Derechos fundamentales

Bienestar. De la igualdad

TOMO I

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

DIEGO VALADÉS
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROGELIO FLORES PANTOJA
J. DANIEL CHÁVEZ SÁENZ
Coordinadores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo I

Derechos fundamentales

Bienestar. De la igualdad

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica

Créditos editoriales

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
J. Daniel Chávez Sáenz
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
María del Carmen Jasso Juárez
Cuidado de la edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación en computadora

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo I

Derechos fundamentales

Bienestar. De la igualdad

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
Rogelio Flores Pantoja
J. Daniel Chávez Sáenz
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2026

Primera edición: septiembre 2025

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado

Tomo I

Derechos fundamentales. Bienestar. De la igualdad

DR © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN Obra completa: 978-607-642-694-4
ISBN Tomo I: 978-607-642-853-5

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-8908-24-0
ISBN Tomo I: 978-607-8908-27-1

Las opiniones de las y los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Eric Gudiño Torres
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Linda Luz Luna Rangel
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

Contenido

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado 15
José Ma. Serna de la Garza

Palabras de Diego Valadés en la inauguración del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, octubre 21 de 2024 19

Bienestar

Alimentación

Panorama sobre la relación entre los derechos humanos y la pobreza 21
Jorge Ulises Carmona Tinoco

El derecho a la alimentación: algunos aportes para su estudio 35
Julio César Cordón Aguilar

Gastronomía y constitución ¿puede haber un régimen constitucional de la gastronomía? 57
Alfredo Orlando Curaca Kong

Del presidencialismo exacerbado al semipresidencialismo. El caso de Venezuela 79
Gerardo Fernández Villegas

Etiquetado frontal de los alimentos y derechos fundamentales 97
Ingrid Hess Herrera

Derechos fundamentales, crisis política, corrupción y situación económica en Perú 113
Miguel P. Vilcapoma Ignacio

Ambiente y energía

Derechos fundamentales en México: ambiente y energía . . . 133
María del Carmen Aurora Carmona Lara

Crisis climática y transición energética justa en México . . . 151
Rosalía Ibarra Sarlat

Transición energética 4.0 Un enfoque multidimensional para la justicia climática 171
Henry Jiménez Guanipa

Principio de proporcionalidad en Guatemala: el derecho de industria y de comercio frente al derecho a un medio ambiente sano 195
Ana Margarita Monzón Paredes

¿Derecho a una economía sostenible? Explorando la intersección entre derechos humanos, desarrollo sostenible y economía política. 213
Eréndira Ramos

Chile y el acceso a la energía como derecho fundamental: estado de la cuestión en el marco de los instrumentos internacionales. 237
Francisco Javier Sanz Salguero

Inconvencionalidad por omisión administrativa en detrimento de los derechos humanos al medio ambiente y al agua 249
Fernando Sosa Pastrana
Pablo F. Muñoz Díaz

Conocimiento, desarrollo y empleo

Cultura, Constitución y derechos humanos. 275
J. Daniel Chávez Sáenz

La reforma de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el contexto de la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2008, es una expresión autoritaria, intolerante e injusta que violenta al Estado de derecho social democrático. 291
Rafael Sánchez Vázquez

Salud, seguridad y protección social

El derecho a la protección de la salud y la construcción de una democracia sanitaria en la postpandemia. 311
Edgar Alán Arroyo Cisneros

Derecho a la salud y su financiamiento. 323
Mariana Campos

Salud, atención centrada en la persona, derechos humanos y la Comisión Estatal de Arbitraje Médico. 339
Rosa María Díaz López

El derecho a la salud, su garantía y la política pública. Breves notas de doctrina y jurisprudencia 351
Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra

La Constitución peruana y el derecho social a la salud 373
Víctor García Toma

La cuestión Yanomami: crisis de salud y ambiental en una zona indígena de Brasil 395
Odilson Sampaio Benzi

Derecho a la salud en las vejeces 409
Karla Elizabeth Mariscal Ureta

De la igualdad

Acceso a la educación y autonomía universitaria

La influencia del diseño y aplicación del presupuesto público en la libertad de investigación científica. 423
Rodrigo Brito Melgarejo

Derecho constitucional e idoneidad del servicio educativo 439
Eddy Chávez Huanca

Cimientos ético-valorativos y caracteres pedagógicos de las libertades fundamentales en la democracia constitucional 455
Isidro de los Santos Olivo

Acceso a la educación y autonomía universitaria: situación en Uruguay 469
Eduardo G. Esteva Gallicchio

Acceso a la educación y autonomía universitaria 491
Luis Raúl González Pérez

Protección y salvaguarda del principio constitucional de autonomía universitaria 511
Jorge Carlos Herrera

La autonomía financiera de las universidades públicas estatales en México: una revisión genérica 523
Marisol Luna Leal

Derecho a la educación y discapacidad: desafíos en Perú después de la pandemia 539
José F. Palomino Manchego
Dante Paiva Goyburu

Constitución, acceso a la educación y autonomía universitaria 559
Fernando Serrano Migallón

El acceso a una educación de calidad 569
Renán Ermilo Solís Sánchez

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado

José Ma. Serna de la Garza

La presente obra reúne los ensayos de distinguidas y distinguidos constitucionalistas de 23 países, quienes fueron convocados para reflexionar sobre el constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI. El objetivo general de este trabajo colectivo es presentar cuáles son los temas, debates, polémicas y preocupaciones de quienes se dedican hoy día a examinar las cuestiones constitucionales en el ámbito iberoamericano. Asimismo, la obra busca ser una aportación de la línea de investigación institucional sobre Derecho constitucional iberoamericano comparado, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La convocatoria dirigida a las y los expertos nacionales e internacionales que participan en este trabajo colectivo incluyó cuatro temas generales: Derechos fundamentales; Justicia constitucional; Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas); y Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática.

Para los efectos de su publicación, lo ideal hubiera sido organizarlos en cuatro tomos (es decir, un tomo por cada tema gene-

ral). Sin embargo, debido al gran número de ensayos y a la disparidad en cuanto a la cantidad de trabajos presentados dentro de cada tema general, el comité editorial decidió agruparlos en siete tomos.

El Tomo I reúne los ensayos que dentro del tema general de los Derechos fundamentales se refieren al bienestar de las personas (Alimentación, Ambiente y energía, Conocimiento, desarrollo y empleo, así como a la Salud, seguridad y protección social). Además, este tomo incluye los ensayos referidos a la igualdad y al Acceso a la educación y la autonomía universitaria

Todavía en relación con los derechos fundamentales, el Tomo II incluye los trabajos relativos al Acceso a la justicia, el Estado laico y derechos sobre el cuerpo, así como al Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales.

Por su parte, el Tomo III contiene los ensayos sobre la Justicia constitucional específicamente referidos a la organización de ésta, en tanto que el Tomo IV incluye los relativos a los medios de control constitucional, y el Tomo V los referidos a la Justiciabilidad de los derechos y la Tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales. Asimismo, este tomo también incluye los trabajos referidos al tema general sobre Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas), el cual incluye temas específicos como el federalismo fiscal, el gobierno municipal y la gobernabilidad metropolitana.

Todavía en relación con el tema general de Federalismo y descentralización, el Tomo VI contiene los trabajos sobre las fórmulas de distribución de competencias, e incluye también los ensayos que, dentro del tema general de regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática, se refieren a la democracia digital.

Por último, el Tomo VII contiene los trabajos relativos a las formas de gobierno y gobernabilidad democrática, discutiendo y analizando temas relativos a los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios y los sistemas híbridos.

Esta obra colectiva fue concebida y ve la luz en momentos particularmente difíciles para el constitucionalismo, no solamente en iberoamérica, sino en el mundo entero. Esto es así, porque

en muchos países han surgido propuestas de gobierno que se alejan de los valores esenciales del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y sus garantias, la separación de poderes y la democracia basada en elecciones libres, auténticas, competitivas y equitativas.

Manifestación de lo anterior es que en muchos ámbitos académicos se habla y se discute sobre conceptos tales como la democracia degradada, el constitucionalismo abusivo, el retroceso democrático, la democracia iliberal, el autoritarismo legalista, entre muchos otros términos y calificativos con los que se busca capturar lo que está sucediendo en no pocos países en la actualidad, en algo que parece conformar una verdadera crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho. Asimismo, esta crisis parece ser global, lo cual es indicativo de que pudieramos estar ante un problema estructural de dicho modelo de Estado.

Las personas lectoras de esta amplia y extensa obra colectiva podrán constatar cómo a lo largo de sus páginas se va construyendo una especie de imagen sobre el estado que guarda el constitucionalismo en iberoamérica en la primera mitad de la década de los veinte del siglo XXI. Lejos de haber unanimidad, lo que se podrá apreciar es la existencia de posturas diversas, aproximaciones metodológicas diferentes, visiones distintas sobre cuáles son los problemas y cuáles son las posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello es que este trabajo constituye un ejemplo del pluralismo que es esencial en cualquier sociedad que se precie de ser democrática. Pluralismo, diálogo, deliberación, tolerancia a la diferencia, respeto de la "Otredad", son los valores que han inspirado la elaboración de esta obra colectiva, como una aportación al debate global sobre el presente y el futuro del constitucionalismo.

Ciudad Universitaria, 3 de octubre de 2025

Palabras de Diego Valadés en la inauguración del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, octubre 21 de 2024

Colegas:

Reitero a ustedes mi gratitud por su presencia, así como mis votos por un encuentro fructífero para las instituciones constitucionales.

A lo largo de medio siglo los integrantes del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional hemos trabajado para promover los objetivos propuestos a partir de nuestra fundación. Hubo éxitos y contratiempos, con un balance que llegó a ser muy favorable.

Pero el tiempo se nubló otra vez. En muchos de nuestros países las instituciones muestran señales de estrés por el acoso al que se ven sometidas.

Actitudes y acciones brumosas erosionan la vida institucional. Llegaron acompañadas por la posverdad y la posdemocracia; y ahora también asoma el postconstitucionalismo.

Posverdad es la tendencia a propagar datos y argumentos falsos aprovechando que entre los destinatarios prevalecen emociones, explicables, dispuestas a pasar por alto los hechos.[1]

Posdemocracia es el uso de instituciones democráticas para concentrar el poder, no para servir a la libertad, promover la igualdad ni garantizar el pluralismo.[2]

---

1 Véase Villanueva, Darío, *Atropello de la razón*, Madrid, Espasa, 2024, pp. 129 y ss.

2 Crouch, Colin, *Post-democracy*, Medford, Polity, 2020.

El postconstitucionalismo naciente es un sistema de apariencias formales que enmascara realidades opuestas al Estado constitucional.

En el constitucionalismo contemporáneo hay constituciones normativas, donde se adecuan norma y normalidad; constituciones nominales, donde la norma no corresponde a la normalidad, y constituciones semánticas, que normalizan lo fáctico.[3]

El postconstitucionalismo presenta otras características: sigue la ruta trazada por la posdemocracia y la posverdad. Acude a instrumentos democráticos para legitimar un poder concentrado y discrecional, y los órganos del poder simulan estar separados pero en realidad se subsumen en una voluntad personal erigida como voz de la voluntad colectiva.

El Estado constitucional es un sistema de equilibrios. Todo equilibrio supone reglas para compensar y armonizar fuerzas en tensión. La pérdida de los equilibrios libera esas fuerzas, que pasan de la tensión a la contención.

El postconstitucionalismo puede precipitar mecanismos entrópicos, exponiendo a los Estados a un desorden de magnitud no predecible. La ingobernabilidad es un riesgo real que se aproxima.

Así está hoy buena parte de la América nuestra. Con esta preocupación preparamos la agenda del Congreso, que aborda capítulos relevantes del Estado constitucional.

Medio siglo de trabajo nos precede. El IIDC seguirá adelante con su misión de examinar el constitucionalismo y su circunstancia.

Sabemos que no hay instituciones perfectas, pero sí las hay mejores y peores. Nuestro compromiso es contribuir al desarrollo de las instituciones que posibiliten vivir en libertad, con igualdad y justicia.

[3] Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 216 y ss.

Panorama sobre la relación entre los derechos humanos y la pobreza

***

Overview of the relationship between human rights and poverty

*Jorge Ulises Carmona Tinoco**

Resumen: el presente trabajo aborda el tema de la pobreza como una violación grave y múltiple a diversos derechos humanos, para lo cual toma en consideración la noción misma de pobreza y cómo ha sido ésta definida y medida, en particular una de sus peores manifestaciones que es la pobreza extrema. Se desarrolla un panorama general de la evolución acerca de la preocupación internacional sobre el tema de la pobreza y cómo apenas recientemente se le ha considerado como una violación múltiple a los derechos humanos; así como las implicaciones de este enfoque y la utilidad que puede representar para aliviar la situación que sufren y en la que se encuentran actualmente millones de personas en el mundo.

