jurisprudencial determinó que en este caso no opera el consentimiento informado, debido a que niños y niñas de este rango de edad no cuentan con las condiciones intelectuales, emocionales y de madurez para comprender el alcance del acto médico en materia de salud, por lo que en estos casos su voluntad se sufre por el consentimiento de los padres en la medida que se favorezca la salud infantil. No obstante lo expresado en esta jurisprudencia es importante apreciar que en su redacción se continúa usando la palabra menores para referirse a la niñez (Jurisprudencia I.4o.A.J/2 A (11a.), 2022).

Como se puede observar en estas tesis aisladas y jurisprudencia, la valoración de la opinión de los niños y de las niñas está en un proceso inicial de evolución, aunque es muy importante que actualmente sea objeto de preocupación, de consideración y argumentación jurisdiccional, pues ello es esencial para proteger la dignidad humana de la niñez. No obstante, es muy loable que los jueces se alleguen de otros medios de convicción para fortalecer su postura, sobre todo cuando los infantes aún no cumplen 12 años de edad, pues es elemental se aprecie en éstos cuál es su nivel de desarrollo emocional, afectivo y cognitivo, para que bajo esta actitud sensible los juzgadores resuelvan en función de los

conocimientos que ofrece la psicología del desarrollo humano en etapa de la niñez, lo cual sin lugar a dudas abona a la protección del interés superior de los niños y de las niñas, así como a la protección amplia que deben tener como seres humanos que son. Al hacerlo, se puede decir que la SCJN está abonando a un nuevo concepto de niñez, aunque es evidente que los órganos del Poder Judicial todavía tienen mucho que trabajar en este tema, pues queda claro que hay reminiscencias del pasado, ya que como se aprecia existe una paradoja jurisdiccional, debido a que, por un lado, la corte ha expedido un protocolo para juzgar con perspectiva en las infancias repudiando el concepto “menor de edad” y, por el otro, los órganos jurisdiccionales federales e incluso los de constitucionalidad mantienen en sus resoluciones esta expresión.

5. NIÑEZ, UNA REVISIÓN GENERAL A LOS LIBROS DE TEXTO DE LA PRIMARIA

Derivado de lo analizado en los apartados anteriores, resulta importante hacer una revisión general a uno de los instrumentos didácticos al que la educación mexicana le ha prestado gran importancia en el nivel académico de la primaria: el libro de texto gratuito. Nuestro interés se sustenta en que se trata del instrumento donde las autoridades educativas mexicanas han tratado de concretar el cumplimiento a su obligación constitucional de promoción de los derechos humanos y de fomentar una educación sustentada en el respeto a la dignidad del ser humano. En este sentido, nos permite apreciar de qué manera se está contribuyendo en la construcción de una niñez que reconozca en sí misma la valía de expresar sus propias opiniones, a partir de sus propios afectos, emociones, gustos, preferencias, anhelos, etc. Es por eso que nos ha interesado hacer esta revisión a los libros de Formación Cívica y Ética, para saber qué están haciendo las autoridades educativas en pro del fomento educativo sobre un nuevo concepto de niñez. Para ello, destacamos los siguientes

temas que son tratados en los diferentes textos de los diferentes grados de la primaria que pueden contribuir a tal propósito:

a) Qué se dice sobre la niñez

Del libro de primer año destacó que se habla de la niñez. Sobre este concepto se dice en una lección que niñas y niños tienen los mismos derechos, tales como el de jugar, ir a la escuela y expresar lo que quieren o necesitan, así como el de que todos deben ser tratados con igualdad. De ese modo, les deja ver que esto debe ser así porque todos tienen el mismo valor como personas y, por lo tanto, todos tienen las mismas oportunidades y derechos. (Secretaría de Educación Pública, 2022).

b) Lecciones sobre libertad de expresión y la opinión personal de los niños y niñas

El libro de primer año se refiere a que la libertad de niños y niñas es de todos, para expresar ideas y emociones, y enfatiza que bien éstos deben auxiliarse en los adultos para tomar decisiones. En el libro de segundo grado se encuentra la lección titulada: “Expreso lo que opino y lo que necesito” (Secretaría de Educación Pública, 2020, pág. 26) donde se señala que la libertad de expresión significa decir lo que sienten y lo que piensan y que todos tienen ideas propias, aunque bien se puede cambiar de opinión. También se dice que esta libertad implica el poder elegir la forma en que se decide comunicar las ideas, lo cual se puede hacer mediante palabras, gestos, arte y artesanías. Además, señala que se debe comprender y respetar que todos tienen una opinión una forma diferente de expresarse. Exalta la importancia de tener una cultura de paz y alude al diálogo como una herramienta significativa para solucionar conflictos. Además, hay una lección dedicada a ejercitar la expresión libre de sus opiniones en el salón de clases (Secretaría de Educación Pública, 2020). En el libro de 6º grado, hay lecciones que se refieren al ejercicio de los derechos como el de la libertad de expresión, el cual indica que está reconocido en la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos y en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. (Secretaría de Educación Pública, 2022).

c) Lección sobre decisiones de las niñas y niños

En el libro de primero se hace referencia a que las niñas y niños pueden a su edad tomar algunas decisiones en plena libertad de acuerdo con su edad. Se dice que, para poder decidir, se debe elegir entre opciones que generen bienestar (Secretaría de Educación Pública, 2022) En el libro de segundo grado se habla también de las decisiones con responsabilidad, se alude a que los infantes a su corta edad ya toman ciertas decisiones e, incluso, promueve la participación colectiva al definirla como una forma de comunicación y expresión de pensamiento en una colectividad, donde se convive y donde se toman acuerdos y decisiones colectivas (Secretaría de Educación Pública, 2020).

d) Lección sobre dignidad de las niñas y niños

Respecto del libro de 3º, en una de sus lecciones se aborda el tema relativo a la vida digna, a la cual tienen derecho todas las niñas y los niños. Alude a que, si bien todas las personas tienen necesidades diferentes, en realidad todos tenemos las mismas necesidades básicas y que su satisfacción implica tener una vida adecuada y con bienestar, a lo cual denomina vida digna. En este sentido, dice que los derechos humanos existen para defenderse ante una situación que ponga en riesgo la satisfacción a una necesidad básica. Así, enfatiza algunos de estos derechos, como es el caso del derecho a no ser discriminado, al juego y al descanso, a la salud, a vivir sin violencia, a la educación, a tener una familia, a tener acceso a la información, entre otros. Aunque de manera muy particular, se destaca que también alude al derecho de participación y al derecho a la libertad de expresión (Secretaría de Educación Pública, 2022). En el libro de 4º grado aborda el tema: “Soy valioso y merezco un trato digno”, el cual se define que: “La dignidad es el derecho que todos tenemos a ser

respetados y valorados por el simple hecho de ser personas, sin importar condiciones como lugar de nacimiento, edad, sexo, lengua, cultura, religión, condición física o de salud” (Secretaría de Educación Pública, 2022, pág. 12) de igual manera dice que: “Tratar de manera digna es respetar el derecho de cada uno para decidir libremente sobre su vida, participar en su comunidad, tener las mismas condiciones para desarrollarse plenamente y ser tomado en cuenta” (Secretaría de Educación Pública, 2022, pág. 12).

De lo referido hasta aquí casi textualmente, podemos decir que queda claro que los libros revisados expresan la tendencia a construir un nuevo concepto de niñez. Especialmente, porque el propósito es que en el transcurso de su primaria, asimilen lo importante que son los niños y niñas. A pesar de que las leyes y los tratados internacionales no definen con certeza la dignidad humana, en estos libros se expresa una interesante definición, la cual deja muy en claro que los derechos humanos tienen el propósito de velar por esa dignidad, entre los cuales evidentemente se encuentra la libertad de expresión. Cabe destacar que sólo en el libro de primer grado se trata el tema de la niñez. En los textos de Formación Cívica y Ética de los subsecuentes grados también lo abordan, aunque lo hacen de manera indirecta, pues generalmente ofrecen lecciones con un enfoque hacia las niñas y niños, sustantivos éstos que, por cierto, se utilizan en la redacción de todos los libros de todos los grados. En resumen, consideramos que en cuanto al tema de la opinión de éstos, debería ser un tema más recurrente en las lecciones de los demás textos de los diferentes grados de la escuela primaria.

6. CONCLUSIONES

De los instrumentos objeto de nuestro estudio llegamos a la conclusión de que todos reconocen en diferente grado los derechos de las niñas y niños contenidos en la LGDNNA y en los tratados internacionales. Sin embargo de los tres, los libros de texto son los que, además de expresar de manera total los sustantivos niñas y niños para referirse a

los infantes, manejan un discurso que contribuye a un concepto de niñez que no los instrumentaliza. Esto ocurre especialmente porque, además de promover una consciencia en los educandos sobre la importancia de su opinión, también les hace ver su valía que tienen en sí mismos y la dignidad de la que deben gozar. Con estas consideraciones, dichos libros de texto contribuyen de manera importante al paradigma de constitucionalidad sustentado en los derechos humanos al que aspira el Estado mexicano, ya que los derechos de las infancias que se promueven en sus lecciones, lo hacen bajo una perspectiva de niñez sustentada en la dignidad y los derechos humanos.

En cuanto a las tesis aisladas y la jurisprudencia emitidos por órganos del Poder Judicial de la Federación y por órganos de constitucionalidad como lo es la SCJN, se denota que aún se encuentra su concepto de niñez en un proceso de construcción, ya que si bien los juzgadores han asumido los derechos de las infancias como base para la interpretación del derecho, lo cierto es que en algunas tesis todavía se aprecia que a los infantes se les sigue considerando como “menores”. Lo anterior resulta contradictorio, pues el protocolo que permite juzgar con perspectiva de infancia expedido por la Corte, propugna por la eliminación de este concepto. Además de que hay un progresivo avance en el reconocimiento de la opinión de los niños en varios temas. Sin embargo, es muy probable que pronto puedan erradicar estos tribunales de su léxico dicha connotación negativa, pues hay avances importantes en diversas resoluciones, tesis y jurisprudencias donde hacen evidente su progresista perspectiva jurídica en materia de la niñez y de derechos humanos. Consideramos, por lo tanto, que lo que hace falta es que los jueces se acostumbren a usar otra terminología para referirse a los infantes. Tal vez, para lograrlo se requiera de una capacitación en materia de semiótica y de epistemología para que éstos aprecien el impacto social que tienen las palabras que se usan en la

comunicación de mensajes, tal y como lo hacen cuando publican resoluciones jurisdiccionales.

De los instrumentos objeto de estudio, los que presentaron un estado de anquilosamiento fueron los códigos civiles, pues en ellos se denota que no existe una adecuación de su texto al de los derechos de las niñas y de los niños reconocidos en tratados internacionales y en la LGDNNA, porque dichos códigos lo que han integrado de estos derechos es realmente muy escueto, tal y como lo hizo con la abolición de la violencia en contra de los integrantes de la familia o como lo hizo el de Querétaro al regular la protección del interés superior de los infantes. Por otro lado, dichas legislaciones definen a los infantes como personas incapaces, lo cual es realmente lesivo para su consideración humana, pues hace que a éstos no se les escuche o no se les permita hablar y si lo hacen es muy probable que sus palabras se tomen con indiferencia, por eso es que la niñez ni siquiera es definida en ese instrumento, debido a que para la legislación civil los niños y niñas tienen una importancia mermada en los actos civiles de la vida privada, por lo cual en ésta se usa el sustantivo menores o menores de edad como concepto instrumentalista de la niñez.

Con todo lo valorado y revisado del objeto de estudio, podemos decir con satisfacción que este trabajo cumplió con los objetivos. Finalmente, se dio respuesta general a la pregunta establecida en la problemática, se logró determinar que las legislaciones civiles adolecen de un concepto que valore a los niños como un fin. Llegamos a la conclusión de que su epistémica es instrumental. En principio, porque no se preocupa por dar un concepto de niñez que abogue por la protección a su dignidad y a sus derechos humanos en cualquier ámbito de la vida privada regida por la ley civil, el cual deba privilegiar la escucha de sus opiniones en el entendido de que es el acto humano que mínimamente se le puede dirigir a otro ser humano. Queda claro que, al manejar como sinónimos en dichos códigos niño y menor, significa que en el

ámbito de la vida privada impera la indiferencia hacia sus gustos, preferencias, perspectivas, convicciones, creencias, emociones, etc., dado que son considerados auténticos subordinados que sólo deben obedecer ciegamente a los adultos. Esto nos hace plantearnos que si un código está dedicado a la regulación de la institución de la familia, necesariamente debería ser entonces un documento más sutil en los aspectos más humanos en favor de quienes más lo necesitan, como es el caso de las niñas y de los niños. En pocas palabras: para que estos códigos sean considerados como integradores de los derechos de la niñez, es ineludible que contengan un concepto humano en ellos y, al mismo tiempo, es necesario erradicar cualquier palabra que sea reflejo de la instrumentalización de las infancias. En conclusión, se puede afirmar que el proceso de asimilación de dichos derechos en las instituciones del Estado no quedará completo hasta que exista un concepto de niñez que abandone los instrumentalismos que en la Modernidad se han tenido sobre la infancia.

REFERENCIAS

- Congreso de la Unión. (1928). Código Civil Federal.
- Congreso de la Unión. (2014). Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Domínguez Martínez, J. A. (2011). Orden público y autonomía de la voluntad. En J. A. Barroso, *Cien Años de Derecho Civil en México 1910-2010* (págs. 83-91). Distrito Federal: UNAM.
- Jurisprudencia I.4o.A.J/2 A (11a.), Tesis I.4o.A.J/2 A (11a.) (Tribunales Colegiadas de Circuito 22 de Abril de 2022).
- Kant, I. (2004). *Filosofía de la historia. ¿Qué es la ilustración?* Buenos Aires, Argentina: Terramar ediciones.
- LV Legislatura del Estado de Querétaro. (2009). Código Civil.
- Merryman, J. H., & Pérez-Perdomo, R. (2015). *La tradición jurídica Romano-Canónica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura de Económica.
- Reale, G., & Antiseri, D. (2010). *Historia del pensamiento filosófico y científico. Tomo III*. Barcelona: Herder.

- Secretaría de Educación Pública . (2022). *Formación Cívica y Ética. 4o. Grado*. Ciudad de México : Secretaría de Educación Pública.
- Secretaría de Educación Pública. (2020). *Formación Cívica y Ética. Segundo Grado*. Ciudad de México: Secretaría de Educación Pública.
- Secretaría de Educación Pública. (2022). *Formación Cívica y Ética. 6o Grado*. Ciudad de México: Secretaría de Educación Pública.
- Secretaría de Educación Pública. (2022). *Formación Cívica y Ética. Primer Grado*. Ciudad de México: Secretaría de Educación Pública.
- Secretaría de Educación Pública. (2022). *Formación Cívica y Ética. Tercer Grado*. Ciudad de México: Secretaría de Educación Pública.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tesis aislada : VII.2o.C237 C(10a.), Tesis: VII.2o.C237 C(10a.) (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito 22 de Enero de 2021).
- Tesis aislada: 1a. CXXX/2017 (10a.), Tesis: 1a. CXXX/2017 (10a.) (Primera Sala 29 de Septiembre de 2017).
- Tesis aislada:1a XLVIII/2018 (10a.), Tesis:1a XLVIII/2018 (10a.) (Primera Sala de la SCJN 01 de Junio de 2018).

La tutela del derecho a la identidad mediante la cédula de identidad ciudadana

Gerardo Alan Díaz Nieto¹

Pedro Morales Zavala

¹ Facultad de Derecho de la de la Universidad Autónoma de Querétaro

Correspondencia: correo: gadn84@hotmail.com

RESUMEN

El derecho a la identidad es la vía de acceso a los derechos humanos, por lo tanto, la protección de la identidad en México es un tema de gran trascendencia, esto de acuerdo a la obligación y reconocimiento en los tratados internacionales y en el párrafo octavo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La cédula de identidad ciudadana es el documento idóneo para garantizar de manera fehaciente, progresiva y con seguridad jurídica la identidad de las personas. Ahora bien, en los objetivos de la presente investigación, se revisa el marco jurídico internacional y nacional relacionado al derecho a la identidad, para determinar si el estado mexicano cumple con las obligaciones respectivas. En la presente investigación se emplea la metodología del realismo jurídico con perspectiva de los derechos humanos, a partir de los fenómenos que están presentes en su objeto de estudio, dando lugar a un análisis jurídico a través del método inductivo-deductivo en sus dimensiones teórica, fáctica y normativa. Las técnicas de investigación han sido documentales y relacionadas a la doctrina y ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: cédula de identidad ciudadana, derechos humanos, derecho a la identidad, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The right to identity is the access route to human rights, therefore, the protection of identity in Mexico is an issue of great importance, this in accordance with the obligation and recognition in international treaties and in the eighth paragraph of article 4 of the Political Constitution of the United Mexican States. The citizen identity card is the ideal document to guarantee in a reliable, progressive manner and with legal certainty the identity of people. Now, in the objectives of this investigation, the international and national legal framework related to the right to identity is reviewed, to determine if the Mexican state complies with the respective obligations. In this research, the methodology of legal realism with a human rights perspective is used, based on the phenomena that are present in its object of study, giving rise to a legal analysis through the inductive-deductive method in its theoretical, factual and normative. The research techniques have been documentary and related to doctrine and legal systems.

Keywords: citizen identity card, human rights, right to identity, legal security.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la importancia de la cédula de identidad ciudadana, en la tutela del derecho a la identidad en México. Existen diversas problemáticas para entender la trascendencia jurídica de la identidad en el ejercicio de los derechos humanos; el objeto del trabajo es demostrar la inaplicación del mandato constitucional y lo dispuesto en la Ley General de Población, esto respecto a la instrumentación del documento de identidad. La temática tiene un enfoque interdisciplinario en aspectos jurídicos, económicos, políticos y sociales, donde el estado tiene una obligación constitucional preponderante para los fines públicos. Respecto del análisis de los instrumentos internacionales y de nuestra constitución política se establecen una serie de obligaciones respecto del derecho a la identidad.

Las constituciones son ordenamientos jurídicos que contemplan las diferentes voces de la sociedad; en ellas se plasman los derechos de las personas para el adecuado equilibrio entre éstos y el funcionamiento del estado democrático constitucional. Asimismo, las constituciones derivan del largo acontecer de reclamos y reconocimientos, que se entiende como principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del estado. (Zambrano & Cianciardo, 2019) El dinamismo social y los principios y reglas internacionales fortalecen el derecho interno, sin embargo, esto se ve limitado por el párrafo octavo del artículo 4 de la constitución mexicana, el cual es muy simple en su redacción y limitado para los alcances interpretativos.

El derecho a la identidad es una característica esencial de la persona humana, necesaria para el reconocimiento en su entorno social, la visibilidad por parte del estado para el reconocimiento y tutela de sus derechos y pilar en los derechos de la personalidad.

“El origen y fundamento de los derechos fundamentales descansa en el principio de dignidad

humana. Tal concepto indica dos ideas: por un lado, la dignidad indica la posición especial del hombre en el cosmos; por el otro, señala la posición que ocupa en la vida pública.” (Bechi, 2012, pág. 23)

La identidad debe tener el sentido de certeza y seguridad jurídica para garantizar la plena convivencia social y, además, debe ser fundamento de dignidad humana para el pleno ejercicio del libre desarrollo de la personalidad en los proyectos de vida.

En las distintas manifestaciones del derecho a la identidad, el nombre es el signo distintivo de identificación en el ámbito jurídico, pues se integra con el vocativo y los apellidos paterno y materno (como a través del tiempo y costumbre ha prevalecido). Actualmente, la legislación evoluciona y cambia el sentido del orden de los mismos, evidencia de la evolución en la percepción y progresividad de los derechos y la norma escrita.

La función judicial cobra un protagonismo en el ejercicio y tutela del derecho a la identidad definiendo el sentido y los alcances jurídicos del derecho en su fase dinámica. El marco jurídico interno se modifica bajo la influencia del derecho internacional.

La individualidad que se reconoce como persona humana debe ser garantizada de manera fehaciente, esto con la finalidad de acreditar que los rasgos de una persona son únicos y distintos a cualquier otra, así como la integridad de elementos que plasmen los rasgos físicos, jurídicos, sociales, biológicos y culturales.

“El Estado viene ineludiblemente obligado a respetar y proteger la dignidad reconocida de la persona y su dignidad, el Estado y demás entes públicos deben respetarla y protegerla” (Pérez, 1986, pág. 61).

Todo esto en su integridad configura el derecho a la identidad y se robustece en todas sus aristas y perspectivas.

El Registro Nacional de Población (RENAPO) es la institución, adscrita a la Secretaría de Gobernación de la Administración Pública Federal, que se encarga de la actividad registral de las personas en la tutela del derecho a la identidad (información de carácter confidencial) y realiza una serie de acciones encaminadas a su colaboración con los estados de la república, esto en el marco del federalismo. La Ley General de Población es el marco jurídico que regula los temas relacionados con el registro de la identidad y población; fue creado el 7 de enero de 1974. Dentro de las obligaciones y acciones que debe cumplir RENAPO están el registro nacional de población, así como contemplar a los mexicanos mayores de edad en el registro nacional de ciudadanos y el registro de menores de edad. De igual forma, se lleva un catálogo de extranjeros residentes en México y su carácter migratorio. El 22 de julio de 1992 se llevaron a cabo reformas y adiciones en el capítulo VI y VII de esta ley con la finalidad de lograr la modernización institucional.

La relevancia de esta investigación es el análisis de la regulación y ejecución de las obligaciones normativas internacionales y nacionales respecto de la función de RENAPO y la Ley General de Población, cuyo objetivo principal es materializar el mandato constitucional para la emisión de la Cédula de Identidad Ciudadana. La principal consecuencia de la omisión en la implementación del documento de identidad es el uso indiscriminado de documentos oficiales para identificarse, lo cual limita el acceso a otros derechos para el desarrollo de la vida democrática.

Actualmente, el derecho a la identidad en la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de conformidad a los ordenamientos internacionales, encuentra gran relevancia para los infantes, al ser un sector vulnerable, esto en atención al interés superior del menor. El derecho a la identidad personal de niños y jóvenes es definido como:

“Un atributo de la persona humana, Derecho Humano absoluto, personal e imprescriptible,

objeto de protección nacional e internacional”. (Del Gatto, 2000, pág. 2)

Además del registro gratuito, universal y oportuno, es indispensable contar con un documento idóneo de identificación para proteger su esfera de derechos.

“El nombre es uno de los elementos más polémicos en cuanto parte del derecho a la identidad como derecho subjetivo. El nombre es el conjunto de vocablos, el primero opcional y los segundos por filiación, mediante los cuales una persona física es individualizada e identificada por el Estado y la sociedad.” (Dominguez, 2015, pág. 65)

La políticas públicas para garantizar el derecho a la identidad plantean el fortalecimiento del RENAPO a través del mejoramiento integral de la institución registral de actos civiles, esto mediante el uso y adopción de la Clave Única de Registro de Población (CURP) como el componente primario de intercambio de información entre los tres órdenes de gobierno y mediante la emisión del documento establecido por la Ley General de Población, el cual debe garantizar la unicidad de la identidad biográfica y biométrica de la población.

Actualmente, la credencial para votar del Instituto Nacional Electoral (INE) es el documento utilizado para la identificación oficial de las personas y realizar diversos trámites (tanto públicos como privados). Cuenta con un padrón electoral de aproximadamente 90 millones de inscritos. Su función principal es poder ejercer el derecho humano a votar y ser votado. De acuerdo a la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la función medular de la credencial para votar es la de ejercer los derechos políticos electorales. De aquí la necesidad de la Cédula de Identidad Ciudadana; si bien es cierto que, de acuerdo al numeral 126 de la ley ya señalada, esta credencial relaciona los datos que aporta la Ley

General de Población a través de RENAPO, aunque su función se ha llevado de forma provisional.

El INE manifiesta que, al ser un órgano constitucional autónomo y de participación ciudadana, genera mayor certidumbre para los mexicanos en el manejo de la información personal. Actualmente cuenta con una lista nominal aproximadamente de 90 millones de ciudadanos.