Abstract: this paper addresses the issue of poverty as a gross and multiple violation of various human rights, for which it takes into consideration the very notion of poverty and how it has been defined and measured, in particular one of its worst

* Licenciado, maestro y doctor en Derecho (UNAM); LLM International Human Rights Law (Essex); maestro en Argumentación Jurídica (Alicante y Palermo); investigador (IIJ-UNAM); investigador Nacional Nivel II (CONAHCYT).

manifestations, which is extreme poverty. An overview of the evolution of international concern on the issue of poverty is developed and how it has only recently been considered a multiple violation of human rights; as well as the implications of this approach and the usefulness it can represent to alleviate the situation in which millions of people in the world currently find themselves.

Palabras clave: pobreza, pobreza extrema, violaciones a los derechos humanos, deberes de los Estados.

Keywords: poverty, extreme poverty, human rights violations, duties of States.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de pobreza. III. Cómo se ha medido la pobreza. IV. La apenas reciente preocupación internacional por la pobreza extrema desde el punto de vista de los derechos humanos. V. La pobreza extrema como violación de los derechos humanos. VI. El vínculo entre la pobreza y los derechos humanos para la erradicación de la primera. VII. Conclusiones.

I. Introducción

A pesar de que la pobreza y la peor de sus manifestaciones, la pobreza extrema, son problemas que han estado afectando a los seres humanos durante siglos y que la distinción entre pobres y ricos es algo que estamos acostumbrados a escuchar, su impacto en los seres humanos de todo el mundo ha alcanzado proporciones catastróficas. A finales del siglo xx se decía que una quinta parte de la humanidad vive en la pobreza absoluta.

Lo que es peor, el Banco Mundial ha afirmado que "a pesar de los progresos realizados en los últimos años, y de las posibilidades que ofrecen la tecnología moderna y las mejores políticas, 3.000 millones de personas son desesperadamente pobres". De estas, en la actualidad, según la misma fuente, alrededor de 700 millones de seres humanos de todo el mundo hoy intentan sobrevivir con menos de 2.15 dólares al día (la línea internacional de pobre-

za extrema). Sea pobreza, pobreza extrema o pobreza absoluta, semántica al final, son millones de personas que se ven afectadas por las malas condiciones de vida, la insalubridad, la falta de vivienda, la falta de consideración en las listas de asistencia social, el desempleo, la mala salud, la educación inadecuada, la marginación y la incapacidad de entrar en la vida de la sociedad y asumir responsabilidades.

La pobreza, sus causas y efectos se han estudiado durante décadas, pero aún queda mucho camino por recorrer en lo que respecta a su atención y alivio. La pobreza siempre ha ocupado un lugar en el análisis de la economía nacional y mundial; se menciona a menudo en los discursos de los políticos, y desde hace años ha atraído la atención de múltiples agencias y organizaciones internacionales. La propia ONU tiene una variedad de programas y un marco complejo para hacer frente a la pobreza, y también tiene un lugar en la agenda de desarrollo de la propia Organización.

No obstante lo anterior, el tratamiento del problema de la pobreza desde el punto de vista de los derechos humanos es muy reciente. Se puede decir que comenzó formalmente en la década de los años ochenta del siglo XX, cuando se iniciaron los primeros estudios sobre el impacto de la pobreza en los derechos humanos.

El presente trabajo se centrará en el análisis del vínculo entre pobreza y derechos humanos, tratando de mostrar un panorama general de lo que se ha hecho al respecto y la situación actual del mismo, así como destacar las ventajas del enfoque de derechos humanos frente a la pobreza, como uno de los principales objetivos de análisis.

II. El concepto de pobreza

Uno de los obstáculos cuando se trata de la pobreza es su propia conceptualización. No existe una noción única y generalmente aceptada de pobreza, de hecho, se describe más que se define, tampoco existe un acuerdo universal sobre sus causas, efectos y cómo debe ser medida e identificada.

Para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) la pobreza se ha definido como "[...] como una situación que impide a la persona o a la familia satisfacer una o más necesidades básicas y participar plenamente en la vida social"; una definición más amplia establece que la pobreza es:

> [...] un síndrome situacional en el que se conjugan: el bajo consumo, la desnutrición, las condiciones precarias de vivienda, la participación inestable en el sistema productivo o la restricción a sus estratos más primitivos, las actitudes de desaliento y anomia, la escasa participación en los mecanismos de integración social y la posible adhesión a un determinado conjunto de valores diferentes en cierta medida a los del resto de la sociedad.

Esta definición refleja de mejor manera los derechos humanos involucrados en lo que respecta a la pobreza, como se verá más adelante. Cuando los niveles de pobreza son severos, las situaciones se denominan "pobreza extrema" o "pobreza absoluta". Sin embargo, "muchos consideran que la diferenciación entre pobreza absoluta y pobreza relativa es a menudo arbitraria". La diferenciación solo es útil si atrae la atención sobre la necesidad urgente de adoptar medidas inmediatas para su alivio.

Por lo tanto, la diferencia entre ambos conceptos es solo de grado. Ambos merecen atención si se observa que la pobreza general a menudo conduce a la pobreza extrema, más allá de la cual no hay un grado máximo, sino la muerte. En el presente trabajo nos referiremos a tales conceptos sin hacer una distinción, solo teniendo en cuenta que la pobreza absoluta es la peor expresión de la privación de las necesidades humanas básicas para subsistir.

III. Cómo se ha medido la pobreza

Las proporciones de la pobreza dependen de la forma en que se mida. El criterio más utilizado es el indicador establecido por el Banco Mundial en 1985, que ha fijado una "línea de pobreza" de menos de un ingreso diario de un dólar. Este indicador se incrementó posteriormente a 2 dólares de ingreso diario y actualmente se encuentra en 2.15 dólares, lo que significa que todas las personas por debajo de esa línea son consideradas como parte del grupo de pobreza extrema.

Otro criterio es el que se sustenta en un enfoque basado en las necesidades básicas, según el cual la pobreza extrema es un estado de "privación grave de las necesidades humanas básicas, incluidos los alimentos, el agua potable, los servicios de saneamiento, la salud, la vivienda, la educación y la información", señalando que "depende no sólo de los ingresos sino también del acceso a los servicios sociales". De acuerdo con este enfoque, la forma en que se mide la pobreza se explica en los siguientes términos: "El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), [...] ha desarrollado un Índice de Desarrollo Humano a nivel mundial y muy simple, que clasifica a los diferentes países según su desempeño en el servicio a su población. El índice se publica ampliamente y se utiliza conscientemente como una vergüenza para presionar por una mejora de las condiciones humanas, tanto a nivel nacional como internacional".

Existen más recientemente otros indicadores a partir del valor de una canasta alimentaria, señalado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) o de la línea del bienestar o costo de la canasta básica y otras carencias del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), que permite distinguir en pobreza patrimonial y multidimensional.

Un criterio más comprensivo es la noción de desarrollo humano sustentable, como un paradigma hacia el crecimiento cuantitativo y cualitativo, progreso económico distribuido lo más ampliamente posible entre los sectores de la sociedad, por vía del uso racional y apropiado de los recursos disponibles, sin comprometer su asequibilidad a las generaciones futuras. Este enfoque lo vemos actualmente traducido en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, o agenda 2030, cuyo primer objetivo es poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

IV. La apenas reciente preocupación internacional por la pobreza extrema desde el punto de vista de los derechos humanos.

La última década del siglo xx parece ser el punto de partida para tratar las cuestiones de la pobreza vinculadas directamente a los derechos humanos. La entonces Comisión de Derechos Huma-

nos —luego sustituida por el Consejo de Derechos Humanos— abordó la preocupación por la cuestión de la extrema pobreza en su resolución 1990/15, mediante la cual pidió a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que examinara la cuestión.

Desde entonces, ha habido numerosas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social sobre la materia, pero entre ellas cabe destacar el nombramiento de un Relator Especial por la Subcomisión en 1992, a quien se le encomendó la tarea de elaborar un informe sobre los derechos humanos y la extrema pobreza.

A este nombramiento le siguieron el de un Experto Independiente sobre los derechos humanos y la extrema pobreza y el de un Experto Independiente sobre las consecuencias de las políticas de ajuste estructural para el pleno disfrute de los derechos humanos, ambos en el marco de la mencionada Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Los informes finales del Relator Especial (1996) y del Experto Independiente sobre los derechos humanos y la extrema pobreza (1999) merecen algunas consideraciones.

Cabe señalar que el primero mencionado es, efectivamente, el estudio inicial sobre la pobreza extrema desde el punto de vista de los derechos humanos en el marco de la ONU. En términos generales, ambos estudios están dedicados a describir el fenómeno de la pobreza extrema, los efectos más que las causas profundas de la misma, los problemas que se enfrentan para medir la pobreza y su diferenciación respecto de la pobreza extrema, el papel de los diferentes actores involucrados, el impacto de la pobreza extrema en los derechos humanos, la utilidad del enfoque de derechos humanos para abordarla; desde este punto de vista, ofrecen algunas recomendaciones a nivel internacional y nacional para ayudar a paliar el problema y profundizar en él.

Es útil tener en cuenta ambos estudios cuando se trata de la relación entre la pobreza extrema y los derechos humanos, ya que aunque el informe de 1999 parece ser en cierto modo una actualización del de 1996, en realidad ambos se complementan en sus conceptos y consideraciones.

Es importante también considerar la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en marzo de 1995, y sus valiosos resultados, a saber, la Declaración y el Programa de Acción, como la reafirmación del vínculo entre la pobreza, los derechos humanos y el desarrollo social. Además, tienen disposiciones claras sobre la promoción y protección de los derechos humanos como deberes de los Estados y de la comunidad internacional, directamente dirigidos a la mitigación de la pobreza.

En la temática, destacamos por su importancia los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (proyectados por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de la ONU), aprobados por la resolución 21/11 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de octubre de 2012; el Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas, de 7 de septiembre de 2017, y en el caso de México el Estudio "Derechos Humanos y Pobreza, Políticas públicas frente a la pobreza con la perspectiva del artículo 1º constitucional", publicado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en junio de 2019.

El 20 de diciembre de 2017, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) decidió —a través de la resolución A/RES/72/233— proclamar el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza (2018-2027) —el primero fue de 1997 a 2006, y el segundo fue de 2008 a 2017—, para enfatizar los esfuerzos a ese respecto. Asimismo, a partir de 1993, el 17 de octubre de cada año se etiquetó por la ONU, como el "día Internacional para la erradicación de la pobreza".

V. La pobreza extrema como violación de los derechos humanos

Según el Relator Especial sobre los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza, este último es el nuevo rostro del *apartheid*. Esta última implica "la negación, no de un solo derecho o de una determinada categoría de derechos, sino de los derechos humanos en su conjunto [...]. La pobreza es una violación no sólo de los derechos económicos y sociales, como generalmente se supone

desde el punto de vista económico, sino también, y en igual grado, de los derechos civiles, políticos y culturales, y del derecho al desarrollo".

La Experta Independiente nombrada por la entonces Comisión de Derechos Humanos, Sra. A.-M. Lizin, afirmó que "La pobreza es [...] la causa más masiva de violaciones de los derechos humanos en el mundo", lo que la lleva a la conclusión de que "la pobreza extrema es, por lo tanto, una violación de todos los derechos humanos, ya que ataca los dos principios fundamentales de los derechos humanos: la igual dignidad de todos los seres humanos y el principio de no discriminación".

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en uno de sus documentos de política, ha afirmado que "la pobreza y los medios de vida sostenibles están estrechamente vinculados a los derechos humanos. De hecho, la pobreza es una violación de los derechos humanos. La pobreza y la desigualdad pueden socavar los derechos humanos al alimentar el malestar social y la violencia y aumentar la precariedad de los derechos sociales, económicos y políticos" y en el mismo documento se subraya que "una libertad humana fundamental es la libertad de vivir sin miseria. La pobreza es una violación de los derechos humanos, y la libertad de la pobreza es un derecho humano integral e inalienable".

La situación de extrema pobreza se debe no solo a causas históricas o a la situación de la economía mundial, sino también a la inadecuada distribución del ingreso dentro de los Estados, que a veces traiciona las bases y principios de su propio orden constitucional sobre igualdad y no discriminación. Esto es debido, sobre todo a las situaciones en los que actos de corrupción, políticas y programas económicos inadecuados crean condiciones de pobreza extrema, o las facilitan. En la mayoría de los casos, si no en todos, la lucha contra las condiciones de pobreza extrema de la población requiere acciones afirmativas de otro tipo, especialmente cuando se trata de la redistribución de la riqueza, cuestión de suyo delicada si se lleva a cabo con fines meramente políticos.