La metodología de esta investigación se apoya en el realismo jurídico con perspectiva de los derechos humanos, esto a partir de los fenómenos que están presentes en su objeto de estudio, dando lugar a un análisis jurídico a través del método inductivo-deductivo en sus dimensiones teórica, fáctica y normativa. Es importante resaltar que dentro del presente trabajo se busca socializar los efectos jurídicos en diversos campos de la investigación. Por lo anterior, se abordará cómo la Cédula de Identidad Ciudadana es el instrumento que coadyuva a garantizar el derecho a la identidad. ¿Cómo el derecho a la identidad tiene relación con los derechos humanos? ¿Cuál sería la forma de garantizar el derecho a la identidad mediante la Cédula de Identidad Ciudadana? La hipótesis sostenida es que la Cédula de Identidad es indispensable para lograr que el estado pueda dar cumplimiento al mandato constitucional en la tutela de los derechos humanos, de lo contrario existiría una simple simulación en el goce y protección de los derechos y un desacato al mandato constitucional, lo cual viola el enfoque garantista.

MÉTODO

Para estudiar la importancia y necesidad de la Cédula de Identidad Ciudadana en México fue necesario revisar la doctrina referente al derecho a la identidad, así como el análisis del marco jurídico internacional y nacional para revisar las obligaciones del estado mexicano para garantizar de forma fehaciente la identidad de personas.

Se revisó en el ordenamiento jurídico internacional el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del hombre:

“Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 24

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.” (Organización de los Estados Americanos, 1976)

Se revisó, también, la Convención Sobre los Derechos del Niño:

“Artículo 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8.

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.” (Naciones Unidas, 1989)

De igual forma, se revisó La Convención Interamericana de los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”:

“Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica.

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

Carta Interamericana de Derechos Humanos La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

(OAS, 1978)

Para el análisis del ordenamiento nacional, se revisó específicamente el párrafo octavo del artículo 4 constitucional y la Ley General de Población reglamentaria del numeral ya citado, así como la Ley Electoral que regula lo relativo a la identificación oficial del INE.

También, se realizó una revisión de las principales noticias en torno al estado actual de la implementación de la creación de la Cédula de Identidad Ciudadana.

RESULTADOS.

El estado mexicano debe socializar y promover mecanismos que generen el acceso al derecho de identidad de forma inmediata mediante el registro y la primera acta de nacimiento, esto para dar cumplimiento al párrafo octavo del numeral 4 de la carta magna y, de esta manera, garantizar la identidad jurídica y el reconocimiento a la persona como un ser único bajo la protección del sistema jurídico, sobre todo para los sectores económicos más vulnerables. Por lo anterior, el estado debe reconocer la identidad de las personas en la población determinada, instaurar los mecanismos más idóneos de acceso universal y gratuito con la finalidad de lograr integrar la identidad jurídica con

la identidad personal y, como consecuencia, un documento que garantice la identidad de forma fehaciente. De acuerdo al aparato administrativo, es importante contar con sistemas de registros incluyentes, accesibles y eficientes que proporcionen a cada individuo los documentos que hagan prueba plena de su identidad.

El derecho a la identidad, de conformidad con la Ley General de Población, debe unificar la identidad jurídica y biométrica mediante el iris de los ojos y las huellas dactilares a través de la clave CURP. Actualmente, no se cuenta con un documento que acredite las acciones señaladas; es una obligación constitucional que se debe cumplir, pues en América somos de los pocos países que no contamos con una Cédula de Identidad Ciudadana.

Para contar con políticas públicas eficientes, resulta necesario cumplir con los objetivos pendientes por el estado mexicano. Si bien se cuenta con la CURP como el identificador único, ésta no garantiza de manera completa e integral la identidad de las personas.

Actualmente, la credencial para votar emitida por el INE es el documento de identidad oficial comúnmente utilizado por los ciudadanos para identificarse ante los sujetos obligados para el ejercicio de derechos y la realización de trámites administrativos, (Diario Oficial de la Federación, 1992) pues es reconocida por instituciones públicas y privadas. Al 17 de junio de 2022, la lista nominal, que contiene datos de aquellos ciudadanos que solicitaron su inscripción al padrón y cuentan con su credencial para votar con fotografía vigente, ascendía a un total de 92 239 321 ciudadanos (Instituto Nacional Electoral, 2022) El uso de la credencial para votar como un mecanismo de identificación es una función provisional desde el año 1992, pues la finalidad principal es el sufragio electoral. Los datos personales que contiene la credencial son los siguientes: nombre completo, sexo, fecha de nacimiento, en algunos casos domicilio, entidad federativa, municipio y localidad, firma, fotografía, huella dactilar, CURP, clave de elector y OCR5. El documento tiene una

vigencia de diez años, lo anterior de conformidad con lo señalado en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. La información de los datos personales debe ser protegida de conformidad con el artículo 16 de la carta magna; el tratamiento de datos es primordial para evitar y disuadir problemáticas que actualmente adolecen a la sociedad, como lo es la duplicidad, usurpación y robo de identidad.

La cédula de identidad es el documento idóneo para acreditar de manera fehaciente la identidad personal. Las políticas públicas emitidas por el gobierno federal en coordinación con las entidades federativas tienen como finalidad garantizar el proyecto nacional de identidad, ya que establecen ejes rectores de prioridad a los grupos vulnerables y unifican la identidad para generar certeza y garantizar su individualidad.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.

La obligación del estado de garantizar el derecho a la identidad y otorgar el documento idóneo que acredite de manera fehaciente la identidad personal, ha quedado suspendida por temas políticos y económicos. Si bien es cierto que, de conformidad al transitorio cuarto del decreto de la Ley General de Población, la credencial para votar de forma provisional funge como el documento oficial de identificación, también es cierto que se está incumpliendo con lo establecido en la ley cimera, pues la obligación primaria es expedir la Cédula de Identidad Ciudadana (derivada de la RENAPO) que concentre e integre la información de todas las personas, tanto mayores de edad y sobre todo los menores de edad, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la tutela y ejercicio de sus derechos.

Las instituciones públicas y privadas actualmente solicitan documentos de identificación para la realización de diversos trámites; es de gran necesidad lograr la seguridad en la identificación de una persona. Los documentos que por uso realizan la función son el pasaporte, la cédula profesional, la cartilla militar, la licencia de conducir y la

credencial INAPAM. Para el caso de los menores de edad es más complicado, pues se solicita credencial emitida por instituciones de educación pública o privada, con el reconocimiento de validez oficial con fotografía y firma.

No existe uniformidad en la forma de identificarse por parte de las personas ante las instituciones públicas y privadas. En el 2021 se presentó un proyecto de adición al numeral 110 Bis de la Ley General de Población, para incluir un listado de documentos oficiales de identificación, lo cual es un retroceso en la tutela del derecho a la identidad, pues no existe progresividad.

Actualmente, en el caso de los menores de edad que no cuentan con un documento que acredite su identidad, se usa la credencial de una institución de educación pública o privada, lo cual, a todas luces, no garantiza el derecho de identidad personal de forma fehaciente. Tener un nombre y una nacionalidad, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho reconocido universalmente para todas las personas sin excepción. Se estima que en el mundo hay aproximadamente 230 millones de niñas y niños de menos de cinco años que no cuentan con registro de nacimiento ni un documento de identidad. (UNICEF-INEGI, 2018) La implementación de la cédula de identidad tuvo sus primeras acciones en el sexenio del presidente Felipe Calderón Hinojosa y se realizaron las adecuaciones respectivas en la Ley General de Población en el año 2011. La cédula de identidad inició su operación en Guanajuato, Colima y Baja California para menores de 18 años. Dentro de los elementos del registro, se verificaba acta de nacimiento, nombre de padres, fotografía, registro de iris del ojo en imagen codificada y CURP. En el sexenio de Enrique Peña Nieto se retomó el tema en el compromiso 33 del Pacto por México del año 2012, pero no se realizó el objetivo.

Al revisar la información emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su opinión Consultiva 17/2002, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002) se observa que el estado debe tener una posición activa

en la tutela de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, además de la creación de políticas públicas que permitan el acceso y cobertura amplia en la promoción, respeto, protección y garantía plena de los derechos inherentes al interés superior del menor, tales como educación, salud y otros derechos. Para la CIDH, la vida digna y el derecho a la vida son esenciales desde la dignidad humana del infante. El acceso a todos los derechos consagrados en instrumentos internacionales y en nuestra constitución política, parten y emanan del derecho a la identidad, esto a partir del registro de nacimiento, acta de nacimiento y, sobre todo, el documento idóneo que acredite de manera fehaciente y segura su identidad personal.

La cédula de identidad ciudadana debe ser una política y estrategia del estado mexicano, un instrumento de tutela del derecho a la identidad. El documento de identidad es utilizado con diferentes nombres en distintos países, los cuales incluyen Argentina, Bélgica, Brasil, Bolivia, Costa Rica, Chile, España, El Salvador, Francia, Guatemala, Italia, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Algunos de los aspectos que han retrasado esta política pública son: los costos de la operación, la posible disminución del voto por parte de los ciudadanos y la duda sobre el uso y resguardo de la información.

La Cédula de Identidad Ciudadana es el documento idóneo que la constitución política, en su artículo 36 y sus leyes generales, ordena la operación e implementación. Además, contribuye al estado de derecho, específicamente en garantizar el derecho de identidad personal y, de igual forma, estandariza la forma única de identificación de todas las personas, pues elimina el uso indiscriminado de documentos que pretenden acreditar la identidad y regular en conjunto la protección de datos personales como derecho humano.

REFERENCIAS

Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. México: Fontamara.

González, J. (1986). *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, S.A.

Del Gatto, D. (2000). *El Derecho a la Identidad como Derecho Humano Fundamental; Taller Regional sobre "El Derecho a la identidad de Niños y Adolescentes en el MERCOSUR*.

Cantoral, Karla. (2015). *El derecho a la identidad del menor: el caso de México*, *Rev. Boliv. de Derecho*, número 20.

Zambrano, P. & Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del derecho*, Buenos Aires: Marcial Pons.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2023). Organización de los Estados Americanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&1ID=2>

Convención sobre los Derechos del niño. (2023). Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recuperado de http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Di scapacidad/Conv_DNi%C3%B1o.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San Jose de Costa Rica". (2023). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de <http://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

Diario Oficial de la Federación. (2023). La calidad de medio de identificación personal para trámites administrativos se reconoce desde el artículo Cuarto Transitorio del Decreto de Reformas de la Ley General de Población, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1992. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4678146&fecha=22/07/1992

Instituto Nacional Electoral. (2023). Estadística lista nominal y padrón electoral. Recuperado de <http://www.ine.mx/credencial/estadisticas-lista-nominal-padronelectoral/>

UNICEF – INEGI. (2018). Derecho a la Identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México. Recuperado de https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Opinión Consultiva 17/2002, San José de Costa Rica. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Educación: un derecho humano que posibilita el acceso a la justicia¹

Gemma Fernández Pichardo², Leonardo Senén Cabello Álvarez²

²Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro.

Correspondencia: leonardo.cabello@uaq.mx

Resumen

La educación como derecho humano posibilita una mejora en la calidad de vida de los seres humanos al tener como objetivo el sacarlos de la pobreza; además, posibilita la superación de las desigualdades y garantiza el desarrollo sostenible, tanto individual como colectivo. Sin embargo, históricamente en México las condiciones de acceso a la educación y las posibilidades de una educación de calidad están condicionadas por el entorno social, económico, cultural y político de la población en la que se encuentre el sujeto. Hoy en día, los grupos vulnerables son transgredidos en sus derechos; principalmente, la apropiación simbólica y material de los derechos comienza con la educación, su acceso y su calidad. De aquellos que conforman los grupos vulnerables, tenemos en el estado de Querétaro a la comunidad de Santiago Mexquititlán, en Amealco de Bonfil, la cual está compuesta por población considerada indígena originaria, donde su principal lengua es el hñöñö. El objetivo del presente artículo es describir y analizar las características de la educación institucional en la comunidad de Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro. La metodología empleada para el presente artículo parte de una investigación que tiene un enfoque cualitativo de carácter documental; el marco epistemológico con el que se abordó es el constructivismo. El alcance fue de corte exploratorio-descriptivo. La muestra se construyó con los documentos que hacen referencia a la comunidad de Santiago Mexquititlán y el sistema educativo que se encuentra vigente, publicados de 2018 a la fecha. El analfabetismo es casi tres veces superior al nivel nacional, la infraestructura de las escuelas en los sistemas educativos en la comunidad es básico, no poseen conexión a internet y se muestra una desigualdad e inequidad en la repartición de materiales que posibiliten una educación de calidad y, por ende, digna. La comunidad carece de una escuela de nivel secundaria que posibilita el acceso al nivel de bachillerato. Una educación digna y de calidad permite a los seres humanos no solo poseer nociones teóricas sino convertir en praxis ese conocimiento; por esta razón, la exigencia de derechos es posible a partir de una educación con perspectiva de derechos humanos que posibilita el acceso a la justicia.

Palabras clave: Derechos Humanos, derechos sociales, educación, pueblos indígenas originarios.

Abstract

Education as a human right makes it possible to improve the quality of life of human beings by lifting them out of poverty, making it possible to overcome inequalities and guaranteeing both individual and collective sustainable development. However, historically in Mexico, the conditions of access to education and the possibilities of a quality education are conditioned by the social, economic, cultural and political environment of the population in which the subject is located. Nowadays, vulnerable groups are violated in their rights, mainly the symbolic and material appropriation of rights begins with access to and quality of education. Among the vulnerable groups in the state of Querétaro is the community of Santiago Mexquititlán in Amealco de Bonfil, which is made up of a population considered to be an indigenous community or people whose main language is Hñöñö. The objective of this article is to describe and analyze the characteristics of institutional education in the community of Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro. The methodology used for this article is based on qualitative research with a documentary approach, the epistemological framework with which it was approached is constructivism. The scope was exploratory-descriptive. The sample was constructed from documents that refer to the community of Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro and the educational system that is in force, published from 2018 to date. Illiteracy is almost three times higher than the national level, the infrastructure of the schools in the educational systems in the community is basic, they do not have internet connection and there is inequality and inequity in the distribution of materials that make possible a quality education and therefore dignified. The community lacks a secondary school that would allow access to high school. A dignified and quality education allows human beings not only to possess theoretical notions but also to convert this knowledge into praxis, so that the demand for rights is possible from an education with a human rights perspective, making access to justice possible.

Keywords: indigenous people, education, Human Rights, social rights

¹ El capítulo es producto derivado del proyecto de investigación titulado *Accesibilidad a la Administración de Justicia de Pueblos Indígenas Originarios*, el cual es financiado por el Fondo para el Desarrollo del Conocimiento (FONDEC-UAQ-2022). De igual manera es considerado para la Mtra. Gemma Fernández Pichardo requisito en opción al grado de Doctora en Educación por la Universidad Organismo Mundial de Investigación (OMI), campus San Juan del Río, Querétaro.

Introducción

La educación en los Estados Unidos Mexicanos es pensada a partir de diversos contextos. Esto es así porque la condición del territorio mexicano es pluricultural y en él acontecen producciones económicamente diversificadas, para cada una de las regiones y las condiciones geográficas que se localizan en cada estado. Lo anterior implica repensar los procesos de enseñanza-aprendizaje, no sólo por estado de la república, sino por región y localidad, es decir, de lo macro a lo micro. En términos institucionales, cada escuela en sus distintos niveles de educación subyace y padece según los diversos accesos que cada población tiene a su alcance para satisfacer sus necesidades. De nada sirve la educación teórica sino se convierte en praxis y, para ello, el ser humano debe tener posibilidades de elegir sobre su desarrollo y acceder a dicha elección, esto a través de incorporar en su vida cotidiana la noción de derechos y la exigencia de éstos. De este modo, es pertinente conocer las transiciones que, de manera general, han acontecido en lo que institucionalmente se refiere al sistema educativo con el propósito de encuadrar el presente trabajo.

La llegada de los españoles puso fin a la educación del México prehispánico. En 1593, los franciscanos y dominicos se establecieron en territorio mexicano con el encargo de la educación e imposición del catolicismo. En el año 1551, el Rey Carlos V decretó la construcción de la Real y Pontificia Universidad de México, en la cual se instauraron cuatro facultades; Teología, Derecho, Medicina y Artes. En 1572, los jesuitas fundaron instituciones educativas en las ciudades más grandes e instruyeron a un sector de la población en religión, forma de vida y conocimientos europeos (Guerrero Olvera, 2018). De esta manera, la *nueva* educación de ese tiempo se occidentalizó y, con ello, se impusieron las verdades y creencias europeas en la América. Por supuesto, todo esto dio comienzo a lo que hoy conocemos como el fenómeno del eurocentrismo.

Tras la declaración de independencia, en 1814 y dentro de la Constitución de Apatzingán, se expresó que la instrucción era necesaria a todos los

ciudadanos y debía ser favorecida por la sociedad con todo su poder. Esto último, claramente y bajo la limitante que la propia religión imponía, pues la calidad de ciudadano podía perderse por ser contraria a las nociones, principios y prácticas católicas imperantes de la época, por lo que traía como consecuencia la pérdida de esa instrucción. Esto si entendemos dicha instrucción como un modelo de enseñanza tradicional sobre la reproducción de conductas, lo que resultaba, para este caso, en conductas avaladas por la religión católica.

Después de la Revolución mexicana, se promulgó la Constitución de 1917 y se decretó en su artículo 3º que la educación es obligatoria, laica y gratuita. Posteriormente, en 1921 se instituyó la Secretaría de Educación Pública (SEP), la cual posibilitó los comienzos del proceso de federalización de la educación en México. Es en 1970 cuando aconteció la incorporación de mujeres en las escuelas de educación superior y se crearon diversas instituciones que permitieron que en 1990, sólo el 12% de la población fuera analfabeta.

De 2001 a 2006 aconteció el fenómeno que políticamente fue denominado *Revolución Educativa* (Guerrero Olvera, 2018), el cual tenía como objetivo propiciar educación de calidad y vanguardia para todos. Es en el año 2002 cuando se reformó el artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para postular que el nivel preescolar era obligatorio.

En 2011 aconteció un cambio de paradigma en el derecho, no sólo en su condición teórica sino también en su condición práctica, y fue el paso de garantías individuales a derechos humanos, lo cual tuvo implicaciones en la forma de hacer praxis en la ciencia del derecho. Entre los derechos humanos encontramos el derecho a la educación, mismo que repunta como base del respeto a la dignidad de la persona a partir de una lectura de derechos humanos e igualdad sustantiva.

A pesar de todo lo anterior, actualmente en el mundo hay 244 millones de niños, niñas y adolescentes que no se encuentran escolarizados, esto debido a factores sociales, económicos y culturales. La Organización de las Naciones

Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) postula que la educación es un derecho humano que permite sacar a los seres humanos de la pobreza, superar las desigualdades y garantizar un desarrollo sostenible (UNESCO, 2023). De este modo, la educación resulta ser un pilar fundamental no sólo de la persona, en tanto individuo, sino en tanto partícipe y productor de la sociedad en la que vivimos y en la que queremos vivir. Es en este punto donde educación y derecho convergen, pues la posibilidad de hacer exigible el derecho a la educación y, por ende, los demás derechos por parte del ser humano, implica que éste sea consciente de ellos y, en consecuencia, se los apropie con la finalidad de exigirlos o señalar su violación. Lo anterior posibilita un primer paso al acceso a la justicia.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que el *acceso a la justicia* es un principio básico del estado de derecho. Sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones. La Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho hizo hincapié en el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables; además, reafirmó el compromiso de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica (ONU, 2022). Es menester recordar que los grupos vulnerables se distinguen por poseer características que, dadas por sus condiciones de edad, sexo, condición física o mental, estado civil, origen étnico y nivel educativo, requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia dentro de la sociedad.

Los grupos vulnerables están conformados por varios sectores de la comunidad, entre los cuales se encuentran las comunidades y pueblos indígenas originarios. En estas comunidades o pueblos se puede dar cuenta del fenómeno multifactorial de ser o pertenecer a reiteradamente

a más de un grupo vulnerable. Frente a esto, la educación posibilita en los grupos vulnerables la exigencia colectiva e individual del respeto de sus derechos. En suma, la educación permite al ser humano el desarrollo sostenible y superar las desigualdades, lo cual permite un acceso a la justicia viable y pertinente.

La educación no debe ser para la teoría sino para la praxis. Ante esta aseveración es necesario reconocer en primer momento cuales son las condiciones de educación institucional que hay en los pueblos indígenas originarios. Es por lo anterior que cabe preguntarse ¿cuáles son las características de la educación institucional en la comunidad de Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro?

Método

El presente artículo es un recorte derivado del proyecto investigación titulado *Accesibilidad a la Administración de Justicia de Pueblos Indígenas Originarios*, el cual es financiado por el Fondo para el Desarrollo del Conocimiento (FONDEC-UAQ-2022) y tiene por objetivo general el describir y analizar la accesibilidad a la administración de justicia de primera instancia judicial de la comunidad de Santiago Mexquititlán, Amealco de Bonfil, Querétaro.

De tal manera, la metodología empleada para el presente artículo parte de una investigación que tiene un enfoque cualitativo de carácter documental; el marco epistemológico con el cual se abordó es el constructivismo. El alcance fue de corte exploratorio-descriptivo. La muestra se construyó con los documentos que hacen referencia a la comunidad de Santiago Mexquititlán y el sistema educativo que se encuentra vigente, los cuales fueron publicados de 2018 a la fecha. El tamaño de la muestra fue definido bajo el criterio de saturación teórica, dado el carácter cualitativo del estudio. Se analizaron los datos estadísticos expuestos por la instituciones nacionales y estatales en relación con el derecho humano a la educación y el acceso a la justicia de dicha comunidad, la cual se ha definido como comunidad originaria. Se ha decidido usar el

término “pueblos originarios” y “comunidades originarias” para referirnos a lo que coloquialmente conocemos como pueblos o comunidades indígenas. Lo anterior es así porque consideramos que la reivindicación histórica que permite el análisis desde los derechos humanos, principalmente los de tercera generación, es necesaria para este grupo vulnerable.

Resultados

En el año 2020, en los Estados Unidos Mexicanos había una población originaria de 16 933 283 personas, la cual representa el 15.1 % de la población total. México ha adoptado la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues se ha concebido en una nación pluricultural desde 1992. Sin embargo, la población correspondiente a las comunidades originarias del país se sigue enfrentando a numerosos desafíos (IWGIA, 2020), entre ellos el acceso a la justicia y, por ende, a la administración de la misma.

El estado de Querétaro cuenta con una población de 2 368 467 de habitantes. El grado promedio de escolaridad es de 10.7 años y el analfabetismo es del 3.3 %. En el ciclo escolar 2021-2022 se matricularon un total de 647 456 estudiantes, de los cuales 328 592 (50.8 %) son mujeres y 318 864 (49.2 %) son hombres. El 73.1 % de la matrícula pertenece a los grados de educación básica, el 13.3 % a la educación media superior y 13.7 % a la educación superior (SEP, 2022). De estos datos, se puede observar que la pirámide de matriculación, en términos del nivel educativo, es inequitativa de manera tajante.

El municipio de Amealco de Bonfil se localiza al sur del estado de Querétaro (H. Ayuntamiento, 2018). En 2020, el panorama sociodemográfico de México (INEGI, 2020) señaló que el municipio contaba con el 2.8 % de la población estatal, esto es, 66 841 habitantes, de los cuales la edad media tenía 24 años y existía una razón de dependencia de 63 personas en edad de dependencia por cada 100 en edad productiva. El 18.69 % de la población habla una lengua correspondiente a los pueblos originarios (otomí y

náhuatl son las lenguas más frecuentes, la primera en 99 % y la segunda en un 0.3 %); de esta población que habla una lengua correspondiente a los pueblos indígenas originarios, únicamente el 3.86 % no habla español. De la población total del municipio de Amealco, el 11.7 % no tiene escolaridad, el 67.8 % tiene nivel básico, 13.8 % posee nivel escolaridad media superior y el 6.5 % cuenta nivel superior de escolaridad. De la población que se encuentra afiliada a los servicios de salud, el 80.2 % pertenece al Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI). En el municipio de Amealco de Bonfil existen 159 localidades, todas rurales (con menos de 2 500 habitantes), a excepción de la cabecera municipal y San Ildefonso Tultepec (considerada semiurbana).

En el plan de desarrollo municipal de Amealco (H. Ayuntamiento, 2018), se señaló al municipio como el de mayor número de población y comunidades indígenas originarias en el estado de Querétaro, con 30 comunidades originarias. De ellas, cuatro se clasificaron en un muy alto grado de marginación y el resto con alto grado de marginación. Las localidades que presentaron mayor número de habitantes de pueblos indígenas originarios son San Ildefonso Tultepec (centro) y Santiago Mexquititlán Barrio 5° (El Pastoreo). En la cabecera municipal de Amealco de Bonfil se localiza la mayoría del equipamiento de la administración pública y de servicios, por lo que la población debe trasladarse hasta ésta para realizar gestiones, entre ellos los de administración de justicia.