Por lo tanto, la pobreza extrema impide no solo el disfrute de los derechos humanos, sino también los medios para luchar contra su violación. Como se ha referido en los Informes referidos,

las personas que viven en condiciones de extrema pobreza no tienen ningún conocimiento de los derechos que les corresponden, y si lo tienen son inútiles por la falta de condiciones para el acceso a las instituciones nacionales a efecto de reclamar sus derechos.

En otras palabras, en el ámbito de los derechos humanos la pobreza es una noción que implica numerosas violaciones a estos. Es posible dar un tratamiento conceptual al brindado al problema de la desaparición forzada de personas, en la que bajo un mismo concepto se engloban las violaciones a, entre otros, el derecho a la vida, la integridad y la seguridad de la persona, así como el derecho a no ser detenido arbitrariamente, a ser presentado sin demora ante un tribunal y a tener un juicio justo y recursos contra una detención ilegal.

Del mismo modo, en una situación de pobreza, o pobreza extrema, pueden estar presentes violaciones de diferentes derechos humanos, entre otros: el derecho a igual protección de la ley, el derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación, el derecho a un nivel de vida digno, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad de condiciones ante la ley, el derecho a no ser objeto de discriminación alguna, el derecho a un nivel de vida digno, el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho a la salud, el derecho a la protección de la familia, el derecho a la vida privada, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a ser registrado, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, el derecho a la justicia, el derecho a participar en los asuntos políticos, el derecho a participar en la vida social y cultural.

Por lo tanto, es claro que la pobreza extrema es una violación de los derechos humanos, ya que una situación como tal abarca la violación de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, las condiciones de vida de extrema pobreza son un claro ejemplo de por qué todos los derechos humanos son interdependientes y están interrelacionados, es por ello que consideramos a la pobreza como una violación agravada de derechos humanos, y a la pobreza extrema como equiparable en sus efectos devastadores a un delito de lesa humanidad.

Del mismo modo, desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades de los Estados para con los individuos, podría decirse que la pobreza extrema significa el incumplimiento de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar o hacer efectivos los derechos humanos, consagradas como básicas en la mayoría de los instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos.

A continuación, se examinarán algunas de las consecuencias prácticas y jurídicas de considerar la pobreza extrema como una violación de los derechos humanos.

VI. El vínculo entre la pobreza y los derechos humanos para la erradicación de la primera

El objetivo final de un enfoque basado en los derechos humanos es el alivio de la pobreza, independientemente del lugar en que se produzca. Sin embargo, un objetivo inmediato es el reconocimiento de las obligaciones jurídicas de los Estados y de la comunidad internacional en materia de lucha contra la pobreza, mediante el cumplimiento de los derechos humanos que ésta afecta.

El enfoque de derechos humanos frente a la pobreza extrema podría permitir aprovechar los mecanismos de derechos humanos, universales y regionales, para identificar situaciones específicas y presionar a los Estados a tomar medidas concretas para enfrentar el problema. Esto también contribuirá a una rendición de cuentas progresiva del papel de actores internacionales como el Banco Mundial o el FMI en estos casos, entre otros organismos y agencias internacionales.

Por supuesto podrían contribuir también los sistemas de monitoreo de los derechos humanos, especialmente aquellos que funcionan bajo un esquema de peticiones como el sistema europeo, el sistema interamericano y el sistema africano, así como los establecidos al nivel de la ONU vía los Comités encargados de la vigilancia de tratados, cuya labor, entre otras, al declarar la responsabilidad de los Estados por las violaciones de derechos humanos cometidas o toleradas y las recomendaciones correlativas para resolver la situación.

Si bien es posible que esto no atienda de fondo una situación generalizada de pobreza extrema, al menos haría evidente la situación, guiaría medidas a adoptar al respecto y centraría la atención de la comunidad internacional en ella. De igual manera, el papel que las organizaciones de la sociedad civil (ONG) están llamadas a desempeñar es muy importante. Es bien sabido que las personas que viven en extrema pobreza en la mayoría de los casos no tienen acceso al sistema judicial para reclamar sus derechos, las ONG ayudarían en este sentido a llamar la atención de las autoridades sobre las violaciones a las causas de derechos humanos debido a la situación en la que viven las personas.

Otra ventaja podría ser la introducción del tema en la agenda de derechos humanos, a fin de ser objeto de las discusiones, reuniones y actividades de los órganos creados en virtud de tratados en el seno de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales, a saber, el europeo, el americano y el africano. Los órganos de supervisión también podrían tomar nota de las situaciones de extrema pobreza, especialmente durante las visitas in situ a los países.

Estas acciones apoyarían la labor ya realizada por organismos especializados como la FAO y la UNESCO, así como la de la OIT, y la realizada por el propio PNUD. Sin embargo, es necesaria la coordinación de todos esos esfuerzos y el intercambio de información entre ellos, tarea que ha venido emprendiendo la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

En un documento titulado El papel del sistema de las Naciones Unidas, elaborado por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, se detallan los logros y los obstáculos que se han alcanzado para la ratificación y aplicación de los instrumentos de derechos humanos durante los cinco años posteriores a la Cumbre de 1995. Obstáculos, que, lamentablemente, van desde razones políticas hasta argumentos sobre la falta de infraestructura y recursos, obstaculizan también por supuesto las obligaciones de los Estados para eliminar la pobreza.

Los aspectos positivos del enfoque de derecho humano de la pobreza y de la extrema pobreza son evidentes. Este enfoque añade un mayor deber de carácter jurídico a los Estados y a la

comunidad internacional, al mismo tiempo que enriquece los esfuerzos ya iniciados para aliviar el problema. El tema sin duda debe seguir siendo atendido en la agenda internacional, pero se requiere reforzar una agenda jurídica específica, que analice desde el derecho, incluyendo primordialmente los derechos humanos, la lucha contra la pobreza, y en particular se divulgue y apoye la adopción de la trascendente Convención del Derecho al Desarrollo.

Por cuanto al Sistema Interamericano, este no ha sido indiferente al tema de la pobreza, como parte de su vinculación con los derechos humanos, amén de los pronunciamientos más políticos que jurídicos de la propia OEA. La Comisión Interamericana refiere en el Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas, de 7 de septiembre de 2017, que ya en 2001, con motivo del informe de su visita a Paraguay, hacía referencia a la pobreza como una de las situaciones de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio y que la misma es una violación generalizada a los derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Para la CIDH, el enfoque de derechos humanos parte de la premisa de que la pobreza no es inevitable. En muchos Estados la exclusión de ciertos grupos se debería en gran medida al hecho de que históricamente las políticas sociales los había ignorado o ellos no habrían sido sus destinatarios directos. Las desigualdades estructurales y sistemáticas de orden social, político, económico y cultural, que a menudo no se abordan, profundizarían aún más la pobreza.

En dicho Informe la CIDH reconoce que el tema no ha sido objeto de una jurisprudencia específica y sistemática, ni por parte de la misma, ni por la Corte Interamericana, pues la pobreza hasta ahora ha sido considerada en la práctica de los órganos del sistema interamericano como explicación o catalizadores de violaciones a los derechos humanos, como un elemento a considerar como contexto donde se insertan violaciones a los derechos humanos, así como elemento que impacta, entre otros, el deber de agotamiento de los recursos internos, convirtiéndose en una excepción en este sentido.

En efecto, respecto a esto último, vale la pena recordar que en la Opinión Consultiva número OC-11 sobre el tema de la "excepción de los recursos internos", la Corte interpretó las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sobre el agotamiento de los recursos internos en armonía con las que contienen la obligación de los Estados de garantizar los derechos sin discriminación alguna, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a un juicio justo. Consagrados en los artículos 46 (1), 1 (1), 24 y 8 de la CADH respectivamente. La Corte sostuvo que "[...] si se puede demostrar que un indigente necesita asistencia letrada para proteger eficazmente un derecho que la Convención garantiza y su indigencia le impide obtenerla, no tiene que agotar los recursos internos pertinentes. Este es el sentido del texto del artículo 46, apartado 2, leído en relación con los artículos 1, apartado 1, 24 y 8".

VII. Conclusiones

1. La pobreza es un problema multidimensional en su concepción, causas y efectos. No importa la forma en que se haya medido, ahora alcanza cientos o tal vez miles de millones de personas en todo el mundo. Cualquier cifra que pretenda retratar la realidad es al final estática, pero significa la lucha diaria de las personas no por vivir, sino por sobrevivir, especialmente aquellas que viven en condiciones de extrema pobreza. De igual manera, el tratamiento internacional de la pobreza ha pasado de un punto de vista basado únicamente en los ingresos, a uno mucho más amplio que tiene en cuenta la falta de satisfacción de las necesidades humanas básicas. Su mitigación está en el centro de los objetivos del desarrollo.
2. El vínculo entre pobreza y derechos humanos se abordó a principios de la década de los 90. Además, la idea de que la pobreza es una violación de los derechos humanos o, al menos, la suma de violaciones de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales, se reconoce ahora en el ámbito internacional. Negar ese vínculo significaría dejar totalmente sin esperanza a millones de personas pobres en el mundo.

3. El tratamiento de la pobreza como una violación múltiple y agravada de los derechos humanos podría ser el primer paso para cambiar la actitud hacia el alivio de la pobreza en el mundo, añadiendo un ingrediente jurídico a la clásica "obligación moral" de ayudar a los que nada tienen. Por lo tanto, no se trata sólo de una nueva perspectiva para abordar el problema, sino que podría ser la correcta para forzar el establecimiento de un nuevo paradigma de desarrollo social basado en obligaciones legales, responsables y claras para con las personas más pobres.
4. El enfoque de la pobreza basado en los derechos humanos apoya sin duda los esfuerzos realizados a diferentes niveles para erradicar la pobreza en el mundo. Esto podría articularse con los diferentes actores (como gobiernos, ONG, organizaciones internacionales universales y regionales y, por supuesto, las propias víctimas o sus representantes), en un nuevo escenario en el que los esfuerzos internacionales y nacionales podrían encontrarse en una sola dirección.
5. Consideramos que el enfoque que hemos venido señalando, debe venir acompañado del cumplimiento de uno de los deberes estatales que se exige con mayor énfasis en la actualidad, que es la conformación de los presupuestos públicos con perspectiva de derechos humanos, lo que pondría como una de las prioridades la atención de la pobreza, pero con el fin de alejar cada vez más la cuestión de un manejo político y acercarla a nuevos modelos de medición de la eficacia o realización de los derechos humanos, que es a partir del uso adecuado de indicadores cualitativos y cuantitativos.

El derecho a la alimentación: algunos aportes para su estudio

***

The right to food: some contributions to it´s study

*Julio César Cordón Aguilar**

Resumen: el derecho a la alimentación es un verdadero derecho humano, en tanto configura un componente indispensable para asegurar la vida de cualquier persona. Se trata de un derecho universal que se relaciona con el bienestar y la salud de la persona. El derecho determina el acceso, seguro, estable y sin limitaciones, a una alimentación adecuada y suficiente, tanto en términos de cantidad como de calidad. La noción de alimentación adecuada y suficiente exige atender a la identidad y tradiciones culturales de la persona o grupo de personas de que se trate. El marco constitucional de los Estados iberoamericanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocen un amplio contenido y alcances al derecho. La justiciabilidad del derecho a la alimentación conlleva la posibilidad real de reclamar su protección ante los tribunales de justicia por situaciones que determinen su afectación o violación.

* Falta nota curricular

Abstract: the right to food is a true human right, as it is an essential component to ensure the life of any person. It is a universal right that is related to the well-being and health of the person. The right determines safe, stable and unrestricted access to adequate and sufficient food, both in terms of quantity and quality. The notion of adequate and sufficient food requires attention to the identity and cultural traditions of the person or group of people in question. The constitutional framework of the Ibero-American States and International Human Rights Law recognize the broad content and scope of the law. The justiciability of the right to food entails the real possibility of claiming its protection before the courts of justice for situations that determine its impairment or violation.

Palabras clave: derecho a la alimentación; disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad del derecho a la alimentación; justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Keywords: right to food; availability, accessibility and acceptability of the right to food; justiciability of economic, social, cultural and environmental rights.

Sumario: I. Introducción. II. El marco constitucional del derecho a la alimentación en Iberoamérica. III. El derecho a la alimentación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. IV. Contenido y alcances del derecho a la alimentación. V. La justiciabilidad del derecho a la alimentación. VI. A manera de conclusión. Referencias.

I. Introducción

Según datos de la Organización de las Naciones Unidas, en 2022 aproximadamente 735 millones de personas, lo que equivale casi al 10% de la población mundial, padecían de hambre. Lo anterior representó un aumento considerable con relación a 2019, situación que podría haberse visto afectada por la pandemia por COVID-19. En todo caso, el acceso efectivo y universal a los alimentos representa un desafío para los Estados y para la comunidad internacional.

En ese contexto, resulta de especial interés abordar el estudio sobre el derecho a la alimentación, tanto desde el plano del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de analizar su reconocimiento, contenido esencial y alcances.