En el municipio de Amealco de Bonfil, el porcentaje de asistencia a la escuela durante el 2020 fue alarmante desde una perspectiva de derechos humanos y el derecho al libre desarrollo e interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Podemos dar cuenta de lo anterior en el Atlas de los servicios educativos (SEP, 2022), el cual permite llevar a cabo un panorama general de la educación del municipio. Para nuestro estudio se deben considerar las siguientes cifras para el análisis y la discusión: la población de 3 a 5 años de edad tuvo un porcentaje de asistencia de entre 60 % y 70 %, mientras que de 6 a 11 años de edad fue de 95 % a 100 %; del rango de edad de 12 a 14

años la asistencia descendió a 85 % a 90 %, sin embargo, la caída abrupta se dio en la población de 15 a 17 años de edad con una asistencia a que fue de 50 % a 60 %. Por otro lado, el porcentaje de la población en el municipio de Amealco de Bonfil que no sabe leer y escribir se ubicó entre 7.5 % y 10 %. Al respecto del índice infraestructura educativa, en 2020, para las escuelas primarias y secundarias del municipio, fue de 0.4 a 0.5. En el ciclo escolar 2021-2022, el acceso a infraestructura de escuelas primarias y secundarias fue de un 90 % a 100 % en electricidad y agua potable, mientras que de un 80 % a 90 % en lavabo de manos, lo cual desciende abruptamente de un 50 % a 60 % en computadoras. Por lo que respecta a infraestructura y materiales adaptados, el municipio presentó un amplio rezago que oscila entre 10 % y 20 %. En último lugar, tenemos el acceso a internet que fue de 0 % a 10 %. Estos datos posicionan al municipio en un nivel de marginación medio en términos de educación.

Por otro lado, la tasa de analfabetismo de Amealco de Bonfil en 2020 fue 11.1 %. Del total de población analfabeta, 33.4 % correspondió a hombres y 66.6 % a mujeres (Gobierno de México, 2023). Lo anterior demuestra una amplia desigualdad e inequidad entre el hombre y la mujer. Asimismo, el Sistema de Información y Gestión Educativa (SIGED, 2023) reportó que en Santiago Mexquititlán (considerando todos sus barrios: 1°, 2°, 3°, 4° y 5°) cuenta con ocho preescolares, siete primarias y un bachillerato, todas estas escuelas de turno matutino, con sostenimiento público. La matrícula de estudiantes en preescolar es de 289 estudiantes, en primaria es de 926 estudiantes, para secundaria de 0 estudiantes y para bachillerato de 269 estudiantes. A nivel preescolar el 51.9 % son niños y el 48.1 % son niñas. Por lo que respecta a nivel primaria, el 49.4 % son niños y el 50.6 % son niñas. A nivel bachillerato, el 43.1 % son hombres y el 56.9% son mujeres. Sobre los equipos de cómputos con los que se cuentan en las escuelas: el nivel preescolar cuenta con 9 computadoras en las 8 escuelas; a nivel primaria se reportaron 43 equipos de cómputo en las 7 primarias, sin embargo cabe resaltar que dos escuelas no reportaron

información; por último, a nivel bachillerato no se reportó información. Es de resaltar que la distribución de equipos de cómputo por escuela es desigual e inequitativa; por un lado, una de las dos primarias de la zona de Santiago Mexquititlán, Barrio 5° (El pastoreo) cuenta con 19 equipos de cómputo, mientras que en el Barrio 1°, una de las primarias cuenta con 10 equipos de cómputo, lo cual contrasta con lo que sucede en el Barrio 2°, donde únicamente cuentan con 3 equipos de cómputo. Estos datos se muestran en la Tabla 1:

Tabla 1. Distribución de equipos de cómputo por escuela.

LOCALIDAD	NIVEL ESCOLAR	COMPUTADORAS
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 1RO.	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 1RO.	PRIMARIA	10
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 2DO.	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 2DO.	PRIMARIA	3
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PREESCOLAR	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PRIMARIA	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PRIMARIA	2
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	BACHILLERATO	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PREESCOLAR	3
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PRIMARIA	9
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PREESCOLAR	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PRIMARIA	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PRIMARIA	19

Fuente: Elaboración a partir de datos del SIGED.

En términos de recreación, de las localidades que integran Santiago Mexquititlán sólo tres primarias cuentan con cancha y patio, mientras que de las ocho preescolares, únicamente siete cuentan sólo con una cancha o con un patio. A nivel bachillerato no se registró dato alguno como se muestra en la Tabla 2.

Tabla 2. Cantidad de canchas y patios en las escuelas.

LOCALIDAD	NIVEL ESCOLAR	CANCHAS	PATIOS
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 1RO.	PREESCOLAR	0	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 1RO.	PRIMARIA	1	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 2DO.	PREESCOLAR	1	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 2DO.	PRIMARIA	1	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PREESCOLAR	1	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PREESCOLAR	0	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PRIMARIA	N/R	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 3RO.	PRIMARIA	1	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	BACHILLERATO	N/R	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PREESCOLAR	0	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PREESCOLAR	1	0
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 4TO.	PRIMARIA	1	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PREESCOLAR	0	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PREESCOLAR	0	1
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PRIMARIA	N/R	N/R
SANTIAGO MEXQUITITLÁN BARRIO 5TO. (EL PASTOREO)	PRIMARIA	1	1

Fuente: Elaboración a partir de datos del SIGED.

A pesar de buscar información documental y datos concernientes a las bibliotecas o cantidad de libros de consulta que posee cada uno de los niveles educativos, no se localizó dato alguno. El bachillerato reportó datos incompletos para la información vertida en el SIGED, lo cual permitió el análisis contextual de la comunidad de Santiago Mexquititlán.

Discusión y conclusiones

Como se mencionó, las comunidades y pueblos indígenas originarios viven un momento de reivindicación histórica. Lo anterior es parte de la evolución de los derechos humanos, pues se inscriben en la tercer generación, los cuales también son llamados derechos de los pueblos o derechos de solidaridad porque corresponden a derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de cooperación entre los pueblos (Aguilar Cuevas, 1998). Sin embargo, la lucha por estos derechos aún continúa, pues los pueblos y comunidades indígenas originarias son consideradas parte de los grupos vulnerables (CNDH, 2021). Ciertamente damos cuenta de lo argumentado por Marcelo Raffin, quien estableció los derechos humanos como la invención paradójica de la modernidad y del sujeto moderno

como legitimación de las nuevas formas de vida burguesa, pues el discurso de los derechos humanos en comienzo era dirigido a europeos masculinos, mayores, blancos, burgueses y propietarios (Raffin, 2006). De tal manera, el derecho humano a la educación se localiza en la segunda generación de éstos, los cuales también son reconocidos como derechos sociales de segunda generación. Mientras que los derechos de los pueblos se han posicionado como derechos humanos de quinta generación. De lo anterior, se deduce que existe una brecha generacional entre el reconocimiento de derechos de las comunidades y pueblos indígenas originarios y el derecho humano a la educación, pues son de remarcar las carencias de infraestructura educativa que hay en Santiago Mexquititlán en acceso a internet y equipos de cómputo.

Por otro lado, si consideramos que en 2020 el 4.7 % de la población pertenecía a la tasa de analfabetismo en el país (INEGI, 2021) y en Amealco de Bonfil la tasa de analfabetismo, ese mismo año, fue de 11.1%, implica que Amealco está por arriba de la media nacional, casi triplicando la tasa de analfabetismo nacional. Cabe destacar y sumar a lo anterior que desde los años treinta en Estados Unidos se acuñó el concepto de analfabeta funcional, el cual ha ido aclarándose con los años. Este concepto recae sobre la persona que ante cierta información o conocimiento en codificación alfabética es incapaz de operacionalizar en acciones (Jiménez del Castillo, 2005). Mario Waissbluth describe a los analfabetas funcionales como personas que saben leer pero que no entienden lo que leen. Además, quien no entiende lo que lee tampoco comprende lo que escucha. El 60 % de los adultos son analfabetas funcionales en América Latina (FLACSO, 2016). Bajo esta lógica, es importante señalar que los niveles de escolaridad no son compatibles con el desempeño real de los estudiantes y profesores en lo referente al dominio de la lengua. México encara un déficit en la expresión oral, la lectura y la escritura; carencias opuestas a la destreza esperable en sujetos sometidos a procesos de alfabetización durante doce a quince años previos al ingreso universitario (Fregoso Peralta & Aguilar

González, 2013). En consecuencia, si atendemos a los niveles de analfabetismo en Amealco de Bonfil y, particularmente, en la zona de Santiago Mexquititlán, así como las condiciones en las que se da la promoción de grado en educación básica, observamos como se complica el objetivo que tiene el derecho a la educación como derecho humano, el cual es superar las desigualdades y garantizar el desarrollo sostenible.

La falta de oferta de educación secundaria en Santiago Mexquititlán implica claramente una barrera de acceso a la educación de bachillerato, esto en consideración de las condiciones socioeconómicas de la población. La recreación posibilita una mejor condición para el libre desarrollo de la personalidad y va de la mano con la educación. Como es de destacar, no todas las instituciones en dicha comunidad cuentan con cancha y patio, lo que limita dicho desarrollo. Recordemos que los entornos de socialización implican una de las principales condiciones en la forma en cómo nos vinculamos con el otro y, en consecuencia, hacer comunidad; de esto resulta importante no solamente el reunirse, sino el dónde y las condiciones del lugar que implicaran un factor nodal para la convivencia.

Es necesario buscar una igualdad sustantiva que implique primeramente a las escuelas y la educación que se imparte en Santiago Mexquititlán y, en consecuencia, con las impartidas en el estado y la nación. Lo anterior es un primer paso al acceso a la justicia, pues la administración de justicia permite la determinación de los derechos y obligaciones de una persona. De esto resulta necesario reconocer, apropiarse y exigir esos derechos y obligaciones. Es por esto que garantizar una educación de calidad con perspectiva de derechos humanos permite la accesibilidad a la administración de justicia, pues posibilita una mejora en la defensa de derechos y, en consecuencia, al respeto de los derechos humanos. Lo anterior permitirá el avance en el combate a las problemáticas nacionales, mismas que coinciden con los objetivos de desarrollo sostenible planteados por la ONU en su agenda 2030, las cuales giran en torno a la seguridad humana, la cultura y la educación (Conacyt, 2022). Si

consideramos que Santiago Mexquititlán está compuesta principalmente por comunidades indígenas originarias, de entrada ya son considerados población vulnerable, a lo cual debemos sumar más grupos en esta situación, como lo son las niñas, niños, adolescentes y adultos mayores. El rezago educativo que hay implica una vulneración cotidiana y reiterada de sus derechos humanos que debe acabar.

Bibliografía

- CNDH. (-- de -- de 2021). *GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Y OTROS TEMAS*. Obtenido de informe.cndh.org.mx: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=23>
- Conacyt. (-- de enero de 2022). *Programas Nacionales Estratégicos*. Recuperado el 23 de marzo de 2022, de [conacyt.mx: https://conacyt.mx/pronaces/](https://conacyt.mx/pronaces/)
- Aguilar Cuevas, M. (1998). Tres generaciones de DD.HH. *Doctrina*, 93-102.
- FLACSO. (15 de abril de 2016). *América Latina, un continente de analfabetas funcionales*. Recuperado el 28 de octubre de 2022, de Flacso: <https://www.flacso.edu.mx/america-latina-un-continente-de-analfabetas-funcionales/>
- Fregoso Peralta, G., & Aguilar González, L. E. ((enero-marzo) de 2013). Analfabetismo funcional y alfabetización académica: dos conceptos relacionados con la educación formal. *Educación y Desarrollo*(24), 55-66.
- Gobierno de México. (20 de abril de 2023). *DataMÉXICO*. Recuperado el 20 de abril de 2023, de [datamexico.org: https://datamexico.org/es/profile/geo/queretaro?compare=amealco-de-bonfil&compare_workforceSelector=salaryOption](https://datamexico.org/es/profile/geo/queretaro?compare=amealco-de-bonfil&compare_workforceSelector=salaryOption)
- Guerrero Olvera, M. (julio-diciembre de 2018). La educación en México a través de los tiempos: cambios y reformas. *Glosa Revista de Divulgación*, 6(11).
- H. Ayuntamiento. (31 de diciembre de 2018). Plan Municipal de desarrollo Amealco de Bonfil 2019 – 2021. *Gaceta Municipal Amealco de Bonfil*, págs. 1-86.
- INEGI. (noviembre de 2020). *inegi.org*. Recuperado el abril de 2022, de Panorama sociodemográfico de México: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/tableros/panorama/>

Educación: un derecho humano que posibilita el acceso a la justicia

- INEGI. (2021). *En México somos 126 014 024 habitantes: censo de población y vivienda 2020*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Ciudad de México: INEGI.
- IWGIA. (25 de mayo de 2020). *El Mundo Indígena 2020: México*. Obtenido de [wgia.org: https://www.iwgia.org/es/mexico/3745-mi-2020-mexico.html](https://www.iwgia.org/es/mexico/3745-mi-2020-mexico.html)
- Jiménez del Castillo, J. (2005). Redefinición del analfabetismo: el analfabetismo funcional. *Revista de Educación*(338), 273-294.
- ONU. (2022 de febrero de 2022). *Acceso a la justicia*. Recuperado el 2022, de [un.org: https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/](https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/)
- Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- SEP. (2022). *Atlas de los servicios educativos*. Ciudad de México: Gobierno de México.
- SIGED. (30 de abril de 2023). *Gobierno de México*. Recuperado el 30 de abril de 2023, de [siged: https://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/escuelas.html](https://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/escuelas.html)
- UNESCO. (12 de 04 de 2023). *El Derecho a la Educación*. Obtenido de UNESCO: <https://www.unesco.org/es/right-education#:~:text=La%20educaci%C3%B3n%20es%20un%20derecho,razones%20sociales%2C%20econ%C3%B3micas%20o%20culturales>.

Restricciones constitucionales como límite de los derechos humanos

Israel Anguiano Soto¹

Julio César Avendaño González²

¹Doctorante en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

²Maestro en Administración Pública

Correspondencia: agasi@live.com.mx; juceavgo@hotmail.com

Resumen

La Constitución mexicana contiene una diversidad de restricciones generales a los derechos humanos, lo cual ha sido duramente criticado por considerarse una flagrante vulneración de tales derechos y porque pareciera encasillarse el Estado mexicano en no respetarlos. Esta situación se vuelve más álgida con la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la normatividad plasmada en el hábito internacional; por tal motivo, existe una problemática para comprender si las restricciones constitucionales son necesarias para limitar los derechos humanos.

El objetivo de este trabajo es determinar si las restricciones constitucionales son mecanismos adecuados para limitar los derechos humanos. Por lo tanto, es importante preguntarse: ¿las restricciones constitucionales vulneran el principio de progresividad?, ¿las restricciones son necesarias para un adecuado equilibrio en andamiaje jurídico?, ¿cómo se justifican las restricciones?, ¿las restricciones ya fijadas en la norma pueden desaparecer?, ¿es idóneo que se apliquen las restricciones constitucionales? Estos cuestionamientos traen la necesidad de utilizar un método de investigación teórico cualitativo.

Del estudio realizado se desprende que sí es importante que existan las restricciones constitucionales, pero con su debida justificación y entendiendo que tanto los derechos humanos como las restricciones no son absolutas, es decir, pueden inaplicarse o dejar de existir. Esto favorece en todo momento a los derechos humanos, aunque parezca contradictorio, pues con ello se abona a los principios universales.

Palabras claves: Derechos humanos, restricciones, limitaciones, principio de progresividad, suspensión, regulación.

Abstract

The Mexican Constitution contains a variety of general restrictions on human rights, which have been harshly criticized as a flagrant violation of such rights and that the Mexican State seems to be pigeonholed in not respecting them. Situation that becomes more critical with the jurisprudence issued by the Inter-American Court of Human Rights and also regulations embodied in international habit, for this reason, there is a problem of understanding whether constitutional restrictions are necessary to limit human rights.

The objective of this paper is to determine whether constitutional restrictions are adequate mechanisms to limit human rights, therefore, do constitutional restrictions violate the principle of progressivity? Or are the restrictions necessary for an adequate balance in legal scaffolding? How are restrictions justified? Can the restrictions already established in the standard disappear? Is it appropriate for constitutional restrictions to apply? These questions bring the need to use a qualitative theoretical research method.

The study carried out shows that it is important that constitutional restrictions exist with their due justification, understanding that both human rights and restrictions are not absolute, that is, they can be disapplied or cease to exist, favoring human rights at all times, even if it seems contradictory, since this is paid to universal principles.

Keywords: Human rights, restrictions, limitations, principle of progressivity, suspension, regulation.

Método

El tipo de esta investigación es teórica, con un enfoque cualitativo y utiliza como métodos el histórico, lógico, el análisis y la síntesis; además, se utilizaron fuentes primarias como libros, revistas, sentencias y versiones taquigráficas.

Introducción

Las restricciones constitucionales han existido como de forma previa a la reforma constitucional de los derechos humanos; límites que se justifican por la necesidad de proteger a la sociedad. Esta situación no era motivo de controversia debido a la supremacía constitucional, es decir, nada por encima de la Constitución. Empero, el punto álgido de esta controversia deriva porque el Estado mexicano acepta la normatividad internacional como fuente de derecho, la cual se encuentra a la par de la Constitución en lo relativo a los derechos humanos; además, el estado mexicano acepta la competencia contenciosa de la Corte IDH, lo cual trae la obligatoriedad de sujetarse a lo que disponga dicho organismo internacional.

Bajo esta idea, de una horizontalidad entre los derechos internos e internacionales, se potencializaron los derechos humanos. Sin embargo, México siguió con sus restricciones, lo cual colisionó y provocó la tesis por contradicción 293/2011 en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) fijó que, de existir restricciones constitucionales como límites de los derechos humanos, éstas deberán de subsistir por encima de cualquier derecho humano plasmado en norma nacional o internacional.

Es así que el presente artículo aborda, en primer término, el tema de los antecedentes de la tesis por contradicción 293/2011 y como su consecuencia en el control de convencionalidad.

Posterior a los antecedentes, se realiza un análisis de si dicha tesis significó un avance o retroceso para los derechos humanos, esto en relación a las restricciones constitucionales.

En el siguiente subtema, se aborda la necesidad de delimitar las reglas generales y los elementos de las restricciones constitucionales

como límites de los derechos humanos, esto para justificar o no su aplicación.

Finalmente, se determina si las restricciones establecidas en la Constitución son susceptibles de desaparecer en caso de desaparecer algún elemento *sine qua non*.

Control de convencionalidad y reforma constitucional como antecedente a las restricciones constitucionales

Para entender las restricciones constitucionales es importante que se analicen el control de convencionalidad y la reforma constitucional de los derechos humanos, pues con ellos se aborda la jerarquía normativa, el tema de las restricciones y el conflicto que en ellas hay con los derechos humanos fijados en el derecho internacional. Posteriormente, es importante abordar los avances o posibles retrocesos a partir de la tesis por contradicción 293/2011 en donde se estableció que sí es necesario atender las restricciones y, además, realizar su justificación a través del cumplimiento de las condiciones fijadas para tal efecto.

Control de convencionalidad y reforma constitucional como preámbulo a la discusión sobre la jerarquía de las normas en materia de derechos humanos

El 8 de diciembre de 1998, México aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH mediante una declaración publicada en el Diario Oficial de la Federación. Esto trajo como consecuencia que todos los casos que se le pusiera en su conocimiento, el Estado mexicano los resolvería conforme a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, provocaría una modificación por completo de la comprensión acerca de la justicia constitucional interna (Montoya, 2019).

Al aceptar las obligaciones internacionales y al proceder con su cumplimiento, se daba por hecho un diálogo abierto y plural, propio de un esquema de derecho internacional, en donde prevalece el principio *pacta sunt servanda*, lo cual

responde a un modelo democrático de corte liberal, de derecho global o cosmopolita (Montoya, 2019,).

En este sentido, el 23 de noviembre de 2009, la Corte IDH tomó conocimiento de la demanda instaurada en contra del Estado mexicano y resolvió el caso contencioso denominado “Radilla Pacheco contra México”. La Corte IDH dictó sentencia condenatoria contra el Estado mexicano, en donde se fijaron diversas determinaciones como lo fue el párrafo 339, el cual dice:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010).

Esta sentencia, una vez puesta a conocimiento de la SCJN, dio “consulta a trámite” para indagar la forma y medidas a seguir para atender la sentencia de la Corte IDH, lo cual dio como resultado el expediente varios 489/2010, en donde el ministro

José Ramón Cossío aceptaba atender la sentencia condenatoria en los términos expuestos y dar entrada al control de convencionalidad. Esto no fue bien aceptado por algunos de sus homólogos ministros, ya que se entendía que las resoluciones de la Corte IDH eran superiores a las emitidas por la SCJN y, por tanto, se vulneraba la independencia de ésta última, pues, de esta manera, la SCJN no era el intérprete final de la norma. Esta resolución también afectaba lo referente a la supremacía constitucional, pues los ministros conservadores en ese momento no aceptaban tales determinaciones, quienes daban prioridad a los elementos nacionalistas propios de un Estado no tan liberal.

Posteriormente, se resolvió que el proyecto del ministro Cossío excedió los fines de la consulta y se desechó. Por tal motivo, el 7 de septiembre de 2010 se resolvió devolver el asunto a la Presidencia para que lo turnara al ministro que correspondiera. Una vez recibido a trámite el asunto, se allegó de oficio toda la documentación necesaria para el proyecto correspondiente.

En este sentido, el 14 de julio de 2011, se dio trámite el expediente varios 912/2010, el cual estaba relacionado con el expediente 489/2010. La ministra Luna Ramos fue la ponente encargada de emitir dicha resolución en donde nuevamente se abordó el control de convencionalidad y la obligación de su aplicación por autoridades judiciales en el ámbito de su competencia *ex officio*.

Antecedentes directos de la tesis por contradicción 293/2011 y posteriormente emitirse la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.)

Es importante señalar que entre la emisión de un expediente varios y otro, se dictó la reforma constitucional del 10 junio 2011, la cual es relativa a los derechos humanos, primordialmente el artículo 1.

La reforma de los derechos humanos tuvo como objetivo establecer que los derechos señalados en la Constitución no son exhaustivos, esto debido a que pueden existir otros derechos surgidos de fuente internacional.

Los derechos humanos, sea que se encuentren positivizados en fuente nacional o internacional, se deben interpretar favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas. Esto se realiza a través de la interpretación conforme, que es una técnica hermenéutica en donde los derechos constitucionales se armonizan con los valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales y sus jurisprudencias (Ferrer MacGregor, 2011).

En consecuencia, la interpretación de las normas nacionales debe estar en concordancia con el derecho internacional para que siga existiendo coherencia normativa en la interacción de ambos derechos; para lograr esto, se tiene como herramienta el principio pro persona.

La reforma constitucional de los derechos humanos engarzada con la resolución emitida en el expediente varios 912/2010, daban la apertura a una horizontalidad de derechos bajo el principio de progresividad, lo cual parece que discrepa con la supremacía constitucional.

Avance o retroceso con la postura fijada en la tesis por contradicción 293/2011, en tema de las restricciones constitucionales

Previo a la emisión de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, se vislumbraba que el control convencional sería un parteaguas en la emisión de nuevas visiones jurídicas tendientes a favorecer los derechos humanos en todo tiempo; esto a raíz del expediente varios 912/2010. Un derecho en expansión. Sin embargo, en la contradicción en mención, se abordó el reconocimiento de las restricciones a los derechos humanos, los cuales están fijados por el derecho interno (Constitución) sobre el derecho internacional. Esto dio como resultado un debate sobre la jerarquía normativa, por lo que se entiende un retroceso.

Pero, ¿por qué un retroceso? Porque con la reforma y lo resuelto por la SCJN, se concibió una horizontalidad en los derechos humanos, sin relación jerárquica pues no importaba su origen

nacional o internacional. Pero, al abordarse el tema de las restricciones, se dilapidaba tal concepción y nuevamente se retrotraía a la jerarquización; es decir, se estableció una verticalidad de derechos, en donde un derecho es más importante que otro al tomar como base el origen de la norma.

De esta manera, si los jueces advierten la existencia de una restricción o límite a un derecho humano contenido en la Constitución y, de igual forma, existe un tratado en el que ese derecho se encuentre ampliamente protegido, la restricción debe prevalecer por razón de la jerarquía nacional sobre la norma internacional.

El ministro Zaldívar, para mantener la supremacía constitucional, propuso que cualquier limitación o modalidad de los derechos humanos debe analizarse caso por caso, pues se debe tomar en cuenta el principio pro persona, la interpretación conforme, los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad; todos ellos como principios armonizadores sobre los límites y restricciones (Versión taquigráfica, 2013, p. 12).

Para el ministro José Ramón Cossío, las restricciones constitucionales constituyen una regresión relevante porque se han colocado por encima de los derechos, pues los limitan y, de paso, también lo hacen sobre las interpretaciones que emite la Corte IDH (Medina, *et. al.*, 2015). En otras palabras, se violenta el principio de progresividad de los derechos humanos, entendiéndose dicho principio como el gradual progreso en el cumplimiento de ciertos derechos de forma eficaz, el cual a su vez se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retroceso o marchas injustificadas a los niveles de cumplimiento alcanzados (*Los Principios de universalidad*, 2016, pp. 11-12).

Para que el principio de progresividad se vulnere, debe existir un retroceso en el derecho o cumplimiento alcanzado sin ninguna justificación. Por tal motivo, si hay una justificación para transgredir el referido principio, no se le estaría menoscabando y, por tanto, las restricciones que puedan contemplarse en la Constitución no serían violatorias del principio, pues estaría legitimada la validez de la restricción.

Con base en lo antes señalado, se advierte que, de existir una legítima justificación para validar las restricciones constitucionales, parece más un avance en los derechos humanos que un retroceso. Esto apoyaría la idea de que las restricciones son necesarias para un adecuado equilibrio en el andamiaje jurídico y, a pesar de existir una prevalencia sobre los derechos y una jerarquización, es importante entender los alcances y efectos de las restricciones que se imponen bajo las condiciones de la Constitución.

Reglas generales de las restricciones constitucionales y su justificación

Las restricciones constitucionales deben ser objeto de interpretación a fin de darles legitimidad y validez (Fragueiro, s.f.); por tanto, las restricciones son el resultado de procesos democráticos que protegen los derechos establecidos en la Constitución y buscan maximizar la totalidad de los principios del constitucionalismo, pues aplican un ejercicio de ponderación y de interpretación conforme a los derechos humanos (Medina, *et. al.*, 2015).

Las restricciones constitucionales deben ser valoradas en diferentes contextos, debido a la premisa de que los derechos humanos no son absolutos (salvo el derecho a no ser objeto de tortura, malos tratos, penas crueles, inhumanas o degradantes). Los derechos humanos al ser susceptibles de regulación, la mayoría de ellos necesita de un ejercicio interpretativo. Se entiende que los derechos humanos pueden entrar en una colisión, por lo que el carácter absoluto se desvanece y la solución proviene de otra estrategia jurídica, como lo es la regulación o restricción legítima.

El artículo 1° constitucional (2011), establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las

garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Conforme al diverso señalado, se entiende como regla general que no podrán suspenderse ni restringirse derechos humanos salvo algunas excepciones, para ello, es de suma importancia entender ¿qué es suspensión y restricción?

La suspensión de los derechos humanos se refiere a la posibilidad de no aplicar la obligación que integra un derecho de forma excepcional y temporal, tal como lo señala el artículo 29 constitucional. Ahí, se señala que de forma excepcional se suspenden los derechos si se pone a la sociedad en grave peligro, esto a consecuencia de una perturbación a la paz pública.

En contraste, la restricción no cuenta con tales elementos. La restricción a los derechos humanos se divide en dos tipos: los particulares y los generales. El primer tipo opera sobre derechos específicos y en casos concretos, como es el derecho a la educación y la libertad religiosa. El segundo supuesto establece que las limitaciones de forma y fondo se encuentran establecidas en la ley, la cual cuenta con la legitimidad del objetivo de la restricción y la proporcionalidad de la misma (Medina, *et. al.*, 2015).

A partir de lo señalado, son cuatro condiciones para el establecimiento de una restricción general de derechos: 1) el principio de legalidad; 2) el objetivo legítimo; 3) la necesidad y adecuación de restricciones; y 4) principio de proporcionalidad (Medina, *et. al.*, 2015).

Para que exista el principio de legalidad se necesita de forma obligada el establecimiento de una restricción en la ley, la cual debe ser lo suficientemente clara y precisa para que el ciudadano pueda regular su conducta; es decir, ninguna restricción puede leerse entre líneas o en términos implícitos o indirectos.

A parte de ser explícita la restricción, ésta debe interpretarse a partir del principio pro persona, es decir, de forma más expansiva posible, en donde la restricción se aplique de forma menos restrictiva.

La segunda condición establece que el objetivo de la restricción sea legítimo: su invocación debe justificarse por la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección a la salud, la moral pública, los derechos y libertades de otros y el bien común. Por ende, si una restricción general no señala el objetivo perseguido en la propia ley, es ilegítima.

La tercera condición es que sea necesaria y adecuada la restricción. Debe existir una justificación a través de un nexo de causalidad claro y explícito con el objetivo legítimo y que, además, no haya alternativa para conseguir el fin que se busca con la restricción. Por tanto, el Estado debe demostrar que no se puede alcanzar el objetivo de la restricción con otros medios distintos a los empleados.

Por último, la cuarta condición es la proporcionalidad, en donde la restricción no sólo logra el objetivo buscado, sino que lo consigue afectando en menor medida el posible goce o ejercicio del derecho restringido. Por tanto, si existe una alternativa menos gravosa, debe aplicarse ésta.

En este sentido, las cuatro condiciones son necesarias que sean cumplidas para que la restricción de derechos sea adecuada, justificada, legítima y válida.

Las restricciones establecidas son susceptibles de desaparecer

Si atendemos a los lineamientos ya establecidos, es posible que las restricciones sean susceptibles de desaparecer, pues a través de un ejercicio hermenéutico se puede determinar si alguna condición ya no es necesaria o ha sido superada.

De esta manera, se entiende que el derecho humano no necesita de un medio de control como la restricción para el beneficio de la sociedad. Por esta razón, es de gran importancia entender que las restricciones no son superiores a los derechos humanos de corte nacional o internacional, sino que son auxiliares en la protección de los derechos humanos y, por lo tanto, sí es idóneo que se apliquen las restricciones constitucionales pues no son absolutas. Si a través de la interpretación de las

normas se supera la restricción, entonces, se atiende el principio de progresividad y se potencializan los derechos humanos.

Resultados

Dentro del contenido de la Constitución existen una diversidad de restricciones generales que tienen como objetivo salvaguardar el bien común, la seguridad nacional, los derechos del otro, etcétera. Éstas constituyen la protección de la colectividad y no individual.

Dichas limitantes constitucionales parecen restringir de forma inapropiada los derechos humanos de las personas; sin embargo, se considera que esto no es así, pues, para el establecimiento de una restricción general de derechos, se justifica a través de cuatro condiciones: 1) el principio de legalidad, 2) el objetivo legítimo, 3) la necesidad y adecuación de restricciones y 4) el principio de proporcionalidad. Si se cumplen, entonces es suficiente para proceder a la restricción, lo que lleva a la defensa de los derechos humanos de la colectividad y se potencializa el principio universal de progresividad que señala la propia Constitución mexicana.

Sin embargo, si deja de existir alguna de las condiciones, en consecuencia, ya no hay límite a la restricción general planteada y, por tanto, se protege el derecho humano sin la restricción. Esto es necesario, pues su justificación deberá ser un ejercicio hermenéutico debidamente planteado.

Se puede advertir que los derechos humanos no son absolutos, ni tampoco las restricciones. El deber del intérprete de la ley es tratar de avalar la necesidad (o no) de la restricción de la constitución por encima del derecho humano. De ser inadecuada la restricción como límite de los derechos, se debe potencializar el derecho humano fijado en la norma nacional o internacional.

En este tenor, se da respuesta a las interrogantes planteadas, pues se señala que las restricciones constitucionales no vulneran el principio de progresividad; al contrario, es un auxiliar de dicho principio.

Las restricciones son un equilibrio en el andamiaje jurídico siempre y cuando se encuentren debidamente justificadas con las condiciones generales requeridas.

Se entiende que las restricciones no son absolutas, por tanto, pueden desaparecer.

Por último, la aplicación de las restricciones son idóneas en su aplicación siempre que abonen a potencializar los derechos humanos.

Conclusión

Las restricciones constitucionales, aparentemente, son un obstáculo para el beneficio de ejercer los derechos humanos y, además, dan un retroceso al tema horizontalidad de los derechos nacionales e internacionales. Esto deja vigente la jerarquización de los derechos y le da fortaleza a la supremacía constitucional. Sin embargo, dicho criterio se encuentra desproporcionado, pues las restricciones ayudan a proteger los derechos, no a socavarlos. Además, las restricciones a través de un ejercicio interpretativo pueden ser anuladas o superadas, con la debida justificación, para que la persona goce de sus derechos humanos atendiendo a los principios progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

Fuentes Consultadas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2011).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, recuperado de https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, el 16 de abril de 2023.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (2011), "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fragueiro, Alfredo, "Validez y legitimidad de la norma jurídica", *Revista Notarial 1959*, Colegio de escribanos de la provincia de Córdoba, núm. 2, recuperado de [https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-](https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/06/RNCba-2-1959-02-Doctrina.pdf)

[content/uploads/2015/06/RNCba-2-1959-02-Doctrina.pdf](https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/06/RNCba-2-1959-02-Doctrina.pdf), el 16 de abril de 2023.

Los Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, (2016), recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>, el 16 de abril de 2023.

Medina Mora, Alejandra, et. al., (2015), *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la Justicia*, México, Porrúa.

Montoya Camarena, Ramsés, (2019), *Interpretación de las restricciones constitucionales. Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 2 de septiembre de 2013, recuperado de https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/02092013PO.pdf, el 16 de abril de 2023.

Principios de interpretación constitucional y medio ambiente sustentable (México – Colombia)

César Augusto Deaquiz Rodríguez

Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Autónoma de Querétaro

Adolfo Humberto Vega Perales

Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

Correspondencia: cadr.1986m@gmail.com

Resumen

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de julio de 2022 declaró al medio ambiente saludable como un derecho humano, esto represento para la comunidad internacional un gran avance en la materia, pues abandona el escenario de ser un derecho con intereses jurídicos a situarse en el escenario de ser un sujeto de derechos. Bajo esta propuesta, la ONU instó a los estados a consagrarlo dentro del libro constitucional, con el propósito de mejorar la protección que este derecho requiere. Para los casos de México y Colombia, la constitución contempla un artículo referente al medio ambiente, pero, esta nueva declaración cambia las reglas respecto de los principios de interpretación constitucional y su relación con el derecho al medio ambiente, dado que al interior de los dos países surge una contradicción entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la explotación económica de los recursos naturales. El objetivo es evidenciar como los principios de interpretación constitucional desarrollan el tema del medio ambiente como derecho humano, identificando como se otorga la protección más amplia. Utilizando una metodología cualitativa apoyada en una inductiva, se comprenderá desde los contextos históricos y contemporáneos como se ha desarrollado el medio ambiente en materia constitucional y jurídica al interior de México y Colombia. Los cambios sociales han sido un factor trascendental en la construcción de los textos constitucionales, el medio ambiente es uno de ellos y es necesario reinterpretar muchos de los preceptos que construyen la normatividad de México y Colombia.

Palabras clave: medio ambiente, constitución, interpretación, principios

Abstract

On July 28, 2022, the United Nations General Assembly declared a healthy environment as a human right, which represented the international community a significant advance in the matter, since it abandons the scenario of being a right with legal interests to be placed in the system of being a subject of rights. Under this proposal, the UN urged states to enshrine it in the constitutional book to improve the protection that this right requires. In the cases of Mexico and Colombia, the constitution contemplates an article referring to the environment. Still, this new declaration changes the rules regarding the principles of constitutional interpretation and its relationship with the right to the environment, given that within the two countries there is a contradiction between the right to a healthy environment and the freedom of economic exploitation of natural resources. The objective is to show how the principles of constitutional interpretation develop the issue of the environment as a human right, identifying how the broadest protection is granted. Using a qualitative methodology supported by an inductive one, it will be understood from the historical and contemporary contexts how the environment has been developed in constitutional and legal matters within Mexico and Colombia. Social changes have been a transcendental factor in the construction of constitutional texts, the environment is one of them and it is necessary to reinterpret many of the precepts that build the normativity of Mexico and Colombia.

Keywords: environment, constitution, interpretation, principles

Introducción

Este artículo presenta como tesis central la resolución de julio de 2022, donde la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante ONU) declaró al medio ambiente saludable como un derecho humano. Así, se estableció además que: “este reconocimiento impulsará a los países a consagrar el derecho a un medio ambiente saludable en las constituciones nacionales y los tratados regionales, y alentará a los estados a hacer cumplir dichas leyes” (ONU, 2022, p.1). Del mismo modo, esta institución recalcó que, si bien es cierto dicho acuerdo no consagra una obligación jurídica para los Estados miembros, sí es un instrumento que permitirá fortalecer la conservación del medio ambiente sano desde el texto constitucional.

En este sentido, pareciera que el reconocimiento del medio ambiente saludable como derecho humano es tardío, pues las economías nacionales e internacionales siempre han tenido como materia prima los recursos que la Naturaleza les aporta. Sin embargo, no es de extrañar, en México¹ y Colombia², por ejemplo, se pone en práctica un derecho de explotación económica de recursos naturales, que, a simple vista, podría ser contrario al medio ambiente sustentable. Asimismo, explotación está muy ligada a propiedad privada. Bajo este escenario, se suscita una confrontación de derechos, la cual podría ser resuelta a través de principios de carácter convencional.

Ahora, con lo anterior, es pertinente mencionar que los articulados al interior de la Constitución mexicana y de la Constitución colombiana, los derechos referentes a la protección del ambiente forman parte de los derechos de tercera generación. En ellos, el Estado, por medio de políticas públicas o expedición de leyes, garantiza su protección. Son derechos que depende de una aplicación progresiva; diferente a los de primera generación, que son los derechos fundamentales, que implican por parte del Estado un deber de abstención y son de aplicación inmediata.

El reconocimiento del medio ambiente como derecho humano de primera generación implica una interpretación para integrarlo como criterio de validez. Pero, para el caso de México y Colombia, el externo formalismo de interpretación podría significar un problema en cuanto a su aceptación dentro de las legislaciones internas. Bajo el principio pro-persona, se analizarán las posibilidades de integrar el medio ambiente como derecho humano al interior de los países motivo del presente documento.

Propuesta metodológica

El presente artículo tiene como metodología principal la cualitativa apoyada en la dogmática jurídica, bajo ella y sus métodos se pretende hacer un estudio teórico del marco nacional e internacional. Para lo anterior, se utiliza una combinación de fuentes primarias, entre las que están los informes y resoluciones de organizaciones internacionales, como la ONU, así como la

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4º, párrafo 5, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

² Constitución Política de Colombia, artículo 79, el cual establece que: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

jurisprudencia y constituciones nacionales de los países motivo de este documento. Esto permitió en primera medida conocer el estado de la cuestión y las principales corrientes de opinión en la materia. Bajo estos presupuestos, se superó el estudio descriptivo para ofrecer un análisis crítico del tema objeto de estudio; así se introdujo, además, un enfoque basado en el análisis del conjunto de interacciones entre las disciplinas internacionales de protección de los derechos humanos (como el medio ambiente) y la normatividad interna de México y Colombia.

Constitucionalismo y derechos humanos (México y Colombia)

Como punto de partida para el correcto desarrollo del presente artículo, se indagó sobre el concepto derechos humanos. Al respecto, la ONU indica que los derechos humanos, los “tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado” (ONU, 1996, p. 1). Su principal característica es que son inherentes, universales e independientes. Vale la pena tener en cuenta una particularidad entregada en la definición propuesta por la ONU, se indica que los derechos humanos no están garantizados por ningún Estado, entonces, para el caso de México y Colombia ¿Cómo se garantizan los derechos humanos? Si bien es cierto, los derechos humanos son inherentes a cada persona, al interior de los países deben existir medios de protección y garantía para ellos. De ese modo, surgen los derechos fundamentales. A propósito de ello, Luigi Ferrajoli (2016) propone la siguiente definición:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o

personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercidos de éstas (p. 37).

En consecuencia, la diferencia que existe entre los derechos humanos y los derechos fundamentales es que los primeros son atributos de la persona en general, donde no media la condición social, económica o territorial, además, los derechos humanos son intransferibles, universales, inviolables e interdependientes. Por su parte, los derechos fundamentales están incluidos en una norma, en este caso, la Constitución o carta de derechos y su aplicación depende del factor territorial, es decir, es autónomo de cada Estado elevar a fundamental un derecho y, por lo tanto, protegerlo y garantizarlo.

El reconocimiento del medio ambiente como derecho humano en 2022 por parte de la ONU, significa un nuevo reto para los ordenamientos jurídicos tanto de México como para Colombia, pues la lucha por un medio ambiente saludable, si bien es cierto, no es reciente, sí constituye una problemática real y latente. Esa transferencia de ser un derecho de tercera generación a constituir uno de primera generación, supone un nuevo reto en materia de interpretación convencional, ya sea desde el principio pro-persona, pro-homine e interpretación conforme. Ahora, el sistema internacional de los derechos humanos nace finalizada la Segunda Guerra Mundial, pero el ingreso a este por parte de México y Colombia se

dio en momentos históricos diferentes y bajo los parámetros que a continuación se profundizan.

Ricardo Guastini considera que el término constitución sirve para “denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal (o, si se quiere, liberal-garantista); un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político” (Guastini, 1999, p. 163). Este esquema asegura la garantía de los derechos como herramienta para limitar el poder político. Bajo estos preceptos, nace el constitucionalismo moderno como ideología jurídica, donde los poderes estatales son delegados, “divididos y se limitan entre ellos, con el fin de garantizar los derechos individuales fundamentales del pueblo soberano. Los poderes son aquí meras funciones del Estado: están legitimados porque representan al entero pueblo y/o porque actúan en nombre del pueblo” (Comanducci, 2002, p. 93).

Los anteriores lineamientos no han sido ajenos para México y Colombia. Estos dos países han creado un entorno constitucional que se adecúa a la idea de Modernidad, tanto así, que han incorporado una serie de reformas que pretenden garantizar los derechos humanos. México, por ejemplo, para el año 2011, reformó la Constitución con el propósito de que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia carta magna y en los tratados internacionales de los que el país sea parte”, (Senado de la República, 2014, p.11) para así modificar, en principal, el artículo primero de la constitución política y, con esto, adecuarse al

derecho internacional haciendo sincronía con el constitucionalismo contemporáneo.

Esa concordancia con el constitucionalismo contemporáneo trajo para México diversos cambios. Uno de ellos se refiere a las relaciones existentes entre autoridades y sociedad. Este cambio permitió que el principio pro-persona³ se convirtiera en un elemento fundamental al momento de interpretar leyes que sustentan los derechos humanos. Así, México entró en un nuevo de paradigma, donde los derechos humanos son reconocidos, contrario a lo anterior, donde se otorgaban garantías individuales para proteger los derechos.

Antes de la reforma del 2011, el Estado a partir del escrito constitucional, otorgaba garantías que supeditaban su vigencia a lo que el legislador y el derecho positivo de ese entonces establecieran, es decir, las garantías otorgadas podían ser eliminadas si el legislador así lo consideraba. De ese modo, bajo este esquema, se creaba una potestad jurídica del legislador. Con la reforma, los derechos humanos son reconocidos y plasmados en el texto constitucional. Esto se tradujo, primero, en una incorporación efectiva de los derechos humanos en el sistema jurídico. En segundo lugar, su vigencia dejó de ser potestad del legislador, y tercero, ahora el juez tiene la facultad de interpretar leyes y tratados donde México sea parte y que versen sobre derechos humanos. Lo anterior, con la finalidad de otorgar a la persona la máxima o mejor protección.

De este modo, el Estado alcanza el objetivo de fortalecer la protección de los derechos humanos,

³ En México, el principio pro-persona encuentra sustento normativo en el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Este dispone que “[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales

de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” Crf. CORDOVA, Miguel Ángel. Radiografía constitucional del principio pro-persona, en revista Cuestiones constitucionales, México, año 2021, núm 42, enero-junio de 2020, pp. 155-180.

mientras mantiene como medio de defensa a las propias garantías. No obstante, es preciso resaltar que, si bien es cierto, lo anterior constituye un cierre a las discusiones sobre los alcances respecto de la protección de los derechos humanos, esto no implica que se garantice la protección eficiente y eficaz de los mismos y, para esto, el control de convencionalidad⁴, como nuevo concepto, permite que los tribunales mexicanos⁵ mediante su facultad de analizar e interpretar, ejerzan un control sobre la legislación interna, y verifiquen que esta no contravenga lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esa forma, el sistema jurídico mexicano, bajo el control de convencionalidad, ancla dos nuevos principios de interpretación en materia de derechos humanos: uno es el de interpretación conforme⁶ y el otro, como ya se había mencionado, el principio pro-persona. Con estos dos elementos se pretende evitar las anomías normativas en materia de derechos humanos, pues los jueces tendrán las herramientas necesarias para interpretar armónicamente el significado de la ley, para así crear, además, un verdadero sistema de derechos humanos.

En el caso de Colombia, para el año de 1991, llega la reforma constitucional más importante en los últimos 30 años. Con ella se logran incorporar un gran apartado de derechos humanos al texto constitucional que, además, integra derechos económicos, sociales y culturales. Pero el objetivo

principal de la reforma constitucional era transformar al Estado para dar respuesta a las múltiples formas de violencia que se suscitaban en el país:

¿Qué había llevado a los colombianos a solicitar con tanta vehemencia la reforma de la Constitución? Una hipótesis plausible puede ser ésta: la violencia inclemente que nos venía (y nos sigue) abrumando, originada en la insurgencia (guerrilla), en la contrainsurgencia (paramilitarismo), en la delincuencia común organizada (carteles de la droga, v.gr.) y en la inorgánica que se ha hecho habitual y, como las anteriores, va desbordando la capacidad de las autoridades encargadas de mantener el orden y proteger la seguridad de las personas (Gaviria, 2017, pág.1).

A esta reforma se le llamó la Constitución de la paz, no sólo porque fue un instrumento de reivindicación de derechos, garantías y libertades, también porque buscaba restablecer el orden público y conseguir la paz por medio de los valores y principios consignados en la carta política. Lo que refiere a los derechos humanos para el caso de Colombia y su interpretación con la normatividad internacional, le corresponde a la figura del bloque de constitucionalidad. El artículo 93⁷ del texto

⁴ El Control de Convencionalidad. debe ser ejercido por los jueces del estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículos 103 y 104.

⁶ Sobre el principio de interpretación conforme resulta interesante el concepto que entrega José Luis Caballero Ochoa "En términos generales puede decirse que la interpretación conforme constituye el principio por el cual las normas relativas a los derechos humanos son, en su carácter de estándares de mínimos, objeto de una remisión hacia la Constitución y los tratados internacionales para

efectos de su aplicación más protectora. Ello implica reconocer que constituyen elementos normativos susceptibles de ampliación, y que requieren de un traslado o remisión hacia otros ordenamientos a fin de dotarlos de un umbral más robusto de protección".Crf. CABALLERO Ochoa, Jose. "La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011", en Revista del centro de estudios constitucionales, México, serie 3, año 2016, núm 11, julio-diciembre de 2016, pp. 37-62.

⁷ Constitución política de Colombia, artículo 93 - Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en

constitucional, establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y las normas de derecho internacional humanitario tienen prelación en el sistema jurídico interno y no pueden ser suspendidas en ningún momento.

El bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico colombiano representa un mecanismo de interpretación que facilita la integración entre el derecho interno y los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos. Esta herramienta, al igual que el control de convencionalidad en México, permite al Estado realizar un control de constitucionalidad fundamentado en la dignidad humana, tal y como lo predica el artículo primero⁸ de la carta política. En Colombia, la dignidad humana hace parte de un paradigma jurídico-político anexo a la ética pública que asienta los cuatro valores que la Constitución enuncia como fundamentales. Estos son: la igualdad, la solidaridad, la seguridad jurídica y la libertad.

La interpretación que trae consigo el bloque de constitucionalidad respecto de los derechos humanos y la normatividad interna y externa, está en cabeza de un principio de vital importancia al interior del ordenamiento jurídico. Este es el principio pro-homine, que nace a la vida jurídica cuando los derechos son incorporados como criterios de validez material al interior de la Constitución. Por lo tanto, esto representa para los jueces un enorme reto desde el paradigma de la interpretación jurídica de los derechos humanos.

los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁸ Constitución política de Colombia, artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

En lo que refiere a la interpretación conforme para el caso de Colombia y, al igual que México, es un principio constitucional, que tiene su fundamento en el artículo cuarto⁹ y, cuando existan diversas interpretaciones de una norma, los jueces tienen la obligación de utilizar dos deberes:

el primero, es una obligación positiva o de hacer que se materializa en la escogencia de aquella interpretación que tenga un mayor grado de adecuación a los preceptos constitucionales; y, el segundo, será una obligación negativa o de no hacer, que involucra el deber de abstenerse de implementar una interpretación abierta y razonablemente contradictoria a la Constitución (Contreras, 2021, p. 349).