El abordaje del derecho a la alimentación, de sus elementos, de los deberes que se imponen a los Estados y de su justiciabilidad, tiene por objeto configurar un aporte para su estudio y, más que ello, para destacar su relevancia a fin de garantizar condiciones de vida digna, cuestión que, lamentablemente, tanta falta hace aún, en pleno siglo XXI.

II. El marco constitucional del derecho a la alimentación en Iberoamérica

En primer término, resulta de especial interés indagar acerca del reconocimiento del derecho a la alimentación en el marco constitucional de los Estados de Iberoamérica.[1] Para el efecto, se presenta una sucinta descripción, a partir de un hipotético recorrido geográfico, de la regulación a nivel de los textos constitucionales de aquellos Estados en los que se reconoce expresamente el derecho a la alimentación.[2]

---

1 Más allá del entorno iberoamericano, cabe mencionar otros Estados cuyos textos constitucionales reconocen el derecho a la alimentación: Bangladesh (1972, art. 15), Etiopía (1994, art. 90), India (1949, art. 47), Irán (1979, art. 43), Malawi (1994, arts. 13 y 30), Nigeria (1999, art. 16), Pakistán (1973, art. 73), Sri Lanka (1978, art. 27), Sudáfrica (1996, arts. 27 y 28), Uganda (1995, arts. XIV y XXII) y Ucrania (1996, art. 50).

2 Es preciso indicar que la Constitución federal de Argentina (1853), la Constitución de Chile (1980), la Constitución de España (1978), la Constitución de Nicaragua (1948) y la Constitución de Portugal (1976) no reconocen expresamente el derecho. Véase, por su parte, la Constitución del Perú (1993) se refiere únicamente al deber de los padres de alimentar a sus hijos, art. 6º, Constitución Política del Perú, asimismo, la Constitución del Uruguay (1967) se limita a señalar la obligación a cargo de las empresas "cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento" de proporcionar alimentos a sus empleados, art. 56, Constitución de la República Oriental del Uruguay.

Así, la Constitución federal de México (1917) afirma que "[t]oda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad", a la vez que señala el deber del Estado de garantizar el derecho (art. 4º). También la Constitución mexicana afianza la garantía del derecho a la alimentación con relación a determinados grupos y contextos, a saber: a) los pueblos y comunidades indígenas, con mención especial de "la población infantil" y de niños y jóvenes de familiares indígenas migrantes (art. 2º); b) las escuelas de educación básica de "alta marginación" (art. 3º); c) las niñas y los niños (art. 4º); d) los militares en tiempos de guerra (art. 16), y e) el "desarrollo rural integral y sustentable" (art. 27).[3]

La Constitución de Guatemala (1985) reconoce el deber del Estado de velar "porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud" (art. 99). De igual forma, el marco constitucional dispone expresamente la garantía del derecho a la alimentación para niños, niñas y adolescentes ("menores de edad", según el texto normativo, art. 51), y personas mayores ("ancianos", art. 51). A su vez, el texto constitucional afirma el deber del Estado de controlar "la calidad de los productos alimenticios" (art. 96).[4]

Por su parte, la Constitución de El Salvador (1983) afirma el deber del Estado de "controla[r] la calidad de los productos alimenticios [...] que puedan afectar la salud y el bienestar" (art. 69).[5]

La Constitución de Honduras (1982) afirma el derecho "a disfrutar de una alimentación adecuada" en favor de las niñas y los niños, "desde el periodo prenatal", derecho que se hace extensivo a sus madres (art. 123). A su vez, la Constitución señala el deber

[3] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 2º, 3º, 4º, 16 y 27, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

[4] Constitución Política de la República de Guatemala, arts. 51 y 99, *https://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/constitucionpoliticadelarepublicadeguatemala.pdf*

[5] Constitución Política de la República de El Salvador, art. 69, *https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf*

del Estado de regular, supervisar y controlar "los productos alimenticios" (art. 146), y de fomentar "programas integrados para mejorar el estado nutricional" de la población (art. 150).[6]

La Constitución de Costa Rica (1949) dispone el deber del Estado de "proporciona[r] alimento [...] a los escolares indigentes" (art. 82).[7]

Asimismo, la Constitución de Panamá (1972) garantiza "a la población" el derecho a que "los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana" (art. 118), para lo cual dispone, en el ámbito de la salud, el deber del Estado de "[d]esarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados" (art. 110). De igual forma, el texto constitucional reconoce el derecho a la alimentación con relación a las niñas, los niños y los adolescentes (menores según el texto normativo, art. 56), personas mayores (ancianos, art. 56) y personas con discapacidad (enfermos desvalidos, art. 56).[8]

La Constitución de República Dominicana (2015) se refiere a la "seguridad alimentaria", haciendo recaer en el Estado el deber de "promove[r] la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios, con el propósito de incrementar la productividad y garantizar la seguridad alimentaria" (art. 54). A su vez, el texto constitucional garantiza "el subsidio alimentario en caso de indigencia" (art. 57). Por último, la Constitución dominicana, al afirmar el derecho de toda persona a la salud integral, señala que

---

6 Constitución Política de la República de Honduras, arts. 146 y 150, *https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion-delarepublicaactualizadanoviembre2021.pdf*

7 Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 82, *https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/constitucion_politica_digital_edincr.pdf*

8 Constitución Política de la República de Panamá, arts. 56, 110 y 118, *https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf*

el Estado está obligado a velar por "el mejoramiento de la alimentación" (art. 61).[9]

La Constitución de Haití (1987) reconoce el derecho "de todo ciudadano" a la alimentación (art. 22).[10]

En el caso de la Constitución de Cuba (2019), su texto refiere que todas las personas "tienen derecho a la alimentación sana y adecuada", debiendo el Estado crear las condiciones para fortalecer "la seguridad alimentaria de toda la población" (art. 77).[11]

La Constitución de Colombia (1991) reconoce a los niños y las niñas, como derecho fundamental, "la alimentación equilibrada" (art. 44). Asimismo, el texto constitucional dispone que la producción de alimentos "gozará de la especial protección del Estado", para lo cual deberá promover "la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad" (art. 65).[12]

La Constitución federal de Venezuela (1999) dispone que el Estado debe promover "la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población", la que el propio texto normativo define como "la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a [e]stos por parte del público consumidor". Para el efecto, la Constitución califica de "interés nacional y fundamental para el

---

9 Constitución Política de la República Dominicana, arts. 54, 57 y 61, *https://www.tribunalconstitucional.gob.do/transparencia/base-legal-de-la-instituci%C3%B3n/constituci%C3%B3n-de-la-rep%C3%BAblica-dominicana/*

10 Constitución de la República de Haití, art. 22, https://cepei.org/wp-content/uploads/2020/01/Constitucio%CC%81n-de-Haiti%CC%81-1987.pdf (fecha de consulta: 12 de junio de 2024).

11 Constitución de la República de Cuba, art. 77, *http://www.cuba.cu/gobierno/NuevaConstitucion.pdf*

12 Constitución Política de Colombia, arts. 44 y 65, *https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf*

desarrollo económico y social de la Nación", la producción de alimentos (art. 305).[13]

La Constitución del Ecuador (2008) garantiza, "sin discriminación alguna", el goce efectivo del derecho a alimentación (art. 3), como componente del derecho a una vida digna (art. 66) e íntimamente relacionado con el derecho a la salud (art. 32). Asimismo, el texto constitucional señala que las personas y colectividades tienen derecho "al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos", en "correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales" (art. 13). A su vez, la Constitución dispone que el Estado debe promover la soberanía alimentaria (art. 13), la que califica como "objetivo estratégico y una obligación del Estado", dirigida a alcanzar la "autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente" (arts. 281, 284, 304, 334, 410, 413 y 423), para lo cual prohíbe "el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados" que atenten, precisamente, contra la soberanía alimentaria (art. 15). La Constitución ecuatoriana también reconoce el derecho a alimentación con relación a determinados grupos, incluidas: a) personas desplazadas (art. 42), y b) personas privadas de libertad (art. 51).[14]

La Constitución federal de Brasil (1988) reconoce a la alimentación dentro de los derechos sociales (art. 6). El texto constitucional señala, como parte de las competencias del Estado en materia de salud, la fiscalización e inspección de alimentos, "incluyendo el control de su contenido nutricional" (art. 200). También la Constitución reconoce la garantía del derecho con relación a las niñas y los niños (art. 227).[15]

---

13 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 305, *https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf*

14 Constitución de la República del Ecuador, arts. 3, 13, 15, 32, 43, 51, 66, 281, 284, 304, 334, 410, 413 y 423, *https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador*

15 Constitución de la República Federativa de Brasil, arts. 6, 200 y 227, *https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf*

La Constitución de Bolivia (2009) reconoce el derecho de toda persona a la alimentación, para lo cual hace recaer en el Estado la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, "a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población" (art. 16). El texto constitucional señala, como objetivo de la política de desarrollo rural integral del Estado y, en general, de las políticas de gobierno (en los distintos niveles), garantizar "la soberanía y seguridad alimentaria", mediante la priorización de la producción y el consumo "de alimentos de origen agropecuario producidos en el territorio boliviano" (arts. 255, 300, 302, 309, 321, 375, 402, 405 y 407). Por último, la Constitución garantiza, en específico, el derecho a la alimentación de los estudiantes "con menos posibilidades económicas" (art. 82).[16]

Por último, la Constitución del Paraguay (1992) afirma, dentro de los deberes del Estado, de la sociedad y de la familia, dirigidos a garantizar una protección integral a las personas mayores ("personas en la tercera edad", según el texto normativo), el de atender "sus necesidades de alimentación" (art. 57). Asimismo, el texto constitucional dispone que el Estado "velará por el control de la calidad de los productos alimenticios" (art. 72).[17]

El recorrido anterior permite destacar que, conforme a los textos constitucionales de Iberoamérica que expresamente reconocen el derecho a la alimentación, su regulación encuentra acogida de acuerdo a la clasificación siguiente: a) constituciones que reconocen el derecho con carácter universal;[18] b) textos constitucionales que reconocen el derecho con relación a grupos poblacionales o situaciones específicas,[19] incluidos i) niñas

[16] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 16, 82, 255, 300, 302, 309, 321, 375, 402, 405 y 407, *https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933*

[17] Constitución de la República del Paraguay, arts. 57 y 72, *https://odd.senado.gov.py/archivos/file/Constitucion%20Nacional%20UV%202022.pdf*

[18] Brasil (art. 6), Bolivia (art. 16), Cuba (art. 77), Ecuador (art. 3), Guatemala (art. 99), Haití (art. 22), Honduras, (art. 150), México (art. 4º), Panamá (art. 118) y República Dominicana (art. 61).

[19] La Constitución de México garantiza "alimentos" a los militares en tiempos de guerra (art. 16).

y niños;[20] ii) personas en situación de pobreza u otra causa de exclusión social;[21] iii) personas mayores;[22] iv) comunidades indígenas;[23] v) personas desplazadas;[24] vi) personas privadas de libertad,[25] y vii) personas con discapacidad;[26] c) constituciones que afirman el deber del Estado de garantizar la calidad en la producción de alimentos,[27] y d) textos que reconocen el derecho a la seguridad alimentaria o de alguno de sus componentes.[28]

En cuanto al concepto de "seguridad alimentaria", entendida como el acceso adecuado y sostenible a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras,[29] resulta relevante que constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador, Bolivia, República Dominicana y Cuba) lo incorporen dentro de los ejes y objetivos de las políticas estatales.

---

20 Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Guatemala (art. 52), Honduras, (art. 123, haciendo extensivo el derecho a las madres "desde el periodo prenatal"), México (art. 4º) y Panamá (art. 56).

21 Bolivia (art. 82, se refiere a "estudiantes con menos posibilidades económicas"), Costa Rica (art. 82, se refiere a "escolares indigentes"), México (art. 3º, se refiere a "escuelas de educación básica de alta marginación") y República Dominicana (art. 57, se refiere al "subsidio alimentario en caso de indigencia").

22 Guatemala (art. 51), Panamá (art. 56) y Paraguay (art. 57).

23 México (art. 2º, el texto hace mención especial de "niños y jóvenes de familias migrantes").

24 Ecuador (art. 42).

25 Ecuador (art. 42).

26 Panamá (art. 56).

27 Brasil (art. 200), El Salvador (art. 69), Guatemala (art. 96), Honduras, (art. 146) y Paraguay (art. 72).

28 Bolivia (arts. 16, 255, 300, 302, 309, 321, 375, 402, 405 y 407), Colombia (art. 77), Ecuador (arts. 15, 281, 284, 304, 334, 410, 413 y 423), México (art. 27), Panamá (art. 110), República Dominicana (art. 54) y Venezuela (art. 305).

29 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párr. 7, *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g99/420/15/pdf/g9942015.pdf?token=RTVdGcc6xAnTLVRquj&fe=true*

III. El derecho a la alimentación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el plano internacional, distintos instrumentos en materia de derechos humanos reconocen el derecho a la alimentación.[30] Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1945) garantiza de manera "especial" la alimentación, como condición para asegurar "un nivel de vida adecuado" para la persona "y su familia" (art. 25).[31]

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) es quizás el instrumento que con mayor precisión recoge el derecho a la alimentación, afirmando, en términos similares a los de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que configura un elemento para garantizar "un nivel de vida adecuado" para la persona "y su familia". Asimismo, el Pacto se refiere al deber de los Estados de "[m]ejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos", y de asegurar su "distribución equitativa" (art. 11).[32]

También en el ámbito de las Naciones Unidas, otros tratados especializados sobre derechos humanos se refieren al derecho a la alimentación, pudiendo citar los siguientes: a) la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, arts. 24 y 27);[33] b) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979, art. 12, referido a la "nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia"),[34] y c) la Con-

30 Existen distintas declaraciones que a nivel internacional reconocen el derecho, incluidas la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (1974) y la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (1996).

31 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25, *https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights*

32 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights*

33 Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 24 y 27, *https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf*

34 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12, *https://www.ohchr.org/es/instruments-me-*

vención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, arts. 25 y 28).[35]

En el plano regional, sin duda el Sistema Interamericano es el que de manera más desarrollada se refiere al derecho a la alimentación.[36] Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948) señala, dentro de las "metas básicas" que los Estados se proponen conseguir, la "[n]utrición adecuada", para lo cual deberán hacerse esfuerzos dirigidos a "incrementar la producción y disponibilidad de alimentos" (art. 34).[37] Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce la necesidad de implementar "medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación", como elemento del derecho a la preservación de la salud (art. XI).[38]

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (1988), reconoce el derecho de toda persona "a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual", para lo cual destaca el compromiso de los Estados por "perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos" (art. 12). El Protocolo reconoce de manera específica el derecho a "una adecuada alimentación" en favor de las niñas y los niños, "tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar" (art. 15); asimismo, reconoce el derecho con relación a las personas mayores (art. 17).[39]

---

chanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

35 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 25 y 28, *https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf*

36 La Carta Social Europea (1996) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) no reconocen de manera expresa el derecho a la alimentación.

37 Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 34, *https://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm*

38 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI, *https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp*

39 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo

También en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores afirma el derecho de dicho grupo poblacional "a un sistema integral de cuidados" que provea cobertura de "seguridad alimentaria y nutricional", entre otros elementos (art. 12).[40]

IV. Contenido y alcances del derecho a la alimentación

A partir del reconocimiento del derecho a la alimentación en el marco de distintos textos constitucionales e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, es factible identificar algunas ideas acerca del contenido y los alcances del derecho.

Un primer elemento que es necesario destacar es que el derecho a la alimentación es, en sí mismo considerado, un verdadero derecho humano, en tanto configura un componente indispensable para asegurar la vida de cualquier persona. Así, la alimentación configura un derecho universal que se relaciona con el bienestar y la salud de la persona (sin que ello demerite su naturaleza de derecho autónomo), lo que determina su carácter esencial para afirmar el disfrute de un nivel de vida digno. En tal sentido, se trata de un derecho "inseparablemente vinculado" al concepto de dignidad humana.[41]

El derecho a la alimentación supone, como primer elemento, el acceso, seguro, estable y sin limitaciones, a una alimentación adecuada y suficiente, tanto en términos de cantidad como de calidad, lo que se vincula, a la postre, con la noción de una "nutrición adecuada". Ahora bien, el derecho a la alimentación, en su noción de alimentación adecuada y suficiente, exige atender

de San Salvador", arts. 12, 15 y 17, *https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf*

40 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 12, *https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp*

41 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 4.

a la identidad y tradiciones culturales de la persona o grupo de personas de que se trate, en tanto solo ello permitirá garantizar, con respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, el disfrute del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.[42] Es con base en lo anterior que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas afirma que el derecho no debe ser entendido "en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos".[43]

En ese sentido, conforme a la interpretación sostenida por el referido Comité, el contenido del derecho comprende "la disponibilidad" de los alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de las personas, de manera que se considere "aceptable" en el contexto de una cultura determinada. Asimismo, el derecho incorpora la "accesibilidad" de los alimentos en forma sostenible, lo que exige tanto "accesibilidad económica", de manera que el costo de los alimentos no suponga el riesgo de la falta de provisión de aquellos, así como "accesibilidad física" que asegure el acceso a los alimentos para todas las personas, incluidas quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad, los niños y las niñas o las personas mayores,[44] entre otras. Sobre lo anterior, resulta relevante la regulación de distintas constituciones a nivel de Iberoamérica, como quedó precisado anteriormente.

---

42 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe del 23 de julio de 2001 rendido ante la Asamblea General, A/56/210, párrs. 18 y 22, *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n01/465/55/pdf/n0146555.pdf?token=1f8lISXU4RCCmR1dWc&fe=true* La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la alimentación "es, en sí, una expresión cultural", en tanto "puede considerarse uno de los 'rasgos distintivos' que caracterizan a un grupo social, quedando comprendido, por ende, en la protección del derecho a la identidad cultural". Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400, párr. 274, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

43 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 6.

44 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrs. 7-13.

En cuanto al alcance del derecho, en sintonía con los deberes que se imponen a los Estados en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe afirmar que recae en estos, en primer término, una obligación de no privar a las personas, de manera arbitraria, de su acceso a los alimentos, lo incluye el deber de no impedir, mediante obstáculos o dificultades, dicho acceso (deber de respeto). Asimismo, existe un deber de las autoridades de intervenir oportunamente, mediante acciones de regulación, fiscalización y supervisión, a efectos de evitar que personas particulares, empresas u organizaciones limiten el derecho a la alimentación (deber de garantía o deber de protección). Aunado a lo anterior, recae en el Estado el deber de adoptar medidas positivas para emprender acciones y políticas apropiadas para asegurar que personas o grupos en situación de vulnerabilidad, es decir, quienes no pueden alimentarse por sí mismo, tengan acceso a una alimentación suficiente y adecuada. A la postre, tales acciones y políticas han de estar dirigidas, en la medida de posible, a alcanzar la capacidad de aquellas personas o grupos de procurar su propia alimentación (componente del deber de respeto o deber de satisfacción).[45]

V. La justiciabilidad del derecho a la alimentación

Un último elemento merece ser abordado, referido a la justiciabilidad del derecho a la alimentación, es decir, la posibilidad real de reclamar la tutela del derecho ante las instancias judiciales competentes a fin de obtener su protección efectiva en el caso de considerar que existe una afectación o violación.

La justiciabilidad del derecho a la alimentación, al igual que ha ocurrido con otros derechos económicos, sociales y culturales, ha configurado un tema de constante debate y controversia, muchas veces derivado de la idea de progresividad con que usualmente han sido reconocidos tales derechos.[46]

---

45 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, *op. cit.*, párrs. 27-29.

46 Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 26, se refiere al deber de los Estados de "adoptar providencias,

Sin embargo, el sentido de progresividad no debe entenderse como una limitación a la efectividad del derecho y, en su caso, a su justiciabilidad. En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, si bien el derecho a una "alimentación adecuada" habrá de ser alcanzado progresivamente, conforme a las posibilidades y recursos de los Estados, es "obligación básica" de estos "adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre" de quienes la padecen.[47]

Si bien en el plano nacional existen algunos ejemplos acerca de la efectiva justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que pueden resultar de interés para afirmar la posibilidad de demandar en sede judicial la tutela del derecho a la alimentación,[48] es la protección otorgada a nivel internacional la que revela, de mejor manera, el alcance del reclamo judicial de protección del derecho.

---

tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura". Art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

47 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.,* párr. 6.

48 Por ejemplo, en Sudáfrica destaca el caso *Gobierno de la República de Sudáfrica vs. Irene Grootboom y otros*, referido a violaciones del derecho a la vivienda y situaciones de desahucios forzados, respecto del cual, el Tribunal Constitucional sudafricano empleó la noción de razonabilidad para examinar la actuación o inacción del Gobierno "sobre la efectividad progresiva de los derechos dentro de los recursos disponibles". Así, el Tribunal concluyó que la actuación de las autoridades, al dejar de proveer vivienda a "personas en necesidad desesperada" no pasó la prueba de razonabilidad. De igual forma, cabe destacar que en la India el Tribunal Supremo ha admitido ser competente para conocer de reclamaciones promovidas contra el Gobierno federal y autoridades locales a quienes se atribuye responsabilidad por la "malnutrición masiva" que sufre parte de la población de dicho país. En el plano iberoamericano destaca el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional ha tenido un papel protagónico en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Véase, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe del 10 de enero de 2002 rendido ante el Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/58, párrs. 48 y 52 a 57, *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g02/100/82/pdf/g0210082.pdf?token= RoSHpbh4bbZlAk3RyE&fe=true*

De nueva cuenta, es el Sistema Interamericano el que pone de relieve ejemplos de interés en esta materia. Así, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la situación en que se encontraba la comunidad indígena ante las "graves dificultades" que enfrentaba para obtener alimentos, derivado de encontrarse en "condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales" por el desplazamiento efectuado de su territorio por las condiciones de precariedad y pobreza en que vivía. En su fallo, la Corte IDH resaltó que las condiciones en que vivía el pueblo indígena "impacta[ba] n negativamente en la debida nutrición" de sus miembros, con especial mención de las personas mayores. A su vez, la Corte refirió que las afectaciones causadas al derecho a alimentación y al acceso al agua limpia, íntimamente vinculadas al derecho a la salud, "impacta[ba]n de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural".[49] En este caso, si bien la Corte regional no declaró expresamente violado el derecho a la alimentación, derivado de una interpretación que no reconocía la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano, determinó la violación del derecho a la vida (artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto el Estado no había "adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron [las] posibilidades" del pueblo indígena "de tener una vida digna", en clara referencia al deber de satisfacción (que en el contexto de la Convención se refiere al deber de respeto, conforme a su artículo 1.1).

Por su parte, en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* la Corte IDH analizó la situación en que se encontraba dicha comunidad indígena ante restricciones al uso del territorio que ocupaban originalmente, como consecuencia de la venta de dicho territorio por parte del Estado, desconociendo a

[49] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 167-178, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf*

la población indígena que allí habitaba, y distintas transferencias a propietarios privados. En tal sentido, la comunidad indígena, impedida de practicar actividades como el cultivo, la crianza de ganado, la caza, la pesca o la recolección, requería de la asistencia estatal para agenciarse de alimentos. En ese contexto, la Corte IDH concluyó que la acción del Estado había consistido en una provisión de cantidades insuficientes de alimentos para "satisfacer medianamente las necesidades básicas diarias de alimentación de cualquier persona". De nueva cuenta, la Corte declaró la violación del derecho a la vida (art. 4.1 de la Convención Americana) ante la incapacidad del Estado de "brinda[r] las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna [ante] condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas", lo que supone el incumplimiento del deber de satisfacción (deber de respeto, en los términos del art. 1.1 de la Convención).[50]

En un caso más recientes la Corte IDH ha tenido oportunidad profundizar en el contenido y alcances del derecho a la alimentación. Así, en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* la Corte, además de referirse al "contenido básico" del derecho, explorando acerca de las nociones de disponibilidad y accesibilidad de los alimentos, señaló que el derecho a la alimentación "protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud". Pues bien, al resolver el caso, la Corte denotó que la presencia de personas ajenas a las comunidades indígenas en su territorio y el desarrollo de distintas actividades de explotación ganadera y forestal, incluidas tala ilegal y extracción ilegal de madera y otros recursos naturales, había provocado "un impacto relevante en el modo de vida de las comunidades", sin que el Estado hubiera adoptado acciones que de manera efectiva impidieran esta situación. De esa cuenta, según concluyó el Tribunal, la falta de acción del Estado vulneró, en perjuicio de las comunidades indígenas, entre otros derechos, los atinentes a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua. Es decir, la Corte con-

[50] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*..., *cit*., párrs. 197-202 y 217.

cluyó en la vulneración del deber de protección, recogido como deber de garantía en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1). En este caso la Corte IDH sí declaró de manera autónoma la violación a tales derechos, en virtud de una reinterpretación del contenido del artículo 26 de la Convención Americana.[51]

VI. A manera de conclusión

El derecho a la alimentación configura un derecho humano, inherente al concepto de dignidad de la persona, en tanto determina un elemento imprescindible para garantizar la vida y, más aún, las condiciones de una vida digna.