Los anteriores elementos son grosso modo los más importantes y acordes al propósito de esta investigación con referencia a los derechos humanos y su inclusión en los textos constitucionales de México y Colombia. Ahora, lo siguiente es determinar cómo el principio pro-persona (México), pro-homine (Colombia) pueden ser aplicados en el derecho al medio ambiente sano desde la perspectiva de derecho humano y bajo las características que representan los derechos de primera generación.

Sobre los derechos de primera generación, conocidos como derechos civiles y políticos, el Estado siempre tiene la obligación de respetarlos y

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁹ Constitución política de Colombia, artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales

garantizarlos. En ellos, se encuentran las libertades fundamentales. Son los derechos más importantes y longevos y, bajo estos, se encuentran las garantías que tiene un individuo frente al Estado o cualquier autoridad. Un punto importante por agregar es que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados en los casos y condiciones que establezca la Constitución. La titularidad de los derechos de primera generación se divide en dos de la siguiente manera: en los derechos civiles, el titular será el individuo, es decir, todos los humanos, en los derechos políticos, el titular será el ciudadano y, en ambos casos, su reclamo corresponde al sujeto, ya sea individuo o ciudadano.

Ya situados en este contexto, se puede afirmar que la mayoría de garantías y derechos reconocidos en las constituciones de México y Colombia son parte integral de la categoría de derechos humanos. El paso por seguir es analizar cuál es el alcance, extensión y aplicación de la interpretación por principios acerca del derecho al medio ambiente como derecho humano, pues el cambio de categorización a nivel internacional de aquel derecho requiere de una reestructuración acerca de su protección a nivel local.

Principio pro-persona y medio ambiente como derecho humano.

La resolución de la ONU, que declaró al medio ambiente como derecho humano, permite plantear una discusión en torno a su garantía por parte del Estado. Se entiende garantía desde la perspectiva de derecho humano de primera generación y no de tercera generación, como lo estaba anteriormente. En las democracias como México y Colombia, el constitucionalismo tiene como norte la preservación de los derechos humanos, donde el ejercicio del poder no debe afectar goce de estos. Ahora, el primer aspecto a considerar es: dado que

la resolución emitida por la ONU no es de obligatorio cumplimiento para los Estados, surge una pregunta: ¿se puede hacer efectivo el medio ambiente como derecho humano de primera generación al interior de México y Colombia?

La supremacía de los derechos humanos es una de las principales características en estados como México y Colombia. Por tanto, el Estado es garante de los derechos humanos y dispone de todas las herramientas en su jurisdicción interna. Si estas se consideran insuficientes en la práctica, debe acudir a los recursos que tiene como medio en el espectro internacional. De este modo, el Estado no tiene justificante alguno para declararse impedido en la protección de un derecho humano al interior de su jurisdicción. Sobre esto, la Corte Interamericana de derechos humanos (en adelante CIDH) expresa que los gobiernos tienen la obligación de organizar “todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, 1988).

Para seguir con este razonamiento y comenzar a dar respuesta a la pregunta planteada, para el caso específico de México, en primer lugar, la justicia constitucional de este país, adopta la figura del amparo (Fix Zamudio, 1993) como medio de protección a los derechos humanos, además, la constitución en su artículo primero establece que todas las autoridades “tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia,

indivisibilidad y progresividad”¹⁰. Los anteriores principios no constituyen un derecho humano, por el contrario, son un método de interpretación constitucional sobre derechos humanos.

El principio de interpretación constitucional por excelencia, como se había mencionado, es pro-persona (pro-homine), y sobre este principio, se establece que:

es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 2004, p. 163).

El criterio hermenéutico, como interpretación de textos, tiene su base legal en la evolución histórica de la sociedad. Por tanto, dicha evolución marca que el medio ambiente ha transformado su esencia y se ha convertido en un bien de primera generación y un sujeto de derechos, ¿Qué quiere decir esto? Un sujeto de derecho es, por ley, una persona acreedora de derechos y obligaciones. Así, se deja en claro que por persona no sólo se hace referencia al humano. Desde la perspectiva jurídica, también recae sobre un bien, por ejemplo, una empresa. Así entonces, el medio ambiente, constituido por ríos, bosques, animales y demás actores, puede ser

interpretado como sujeto de derechos y, por tanto, como un derecho humano fundamental.

Ahora, la Constitución mexicana habla del principio de universalidad, esto trae un nuevo elemento a la presente discusión, pues la universalidad significa que no se pueden limitarse, ni desconocerse los derechos humanos bajo ninguna diferencia, ya sea social, política o cultural. En consecuencia, tiene un carácter evolutivo, en el sentido que la interpretación debe ajustarse al momento de aplicación, es decir, existe una progresividad.

La primera sala de la suprema corte de justicia menciona que el principio de progresividad:

es indispensable para consolidar la garantía de protección de la dignidad humana, porque la observancia a dicho principio impide, por un lado, la interpretación restrictiva de las normas de derechos humanos y la regresión respecto de su sentido y alcance de protección y, por otro lado, favorece la evolución de dichas normas para ampliar su alcance de protección (Tesis aislada 1a. CXXXVI, 2015, 10a.).

Las condiciones de vida se convirtieron en un factor fundamental en la evolución de los derechos humanos. En muchas ocasiones el derecho queda rezagado a estos cambios paradigmáticos, pero no quiere decir que los jueces se limiten al texto de la norma y la misma primera sala manifiesta que:

con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo primero, párrafo tercero.

fundamentales, así como con la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica (Tesis aislada 1a. CDV,2014,10a.)”.

La Suprema Corte, en los criterios antes citados, habla de la necesidad de proteger la dignidad humana, pues bajo esta garantía el proyecto de vida del ser humano se dignifica, es decir, le permite desarrollar su vida con plenitud. Ahora, la dignidad humana en concordancia con la protección al medio ambiente, permite que el catálogo de derechos fundamentales no solo este protegido en mayor proporción, también establece nuevos criterios paradigmáticos respecto de la protección al medio ambiente desde la perspectiva de derecho fundamental, fortaleciendo la garantía y protección de la misma dignidad humana.

Para el caso de Colombia, el medio de protección constitucional de los derechos humanos es la acción de tutela, por medio de este mecanismo las autoridades judiciales deben otorgar protección inmediata de los derechos fundamentales, por otra parte, lo que refiere al sistema internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional

ha transitado por diversas posiciones en relación con la aplicabilidad de la CADH. La posición sostenida en actualmente indica que, pese a que la Convención tiene rango constitucional, no puede ser aplicable sin que previamente se ejecute una prueba de armonización con la Constitución. Ello implicaría que la jurisprudencia de la Corte IDH sería

relevante solo cuando se obligue directamente a Colombia; en los demás casos se trata de un criterio relevante de interpretación, de acuerdo con la Sentencia C-500 de 2004 (Jara, 2020).

En Colombia, la supremacía a nivel interpretativo en materia de derechos humanos nace cuando el país reconoce el bloque de constitucionalidad, este papel lo desempeña el principio pro-homine, o también conocido como principio pro-persona. En lo que refiere al medio ambiente como derecho humano de primera generación, se considera que “la incorporación de los derechos como criterios de validez material en las Constituciones supone un reto importante desde la perspectiva de la interpretación jurídica” (Nuñez, 2017, p. 2).

Al igual que México, la interpretación en Colombia tiene un carácter hermenéutico implícito en los derechos humanos. El medio ambiente, para adquirir su fundamento como derecho humano, requiere en principio un significado de validez interno. Esto es, no podrá ir en contra de los demás derechos, entonces, la interpretación adquiere un límite al otorgar esa perspectiva de validez y, el límite, son los propios derechos humanos. El principio pro-homine con su tendencia humanista permite integrar el medio ambiente desde la perspectiva de derecho humano, la Corte Constitucional¹¹ habla de un principio pro-homine de manera extensiva, lo cual significa que, el alcance y contenido de la interpretación nutre de contenido la protección de un derecho, superando así, las anomias que pudiesen existir en la materia.

Lo anterior, da respuesta a la pregunta que se planteó en un principio sobre la no obligatoriedad de la resolución emitida por la ONU, la

¹¹ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-461 de 2011

interpretación bajo el principio pro-homine, y con su variante extensiva, permite dirimir conflictos ambientales desde la perspectiva de sujeto de derechos, es decir, un medio ambiente como derecho fundamental, esto sin necesidad de integrarlo de manera escrita, la extensión y progresividad le otorgan esas facultades.

Conclusiones

El principio pro-persona, en custodia de sus facultades constitucionales, permite integrar derechos fundamentales al ordenamiento jurídico de México y Colombia, sin que estos sean escritos en el texto constitucional. Existen elementos que coinciden en ambas constituciones, estos refieren en principio a la extensión y progresividad de los derechos humanos, lo cual surge de nociones como la interpretación, la universalidad y la inherencia de las libertades humanas consagradas en ambos textos. Se resalta un avanzado concepto jurisprudencial acerca de la protección de los derechos humanos y su conexidad con la protección al medio ambiente, las cortes son muy insistentes en advertir que los derechos humanos y su protección deben ser acordes a los nuevos paradigmas. Llevar a cabo una reinterpretación de muchos fundamentos ayudaría al derecho interno a integrar, por ejemplo, el medio ambiente como derecho fundamental, pues los precedentes jurisprudenciales así lo permiten y establecen.

Bibliografía

- Caso Velásquez Rodríguez, Serie C. No. 4 (CIDH Corte interamericana de Derechos Humanos 29 de Julio de 1988).
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*(15), pp. 89-112.
- Contreras, É. H. (2021). (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Dikaion*, 30(2), pp. 335-372.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta.
- Fix Zamudio, H. (1993). *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México: UNAM.
- Gaviria, D. C. (21 de julio de 2017). Banco de la República. Recuperado el 01 de agosto de 2022, de Banrepcultural: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-156/la-constitucion-del-91-y-los-derechos-humanos>
- Guastini, R. (1999). Sobre el Concepto de Constitución. *Cuestiones Constitucionales*, 1(julio-diciembre), pp. 162-176.
- Jara, M. L. (2020). Protección mixta de los derechos humanos en la Corte Constitucional de Colombia en relación con los derechos de los pueblos indígenas: el principio pro homine como centro de gravedad. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), pp. 247-284.
- Núñez, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*.
- ONU. (1996). Naciones Unidas. Recuperado el 07 de 2022, de ONU: <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>
- ONU. (28 de julio de 2022). Programa para el medio ambiente. Recuperado el 11 de agosto de 2022, de <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/decision-historica-la-onu-declara-que-el-medio-ambiente-saludable>
- Pinto, M. (2004). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Senado de la República, I. B. (2014). *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos*. México: Senado de la República.

Tesis / jurisprudencia

Tesis aislada 1a. CXXXVII/2015 (10a.), “principio de progresividad de los derechos humanos. su impacto en el desarrollo evolutivo de una defensa adecuada y exclusión de prueba ilícita en materia penal”, semanario judicial de la federación y su gaceta, décima época, libro XVII, abril de 2015.

Tesis aislada 1a. CDV/2014 (10a.), “derechos humanos. su contenido no se limita al texto expreso de la norma que lo prevé, sino que se extiende a la interpretación que los órganos autorizados hagan al respecto”, semanario judicial de la federación y su gaceta, décima época, libro XII, noviembre de 2014.

Federalismo Fiscal y su divorcio entre Teoría y Ley

Francisco Javier Elizalde Soto
Doctorado en Ciencias Jurídicas
Universidad Autónoma de Querétaro
Correspondencia: franciscojavier.elizaldesoto@gmail.com

Enrique Rabell García
Universidad Autónoma de Querétaro.

Gabriela Nieto Castillo
Universidad Autónoma de Querétaro

Resumen

En el presente trabajo se desarrolla la teoría del federalismo fiscal referente a la distribución de competencias fiscales, se revisa el marco legal mexicano y las últimas cifras estadísticas con la intención de sustentar la hipótesis de una dependencia de las entidades federativas hacia la federación debido a la falta de claridad de sus atribuciones fiscales y sus ingresos mediante el gasto federalizado programable. Se determinará si existe un divorcio entre la norma jurídica y la teoría del federalismo fiscal, desarrollando las posibles causas y soluciones conforme a la literatura.

Palabras clave: Federalismo fiscal, potestad tributaria, competencia tributaria.

Abstract

In the present work, the theory of fiscal federalism regarding the distribution of fiscal competences is developed, reviewing the Mexican legal framework and the latest statistical figures with the intention of supporting the hypothesis of a dependence of the federal entities towards the federation due to the lack of clarity of its fiscal attributions and its income through programmable federalized spending. It will be determined if there is a divorce between the legal norm and the theory of fiscal federalism, developing the possible causes and solutions according to the literature.

Keywords: Fiscal federalism, tax power, tax competition.

Introducción

La teoría del federalismo fiscal nos indica que debe existir una coordinación entre la federación, las entidades federativas y los municipios en la repartición de sus obligaciones. Para el federalismo es importante una organización entre los tres niveles de gobierno en relación con sus obligaciones y competencias administrativas, legislativas y judiciales. Por su parte, la teoría del federalismo fiscal debe establecer un esquema de distribución en la labor de recaudar los recursos, administrarlos y legislar los rubros sobre los que se va a tributar.

Referente a la legislación de los tributos, se entiende por potestad tributaria a la facultad de los niveles de gobierno de realizar dicha acción. Sotelo (2005) la define como la facultad de crear, modificar y derogar tributos, establecer exoneraciones y demás beneficios. Otro autor que aporta un concepto similar es Siles (2022), quien entiende a la potestad tributaria como aquella facultad que tiene el Estado de crear, modificar o suprimir tributos. Para Corral (1994) la potestad tributaria se halla alojada en el ámbito de la distribución de facultades entre el poder Legislativo y Ejecutivo, al ser un mandato imperativo de carácter representativo, en virtud del cual el poder legislativo atribuye a la administración tributaria la potestad de recaudar los tributos.

Al aseverar que existe un divorcio entre la teoría y la norma jurídica referente a la potestad tributaria, se vuelve obligatorio revisar si los argumentos teóricos coinciden o no, con la norma jurídica mexicana. En este sentido, Siles (2022) explica que la potestad tributaria necesariamente para su materialización debe estar enmarcada dentro de lo establecido por los preceptos constitucionales. Es en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) donde se estipula cuál será la potestad tributaria del Estado mexicano. Sotelo (2005) explica que en los ordenamientos legales modernos que tienen como pilar de su sistema jurídico una Constitución escrita, la función principal de ésta en materia tributaria consiste en repartir tal poder tributario al interior del Estado. Por lo que señala el autor, es la CPEUM la norma jurídica que señala quiénes son los titulares legitimados para ejercer la potestad tributaria.

Asimismo, dicha norma debe establecer en qué porción o cuota ejercerán el poder tributario dichos titulares, con qué límites y en qué condiciones.

Otro aspecto importante al legislar tributos es identificar las necesidades financieras de las entidades federativas. Para que un estado pueda conocer si los recursos que percibe son suficientes, está obligado a estimar sus gastos con base a sus obligaciones. Por tanto, debe identificar las mismas. Un análisis al marco constitucional y legal de la potestad tributaria permitiría determinar cuáles son las atribuciones y obligaciones de los diferentes niveles de gobierno conforme a la ley, si es clara y precisa al especificar y si coincide con propuesto en la teoría del federalismo.

Método

Se utilizó una metodología cualitativa, la cual permitió interpretar la realidad del federalismo fiscal mexicano. De ese modo, se describió lo que indica la teoría y la norma jurídica sobre la potestad tributaria. Así mismo, se realizó un análisis de resultados del último informe general referente a las transferencias del gasto federal programado.

La Opacidad en el Marco Constitucional de la Potestad Tributaria

La Constitución como norma jurídica es para autores como (Sotelo, 2005, p.123) la norma matriz y fundacional del Estado, que reconoce en él, como un derivado de su propia soberanía, el poder tributario como poder jurídico mediante el cual se le capacita para pretender exacciones de las economías de los ciudadanos. El autor menciona que como poder jurídico, el poder tributario del Estado se encuentra sometido a límites que son consagrados en el propio texto constitucional, para garantía de los derechos de los ciudadanos sometidos a tal poder.

La CPEUM al definir cuál es la potestad tributaria de la Federación, establece en la fracción XXIX de su artículo 73, que la federación puede establecer contribuciones sobre los siguientes rubros:

- 1) Sobre el comercio exterior;
- 2) Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27¹;
- 3) Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;
- 4) Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y
- 5) Especiales sobre:
 - a) Energía eléctrica;
 - b) Producción y consumo de tabacos labrados;
 - c) Gasolina y otros productos derivados del petróleo;
 - d) Cerillos y fósforos;
 - e) Aguamiel y productos de su fermentación; y
 - f) Explotación forestal.
 - g) Producción y consumo de cerveza.

La fracción concluye estableciendo que “las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica” p. 74.

Referente a las Entidades Federativas, actualmente el marco constitucional y la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) reducen el terreno de tributación por parte de estas. No existe un artículo constitucional que describa cuál es su potestad tributaria. Es necesario

acudir al artículo 124 Constitucional donde se establece que “las facultades que no están expresamente concedidas por la misma Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias” (p.146). Por lo que todo lo que la potestad tributaria que no está considerada para la federación, corresponde a las Entidades Federativas.

En un primer plano, lo anterior resulta perfecto, porque aun cuando no se enumere cuál es la potestad tributaria de los Estados, se establece cuál es la potestad tributaria de la Federación y se menciona que lo que no compete a la esta, corresponde a las Entidades Federativas. Sin embargo, en la fracción VII del mismo artículo 73 constitucional se estipula que el Congreso tiene facultades para poder establecer las cargas tributarias necesarias para cubrir con el presupuesto, lo cual rompe con la estructura de distribución de potestades tributarias. Por lo anterior, existe una imprecisión sobre las potestades y facultades tributarias de los Estados, esta falta de transparencia en el marco constitucional impide reconocer los rubros que, si pueden o no gravar, entorpeciendo la actividad hacendaria local. Además, debido a la fracción VII del artículo 73, existe la posibilidad de una doble tributación por parte de ambos niveles de gobierno.

Sobre la distribución de competencias entre los poderes federales y las entidades federativas Faya (1988) expone tres diferentes sistemas:

1 Párrafo 4 ° ... recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos...

Párrafo 5 ° ...las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación

natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos... ..la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley.

- I. El primer sistema² propone establecer con absoluta precisión las competencias exclusivas del Gobierno Federal, y las competencias exclusivas de los Estados. Mediante este sistema se trata de enumerar el cuadro total de competencias atribuido a uno y otro ámbito de autoridad.
- II. El segundo sistema³ se limita a enumerar solamente las competencias que la Constitución otorga a los Estados miembros, estableciendo que aquellas competencias no enumeradas a favor de los Estados se entienden como conferidas a la autoridad federal.
- III. El tercer sistema⁴ enumera una serie de competencias en forma exclusiva a favor de los Poderes Federales, reservando todas las demás a favor de los Estados. Este sistema se complementa con las facultades implícitas a favor de la autoridad federal (pp.89-90).

Divorcio entre la Teoría del Federalismo Fiscal y el Marco Constitucional Mexicano

Como se puede observar, la CPEUM respecto a la potestad tributaria en México no establece de una forma clara cuáles son las atribuciones fiscales y recaudatorias que corresponden a la federación y a las entidades federativas. La teoría por su parte menciona que debe existir una coordinación entre la federación y los estados. Autores como Díaz (2002) exponen cuáles deberían ser las potestades tributarias por niveles de gobierno. Así, correspondería a la federación los impuestos directos e indirectos más importantes y a las entidades federativas les corresponderían los impuestos por el suministro de

bienes y servicios de naturaleza estatal. A pesar de ser una teoría que se inclina hacia el centralismo, se puede observar que, se prevé una distribución de la potestad tributaria, algo que no se encuentra en el marco constitucional mexicano.

Existe una diferencia entre lo que marca la teoría y lo que se establece en el marco constitucional mexicano, respecto a estas diferencias. De Souza Santos (2011) argumenta que existen teorías euro-centristas que fueron construidas en el contexto de los países del Norte. Estas teorías aplicadas por países del Sur encuentran dificultades al tratar de implementarse, debido a la diferencia del entorno en el que se formuló la teoría. El Sur que menciona el autor es una metáfora, aun cuando la mayoría de los países que lo comprenden son de dicho hemisferio. Debido a lo anterior, el autor explica que los países del Sur buscan alternativas a las teorías, adaptan al contexto del país y resuelven las problemáticas que se presentan en el mismo.

Para ejemplificar lo anterior, De Souza Santos (2011) menciona el proyecto Yasuni ITT en Ecuador, el cual es una alternativa al modelo capitalista extractivista de desarrollo que hoy prevalece en América Latina. El autor explica que se trata de un ejercicio de corresponsabilidad internacional que apunta hacia una nueva relación entre los países más y menos desarrollados y hacia un nuevo modelo de desarrollo: el modelo post-petrolífero.

Esta teoría de De Souza Santos (2011) podría explicar lo que ocurre con el federalismo fiscal mexicano y su contexto reflejado en el marco constitucional. Al regresar al origen de la teoría, el federalismo surge en la Revolución Americana, tanto el federalismo que existe en Estados Unidos como el que existe en México es teóricamente el mismo, lo que diferencia el

² Faya, J. (1988) explica que este sistema presenta graves deficiencias, pues pretende racionalizar de manera total sendos ámbitos de competencia. Esto es muy difícil y complejo, dado la enorme, creciente y cambiante actividad del Poder público.

³ Como ejemplo, Faya, J. (1988), menciona que este sistema lo ha adoptado Canadá. de conformidad al Artículo 91 de su Constitución.

⁴ Este sistema lo ha adoptado Suiza (Art.3), Australia (Art. 51), U.R.S.S. (Art. 14). Estados Unidos adoptó este sistema no en su Constitución original, que entró en vigor el 4 de marzo de 1789 y que fue aceptada por los entonces trece Estados, hasta 1790. El sistema lo adoptó con

la Enmienda 10 que textualmente dice: "Los poderes no concedidos a la Unión por la Constitución, ni prohibidos por ella, a los Estados, están reservados a los Estados o al pueblo". México adoptó este tercer sistema en el documento original de su Constitución de 1917, al establecer en su Artículo 124: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados". Este Artículo 124 es una fiel transcripción del Artículo 117 de nuestra Constitución de 1857. Faya, J. (1988).

uno del otro es el grado de distribución de competencia que tienen los diferentes niveles de gobierno y la toma de decisiones en la implementación de políticas públicas.

La principal diferencia que encontramos en ambos sistemas federales es que el Estado Federal de los Estados Unidos fue el resultado de buscar una fórmula que satisficiera las necesidades prácticas de hacer compatibles la existencia de los Estados individuales con la de un poder dotado de facultades para bastarse por sí mismo en la esfera de sus funciones. En el caso del contexto norteamericano, Estados autónomos decidieron unirse, por lo cual conservan su autonomía, por lo que las tomas de decisiones se toman de la base al ápice, lo que correspondería a un federalismo descentralizado. Por otro lado, México tiene marcado un centralismo a lo largo de su historia. Su federalismo es un intento por restar al poder central, lo cual tiene como consecuencia que, respecto al federalismo fiscal, las decisiones se tomen en sentido contrario a Estados Unidos. La toma de decisiones es del ápice a la base, quiere decir que desde la óptica que se tiene en el centro es como se pretende que se tomen las decisiones en los estados y municipios y el resultado es que no coincide con la realidad social.

Como muestra de lo anterior, tenemos la fracción VII del artículo 73 constitucional, citado anteriormente, donde se le da facultad al Congreso para establecer las cargas tributarias que considere necesarias. Otra señal de centralismo es que quien determina lo anterior es el titular del Poder Ejecutivo Federal. De este modo, queda en evidencia un centralismo y presidencialismo⁵ marcado referente a la distribución de la potestad tributaria.

Sobre la toma de decisiones, Revuelta (2007) expone dos formas de implementación de políticas públicas. Para el autor, la implementación es el proceso que ocurre entre las declaraciones formales de la política y el resultado final alcanzado, donde una política puede ser influenciada por diversas variables

independientes (actores y factores) que pueden apoyar, alterar u obstruir el cumplimiento de los objetivos originales. Estas variables podrían el fuerte centralismo y el presidencialismo que históricamente ha vivido nuestro país.