El derecho a la alimentación supone el acceso, seguro, estable y sin limitaciones, a una alimentación adecuada y suficiente, cualitativa y cuantitativamente hablando, sin desatender la identidad y tradiciones culturales de la persona o grupo de personas de que se trate, pues solo ello permitirá garantizar, con respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, el disfrute del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

En el plano de los Estados iberoamericanos existe un reconocimiento amplio y extendido del derecho a la alimentación en el marco constitucional, que va desde su afirmación como derecho universal y su garantía respecto de determinados grupos poblaciones en situación de vulnerabilidad, hasta el afianzamiento de la seguridad alimentaria como eje transversal de la política gubernamental.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a la alimentación, tanto en el plano universal como en el plano regional, destacando en este ámbito el Sistema Interamericano en cuanto al desarrollo que proyecta respecto del contenido y alcances del derecho.

La justiciabilidad del derecho a la alimentación determina la posibilidad real de reclamar su protección ante los tribunales de

[51] Corte IDH. *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.*, párrs. 210-221.

justicia por situaciones que determinen su afectación o violación, marco en el que el Sistema Interamericano presente casos concretos que denotan la posibilidad de su tutela en sede judicial.

Referencias

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.

Constitución de India.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución de la República de Cuba.

Constitución de la República de Haití.

Constitución de la República de Malawi.

Constitución de la República Federal de Nigeria.

Constitución de la República de Sudáfrica.

Constitución de la República de Uganda.

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución de la República del Paraguay.

Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía.

Constitución de la República Democrática Socialista de Sri Lanka.

Constitución de la República Federativa de Brasil.

Constitución de la República Islámica de Irán.

Constitución de la República Islámica de Pakistán.

Constitución de la República Oriental del Uruguay.

Constitución de la República Popular de Bangladesh.

Constitución de la República Portuguesa.

Constitución de Ucrania.

Constitución Española.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Constitución Política de la República de El Salvador.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Constitución Política de la República de Honduras.

Constitución Política de la República de Nicaragua.

Constitución Política de la República de Panamá.

Constitución Política de la República Dominicana.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Perú.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

wwConvención sobre los Derechos del Niño.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Re-

paraciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe del 23 de julio de 2001 rendido ante la Asamblea General, A/56/210.

Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe del 10 de enero de 2002 rendido ante el Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/58.

Gastronomía y constitución ¿puede haber un régimen constitucional de la gastronomía?

***

Gastronomy and constitution, can there be a constitutional regimen for gastronomy?

*Alfredo Orlando Curaca Kong**

Resumen: el presente trabajo analiza la relación entre la gastronomía y la Constitución. En primer orden, intenta demostrar que la gastronomía y el derecho no son ciencias extrañas, pues existen vínculos entre ellas. En segundo lugar, ubica las interrelaciones entre gastronomía y Constitución con la finalidad de demostrar que puede existir un régimen constitucional de la gastronomía, lo que es indispensable en países de gran tradición culinaria. Finalmente, analiza si en el Perú se cuenta con un régimen constitucional de la gastronomía.

Abstract: this study analyzes the relationship between gastronomy and the Constitution. First of all, it intends to demonstrate that gastronomy and law are not unrelated sciences, since there are links between them. Secondly, it identifies the in-

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Lomas de Zamora en Argentina, en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en Derechos Humanos y Justicia Transicional por la Universidad del Rosario de Colombia. Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. *ORCID 0009-0000-6105-561X*

terrelations between gastronomy and the Constitution in order to demonstrate that there can be a constitutional regime for gastronomy, which is essential in countries with a great culinary tradition. Finally, it analyzes whether Peru has a constitutional regime for gastronomy.

Palabras clave: constitución, gastronomía, derecho a la alimentación, identidad cultural, patrimonio cultural de la nación.

Keywords: constitution, gastronomy, right to food, cultural identity, cultural heritage of the Nation.

Sumario: I. Introducción. II. Gastronomía y derecho: puntos de contacto. III. El contenido actual de las constituciones. IV. Gastronomía y Constitución. V. Gastronomía y derecho a la alimentación. VI. Gastronomía e identidad cultural. VII. Gastronomía y patrimonio cultural. VIII. Reflexiones conclusivas. Referencias.

I. Introducción

La gastronomía, más allá del arte de preparar una buena comida o de la afición que se tiene por el buen comer,[1] será tratada en este trabajo como la disciplina que estudia la relación entre el ser humano y su alimentación y, específicamente, al conjunto de platos, recetas, técnicas, historias, actividades y conocimientos culinarios, a veces ancestrales, que se relacionan con la alimentación de determinada circunscripción territorial, normalmente la de un país. A su vez, ese país puede tener regiones o subregiones en las que se identifica una gastronomía en particular, como producto de su propia historia, sus propias técnicas, sus particulares ingredientes y sus propios conocimientos culinarios, pero que, por diversos factores, se sienten identificados como parte de una misma "cultura gastronómica".

[1] Definiciones del diccionario de la RAE, *https://dle.rae.es/gastronom%C3%ADa*

La gastronomía, como actividad económica y expresión cultural, tiene vínculos multidisciplinarios con el derecho, diversos trabajos y certámenes académicos así lo atestiguan. La presente investigación ubica los lazos existentes entre gastronomía y Constitución, que es materia de estudio del derecho constitucional. Plantea, en ese sentido y a modo de aproximaciones preliminares, que a partir de tales lazos puede establecerse un régimen constitucional de la gastronomía, necesario en países que tienen una rica tradición gastronómica, lo que contribuiría a su impulso desde lo más alto de nuestro ordenamiento a fin de alcanzar el bienestar social.

II. Gastronomía y derecho: puntos de contacto

La gastronomía y el derecho no son sujetos extraños. Se interrelacionan en diversos aspectos y esto se debe a que el derecho es multidisciplinario y omnicomprensivo. Regula y analiza las relaciones y actividades humanas en sus diversos aspectos. En ese sentido, la gastronomía no ha sido ajena a su estudio.

Uno de los primeros acercamientos entre ambas materias lo constituye, sin lugar a dudas, el pionero libro de 1987 llamado *Gracia y justicia en los manjares. Los contactos entre gastronomía y Derecho*, de María del Carmen Soler, autora uruguaya-española que no llegó a ver publicada su obra por haber fallecido tras breve y dolorosa enfermedad. Sin embargo, si pudo "leer y corregir sus pruebas".[2]

El libro "muestra el paralelismo entre alimento y ley, la incidencia constante de la norma, sobre la comida, en todo tiempo y en todas partes".[3] Escrito con exquisito estilo literario, navega en la historia de personajes religiosos, mitológicos, históricos y literarios, de los más variados. En ese sentido, se narran historias tan variadas como las de Adán y Eva, Caín y Abel, Ulises y los

[2] Soler, María del Carmen, *Gracia y justicia en los manjares. Los contactos entre gastronomía y Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 6.

[3] *Idem*.

cíclopes, Abraham, Moisés, Shylock y el mercader de Venecia, Oliver Twist, Li Po, Carlos V, Greta Garbo y un largo etcétera, buscando siempre un punto de conexión entre la alimentación y el derecho, que logra con singular éxito.[4]

Varios años después de la publicación de la obra mencionada, en febrero de 2018, en el marco de la Cumbre anual HIP-*Hospitality Innovation Planet*, se realizó en Madrid el I Congreso Europeo de Gastronomía,[5] con la finalidad "[...] de que el sector y la industria gastronómica consigan, desde un punto de vista jurídico, la debida organización, sistematización y articulación normativa".[6] Fue, pues, un evento que reunió a gastrónomos, abogados y otros especialistas con el fin de que la gastronomía española encuentre apoyo jurídico para su consolidación.[7] Y es que, entendiéndola como una actividad vital que necesita de una urgente protección, los españoles han promovido desde hace algunos años la aprobación de una ley general de protección integral de

[4] La obra que también está llena de recetas e ilustraciones alusivas a la alimentación y su relación con el ser humano, sentencia con agudeza: "Los elementos de la comida son obra de la naturaleza, pero el cuidar de su distribución y su pureza es obra del hombre, y el gran avance científico y técnico actual es un arma de dos filos, ya que tanto puede beneficiar como dañar a todo alimentario. Por tanto, cada vez van a estar más estrechamente unidos los manjares y las leyes". *Idem*.

[5] Organizado por la Asociación de Amigos de la Real Academia de Gastronomía, el estudio Cremades y Calvo-Sotelo, con la colaboración de la Federación de Asociaciones de Cocineros y Reposteros de España (FACYRE).

[6] Cremades, Calvo Sotelo Abogados *et al*., *Comunicado sobre el I Congreso Europeo de Derecho y Gastronomía*, Madrid, *https://www.cremadescalvosotelo.com/wp-content/uploads/2022/12/ndp-aarag05feb2.pdf*

[7] Como producto de este primer encuentro (a la fecha ya llevan organizándose 7), se publicó una obra denominada *Derecho y Gastronomía*, que recopila diversos trabajos relativos a la gastronomía y el Derecho. Es interesante observar en esta obra como el mundo gastronómico y el mundo jurídico convergen y diversos aspectos de la gastronomía son analizados desde la óptica de distintas ramas del Derecho. Así, en la publicación se pueden encontrar trabajos relativos a la gastronomía y su relación con el Derecho en general, apuntes sobre un marco jurídico para la gastronomía del siglo xxi, la problemática de los derechos de autor en la gastronomía, las relaciones laborales en el sector gastronómico, el arbitraje y su relación con la gastronomía, entre otros. *Cfr*. Cremades *et al.* (dir.), *Derecho y Gastronomía*, Madrid, Dykinson, 2019.

la gastronomía, que aporte los elementos necesarios para brindar seguridad en todos los aspectos jurídicos con los que la gastronomía se relaciona.

Sobre esta interrelación, centrada ya en la realidad peruana, no debe dejar de mencionarse el precursor trabajo de Fernando Raventós, denominado "Gastronomía & Derecho. Régimen Jurídico de la Gastronomía en el Perú", publicado hace 15 años en el *Anuario andino de derechos intelectuales*, que analiza cuál es el rol del derecho ante el *boom* de la gastronomía peruana, examina si el derecho puede contribuir al desarrollo de la gastronomía y responde a la interrogante de si existe realmente un régimen jurídico de la gastronomía en nuestro país,[8] obra que concluye, entre otros aspectos de relevancia, que existe tal régimen en relación con las materias de derecho alimentario, protección al consumidor, libre competencia y derechos intelectuales.[9]

Ahora bien, sobre la relación entre la gastronomía y la ciencia jurídica constitucional están dedicados los siguientes capítulos, en el primero de los cuales nos pareció adecuado desarrollar unas palabras preliminares sobre el contenido actual de las constituciones.

III. El contenido actual de las constituciones

La Constitución y el derecho constitucional son el producto final del constitucionalismo contemporáneo como sostuvo el doctor Luis Carlos Sáchica.[10] La Constitución moderna[11] es huella indis-

[8] Raventós, Fernando, "Gastronomía & Derecho. Régimen jurídico de la gastronomía en el Perú", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, año IV, núm. 5, 2009, p. 355, *https://anuarioandino.com/Anuarios/Anuario05/art12/ANUARIO%20ANDINO%20ART12.pdf*

[9] *Ibidem*, p. 368.

[10] Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, México, UNAM, 2002, p. 1.

[11] Acotamos el término "moderna" ya que la Constitución puede tener diversas acepciones como apuntaba Francisco Rubio Llorente. Así, en un sentido muy amplio, este autor sostenía que el concepto es equivalente al

cutible del avance a un nuevo modelo de Estado, que dejó atrás el absolutismo. Es, en buena cuenta, el reflejo de una sociedad moderna que a la par que limita y raciona el poder establece las libertades y derechos de sus integrantes.[12] Su valor y necesidad para la sociedad es tal que ya la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, avizoraba esta conexión intrínseca entre sociedad y Constitución en este artículo que múltiples veces ha sido citado por los autores: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".[13]

La limitación y el sometimiento del poder por el Derecho a través del texto constitucional es así un paso vital para el mundo contemporáneo.[14] Empero, el triunfo del constitucionalismo

---

de organización del poder de una entidad política diferenciada, cualquiera sea la naturaleza de esta y el tipo de organización. En tal dirección, se podría hablar de un constitucionalismo griego, romano o medieval. En un sentido más reducido, estos términos se usan como designación específica de un tipo de organización del poder político del Estado, en cuanto forma histórica diferenciada, que establece límites a su acción y en consecuencia asegura a los sometidos un ámbito de libertad. En un sentido más restringido aún, "[...] por constitucionalismo se conoce una doctrina política que exige, de una parte, que esa limitación del poder estatal quede asegurada mediante la atribución de su ejercicio a órganos distintos, de manera que no se concentre en ninguno de ellos la función de establecer las normas y la de aplicarlas y, de la otra, que el ámbito de libertad de los sometidos incluya al menos el goce de los derechos que la filosofía política de la Ilustración define como 'naturales'". Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 9 y 10.

12 Maurizio Fioravanti expresa sobre el particular: "El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas". Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, p. 110.

13 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789, París, artículo 16, *https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948*

14 Fiorini menciona al respecto que "el constitucionalismo cierra el ciclo

no se estancó, ha tenido una permanente evolución. Al constitucionalismo clásico o liberal le siguieron el constitucionalismo restaurador, el constitucionalismo social, el constitucionalismo transformador y otros. No obstante, el reconocimiento de la Constitución como texto sistematizado y supremo ha permanecido invariable.

Como producto de esta evolución, las constituciones han también evolucionado. En cuanto su contenido formal, la tipología clásica que divide su contenido en una parte "dogmática" y una parte "orgánica" —estructura dicotómica normalmente aceptada por la doctrina—, que sirve muy bien para efectos didácticos y a la cual la mayoría de constituciones le son tributarias, en rigor no siempre se aplica. Primero, porque muchas veces lo que hay es una parte predominantemente dogmática y una predominantemente orgánica, en las que están o pueden estar incluidas disposiciones de otra naturaleza en cada sección. En segundo lugar, porque hoy en día se reconocen contenidos adicionales en los textos fundamentales, como una llamada "Constitución económica", una "Constitución ambiental" e incluso de una parte que algunos llaman "supervisión constitucional", que en puridad son apartados que, respectivamente, prevén el régimen económico constitucionalizado, la regulación ambiental fundamental y los mecanismos de protección constitucional.[15]

Ligado a esto último, las constituciones han extendido su articulado en tendencia que no ha pasado inadvertida. En la ac-

---

de la arbitrariedad gubernativa: reconoce que el individuo y la sociedad son fines en sí mismos y trata de asegurar el cumplimiento de esos fines mediante normas debatidas públicamente y alquitaradas por la razón y la justicia", Pereira-Orozco, Alberto, "El ejercicio del poder constituyente frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Parlamentaria*, Guatemala, año II, vol. III, 2010, p. 2, *https://www.legis.gt/wp-content/uploads/2016/01/Revista-parlamentaria-III.pdf*

15 González Ojeda señala que la supervisión constitucional "Es la parte que integra la totalidad de los controles previstos en la Constitución, y que se presenta como un conjunto vinculante de normas destinado a preservar el orden político-jurídico del Estado, a cuidar el cumplimiento de la voluntad social y posibilitar la realización de la persona." González Ojeda, "Teoría de la Constitución democrática", *IUS Inkarri, Revista de la Universidad Ricardo Palma, DOI: 10.31381/iusinkarri.vn9.3680*

tualidad existen constituciones que superan los cuatrocientos artículos e incluso el medio millar, lo que para el doctor García Belaunde "obedece a un fenómeno de crecimiento del Derecho, de aumento de las expectativas, de desconfianza del legislador y del deseo de que todo esté reflejado en la Constitución, sino en su totalidad, por lo menos en sus aspectos fundamentales".[16] De ahí que se incluyan nuevos tópicos como los antes referidos e inclusive otros.

En cuanto a su contenido de fondo, la Constitución no se entiende solo como un frío documento impreso en papel. Una Constitución también contempla y esconde en su interior valores, principios, fines, aspiraciones, etc. Vale decir, un espíritu detrás del texto que normalmente es desentrañado por el intérprete judicial. García Toma sostiene en ese sentido que la Constitución "Comprende un conjunto de valores, principios y normas que delimitan la convivencia política y aseguran la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del Estado".[17]

---

16 García Belaunde, Domingo, "El derecho procesal constitucional y su configuración actual", *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, 2012, pp. 141-155, *file:///C:/Users/User/Downloads/2857-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10967-1-10-20120905%20(1).pdf*

17 García Toma, Víctor, "Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional", *Derecho & Sociedad*, núm. 21, 2003 p. 190, *https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370* En el mismo sentido, Riccardo Guastini añade que pueden ser consideradas normas fundamentales de un ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden estar previstas en la Constitución, las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder, las que regulan las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, las que regulan la producción de normas y también las que "expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento" que, si son escritas, son formuladas como declaraciones solemnes, todo lo cual formaría lo que el profesor italiano denomina la "materia constitucional. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, 2001, pp. 31-32. Otros autores son coincidentes con esto. Por ejemplo, Diaz Revorio refiere sobre el contenido axiológico de la norma constitucional que: "Entre otras características de la norma constitucional, está el carácter axiológico, ya que el texto fundamental contiene valores y principios generales, tales como libertad, igualdad, justicia, dignidad, Estado social y democrático de derecho. Estos suponen límites, mandatos y fines que el poder constituyente impone a los poderes públicos." Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional",

Su contenido axiológico es así innegable. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que "Los fundamentos axiológicos de la Constitución [...] son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad".[18] López Alfonsín agrega que "Los valores son elementos culturales que establecen relaciones de preferencia y así se declara que hay determinados bienes que son preferibles a otros".[19] Así, en el pacto social la Nación, además de la racionalización del poder, incorpora en la Constitución lo más preciado que tiene, aquello que desea cobijar, defender y aspira por sobre todas otras cosas. Por eso, autores como H.H.A. Cooper metafóricamente comparaban a la Constitución con una "caja fuerte", en la que guardamos celosamente los bienes más valiosos que poseemos.

IV. Gastronomía y Constitución

La Constitución tiene, como está visto, varios ingredientes. Es un entramado complejo en cuya receta incorpora varios elementos que, por su carácter vinculante, condicionan la producción normativa del legislador ordinario. A su vez, las disposiciones constitucionales alimentan a las normas infraconstitucionales que las desarrollan, nutriéndolas de legitimidad constitucional, lo que procura armonizar el ordenamiento. Esta retroalimentación es sustancial para efectivizar aquello a lo que aspiramos para conseguir finalmente el bienestar general.

Revista IUS, vol. 10, núm. 37, enero–junio de 2016, p. 15, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100009&lng=es&tlng=es* Para Bidart Campos, de otro lado, el orden de valores de la Constitución es conocido como la dimensión dikelógica de acuerdo al trialismo que propugnaba y que lo conformaban también una dimensión sociológica y una dimensión normativa o normológica. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediar, t. I-A, pp. 282-288.

[18] Tribunal Constitucional del Perú, STC 00008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003, fundamento 5. *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html*

[19] García Toma, Víctor, *op. cit*., p. 190.

¿Cómo se relaciona la gastronomía en todo esto? En principio, consideramos que la gastronomía se vincula con varias materias de relevancia fundamental que, por eso, están previstas en el texto constitucional. Más aún, en aquellos países que tienen una reconocida tradición culinaria, en los que su gastronomía es el "plato fuerte" de la mesa y motivo de orgullo, que representa además signo distintivo de identidad y cohesión y motor para el desarrollo pleno de sus habitantes, la gastronomía debiera tiene un valor especial y, por tanto, preferente dentro del sistema de valores.

En esa línea, que se cuente con un régimen jurídico de la gastronomía en aquellas sociedades que valoran mucho la propia por ser económica, cultural e históricamente significativa —y destacan por eso—, sería ideal si desde la propia Constitución se hiciera un llamado claro a protegerla y a proteger todo aquello con lo que se relaciona. El valor gastronomía como elemento profundamente identitario e indiscutiblemente cultural tendría así una clara cobertura constitucional que, debido a la fuerza vinculante de la norma suprema, aseguraría una regulación integral y coherente sobre la materia, en la búsqueda del desarrollo productivo y económico, del combate a la pobreza y las desigualdades, del fomento del empleo, de la protección del patrimonio cultural inmaterial y del bienestar general de la población.

No hemos advertido Constitución que contemple la palabra gastronomía en alguna disposición —por lo menos, no en las que hemos revisado—. Empero, ¿Se necesita esto para que exista un régimen jurídico constitucional de la gastronomía? A nuestro modo de ver, tal omisión no significa que no existan vasos comunicantes entre gastronomía y Constitución que permitan finalmente una regulación articulada de esta a través de aquella. Como ya se ha adelantado, el derecho y la gastronomía no son ajenos y la Constitución regula diversos ámbitos que tienen vinculación con el sector gastronómico, algunos de los cuales son la alimentación, la identidad cultural y el patrimonio cultural de la nación, desde los cuales se puede hacer el desarrollo normativo deseado o, de ser el caso, reconocer que este ya existe.

Veamos a continuación brevemente estas relaciones:[20]

V. Gastronomía y derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación fue contemplado en su momento en el artículo 25, acápite 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[21] Más adelante, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1996, lo reguló de modo más completo en su artículo 11, estableciendo obligaciones para los Estados a los efectos de que tomen medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Posteriormente, este derecho también ha aparecido en instrumentos regionales como el "Protocolo de San Salvador", del 17 de noviembre de 1988 (art. 12), y la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989 (art. 27).

Su reconocimiento internacional revela la trascendencia de este derecho, el que además de ser necesario para vivir, tiene vínculos con la dignidad, la salud, el desarrollo y el bienestar. Tal reconocimiento implica también el cumplimiento de obligaciones para los países suscriptores.[22] El Comité de Derechos

---

20 Precisamos que, por razones de espacio, solo nos centraremos en tres, dejando pendiente profundizar en trabajos posteriores la relación entre la gastronomía y otras materias constitucionales para trabajos posteriores.

21 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales." La categorización del mismo como derecho humano ha motivado que, en este proceso de incorporación de nuevos dispositivos constitucionales, paulatinamente los textos constitucionales lo hayan reconocido como derecho fundamental o lo regulen de alguna manera en favor de un sector de la población. Véanse, por ejemplo, las constituciones de Ecuador (art. 3, 66.2 y otros), Nicaragua (art. 63), Guatemala (art. 51 y 99), Haití (art. 22), Sudáfrica (art. 28.1.a), Brasil (art. 227), Paraguay (art. 53), México (art. 4), entre otros países.

22 Ha señalado el comité, que el derecho a la alimentación adecuada, impone las obligaciones de respetar el acceso a una alimentación adecuada; de proteger, adoptando medidas para que no se prive a las personas de una alimentación adecuada; y de realizar, que entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. La obligación de facilitar im-

Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 12 ha sostenido así que la alimentación es inseparable de la justicia social y requiere de la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas en los planos nacional e internacional.[23]

La relación entre la gastronomía y el derecho a la alimentación es evidente, pues el objeto de estudio de la gastronomía es, precisamente, la alimentación del ser humano y su relación con el entorno ambiental, cultural o de otra índole. La gastronomía se ocupa también de investigar sobre nuevos alimentos y los valores nutricionales de estos, por lo que una regulación armoniosa y eficiente del derecho a la alimentación con un fuerte impulso desde de la norma suprema del Estado sería ideal para combatir la escasez de alimentos que padece también el Perú.[24] Coincidimos así con Raventós en que "la gastronomía puede contribuir a resolver el problema del hambre en un país en vías de desarrollo como el nuestro. Y ese es uno de los retos principales de nuestra sociedad".[25]

---

plica que los estados inicien actividades con el fin de fortalecer el acceso a una alimentación adecuada, mientras que la de hacer efectivo requiere que los estados, por razones que escapen al control de las personas, permita que estas disfruten del derecho a una alimentación adecuada, como en el caso en que sean víctimas de catástrofes naturales.

23 ONU. Observación General núm. 12 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, 1999, p. 2, *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g99/420/15/pdf/g9942015.pdf?token=F3Ogxp1PbOS9t3nKQY&fe=true*

24 El Instituto Peruano de Economía ha dado cuenta recientemente que "Según la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho), el porcentaje de hogares en el Perú que vio disminuido sus ingresos producto de una enfermedad, pérdida de un empleo o un desastre natural, entre otros, pasó de 19% en el 2019 a 27% en el 2022. Ello llevó a las familias consumir menos alimentos. Durante el primer semestre del 2023, se estima que el 6,3% de la población (2,1 millones) redujo su consumo de alimentos, un máximo en al menos 16 años, sin considerar la pandemia." Véase la nota completa disponible en *https://www.ipe.org.pe/portal/mas-de-2-millones-de-peruanos-redujeron-su-consumo-de-alimentos/#:~:text=descentralizada%20y%20focalizada.-,Crisis%20alimentaria,las%20familias%20consumir%20menos%20alimentos*

25 *Ibidem,* p. 346.

Nuestra Constitución, si bien incorpora los tratados internacionales como parte del derecho interno, no regula de manera integral el derecho a la alimentación. Solo contempla el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos en su artículo seis. Ha sido el Tribunal Constitucional, cómo intérprete supremo de la Constitución, el que se ha encargado de pronunciarse sobre aspectos de alguna manera relacionados con este derecho en múltiples fallos.[26] Asimismo, lo ha reconocido como un derecho social y, en armonía con esto, ha delineado su contenido constitucionalmente protegido, específicamente en la STC 1470-2016-PHC/TC.