La primera forma de implementación de políticas públicas es el enfoque *top-down*, el cual comienza con el análisis de la toma de decisiones, y después examina el grado en que sus objetivos, legalmente ordenados, fueron alcanzados en el tiempo y por qué. Para Revuelta (2007) este enfoque analiza el comportamiento de los burócratas y de los grupos objetivo hacia la decisión política, el logro de objetivos a través del tiempo, la reformulación de la política y los factores principales que afectan los impactos de la política y sus resultados. Este enfoque se asemeja a la forma en que México implementa sus políticas públicas.

Este primer diseño ha sido criticado por las siguientes razones:

- a) Tiene limitaciones en relación con la idea de existencia de un control jerárquico de programación.
- b) El enfoque supone la existencia de objetivos “claros y consistentes” en el estatuto.
- c) Este hecho no es fácil de probar o evaluar, de tal suerte que los investigadores deben conformarse con “valores aceptables”.
- d) Se argumenta que la perspectiva *top-down* no provee una buena estructura para observar el cambio de política, ni el proceso de aprendizaje de esta.
- e) Su punto de vista centralista descuida las acciones y estrategias de otros actores tales como organizaciones particulares, actores independientes, periodistas, burócratas de primer piso, académicos, etc.

Por el contrario, el diseño del enfoque *bottom-up* comienza a partir del nivel más bajo del proceso de implementación fortaleciendo la comprensión de la organización como un elemento esencial para el

⁵ Para Carpizo (1978) en México se presenta un presidencialismo en el marco constitucional debido a que el poder ejecutivo es el predominante, es el centro del sistema político y toda la vida política

del país gira alrededor de él. Una de las causas que menciona el autor es que el presidente mexicano interviene en el procedimiento para la formación de leyes.

análisis de la implementación. Revuelta (2007) menciona que se enfoca en analizar qué ocurre en la relación personal entre los burócratas llamados de primer piso y quienes reciben la política. Como resultado, la investigación se construye de abajo hacia arriba, analizando en cada nivel la capacidad para afectar el comportamiento de la política y los recursos necesarios para alcanzar los objetivos. Este enfoque se asemeja a la forma que Estados Unidos implementa sus políticas públicas.

Este diseño parece resolver, al menos desde la literatura, el problema que encontramos con respecto al federalismo fiscal mexicano, la toma de decisiones desde la óptica del poder central, mismo que no conoce los problemas a los que se enfrentan las entidades federativas y municipios, siendo estos quienes al encontrarse cerca de los problemas, tienen como menciona Revuelta (2007), “la mayor habilidad para influirlos; y la habilidad de los sistemas complejos para resolver problemas no depende de controles jerárquicos sino en maximizar la discreción en el punto donde el problema es más inmediato” (p. 146).

Por lo que expone Revuelta (2007), el enfoque bottom-up ofrece una metodología útil para identificar la “estructura de implementación” (p. 147). A su vez, al estar más cerca del problema tiene la posibilidad de ofrecer a los especialistas la libertad para evaluar la capacidad de las organizaciones privadas y las fuerzas del mercado para solucionar problemas e identificar consecuencias. Este enfoque resulta útil tanto en la interacción de una multitud de programas públicos como privados, en donde ninguno de ellos es prominente.

A pesar de sus ventajas, Revuelta (2007) explica que este enfoque ha sido criticado por diferentes razones como: 1) enfatizar la importancia de la periferia en relación con el centro, 2) descuidar la importancia de la ley como un instrumento para inducir cambios en el comportamiento, y 3) por fracasar en la evaluación del éxito o fracasar de acuerdo con las intenciones originales establecidas en el estatuto o política.

La Ley de Coordinación Fiscal, Síntoma del Centralismo Mexicano

Otro síntoma del centralismo que vive el federalismo fiscal mexicano es el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF), en el que las entidades federativas renuncian a parte de la potestad tributaria de la que el marco constitucional les faculta, a cambio de recibir ingresos mediante aportaciones y participaciones federales. Para Serna (2004) la esencia del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal consiste en que la Federación y los estados pueden firmar convenios de coordinación fiscal, por medio de los cuales los estados se comprometen a limitar sus potestades tributarias a favor de la Federación, a cambio de obtener una participación en los ingresos fiscales federales.

Asimismo, la Ley de Coordinación Fiscal prevé la conformación de varios tipos de fondos participables.

El Fondo General de Participaciones, el Fondo de Fomento Municipal y la Ley de Coordinación Fiscal prevén otro tipo de transferencias de la Federación a los estados, que constituyen “aportaciones” de diverso tipo.

Para diferenciar las aportaciones y las participaciones federales, en la reforma de la Ley de Coordinación Fiscal en 1998, se incorporaron en el Artículo 5. los diferentes fondos de aportaciones federales con el propósito de atender las diversas necesidades en las entidades del país. Por el contrario, las participaciones han sido de gran importancia para las entidades locales porque se trata de transferencias no etiquetadas que son ejercidas con flexibilidad, Valenzuela e Hinojosa (2017) mencionan que, junto con los ingresos propios, constituyen los principales activos para negociar nuevos empréstitos. A ello se debe la alta correlación entre las participaciones recibidas y el endeudamiento de las entidades. Los autores agregan que la dependencia financiera de las haciendas públicas locales salta a la vista al localizar que, en promedio, 84.8% de los ingresos estatales totales proviene del gobierno Federal.

Con las aportaciones, el poder central no solo determina cuanto van a percibir las entidades

federativas, también en que rubros deben invertir dichos ingresos federales.

Resultados

Se revisó cuál es el marco constitucional de la competencia tributaria y el último informe de transferencias federales. Se identificaron problemáticas en la legislación. Conforme a la literatura, se interpretaron las posibles causas y alternativas que podrían dar solución a estas.

Sobre las aportaciones y participaciones federales, el H. Congreso de la Unión hace una distinción entre las participaciones federales y el gasto federalizado programable. Las participaciones federales, como ya se explicó en el punto anterior, son aquellos recursos de libre administración hacendaria, por lo que los gobiernos locales los utilizan en los fines y objetivos definidos en los presupuestos aprobados en las entidades federativas por los congresos locales, y en el caso de los municipios por los cabildos. Estas participaciones federales se transfieren a las entidades federativas, municipios y alcaldías de la Ciudad de México a través de fondos e incentivos, en el año 2021 el 72.3 % de dichas transferencias fueron mediante el Fondo General de Participaciones.

Respecto al gasto federalizado programable, este contempla las Aportaciones Federales, los Convenios (de Descentralización y de Reasignación) y los Subsidios (Salud Pública y Ramo General 23). En 2021, el 97.0 % del gasto federalizado programable correspondió a gasto social. Sobre el gasto social de la Federación, esos recursos representaron el 27.2 %, es destacada su relevancia en otros conceptos, como seguridad pública, saneamiento financiero y financiamiento de las universidades. La suma del gasto federalizado programable y las participaciones federales es el gasto federalizado.

Se revisará el informe general de resultados de la fiscalización del gasto federalizado del 2021 para determinar si existe una dependencia de las Entidades Federativas hacia el gasto federalizado. Conforme al artículo 34 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (LFRCF), la Auditoría

Superior de la Federación tendrá un plazo que vence el 20 de febrero del año siguiente al de la presentación de la Cuenta Pública, para presentar un informe general por conducto de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara. En la fracción III del mismo artículo se estipula que se debe presentar un resumen de los resultados de la fiscalización del gasto federalizado, tanto en su componente programable como respecto a las participaciones federales.

En el año 2021, el gasto federalizado que se integra por los recursos federales que se transfieren a las entidades federativas, municipios y alcaldías de la Ciudad de México, ascendió a 2,014,044.6 millones de pesos (mdp), equivalentes al 29.8 % del Gasto Neto Total (GNT) de 6,748,950.7 mdp.

En el periodo de 2000 a 2021, el gasto federalizado representó, en promedio, el 33.4 % del GNT, tuvo en 2017 el máximo de 35.5 % y en los años 2009 y 2021 el mínimo de 29.8 %.

Desde 2018 el indicador de los recursos del gasto federalizado respecto del gasto neto se ha reducido. Conforme a lo presentado en el informe general, esto se debe a una disminución del importe de su componente de gasto programable. Así, se explica que, a pesar del aumento de las participaciones federales en 2018, 2019 y 2021, esto no compensó la reducción del primero, el cual fue significativamente mayor.

De acuerdo con el informe general, en 2021, el importe de su componente programable ascendió a 1,096,812.0 mdp, equivalente al 54.5 % del total, y 917,232.6 mdp, correspondieron a las participaciones federales. Lo anterior quiere decir que el gasto federalizado no programable fue equivalente al 45.5 % restante. En el periodo del 2000 al 2021, el gasto federalizado creció, en términos reales, a una tasa media anual de 2.7 %. Su componente programable o transferencias condicionadas lo hizo a una tasa del 2.6 % y las participaciones federales, a una tasa del 2.9 %.

Sobre la dependencia de las entidades federativas hacia los recursos del gasto federalizado, el Informe General indica que en el 2021 los recursos federales

representaron el 84.5 % de sus ingresos y en 12 entidades federativas significan más del 90 % (Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Tabasco, Tlaxcala y Veracruz).

En estos datos del informe, no se incluye a la Ciudad de México. En dicha entidad se menciona que el gasto federalizado representó el 60.4 % de sus ingresos totales. Además, no considera los recursos por concepto de financiamiento.

En el análisis del informe, se menciona que la elevada dependencia de los ingresos de las entidades federativas y los municipios, respecto de las transferencias federales se debe, en el primer caso, a la insuficiente disponibilidad de fuentes de ingreso propias, así como al inadecuado aprovechamiento de las existentes. En el caso de los municipios, se debe, en parte importante, al insuficiente aprovechamiento de sus fuentes de ingreso propias, principalmente el impuesto predial, cuya recaudación es muy reducida, respecto de su potencial recaudatorio.

Discusión y conclusiones

Existe un divorcio entre lo que indica la teoría del federalismo y nuestro marco constitucional en materia fiscal. Esto se debe a la implementación de teorías que no coinciden con el contexto nacional al ser diferente con el que se desarrolló originalmente los aspectos teóricos.

Existe una dependencia financiera de las entidades federativas hacia la federación debido al gasto federalizado programable.

Actualmente, el marco constitucional y la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) reducen el terreno de tributación por parte de las entidades federativas. El artículo 124 constitucional establece que todo lo que no está considerado para la federación corresponde a las entidades federativas, lo cual es perfecto porque en la fracción XXIX del artículo 73 constitucional se establece la competencia de la federación. Sin embargo, la fracción VII del mismo artículo se menciona que el Congreso tiene facultades para poder

establecer las cargas tributarias necesarias para cubrir con el presupuesto. Esto rompe con la estructura de distribución de potestades tributarias.

Por lo anterior, existe una imprecisión sobre las potestades y facultades tributarias de los Estados. Esta falta de transparencia impide reconocer los rubros que, si pueden o no gravar, lo cual entorpece la actividad hacendaria local. Es necesario el establecimiento de una forma clara de las atribuciones fiscales y recaudatorias que corresponden a la federación y a las entidades federativas.

Referencias

- Badía, J. (1976). El federalismo. *Revista de estudios políticos*, (206), pp. 23-76.
- Brewer-Carías, A. (2017). Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX. *Ars boni et aequi*, (2).
- Cámara De Diputados Del H. Congreso de la Unión (2018). Ley de Coordinación Fiscal, Diario Oficial de la Federación.
- Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión (2021). Auditoría Superior de la Federación, Diario Oficial de la Federación.
- Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión (2022). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación.
- Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión (2022). Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2023, Diario Oficial de la Federación.
- Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión (2022). Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, Diario Oficial de la Federación.
- Carpizo, J. (1978). Notas sobre el presidencialismo mexicano. *Revista de Estudios Políticos*, (3).
- Corral, L. (1994). Potestad tributaria de recaudación. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (4), p. 57.
- Díaz, M. (2002). Federalismo fiscal y asignación de competencias: una perspectiva teórica. *Economía Sociedad y Territorio*.
- Faya, J. (1988). El Federalismo Mexicano, Régimen Constitucional del Sistema Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- Ferral, P. (2020). Federalismo y Coordinación Fiscal En México. https://www.academia.edu/43129567/FEDERALISMO_Y_COORDINACION_FISCAL_EN_MEXICO
- Piffano, H. (2004). Notas sobre federalismo fiscal. Enfoques positivos y normativos. Proyecto de Enlace de Bibliotecas. UNLP, PrEBi/SeDiCI.
- Porto, A. (2003). La teoría económica del federalismo fiscal y las finanzas federales. Documentos de Federalismo Fiscal.
- Revuelta, B. (2007). La implementación de políticas públicas. *Dikaion*, (16), pp. 135-156.
- Serna, J (2004). *El Sistema Nacional De Coordinación Fiscal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 23-33.
- Siles, C. (2022). La Potestad Tributaria en el Marco del Derecho Constitucional Tributario. *Orbis Tertius-UPAL*, (11), pp. 85-100.
- Sotelo, E. (2005). Potestad tributaria y tributo de la especie tasa. *THEMIS Revista de Derecho*, (50), pp. 119-136.
- De Sousa Santos, B. (2011). Epistemologías del Sur. Utopía y Praxis Latinoamericana, (54), pp. 17 – 3.
- Valenzuela, R & Hinojosa, A. (2017). Las transferencias federales, los contrapesos políticos y los ingresos fiscales estatales en México. *Economía UNAM*, (42), pp. 47-71.

Los derechos humanos y Marx: una relación contradictoria

Erik Arturo Ibarra Hernández¹

¹Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Querétaro.

Correspondencia: erik_gd07@hotmail.com

Ricardo Ugalde Ramírez

Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

Resumen

En el escenario mundial actual, en donde las contradicciones de las sociedades modernas se vuelven más evidentes, por un lado, y en el que el discurso de los derechos humanos se ha vuelto la respuesta infalible para todos los problemas sociales, por el otro, se vuelve necesario regresar al pensamiento de autores clásicos como Marx, que, de manera temprana, reconoció y analizó dichas contradicciones. En este contexto, el objetivo de la presente investigación es analizar las posturas de diversos autores que han abordado el tema de la relación entre los derechos humanos y Marx, la cual se ha calificado tradicionalmente como crítica cuando no contradictoria. A través de la revisión de diversas fuentes documentales, se logran identificar posicionamientos que consideran dicha contradicción teórica como insuperable, mientras que existen posturas menos radicales que identifican puntos en común entre ambas construcciones teóricas.

Palabras clave: derechos humanos, marxismo, crítica, materialismo, liberalismo político.

Abstract

In the current world scenario, where the contradictions of modern societies become more evident, on the one hand, and in which the discourse of Human Rights has become the infallible answer to all social problems, on the other, it becomes necessary to return to the thought of classical authors such as Marx, who, early on, recognized and analyzed these contradictions. In this context, the objective of this research is to analyze the positions of various authors who have addressed the issue of the relationship between Human Rights and Marx, which has traditionally been described as critical, if not contradictory. Through the review of various documentary sources, it is possible to identify positions that consider this theoretical contradiction as insurmountable, while there are less radical positions that identify points in common between both theoretical constructions.

Keywords: Humans Rights, Marx, contradiction, capitalism

Introducción

Históricamente se ha considerado que el pensamiento marxista rechaza tajantemente el discurso de los derechos humanos provocando que las visiones materialistas se posicionen frente a estos derechos de manera contradictoria, impidiendo que se discutan en profundidad los presupuestos que subyacen a la construcción general de la narrativa de los mismos. Algunas interpretaciones dogmáticas y ortodoxas de la obra de Marx, respecto de los derechos humanos, han provocado un rechazo generalizado de éstos, impidiendo un análisis profundo que resalte el origen histórico y político de los mismos. Ejemplo de lo anterior es la idea de que el discurso de los derechos humanos es exclusivamente una legitimación política e ideológica del liberalismo, perteneciente al nivel de superestructura, lo cual provoca una limitación al potencial emancipador de los derechos desde el plano teórico.

Sin embargo, no debe de olvidarse que estos derechos surgen en el auge del liberalismo político en el siglo XVII; razón por la cual su interpretación ha respondido a determinados intereses políticos. De manera particularmente clara, Manuel Gándara (2019) afirma que:

La concepción liberal o concepción moderna de los derechos humanos (...), es el marco de comprensión hegemónico sobre dichos derechos; ella rige no solo la actuación de la mayor parte de las instituciones, instrumentos y mecanismos de protección tanto nacionales como internacionales, sino también la enseñanza del derecho por parte de la academia, e incluso actúa como “lugar común” en la comprensión, y que configura por ende la sensibilidad sociocultural en nuestras sociedades (Gándara, p.93).

Es justo en este contexto que la obra de Marx, de carácter crítico-materialista, puede aportar bastante a la discusión. El diálogo entre estos dos ejes de análisis (derechos humanos y las corrientes marxistas) desde una perspectiva crítica y propositiva, permite analizar la visión tradicional que se ha consolidado respecto al antagonismo entre estos dos discursos. De esa

manera, es posible revirar hacia nuevos horizontes que al menos permitan formular nuevos planteamientos para tratar de dar solución a un catálogo de problemas sociales cada vez más extenso y complejo.

Método

Respecto a los propósitos o finalidades perseguidas, se trata de una investigación básica (también llamada pura, teórica o dogmática), porque parte de un marco teórico y permanece en él, es decir que no se trata de una investigación de carácter empírico. La finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes y en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos.

La investigación tiene como marco teórico las perspectivas de diversos autores que han analizado el discurso de los derechos humanos, desde la obra de Marx (1986, 2009, 2019, 2020), lo que contribuye a esclarecer el supuesto distanciamiento teórico entre los derechos humanos y este autor.

En cuanto a la clase de medios utilizados para obtener los datos, la investigación es documental, ya que se apoya en fuentes de dicho carácter, especialmente bibliográfica y hemerográfica.

El enfoque que se da a la investigación es de carácter cualitativo, ya que persigue describir sucesos complejos en su medio natural.

Desarrollo

Se considera necesario mencionar, al menos de manera somera, los principales motivos por los cuales históricamente se han considerado incompatibles las teorías sobre derechos humanos, por un lado, y las teorías marxistas, por el otro. Al respecto, señala Manuel Gándara (2019), que

Los pensadores de izquierda se han posicionado frente al discurso de los derechos humanos siempre de manera contradictoria, bien ofreciéndole una aceptación acrítica, bien un rechazo en bloque capaz de ver en ellos algo más que un ejercicio de legitimación liberal, o bien, limitándose a aceptar solo una parte de ellos, los derechos sociales, pero sin

entrar a discutir en profundidad los presupuestos que subyacen a la construcción general de la narrativa de los derechos desde el liberalismo político (p.97).

La aseveración anterior, es un tanto genérica al referirse se manera indistinta a los pensadores de izquierda. Sin embargo, podría darse por entendido que las visiones marxistas y crítico-materialistas están incluidas, al menos en cuanto a su aspecto político. Este rechazo que se menciona se origina de las interpretaciones de la obra de Marx, que, dicho sea de paso, no desarrolló una teoría política propiamente dicha, como sí lo hizo con el aspecto económico. Así, sus ideas y críticas respecto de los derechos humanos, se encuentran dispersas a lo largo de algunas de sus obras.

El autor Jaime Escamilla (2020), en sintonía con el pensamiento de Gándara (2019), describe con claridad el hecho de que en el mundo académico existen determinadas interpretaciones negativas de los derechos humanos:

Por muchos años, simpatizantes y críticos del marxismo han interpretado de manera exclusivamente negativa el pensamiento de Marx sobre los derechos humanos, concibiendo las libertades jurídicas y los derechos formales que implican como simples principios ideológicos de dominación de la clase burguesa y, justamente por eso, insustanciales para la emancipación humana (Escamilla, 2020, p.1).

Estas ideas, como ya se mencionó, no fueron sistematizadas en una sola obra, pero pueden diferenciarse en tres críticas principales: la primera de ellas tiene que ver con el lugar que ocupan los aspectos políticos de la vida social para Marx. En este sentido, Marx (2008) hace la distinción entre el nivel de la infraestructura, a la que corresponden las relaciones económicas de producción capitalistas, y la estructura o superestructura, a la que corresponden todos los demás ámbitos ideológicos, sociales, políticos y culturales, como el caso de la religión, el Estado, el Derecho y los derechos humanos.

Marx señala que las transformaciones reales y tangibles, tenían que darse en la base económica de las sociedades, lo que provocaría una transformación de los demás ámbitos de la vida humana ubicados en la superestructura, por lo que ideales que consideraba abstractos o ambiguos, no ocupaban un lugar importante en su pensamiento, como lo señala con gran claridad Massini (1986) en su obra

(...) existe por lo tanto una relación físico-causal entre la infraestructura económica y las estructuras jurídicas, relación que resulta totalmente ajena a cualquier juicio de valor, a cualquier estimación acerca de su justicia o injusticia. Es por ello que Marx no habló nunca de justicia o de injusticia (p.152).

Considerando que el discurso de los derechos humanos tiene una íntima relación con las esferas jurídica, ética y política. Así, se puede entender que Marx desestimara hasta cierto punto estas cuestiones, pues como menciona el Álvarez (2021): “(...) en definitiva, para Marx la política no es una esfera independiente, ya que el poder político tiende a reflejar las relaciones de poder existentes en el plano socioeconómico” (p.193). Sin embargo, esta dependencia de la que habla Marx, no debe llevarnos a creer que las esferas política, jurídica, ética, cultural, etc., deban olvidarse sin más, ya que, a pesar de estar íntimamente relacionadas con las condiciones socioeconómicas, esto no implica que cada una de ellas pueda tener determinado valor para mejorar las condiciones de vida de las personas.

Señala Eymar (1987), como se citó en Caparó, (2019) que:

“La situación económica es la base”, pero debemos tener en cuenta que los diversos elementos de la superestructura, incluso los reflejos de todas esas luchas reales en el cerebro de los participantes, teorías políticas, jurídicas... ejercen también su influencia sobre el curso de luchas históricas y determinan, predominantemente en muchos casos, su forma (Caparó, p. 172).

En este sentido, es posible identificar que los propios Marx y Engels no descartaban por completo el campo

de la superestructura al cual pertenecen los conceptos de Estado, Derechos y derechos humanos. Así, para darle continuidad a esta idea, señala el Álvarez (2021):

(...) aunque Marx revela el modo en que el Estado se constituye como superestructura de poder en relación con la sociedad civil, eso no significa para él que la forma que pueda adoptar el Estado sea irrelevante ni tampoco que se trate de una mera apariencia de valor ilusorio (Álvarez, 2021, p.193).

Esta aclaración es sumamente importante, ya que implica que el Estado (y en general la política) pueden repensarse y replantearse a la luz de aproximaciones críticas que reconozcan se genealogía liberal, pero que también sean capaces de proponer reconfiguraciones para que no sea más considerado meramente como un instrumento al servicio de las clases dominantes que perpetúa el statu quo.

Es posible la visión utópica de un Estado y de una política que puedan beneficiar a los grupos históricamente invisibilizados y subalternados, considerando en todo momento que estas instituciones no tienen per se una naturaleza definida. Por el contrario, tendrán una u otra orientación según los sectores sociales que tengan la capacidad de influir en ellas. Esta idea la desarrolla Lang (2010), citado por Gándara (2019):

El Estado no es ni un simple instrumento de las clases dominantes, ni una instancia neutra dedicada a realizar el bien común. Más bien sería un campo estratégico en el cual las distintas fuerzas sociales luchan por el fortalecimiento y, en el caso ideal, por la generalización de sus intereses o valores - mediante leyes, recursos públicos, legitimidad oficial o incluso mediante el blindaje de la coerción (Lang, 2010 en Gandara, 2019, p 146).

Ahora bien, tampoco se debe perder de vista que, al menos históricamente, la conformación del Estado moderno desde un supuesto contractualismo pactado, sí reflejó los intereses de una determinada clase social,

como bien lo señalan los autores Gómez y Polo (2021):

La creación del moderno “Estado liberal”, tal y como lo describen los contractualistas clásicos, partió de la presunta “participación” del hombre en las decisiones públicas, y a su vez legitimó (bajo una determinada óptica) los derechos que le pertenecían “por naturaleza”, en un momento histórico de abrupta transición en el que la economía y la política estaban cambiando de forma veloz y sustancial (p.47).

La segunda crítica tiene que ver con la legitimación de la dominación por parte de una clase social. En este caso, la clase capitalista o, más exactamente, la clase burguesa. En concordancia con esto, señala el profesor José Antonio Ramos (2001):

(...) para Marx lo que condiciona históricamente los derechos humanos, lo que determina su origen, su contenido y su formulación concreta, son los intereses sociales y económicos de la clase social que sale triunfadora de la Revolución francesa: la burguesía. Tales derechos no son, por tanto, lo que pretenden ser. No son los derechos que le corresponden por naturaleza a todo ser humano, sino que son los derechos del burgués (p.878).

En este punto, pueden identificarse dos aspectos. El primero de ellos es que, efectivamente, la clase capitalista, al ser la clase que logró imponer el nuevo modelo civilizatorio en todo Occidente, utilizó el discurso de los derechos humanos para garantizar los valores del liberalismo, los cuales son libertad, propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión, primordialmente. Sin embargo, estos conceptos son interpretados de una manera específica en el liberalismo, partiendo de una abstracción de los seres humanos que los coloca a todos en un plano ilusorio de igualdad, ya que no hace reconocimiento de las condiciones sociales, económicas y culturales de cada sector social en particular, beneficiando a aquellos detentores del poder económico y político que se venían afianzando en los inicios del liberalismo.

El segundo aspecto tiene que ver con la concepción histórica y positivista que, de los derechos del hombre, y del derecho en general, tenía Marx. Para éste, ningún derecho podía fundarse en una naturaleza o en los valores absolutos y previos al ser humano, sino que siempre se encontraban en función de los intereses de la clase social que lograra imponer su visión del mundo. En el caso de los derechos en el modelo civilizatorio capitalista, el origen de éstos tenía que pasar forzosamente por un procedimiento legislativo, envistiendo de coercibilidad y obligatoriedad a las normas producidas.

Al respecto, señala Massini (1996) que “(...) la concepción marxista del derecho aparece claramente como positivista, es decir, como negadora de la existencia de cualquier instancia jurídica que no surja de las decisiones del poder estatal, determinándose éste, a su vez, por las relaciones de producción económica” (p.151). Esto podría explicar de cierta manera el rechazo que, de los derechos del hombre en el siglo XVIII, se tenía desde el marxismo, porque no se ajustaban a la idea tradicional del derecho positivo que hasta entonces se conocía, aun siendo evidente que dichos derechos se manifestaron a través de declaraciones que se consiguieron como resultado de procesos revolucionarios concretos e históricos.

Sin embargo, justo los derechos humanos se pretendían presentar como derechos universales, pues se concebían naturales, inalienables e incluso sagrados¹. Por esa razón, se les relacionaba con cierto iusnaturalismo, como explica Ramos (2001):

Puede decirse que desempeñan en la actualidad un papel semejante al que en otro tiempo desempeñó la idea del Derecho natural. Una esfera normativa superior que se creía justa por naturaleza y a la que podía apelarse para exigir la reforma del Derecho positivo (o su mantenimiento, según los casos) (p.871).

Finalmente, la última crítica a los derechos humanos que se atribuye a Marx (2018), es la de individualismo

y egoísmo en el cual están fundados. Esta crítica tiene un trasfondo filosófico y antropológico que puede rastrearse desde Hegel (2000), quien consideraba que el ser humano de la sociedad civil llegaba a su plenitud con la aparición del Estado, como perfeccionamiento de la convivencia y organización social de los seres humanos. En cambio, Marx no veía que este perfeccionamiento se desarrollara en los Estados de la sociedad capitalista, y más bien consideraba que, a pesar de vivir en una unidad social y colectiva, se siguen conservando los valores del individualismo y el egoísmo propios de la sociedad civil.

De manera particularmente clara, Álvarez (2021) explica la situación señalada anteriormente:

Es el individualismo característico de la mentalidad moderna, promovido y alimentado por el capitalismo mercantil de la época, lo que se halla en la base de esa concepción: el hombre existe como individuo por naturaleza y es concebible como tal aun después de haber constituido un cuerpo político (pp. 194-195).

En este sentido, se imponen los verdaderos valores del liberalismo en las sociedades capitalistas, donde el individualismo y el egoísmo son los parámetros para la interpretación de los valores de libertad, propiedad y seguridad que enaltecen las declaraciones de derechos.

Si se continúa con esta argumentación, es evidente que los derechos humanos establecidos en estas declaraciones corren la misma suerte de llevar inmerso el germen del individualismo y difícilmente podían estar a favor de ideas que dieran preferencia al aspecto colectivo y social por encima del interés particular de las minorías detentoras del poder económico y político. Al respecto, asegura Massini (1986):

(...) ninguno de los llamados derechos del hombre sobrepasa, pues, al hombre egoísta, al hombre tal como es, miembro de la sociedad

¹ Estas características son mencionadas de manera textual en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

civil, al individuo cerrado en sí mismo, reducido a su interés privado y a su arbitrio particular, separado de la comunidad (p. 146).

Como consecuencia de lo anterior, no es de extrañarse que los sectores sociales populares, históricamente hayan sido relegados a una posición de antagonismo respecto de las clases dominantes y que los derechos que se suponía favorecerían a “todos los hombres”, hayan reservado sus encantos para unos cuantos individuos, como nos recuerda Ramos (2001):

En suma, los derechos del hombre tienden todos a favorecer la construcción de una sociedad estrictamente individualista, atomizada, y a destruir todos los vínculos sociales y comunitarios del ser humano. Ese individualismo que se percibe en el contenido y en la forma de los derechos del hombre es un indicio claro de que son los derechos de y para la burguesía (p. 880).

Considerando las tres principales críticas que se mencionaron con anterioridad, es que las opiniones en el mundo académico se han dividido, tendiendo por un lado la idea de que el pensamiento marxista y los derechos humanos son necesariamente incompatibles. Tal es el caso de Massini (1986), quien sentencia, respecto a la posibilidad de concebir una noción de derechos humanos desde el marxismo, lo siguiente:

Un estudio más o menos integral de ese sistema, lleva necesariamente a una respuesta negativa: por más que se la fuerce, la perspectiva marxista no permite elaborar un concepto -y menos aún una doctrina- acerca de esa realidad que en nuestros días se denomina «derechos humanos» (p.150).

Este autor llega a tal conclusión señalando tres razones, las cuales son, en primer lugar, que el individuo es una mera idealidad y que lo verdaderamente real es la sociedad. En segundo lugar, señala que la concepción marxista es evidentemente positivista. Finalmente, asegura que el marxismo, al ser un pensamiento revolucionario, niega cualquier posibilidad del derecho como elemento permanente de la vida social. Para este autor:

(...) o aceptamos los principios (sic) marxistas y renunciamos incondicionalmente a postular la existencia y fundamento de los «derechos humanos» o, por el contrario, aceptamos la existencia de estos derechos renunciamos, consecuentemente, a todas aquellas premisas sobre las cuales pretendió Marx sentar las bases de su paradójico paraíso sin clases, sin estado y sin «derechos» (Massini, 1986, p.157).

En este mismo sentido, también la autora María José Villalba (2020), considera que no es imposible una “conciliación” entre la obra de Marx y el derecho: “(...) revive la incógnita respecto a si es posible la conciliación entre “derecho” y Marxismo, y, como ya se había previsto, la respuesta es negativa” (p.52).

Pese a la anterior afirmación, la autora no desconoce que, el propio Marx, a pesar de no ser un partidario de los derechos humanos por considerarlos parte de la ideología burguesa, encuentra un aspecto útil e instrumental en dichos derechos:

(...) Marx, desde una etapa temprana, emplea una postura radical, drástica y revolucionaria de los derechos humanos, por ser estos, ya dada la evidencia, elementos propios de la clase “flor y nata”. Pese a esto, a menudo que va reivindicando y puliendo sus postulados, considera, en una etapa más madura, que los derechos pueden ser tomados como instrumentos para llegar a un objetivo (Villalba, 2020, p.54).

Por otro lado, existen los autores que consideran la oposición entre estos dos discursos de manera más mesurada, como el caso de García Ramírez (2009), para quien:

Hablar de los derechos humanos en Marx significa por lo menos dos cosas: o comprenderlos como categoría pragmática de la emergente burguesía europea del siglo XVIII y como recurso político-jurídico idealizado durante el proceso de consolidación del sistema de producción capitalista, o bien, circunscribirlos como aspiraciones y

«epistemes» populares que se oponen a la miseria, a la barbarie de la economía de mercado y a los crímenes y castigo del Estado «secuestrado» por minorías entrenadas para usufructuar el poder (p.281).

Para el caso que nos ocupa, se considera de mayor interés la segunda postura que no radicaliza las contradicciones teóricas entre las ideas del marxismo y los derechos humanos, precisamente porque da pie a la reivindicación de estos derechos y no los rechaza por completo. Así, se da posibilidad de una reinterpretación desde un análisis crítico-materialista originado en la obra de Marx, quien identificó y analizó las principales contradicciones de la emergente sociedad capitalista y varios de sus problemas que, incluso hoy en la actualidad, prevalecen.

También es importante considerar que la obra de Marx no se considera infalible o que en ella se contenga la verdad absoluta que ponga solución a tan complejo catálogo de problemáticas sociales, económicas, políticas, ecológicas e incluso sanitarias que actualmente nos aquejan. Por el contrario, se consideran de gran utilidad varias de sus ideas en cuanto corresponde al origen de los derechos humanos y el trasfondo que en ellos se trata de ocultar, tomando en cuenta las condiciones que prevalecieron cuando este autor se pronunció al respecto.

Una de estas limitaciones se refiere a las llamadas “generaciones” de derechos que posteriormente se reconocerían también como parte de los derechos humanos, ya que Marx conoció principalmente derechos del liberalismo de carácter civil y político, como bien lo menciona el Ramos (2001):

Limitada al menos en la medida en que se centró fundamentalmente en los derechos reconocidos en las declaraciones concretas que Marx pudo analizar con más detenimiento: básicamente, las declaraciones americanas y francesas de finales del siglo XVIII. Pero desconoció la gran potencialidad, la enorme carga positiva, que encerraba la doctrina de los derechos humanos considerada en abstracta. Potencialidad positiva o

liberadora que su evolución posterior ha venido a poner de manifiesto (p.881).

Inclusive, hay autores como Manjarin Castellarnum (2020), que consideran existente una paradoja en el sistema de pensamiento de Marx respecto de algunos derechos burgueses:

Leer los textos de Marx traería consigo una triste paradoja: la inflexible y apasionada defensa de derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de asociación se podrían juzgar eventualmente como inoportunos para la marcha revolucionaria de la clase trabajadora. Llevando al extremo esa paradoja, podría aducirse bajo esa trágica desaprensión que los pasajes en los que Marx defiende derechos supuestamente “burgueses” deben entenderse como el alegato de alguien que simplemente cumple la misión de su tiempo (Manjarin, 2020, p.150).

Ahora que se ha señalado las que posiblemente fueron limitantes en el pensamiento de Marx respecto de los derechos humanos, también corresponde señalar un problema que ocurre, no únicamente al interpretar al autor nacido en Tréveris, sino con varios autores y pensadores de la historia universal y es la dificultad de analizar sus obras a la luz de visiones y condiciones actuales, donde ha cambiado totalmente el contexto en el que se desarrollaron originalmente el pensamiento de dichos autores. En el caso de Marx, es significativamente más relevante el impacto que determinadas interpretaciones de su obra tuvieron en la historia moderna de algunos países, en las que no se profundizará por sobrepasar los objetivos de este trabajo, pero que baste con mencionar que estigmatizaron a la obra de este pensador.

En relación a estas interpretaciones descontextualizadas, Álvarez (2021):

En la obra de Marx, concretamente, la denuncia del componente ideológico presente en la concepción liberal del Derecho y el Estado, así como la crítica con la que se puso de manifiesto el carácter instrumental de estos, en cuanto medios de los que históricamente se

ha servido la clase dirigente para dar una cobertura legitimadora de su dominio social, hay que entenderlas en su contexto histórico y no como posiciones que puedan interpretarse de manera abstracta sin tomar en cuenta la historicidad de todas las realidades sociales (p.207).

Finalmente, se retoma el tema de los derechos humanos y del impacto que en la actualidad han representado para la consecución de importantes logros para las clases menos favorecidas en el plano económico y social, porque si bien estos derechos se originaron en las entrañas del modelo civilizatorio capitalista, lo cierto es que no han sido indiferentes al paso del tiempo y varios de ellos han sido reconfigurados y reinterpretados en función de determinados sectores sociales como los trabajadores, campesinos, grupos indígenas, etc., siempre en busca de mejorar sus condiciones de vida a través de la organización y la movilización política y social.

Lo anterior podría representar evidencia de que los derechos humanos no necesariamente tienen que estar al servicio de las clases dominantes, o al menos no todos, ya que estos derechos se han podido reapropiar de manera que representen herramientas en la búsqueda de una vida en sociedad menos injusta. No por el hecho de haber surgido a la par del liberalismo, deberían ser condenados de manera absoluta sin analizar cada uno en profundidad, como señala Álvarez (2021):

Del mismo modo que el reconocimiento de que los llamados «derechos humanos» son una conquista alcanzada en una cultura y época particulares de la historia europea no pone en cuestión su aspiración a la universalidad ni legitima la crítica que los rechaza por considerarlos una expresión del etnocentrismo (pp.207-208).

En el mismo pensamiento de Marx, puede identificarse cierta aceptación con algunos de los derechos sociales que más adelante también serían considerados dentro del catálogo de derechos humanos, como el caso de jornadas laborales de ocho horas, la prohibición del trabajo para menores, el

derecho a organizar huelgas, etc. En este mismo sentido, continúa señalando García Ramírez (2009):

Los derechos humanos por los que opta Marx son aquellos que sirven para la «emancipación de lo humano». La emancipación significa «transformación» de un orden de cosas a otro con mayor calidad de vida y donde se asegure la producción y reproducción de la vida humana en términos de justicia social, libertad política y racionalidad en la distribución de los bienes materiales (p.282).

Resultados

La relación considerada tradicionalmente como contradictoria entre la obra de Marx y los derechos humanos, no es homogénea, sino que ha sido interpretada de diversas maneras por distintos autores y en distintas épocas.

Existen al menos dos tipos de posturas que interpretan esta relación contradictoria diferenciadas por el grado de aceptación respecto de los derechos humanos y la obra de Marx. Por un lado, se encuentran los autores que consideran que es una contradicción insuperable como el caso de Massini (1986) y Villalba (2020).

Por otro lado, existe un bloque de autores que consideran que, si bien existe cierto rechazo por parte del filósofo alemán hacia el discurso de los derechos humanos, no lo radicalizan, e incluso encuentran algunos puntos de convergencia entre ambas construcciones teóricas, como Ramos (2001).

Tomando en cuenta las consideraciones mencionadas a lo largo de este trabajo, queda claro que algunos elementos de la obra de Marx hacen pensar que este autor mantuvo una relación contradictoria con el discurso liberal de los derechos humanos. Así, se han alejado las teorías crítico-materialistas de este discurso durante mucho tiempo. Sin embargo, las problemáticas que asedian actualmente a las distintas sociedades, hacen que se vuelva necesario regresar a pensadores como Marx, por la vigencia de muchos de sus planteamientos teóricos. Del mismo modo, también se ha apostado en prácticamente todo el mundo por el discurso de los derechos humanos como principal herramienta en la búsqueda de condiciones

de vida más dignas para los sectores históricamente desfavorecidos.

Discusión y conclusiones

Históricamente se ha considerado que el pensamiento marxista rechaza tajantemente el discurso de los Derechos Humanos, lo cual provoca que las visiones materialistas se posicionen frente a éste de manera contradictoria. De esa manera, se impide que se discutan en profundidad los presupuestos que subyacen a la construcción general de la narrativa de los derechos desde el liberalismo político.

Existen prejuicios e interpretaciones descontextualizadas en el mundo académico que históricamente han ensombrecido y deformado el sentido de la obra de Marx, lo cual ha provocado un rechazo sistémico de ésta, al distorsionarlo y dificultar el acceso a su pensamiento original (Álvarez, 2021), el cual ha recobrado una enorme relevancia en los últimos tiempos por su minucioso análisis de las sociedades capitalistas modernas, así como sus principales problemas y contradicciones, principalmente los relacionados a las desigualdades sociales.

Para poder realizar un análisis de los derechos humanos desde la obra de Marx, se vuelve necesario contextualizar sus planteamientos teóricos de acuerdo con las condiciones en que se desarrolla su pensamiento. Asimismo, se debe considerar que el discurso de los derechos humanos es dinámico y se modifica en función de las distintas épocas. Ejemplo de lo anterior es el reconocimiento de las distintas generaciones de derechos humanos que en la actualidad forman parte de esta compilación.

Es necesario el reconocimiento y valoración de las conquistas alcanzadas en cada cultura y época de la historia a través de los derechos humanos, para así rechazar su descalificación por el solo hecho de considerarlos una expresión del etnocentrismo y, más aún, dichos derechos deben ser reinterpretados y reapropiados por los grupos sociales más afectados por la inequitativa distribución del poder económico y social en la Modernidad capitalista, para lo cual, la obra y pensamiento de Marx resulta especialmente apropiada. —

Bibliografía

- Álvarez, E. (2021). *Las ideas filosóficas de Marx*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Barrios, M. J. V. (2020). Derechos humanos en el marxismo. *Revista Espirales*, 5(5), pp. 48-65.
- Caparó Madrid, C. E. (2019). El concepto de libertad en Marx y los derechos humanos.
- Gándara, C. M. (2019) *Los derechos humanos en el siglo XXI: Una mirada desde el pensamiento crítico*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- García, R. J. C. (2009). *Siete tesis sobre la descolonización de los derechos humanos en Karl Marx: un diagnóstico popular para evaluar la calidad de la democracia en América Latina*, Tabula Rasa, núm. 11, julio-diciembre, pp. 253-285, Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- Gómez Betancur, M. A., & Polo Blanco, J. (2021). Derechos humanos y capitalismo. Una relación atravesada por la ideología. *Eidos*, (36), pp. 44-77.
- Hegel, G. W. F. (2000) *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*. Traducción: Eduardo Vasquez. Editorial Biblioteca Nueva, S. L., Madrid.
- Hernández, J. E. (2020). Derechos humanos y emancipación en el pensamiento de Marx. *Alegatos*, 1(12), pp. 73-76.
- Manjarin, E. (2020). Marx y la tradición iusnaturalista en un mundo industrializado. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, (81), pp. 145-160.
- Marx, K. (2008). *Contribución a la crítica de la economía política*. Siglo XXI.
- Marx, K (2018). *Sobre la cuestión judía*. Maquetación: Demófilo.
- Massini, C. I. (1986). "Los derechos humanos desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas". *Personas y Derecho*, 14, Editorial: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- Ramos, P. J. A. (2001). *La crítica a la idea de los derechos humanos*, Anuario de derechos humanos, (2), pp. 871-892.

Organismos constitucionales autónomos: Reconfiguración a la distribución del poder

David Roberto Sánchez Solórzano.

Doctorado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro

Correspondencia: davrob1@hotmail.com

Javier Rascado Pérez

Profesor de tiempo libre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

Resumen

La irrupción de los Organismos Constitucionales Autónomos (OCA) en el constitucionalismo mexicano marca un cambio en la concepción de la distribución del poder público en tanto que son instituciones que gozan de autonomía y se encuentran fuera de la estructura orgánica de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en razón de la falta de legitimidad y manejo técnico en la toma de decisiones trascendentes para la sociedad. Sin embargo, a pesar de que nacieron paulatinamente desde 1993, también es cierto que dentro de la Constitución Federal no se encuentra apartado que delimite su naturaleza jurídica y características fundamentales por lo que es a través de la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como fuentes del Derecho, desde donde se ofrecen acercamientos para su comprensión. La vigencia de la tradicional división del poder propuesta por pensadores como Montesquieu subsiste a la par de la existencia de organismos constitucionales autónomos como instituciones cuya finalidad es el ejercicio racional del poder. El presente trabajo plantea algunos acercamientos al fenómeno de los organismos constitucionales autónomos para que nos permita identificar sus características, puntualizando en que su aparición conlleva a una evolución del principio tradicional de la división de funciones.

Palabras clave: Autonomía constitucional, constitucionalismo, democracia, distribución de funciones, Estado Constitucional de Derecho, organismos autónomos, poder público.

Abstract

The emergence of the Autonomous Constitutional Bodies (OCA) in Mexican constitutionalism marks a change in the conception of the distribution of public power as they are institutions that enjoy autonomy and are outside the organic structure of the three traditional powers due to the lack of legitimacy and technical management in making important decisions for society. However, although they have been born gradually since 1993, it is also true that within the Federal Constitution there is no section that delimits its legal nature and fundamental characteristics through the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation, as sources of Law, from which approaches are offered for its understanding. The validity of the traditional division of power proposed by thinkers such as Montesquieu subsists alongside the existence of autonomous constitutional bodies as institutions whose purpose is the rational exercise of power. The present work proposes some approaches to the phenomenon of autonomous constitutional bodies to allow us to identify their characteristics, pointing out that their appearance leads to an evolution of the traditional principle of the division of functions.

Keywords: Constitutional Autonomy, constitutionalism, democracy, division of power, Constitutional Rule of Law, Autonomous Constitutional Bodies, public Power.

Introducción

Cuando hablamos de la democracia constitucional en nuestros días y el reconocimiento de derechos y libertades por parte del Estado, es imposible separarlo del principio de la división de poderes propuesto por pensadores como Montesquieu (1748), precursor de la idea del constitucionalismo moderno en virtud de establecer límites y contrapesos al poder público con el fin de proteger esas libertades y derechos.

El poder no debe ser absoluto, es necesario establecer límites y contrapesos, lo que Roberto Blanco (2006) señala como “*garantizar un verdadero equilibrio y contrapeso de poderes – check and balances¹–*” (p.105).

Por lo tanto, la nula división del poder traería consigo la concentración de este en una sola persona o institución, lo cual degeneraría en autocracia e iría en contra del ideal democrático.

Bajo esta tesis, el hecho de que no exista una plena distribución del poder para su ejercicio en funciones conlleva a abusos del mismo, como violaciones a derechos y libertades, contrario al modelo democrático y en detrimento del Estado Constitucional de Derecho.

Desde una perspectiva política y constitucional, el poder es uno, pero se divide o distribuye, tradicionalmente, para efectos de su ejercicio en: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Tal como reconoce nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2022), en su artículo 39° al señalarse que: “*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno*” (p. 50).

Mientras que, el artículo 49° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2022) precisa que: “*El Supremo Poder de la Federación*

se divide Pura su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial” (p. 60).

Los Organismos Constitucionales Autónomos (en lo sucesivo: OCAs) son un fenómeno de naturaleza administrativa y constitucional, de relativa creación. En ellos, el Estado otorga autonomía constitucional a determinadas instituciones públicas. Debido a la desconfianza histórica, falta de legitimidad, poco nivel técnico y parcial en la toma de decisiones de trascendencia para la sociedad, mediante entes que se encuentran más allá de las coyunturas políticas, se dio el surgimiento de los OCAs, que, si bien no se encuentran adscritos a los tres poderes tradicionales, guardan con estas relaciones de coordinación y no de subordinación, sin que se encuentren por encima o fuera de la estructura del Estado mexicano.

Empero, hasta el día de hoy, dentro del catálogo de la Constitución federal no existe una definición precisa con respecto a lo que son y lo que no son los OCAs. Tampoco existe apartado alguno que los regule, lo cual contribuye a imprecisiones con respecto a su naturaleza y a su dispersión en la configuración constitucional. Han sido principalmente la doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, quienes han delineado algunas de las características de esta gama de instituciones.

El objetivo del presente trabajo es identificar algunos de los antecedentes históricos en torno al principio de distribución de funciones o comúnmente denominado de la división del poder propuesto por Montesquieu (1748). Asimismo, busca aproximarse desde la doctrina y los criterios jurisprudenciales a la naturaleza jurídica y características de los OCAs como fenómeno que viene a resignificar o reconfigurar al principio tradicional de la división del poder público.

Bajo este orden de ideas, si los OCAs no están adscritos al poder ejecutivo, ni al legislativo, ni al judicial, luego entonces, ¿se puede afirmar que

¹ Traducido del inglés al español: “*Controles y equilibrios*”.

estas instituciones constituyen otro poder? Y si es así, ¿cuáles son las características esenciales que los definen con dicha naturaleza?

La hipótesis del presente trabajo es que los OCAs surgen en el sistema jurídico a partir de una redistribución del poder público y se erigen como un poder a la par de los tres tradicionales para el desempeño de funciones constitucionales de relevancia para la sociedad y para la vida misma del Estado, sin que ello implique una contravención o destrucción del principio tradicional de la división del poder, sino que, como lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “*constituyen una evolución*”.

La aparición de instituciones independientes a los poderes públicos tradicionales, como lo son organismos constitucionales autónomos atiende a la necesidad mitigar fenómenos como el *presidencialismo*² y la *partidocracia*³ para que la toma de decisiones se atienda con conocimiento técnico, especializado e imparcial fuera de la influencia del poder político.

La presente investigación se aborda desde un enfoque descriptivo, con una perspectiva histórica de la distribución del poder público y su inserción en el marco de nuestro derecho constitucional, que sentaron las bases desde las cuales surgen los OCAs como respuesta a la evolución del principio y de nuestro propio andamiaje constitucional.

Mediante el uso del método deductivo, se pretenden trazar una ruta de análisis que vaya de lo general a las particularidades actuales con respecto a las características y desenvolvimiento de los OCAs.

La técnica de investigación es documental y, en cuanto a la metodología jurídica en particular, se

² El *presidencialismo* es caracterizado por la predominancia tanto de *facto* como de *iure* del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial e inclusive Organismos Constitucionales Autónomos. Según Jorge Carpizo, el Presidente goza tanto de facultades constitucionales expresas, así como de aquellas *metaconstitucionales*, o sea esas que están más allá de la propia Carta Magna, por ejemplo: su influencia en la toma de decisiones de índole económica, política, social, etc. Actualmente podríamos

parte desde la óptica del Neoconstitucionalismo, dado que, al ser la división del poder un principio constitucional rector de nuestro modelo democrático, éste no ha permanecido estático y, al resignificarse la distribución de tal principio implica a su vez un punto de inflexión en la concepción tradicional de nuestro constitucionalismo. Lo anterior, da lugar a nuevas instituciones que actualmente juegan un rol de no-subordinación pero sí de coordinación con los tres poderes tradicionales y que, a su vez, se han vuelto instituciones determinantes para el respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos y para el tránsito hacia un modelo ideal del Estado Constitucional de Derecho.

Cabe subrayar que el surgimiento de los OCAs no ha sido homogéneo. Asimismo, es relevante recordar que se encuentran dispersos a lo largo del texto constitucional, lo cual conlleva a imprecisiones con respecto a su naturaleza en nuestro sistema jurídico mexicano.

Resultados

A partir de recabar algunos de los antecedentes del principio tradicional de la división de poderes, se busca identificar la razón de ser de tal principio.

En atención a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos carece de capítulo o apartado específico que regule los alcances y límites de los OCAs, resulta necesario acercarnos a las aproximaciones teóricas y criterios jurisprudenciales en cuanto a su naturaleza y características.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Máximo Tribunal del país, ha establecido a través

afirmar que también sobre organismos constitucionales autónomos. Véase para mayor profundidad la obra: Carpizo MacGregor, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 2002.

³ Entiéndase como la influencia del partido político mayoritario en el actuar de los otros poderes públicos y organismos autónomos.

de sus interpretaciones las características que distinguen a los OCAs de otras figuras, estableciendo que su irrupción constituye una evolución al principio tradicional de la división de poderes.

Por su parte, algunas posiciones doctrinales sostienen que los OCAs constituyen un cuarto poder, debido a que no se encuentran adscritos a alguno de los tres poderes tradicionales, por lo que señalan que el artículo 49° de la Constitución federal ha quedado desfasado al ser omiso en cuanto a la redistribución del poder público con la aparición de los OCAs.

En la actualidad, en lo que va del año en curso, hemos sido testigos de las tensiones entre los tres poderes tradicionales con algunos de los OCAs. Por ejemplo, en los casos del Instituto Nacional Electoral y del Instituto Nacional de Transparencia, donde tales tensiones han sido manifiestas principalmente con el titular del Poder Ejecutivo Federal y el Senado de la República.

Lo anterior es síntoma de las relaciones de no sujeción a los designios del Poder Ejecutivo con fundamento en la autonomía constitucional de la cual gozan los OCAs, ejemplo del sistema de pesos y contrapesos, así como del desempeño de funciones estatales que históricamente realizaban los poderes tradicionales sin el grado de especialización en determinada materia que se exige a estas instituciones relativamente jóvenes en términos de existencia jurídica.

Discusión

Del absolutismo hacia el Estado liberal

El tránsito del absolutismo hacia el Estado Liberal de Derecho fue un proceso marcado por las revoluciones, tanto en el aspecto bélico como en el intelectual. Previo al nacimiento de lo que hoy conocemos como Estado, antes de que se instaurase el gobierno de las leyes de los humanos, el poder absoluto lo tenía el monarca, quien ostentaba el papel de representante de los designios divinos en la tierra y guardaba responsabilidad únicamente para con Dios, mientras que sus súbditos debían

obedecer sus mandatos sin cuestionamiento alguno. Es destacable que en tal modelo prevalecía la nula diferenciación entre el gobierno e iglesia, es decir, bajo esta idea no cabía la figura de lo que hoy identificamos como un Estado laico.

La característica primordial del modelo absolutista, que prevalecía previo al siglo XVIII (1700 d. C.) y los movimientos revolucionarios, era que el rey concentraba todas las funciones en él, o sea, el gobierno que ejercía era de carácter unipersonal, hereditario y prácticamente todo poderoso sin poder humano que lo limite.

Corrientes de pensamiento intelectual y cultural, principalmente el de la Ilustración, influenciaron a los movimientos revolucionarios quienes buscaban el cambio de visión de la concentración del poder absoluto en el Rey. Entre los pensadores de corte liberal más destacados encontramos a Jean Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Montesquieu, etc.

La independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la Revolución Francesa de 1789 son considerados dos de los hitos más grandes de la historia moderna de la humanidad, al menos desde Occidente, puesto que implicaron un punto de inflexión en cuanto a la concepción del hombre y su relación sus semejantes y el mundo.

El tránsito del antiguo régimen hacia el Estado Liberal, mediante los movimientos revolucionarios en los Estados Unidos y Francia, sentaron sus bases en la idea de limitar al poder absoluto mediante un sistema de distribución para su ejercicio mediante la tríada tradicional que recoge nuestra Carta Magna en su artículo 49°, en atención a establecer un control entre poderes.

Al respecto Pedroza de la Llave (2020) afirma que:

“(…) durante los movimientos de independencia y de las revoluciones del siglo XVIII, prevaleció la idea de que si el poder no está limitado esto lleva al abuso y a la arbitrariedad, se pensó que si el poder se distribuye entre varias instituciones u órganos del Estado éstos simultáneamente

se controlarán, se distribuirán las facultades y ninguno de dichos poderes prevalecerá sobre los demás” (p. 215-216).

Breve historia del principio de la división del poder en Montesquieu

Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu, frente al absolutismo diseñó en su obra emblemática *"El espíritu de las leyes"* (1748), una propuesta de modelo de Estado. En ella, se explica que a partir de un contrato o convención social como el propuesto por pensadores como Jean Jacques Rousseau (1762), se erige un gobierno civil consistente, entre otras cosas, en el cambio de súbditos a ciudadanos con derechos y obligaciones definidas dentro de una sociedad. En ese marco de pensamiento, la ahora sustituida figura del rey pasa a ser impersonal y a denominarse Estado. Se ocupa de realizar las actividades que antes desempeñaba el soberano, pero ahora divididas en tres funciones fundamentales en beneficio del bienestar general, a saber: Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Se remarca que la capacidad que ejercía el monarca sobre los siervos para conducirlos, tal soberanía, reside ahora en la sociedad, en el pueblo, quien mediante sus representantes ejerce la capacidad de gobernarse a sí mismo a través de las tres funciones anteriormente citadas.

Cotidianamente se dice que el ejercicio del poder no debe ser absoluto sino que deben existir límites y contrapesos para evitar caer en autocracias que conlleven a violentar derechos humanos y libertades.

El movimiento de la ilustración fue determinante para la concepción moderna del Estado y los derechos de los ciudadanos puesto que marcó las pautas para el cambio total de paradigma, pasando del viejo régimen absolutista al Estado liberal de Derecho, privilegiando la predominancia de límites y contrapesos al poder público.

Desde la óptica de Marco Antonio Contreras Minero (2020), asevera que:

“En el siglo XVIII, Montesquieu, siguiendo el pensamiento de John Locke, formuló uno

de los principios que hoy se concibe como un dogma dentro de la mayoría de las Constituciones contemporáneas, nos referimos al principio de la división de poderes, el cual tenía como objetivo establecer límites inviolables al individuo por parte del Estado, mediante la separación del poder (...) Montesquieu estableció que el sistema de frenos y equilibrios sería la mejor manera de asegurar un gobierno virtuoso, debido a que en la medida que se distribuyera y organizara el poder, ninguna persona caería en la tentación de abusar del mismo, en sus palabras ‘todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites-, por lo tanto, en esta visión mecanicista se espera que él poder sea un control para el poder’” (pp. 130-131)

La también llamada división tripartita del poder de Montesquieu encuentra su trascendencia en el Estado moderno de occidente a partir de que, según Javier Gutiérrez Alamillo (2020):

“en toda comunidad política democrática, de la que el Estado constitucional es su máximo exponente, toda la actividad política de gobernados y gobernantes ha de estar jurídicamente limitada por la voluntad soberana de una autoridad superior expresada normativamente en la ley” (pp. 109-110)

Lo que actualmente identificamos como Estado Constitucional de Derecho guarda estrecha relación con el establecimiento de límites a través de la norma jurídica, tanto de las facultades de la autoridad como los derechos y obligaciones de las y los ciudadanos. El sometimiento a la Constitución y el régimen democrático son características distintivas de dicho modelo.

Es necesario puntualizar que la construcción de la teoría tradicional de la división de poder no fue únicamente desde las aportaciones de Montesquieu, sino que también encontramos a pensadores como Locke. Relativo a la influencia de otros filósofos en

la obra propuesta por el barón de Montesquieu, es relevante remarcar lo que destaca Carmona Díaz de León (2020), al afirmar que:

Al igual que Aristóteles —y Montesquieu con posteridad—, Locke presentó una división tripartita de poderes, pero a diferencia de sus predecesores, distingue claramente entre el Poder Legislativo, al cual califica de supremo, en función de que los otros dos poderes se subordinan a él mediante la ley, y que tiene en sus manos tanto la atribución de a dispensar justicia como de señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos (p.149).

La vigencia de aportes como los de Locke y Montesquieu es palpable en el diseño constitucional en torno a la división de funciones para la consecución de fines del Estado que permita un balance en el ejercicio del poder y evitando la concentración del mismo en una sola persona u ente.

La teoría de la división del poder y el principio que emana de ella no es incompatible con la existencia de Organismos Constitucionales Autónomos puesto que su existencia refuerza la idea de balances del poder mediante su ejercicio racional.

En la actualidad pudiese parecer bastante rebasado el principio de la división del poder, sin embargo, sigue tan vigente como la tradición misma en nuestro país del ejercicio concentrado y centralizado del poder en el Ejecutivo y Legislativo, ejemplo de ello es la falta de designación de consejeros integrantes del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) en donde el Senado ha sido omiso en nombrarlos, lo cual ha acarreado a la inoperancia del Pleno de dicho Organismo Constitucional Autónomo.

Lo anterior provocó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la controversia

constitucional 280/23 emitiera un fallo en favor del Pleno del INAI⁴ para que opere con las y los consejeros presentes, sin necesidad de quórum legal, en tanto que el Senado designa a sus nuevos consejeros.

La división de poderes es evidente por las tensiones constantes que inclusive han escalado a fricciones entre el Ejecutivo y Legislativo frente al Judicial y Organismos Constitucionales Autónomos, lo cual más allá de dinamitar al propio principio, viene a reiterar su vigencia y trascendencia para una vida democrática en donde existan contrapesos y controles entre poderes e instituciones con el rasgo de autonomía constitucional.

Aproximaciones al surgimiento y la naturaleza jurídica de los OCAs a nivel federal

Los Organismos Constitucionales Autónomos surgen de manera sucesiva a partir de la última década del Siglo XX. A nivel federal, específicamente en 1993 aparece el Banco de México (BANXICO). En 1996 surge el anteriormente denominado Instituto Federal Electoral, hoy Instituto Nacional Electoral (INE), el cual se elevó formalmente al grado de OCA en 2014. En 1999 aparece la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), en 2006 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), así como el hoy extinto desde 2019, vigente a partir de 2014, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE). Asimismo, en 2013 se elevó a rango de OCAs al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Por otro lado, en 2014 se elevaron tanto el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL). Finalmente, en 2018 se consolidó el tránsito en

⁴ Véase para mayor información el comunicado 285/23 del INAI en donde da cuenta del fallo 280/23 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que asegura la continuidad del INAI.

términos formales de Procuraduría General de Justicia a Fiscalía general de Justicia (FGR).

Bajo este orden de ideas, los Organismos Constitucionales Autónomos implican repensar el andamiaje constitucional, redistribuyendo funciones que tradicionalmente se desempeñaban por el Ejecutivo o Legislativo, dando paso a instituciones públicas que guardan impacto en determinados ámbitos, por ejemplo: la transparencia, el acceso a la información y protección de datos; la organización de elecciones; la regulación de la competencia económica y las telecomunicaciones; la conducción de la política monetaria; el manejo de datos estadísticos; la investigación de los delitos; la defensa y promoción de derechos humanos, y; la evaluación de las políticas públicas de desarrollo social y medición de la pobreza.

Lo anterior, responde al contexto político, social e histórico de nuestro país, donde la figura de un Poder Ejecutivo fuerte predomina sobre los otros dos poderes tradicionales. Esta lógica impacta en la toma de decisiones en tanto que depende de coyunturas políticas y no de cuestiones estrictamente técnicas.

La autonomía constitucional de la cual gozan estas instituciones implica el desempeño de las funciones que constitucionalmente tienen asignadas con independencia de si tal desempeño implica no estar necesariamente de acuerdo con el actuar de los poderes tradicionales. Al respecto Acuayte (2020) explica que:

(...) se puede afirmar que un órgano constitucional autónomo es el órgano estatal, independiente a los órganos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), con los que guarda paridad de rango, que debe establecerse en la Constitución y que lleva a cabo funciones públicas para lo cual se le dota de autonomía (p.207)⁵.

En otro orden de ideas, Pedroza de la Llave (2020) remarca respecto a los OCAs que:

“Son unos entes establecidos expresamente en la Constitución, con un mandato supremo, caracterizado por una competencia específica y un conjunto de facultades en grado supremo, que deben ejercer en condiciones de total independencia en un marco de garantías institucionales vinculadas con la proyección y el manejo independiente de su presupuesto, personalidad jurídica, patrimonio propio y libertad absoluta para la toma de decisiones en el campo técnico que la Constitución les otorga” (p.217)

Con respecto a las razones de creación, autores como Fabián Ruíz (2017) sostiene que:

“(...) Se encuentran la pérdida de legitimidad social de las autoridades tradicionales, enmarcada por la complejidad creciente de la administración pública y de las tareas a su cargo, lo que requiere de funcionarios altamente capacitados y sin afiliación partidista o funcional (...)”

Además, con respecto a su naturaleza jurídica, Ruíz (2017) destaca que:

“Los órganos constitucionales autónomos desempeñan tareas asociadas tradicionalmente con la órbita de actuación del Poder Ejecutivo, pero lo hacen de una forma no partidista, técnica y fuera de la administración tradicional”⁷

Desde las aproximaciones teóricas que nos ofrece, Zeind Chávez (2020), sostiene que los OCAs constituyen un cuarto poder, en atención a que este tipo de instituciones gozan de autonomía constitucional que no los subordina a los poderes tradicionales para desempeñar sus funciones con un alto grado técnico y como una especie de poder

contra-mayoritario en la lógica del sistema de pesos y contrapesos.

En tal sentido, Zeind (2020) sostiene que:

“La abundancia de OCA en México, (al día de hoy 198), ya sea en el orden federal o local, ha creado un sistema o red de alto batir y con poder significativo, el cual se ha visto alimentado por una redistribución del poder originalmente depositado en otros poderes y que han venido siendo colocado en diversas instituciones ajenas a los poderes tradicionales. Esta abundancia de instituciones ha creado un sistema o red poderosa cuya ejecución de atribuciones, anteriormente ejercidas por cualquiera de los poderes tradicionales, no es otra cosa más que la existencia y operación de un Cuarto Poder en México”. (p.58)

Para cerrar este apartado es necesario rescatar las aproximaciones en torno a los OCAs que se han vertido desde los criterios jurisprudenciales, dado que, como hemos reiterado, la Constitución carece de apartado específico que precise la naturaleza, característica, los alcances y límites de estas instituciones.

En virtud en que hay autores que sostienen que los OCAs constituyen un cuarto poder, en tal tesitura, Zeind (2017) asegura lo siguiente: *“Cabe señalar que en la CPEUM no existe fundamento que regule los OCAs como una figura específica”* (p.174). Luego entonces, bajo tal situación, es necesario remitirnos a lo que ofrece la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha ofrecido luces en torno a la evolución del principio tradicional de la división del poder, naturaleza y características de los OCAs.

En lo relativo a la evolución de dicho principio, la SCJN ha sostenido ejemplo de ello en la siguiente tesis aislada:

GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS.
La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de división de

poderes, contenido en el artículo 49 de la Constitución (...), como un mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público. Dicho principio es evolutivo y a través de su desarrollo se han establecido nuevos mecanismos para controlar el poder, con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Estado; de ahí que se haya dotado a ciertos órganos, como los constitucionales autónomos, de las facultades necesarias para alcanzar los fines para los que fueron creados y en atención a la especialización e importancia social de sus tareas. Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado (...). (SCJN, 2017, p.603)

Con referencia a las características, la SCJN ha considerado como elementos fundamentales: la inmediatez constitucional; la coordinación con los otros poderes; la autonomía e independencia funcional y financiera; la atención a funciones coyunturales en beneficio de la sociedad en aras de un manejo técnico, imparcial y objetivo en la toma de decisiones. Lo anterior se señala en sus tesis jurisprudenciales:

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS. El Tribunal en Pleno (...) respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1.- Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin

perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2.- Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3.- La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad. (SCJN, 2007, p.1647)

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS.

Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los

que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad. (SCJN, 2008, p.1871)

Conclusiones

Como hemos delineado durante el desarrollo del trabajo, el principio de la división de poderes no es un principio acabado, inmutable o absoluto. Por el contrario, de acuerdo con la dinamicidad de las sociedades y de las necesidades de un país como el nuestro, ha evolucionado. Lo anterior, dio origen a los denominados OCAs, lo cual no contraviene a la propia división del poder propuesta históricamente por pensadores como Montesquieu (1748). Antes bien, están orientados a desempeñar funciones fundamentales para la vida del Estado y en beneficio de la sociedad, dado que tales funciones anteriormente eran desempeñadas por los poderes tradicionales, los cuales dejaban mucho que desear.

Actualmente, somos testigos de un embate existente, principalmente, entre el Poder Ejecutivo y el partido político mayoritario *versus* algunos OCAs que desempeñan funciones que incomodan a los poderes tradicionales, lo cual redimensiona la

importancia y trascendencia de este tipo de instituciones como agentes fundamentales en la garantía, respeto, protección y promoción de los derechos humanos.

La primera aparición de los OCAs data de un proceso de formación y consolidación de aproximadamente treinta años atrás, surgidos en el marco de un México convulso en distintos ámbitos

Sin embargo, a pesar de la proliferación de estas instituciones tanto a nivel federal como local, aún sigue siendo necesario que desde la Carta Magna se establezcan parámetros claros con referencia a la figura de los OCAs, es decir, sigue la tarea pendiente de incorporar en artículos como el 49º constitucional la redistribución del poder público que se ha dado a lo largo de estas tres décadas, tal como ya lo ha reconocido la SCJN, de lo contrario, seguiremos en el entramado de no tener clara su naturaleza jurídica, características e importancia en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, lo que desde luego impacta en su operatividad y, por ende, en sus roles como órganos garantes de determinados derechos humanos e instituciones fundamentales en la construcción del Estado Constitucional de Derecho.

Luego del breve recorrido histórico en torno al principio de la división del poder, la naturaleza jurídica, algunos de los motivos del surgimiento de los OCAs y sus características, es factible sostener que se comprueba la hipótesis dado que estos entes constituyen un cuarto poder. Lo anterior, en atención a la evolución del principio tradicional, pues se dio paso a instituciones que no dependen de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, sino que, en ejercicio de su autonomía constitucional, desempeñan funciones torales para el Estado y la sociedad.

A modo de síntesis, es idóneo que desde nuestra visión ofrezcamos una aproximación para definir a los OCAs: son instituciones públicas, configuradas expresa y directamente desde la Constitución, que desempeñan funciones del Estado que requieren especialización técnica e imparcial atención para

cumplir sus fines, cumplen con tareas relevantes para la sociedad y para la existencia del Estado.

Nacen por diversas causas, entre las que encontramos las de carácter económico, político, internacional, entre otras. Generalmente su creación ha sido la respuesta a la falta de legitimidad frente a la sociedad de funciones que tradicionalmente eran desempeñadas por el Poder Ejecutivo o Legislativo, pero por su falta de especialización e imparcialidad en la toma de decisiones, así como la predominancia de cuestiones políticas frente a lo técnico sesgaban su labor.

Formalmente en su diseño constitucional no se adscriben a los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), aunque deben guardar relaciones de coordinación, gozan de autonomía e independencia funcional y presupuestaria, sin embargo, ello no significa que estén exentos de la transparencia y rendición de cuentas, así como del régimen de responsabilidades y sanciones de las y los servidores públicos, pues son parte del Estado.

Si bien son instituciones que pretenden mitigar la influencia de fenómenos políticos como la partidocracia y el *presidencialismo*, es decir, esa predominancia del Poder Ejecutivo sobre los otros también es cierto que no son instituciones perfectas, pero sí perfectibles y se deben adecuar con el paso del tiempo

Ello conlleva actualizarse conforme a las necesidades de la sociedad, sin embargo, ello no debe conducir a una desaparición injustificada, por el contrario, lleva a pensar en su fortalecimiento como instituciones que son fruto de luchas históricas impulsadas en pro de la democracia, la ciudadanización y el Estado Constitucional de Derecho.

Fuentes

Bibliográficas:

Acuayte González (2020), "Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales en el ordenamiento jurídico mexicano", en López Olvera, Miguel Alejandro (Ed.), Poderes Tradicionales y Órganos Constitucionales Autónomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 207.

Contreras Minero (2020), "¿Es el siglo XXI el tiempo de los órganos constitucionales autónomos en México?", en López Olvera, Miguel Alejandro (Ed.), Poderes Tradicionales y Órganos Constitucionales Autónomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 130 y 131.

Díaz de León (2020), "División de poderes y órganos constitucionales autónomos", en López Olvera, Miguel Alejandro (Ed.), Poderes Tradicionales y Órganos Constitucionales Autónomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 149.

Montesquieu, C. D. (1984). "Del espíritu de las Leyes" (6ª. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Helliasta.

Pedroza de la Llave (2020), "Los órganos constitucionales autónomos", en López Olvera, Miguel Alejandro (Ed.), Poderes Tradicionales y Órganos Constitucionales Autónomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, pp. 215-217.

Ruíz, José Fabián, "Los órganos constitucionales en México: Una visión integradora". Cuestiones Constitucionales, núm. 37, julio-diciembre, 2017, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, p. 119.

Rupierez Alamillo (2020), "Montesquieu en el sistema de partidos", en López Olvera, Miguel Alejandro (Ed.), Poderes Tradicionales y Órganos Constitucionales Autónomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 109 y 110

Zeind Chávez (2018), Organismos Constitucionales Autónomos, Cdmx, México, Tirant lo Blanch, pp.175-176.

Zeind Chávez (2020), Organismos Constitucionales Autónomos de las entidades federativas, Cdmx, México, Tirant lo Blanch, p.58.

Legislación:

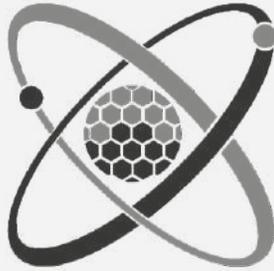
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 39º, 41º y 49º.

Jurisprudenciales:

Tesis Aislada 2a. CLXVII/2017 (10a.), GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603.

Tesis de jurisprudencia constitucional P./J. 20/2007 (9a.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro XXV, mayo de 2007, p.1647.

Tesis de jurisprudencia constitucional P./J. 12/2008 (9a.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro XXVII, de 2008, p.1871.



CONCYTEO

CONSEJO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA
DEL ESTADO DE QUERÉTARO