De otra parte, también se han expedido leyes relacionadas con los alimentos, como la Ley de Inocuidad de los Alimentos (Decreto Legislativo 1062), emitida en el 2008, y la Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 30021), del año 2013, entre otras normas vinculadas, concordantes y conexas. Ha habido también en el pasado algún proyecto de reforma constitucional que ha tenido por finalidad incorporar el derecho a alimentación en el texto constitucional,[27] que finalmente no progresó.

Sin embargo, no observamos una articulación integral en la legislación respecto del derecho a la alimentación, que par-

[26] *Cfr*. SSTC 00230-2020-AA/TC, 00680-2017-AA/TC, 03180-2021-AA/TC, 02132-2008-AA/TC, 02599-2014-AA/TC, 01470-2016-HC/TC, 01470-2016-HC/TC, 01496-2022-AA/TC, 00408-2022-AA/TC, 02123-2021-AA/TC, 00692-2021-AA/TC, 01288-2020-AA/TC, 03168-2018-AA/TC, 01204-2017-AA/TC, 05423-2013-AA/TC, 01205-2012-AA/TC, 02068-2013-AA/TC, 01072-2013-AA/TC, 02132-2008-AA/TC, 03581-2007-AA/TC, 01503-2007-AA/TC, 06572-2006-AA/TC, 06540-2006-AA/TC, 01501-2002-AA/TC y 00559-2001-HC/TC.

[27] El Proyecto de Ley 05608, presentado por el ex Congresista de la República pretendió incorporar el derecho a la alimentación y la seguridad alimentaria en la Constitución. En cuanto al derecho a la alimentación el texto propuesto decía lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona al acceso a una alimentación suficiente y a no padecer hambre; así como, a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida". *https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/Proyectos_Firmas_digi*

ta desde la propia Constitución y fomente el cumplimiento de este derecho y su satisfacción, lo que si se aprecia en otras latitudes, como en México, país gastronómico por naturaleza, que ha hecho de la cocina un arte que desde antaño ha conquistado al mundo. De ahí que hayan logrado que su cocina tradicional sea declarada patrimonio cultural inmaterial de la humanidad el 16 de noviembre de 2010, compartiendo mesa de honor con la gastronomía francesa, la mediterránea y la japonesa, algo muy honroso y destacable.

En primer lugar, mediante Decreto Oficial de la Federación del 13 de octubre de 2011, este país reformó el artículo 4 de su Constitución,[28] añadiendo en este el derecho a la alimentación con el siguiente tenor: "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará".[29] Más adelante, según se aprecia de las informaciones recabadas, han aprobado la Ley General de la Alimentación Adecuada y Sostenible,[30] cuyo articulado, compuesto por 111 artículos, es muy completo. Es posible entonces, articular la normativa infraconstitucional con la constitucional, teniendo en cuenta, además de los dispositivos constitucionales, los tratados internacionales aplicables y los criterios del comité de la ONU.

---

28 También se reformó el artículo 27 constitucional, añadiendo el siguiente párrafo: "El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca".

29 Es curioso observar como el dispositivo constitucional diferencia entre el derecho a la alimentación "nutritiva" y el derecho a la alimentación "de calidad", como dos facetas distintas del derecho a la alimentación. Para Miguel Carbonell y Pamela Rodríguez se debe a que en muchos lugares de México las personas se consumen alimentos de baja calidad nutricional, pero si es así sería una redundancia que por un lado señale que se garantizará la alimentación de calidad y por otro la alimentación nutritiva. Carbonell, Miguel y Rodríguez Padilla, Pamela, *"¿Qué significa el derecho a la alimentación?"*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Setiembre-Diciembre, año XIV, núm. 45, 2012, p. 1077, *https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a5.pdf*

30 El texto se puede apreciar en el siguiente enlace: *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAAS.pdf* Para información relacionada a su expedición véase también, *https://thefoodtech.com/nutricion-y-salud/mexico-aprobo-la-ley-general-de-alimentacion-adecuada-y-sostenible/*

VI. Gastronomía e identidad cultural

La diversidad cultural que ostentan los países es indiscutible. Cada uno de ellos posee bienes de gran significación por su valor histórico y cultural. Los griegos están orgullosos del Partenón, los italianos de su coliseo romano, los chinos de su gran muralla, mientras que los jordanos de Petra y así los demás países. Cada pueblo del mundo está orgulloso de lo que considera suyo, es valioso para ellos y es apreciado por otros. Esto, cual factor de cohesión, promueve sentimientos de pertenencia e identidad de las sociedades que refuerzan los lazos connacionales. Se trata de lo que se conoce como identidad cultural.

En el caso peruano, la Constitución vigente, que data de 1993, introdujo como una novedad el derecho a la identidad cultural y étnica en el artículo 2, inciso 19.[31] El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido al respecto que, si bien se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, son entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. La identidad étnica, añade el supremo intérprete, alude a la identidad que prevalece en los grupos étnicos y los distinguen de los demás. Por su parte, la identidad cultural general alude a la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, concluye este órgano que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.[32]

La identidad cultural implica entonces la noción de pertenecer a un grupo social, cuyas características particulares como costumbres, valores y creencias reafirman en la persona su sentido de pertenencia frente al otro, a la vez que lo diferencian de individuos integrantes de otros grupos.[33] Molano sostiene que "La identidad no es un concepto fijo, sino que se recrea individual y

[31] "Toda persona tiene derecho: 19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. [...]"

[32] Tribunal Constitucional, STC 00006-2008-PI/TC, de fecha 11 de junio de 2008, fundamento 19.

[33] Molano, Olga Lucía, "Identidad cultural un concepto que evoluciona", *Revista Opera*, núm. 7, 2007, p. 73.

colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior".[34] Y eso es justamente lo que sucede con la gastronomía, signo indiscutible de la identidad cultural de un país, por cuanto esta se encuentra en permanente evolución y se mantiene viva a pesar del tiempo. Como patrimonio inmaterial, tiende a ser, siguiendo a Rodríguez Cuadros, "un factor de identidad, de pertenencia y continuidad de valores, prácticas sociales, representaciones y conductas que se reputan como distintivas del grupo".[35]

Reconocer a la gastronomía como factor cultural identitario resulta, entonces, imperativo. Más aún en países con una reconocida tradición culinaria como el Perú. La cocina peruana es patrimonio de los peruanos, que trasciende de generación en generación, que nos une como pocas cosas y que nos hace sentirnos orgullosos. Cualquier regulación que se realice debe mantener entonces este enfoque identitario.

VII. Gastronomía y patrimonio cultural

El territorio donde se encuentra actualmente el Perú fue escenario propicio para el desarrollo de una serie de culturas. Desde Caral (3,000-1,800 a.C.), la más antigua de las civilizaciones prehispánicas, hasta el imperio inca que sucumbe ante los españoles en 1532, se desarrollaron en diversas partes del territorio peruano las culturas Chavín (1,200-200 a.C., aprox.), Paracas (1,200-200 a.C., aprox.), Nazca (200 a.C. - 700 d.C., aprox.), Moche (200 a.C. - 700 a.C., aprox.), Tiahuanaco (200 a.C. - 700 d.C., aprox.), Wari (700 d.C. - 1200 d.C., aprox.), Chimú (1000 d.C. – 1438 d.C., aprox.), Chancay (1000 d.C. – 1438 d.C., aprox.), entre otras.

---

34 *Idem*.

35 Rodríguez Cuadros, Manuel, "Los saberes, técnicas y representaciones de la cocina y gastronomía como patrimonio cultural inmaterial: el caso del Perú", en Beatriz Guardia, Sara (ed.), *Gastronomía peruana. Patrimonio Cultural de la Humanidad*, Universidad San Martín de Porres, 2020, p. 19. *https://catedraunesco.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2020/11/gp-patrimonio-cultural-humanidad-294.pdf*

Todas ellas dejaron vestigios de su existencia como restos arqueológicos, cerámica, orfebrería, tejidos, fardos funerarios, etc. Sin embargo, habría que añadir que, al igual que otros patrimonios inmateriales, ciertas tradiciones y técnicas culinarias prehispánicas también han sido transmitidas por generaciones y perduran hasta hoy en día. Es el caso de la pachamanca, declarada Patrimonio Cultural de la Nación en el año 2003;[36] plato típico vinculado a la sierra del Perú que, en su forma tradicional, se cocina bajo tierra en una olla de barro, al calor de piedras precalentadas con fuego. En la olla reposa una mezcla de carnes, especias y tubérculos diversos que resulta ser un manjar para los comensales.

En el Perú, se han hallado fosas con piedras quemadas, presumiblemente hornos, que datan de 9000 años a.C., tanto en la bahía de Ancón como en las alturas de Tarma, en el actual departamento de Junín,[37] por lo que se colige que, desde tiempos inmemoriales, la pachamanca formaba parte de la alimentación del hombre antiguo, la que, por permanecer aún vigente, se ha convertido sin duda en una costumbre milenaria de singular valor para los peruanos.[38]

Así pues, la pachamanca es un factor de identidad, pero la gran mesa nacional está llena de muchos otros platos que han sido creados, modificados, evolucionado o fusionado como producto del influjo de otras culturas que migraron al Perú a lo largo de todos estos siglos. Como producto de influencias prehispánicas, europeas, asiáticas y hasta africanas, la gastronomía peruana

---

36 Resolución 471/INC, del 8 de julio de 2003.

37 Castillo-Posadas, A., "Pachamanca: la cosmovisión andina a través de la alimentación", *Lienzo*, núm. 35, 2014, pp. 253-268, *https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lienzo/article/view/347*

38 Siguiendo a Castillo, la técnica es similar en otros países sudamericanos, como en Chile y Bolivia donde se prepara la "huatia", en los valles interandinos de Bolivia donde se cocina el "Pampaku", entre los aimaras el "Wajaña", entre los indígenas de Brasil y Paraguay el "paparuto", el "curanto" al sur de Chile y el "umuta'o" en la Isla de Pascua. El autor añade que al otro lado del pacífico, existe técnicas análodas como el "hangi" del pueblo Maorí en Nueva Zelanda y el "Kalua" hawaiano, por lo que sugiere en su trabajo que hay una "continuidad cultural" entre los puebles que tienen como eje el pacífico.

tiene indiscutiblemente una identidad mestiza, que ha conseguido elevar el nivel culinario hasta estándares insospechados, todo lo cual ocasionó el "boom de la gastronomía peruana" a principios de este siglo, a partir del cual la culinaria peruana ha sido reconocida como una de las mejores del mundo, infinidad de restaurantes galardonados y diseminados por el planeta así lo demuestran. El año 2023, incluso, *The World's 50 BEST Restaurants* coronó al restaurante limeño "Central" como el mejor del mundo e incluyó entre los mejores cincuenta a otros tres restaurantes patrios.

Parece ser que el alto valor de la comida está unido al mestizaje. Un país con una historia similar de mestizaje es México, qué duda cabe. Por eso coincidimos con Bak-Geller y Matta en que: "Los relatos nacionales de las cocinas mexicana y peruana destacan como uno de los signos más visibles y perdurables de la identidad mestiza. A través de ellos asoma la idea de una cocina única y auténtica, producto de la fusión simétrica y armoniosa de dos culturas —la ibérica y la indígena—, o más, cuando se incluye la raíz africana y asiática".[39]

La gastronomía peruana, indefectiblemente es patrimonio cultural, concretamente patrimonio cultural inmaterial, a la luz de la definición de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial:

> Se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.[40]

---

39 Bak-Geller Corona, Sarah y Raúl Matta, "Las cocinas mestizas en México y Perú. Claves para interpretar el multiculturalismo en América Latina", *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, núm. 39, 2020, pp. 69-93, *https://doi.org/10.7440/antipoda39.2020.04*

40 UNESCO, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, 17 de octubre de 2003, art. 2, *https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n*

Como tal, en palabras de Manuel Rodríguez Cuadros, exrepresentante permanente del Perú en la UNESCO, promueve, cohesiona e integra los sentimientos identitarios y de pertenencia en las comunidades, lo que permite reconocernos como una realidad social diferenciada, con sentimientos, tradiciones y prácticas sociales comunes y compartidas en el espacio y el tiempo.[41]

Nuestra Constitución, a pesar de la modificación efectuada recientemente en relación al texto del artículo 21 de la Constitución, que es el que regula el Patrimonio Cultural de la Nación, no hace mención al patrimonio cultural inmaterial, menos aún incluye a la gastronomía peruana como parte de ese patrimonio, a pesar de su gran peso valorativo y su indiscutible calidad de tal, no obstante, de suyo se hace necesario reconocerla.

Respondiendo finalmente a la interrogante de si ¿puede haber un régimen constitucional de la gastronomía? La respuesta debe ser afirmativa. Como hemos advertido, la Constitución en su contenido axiológico engloba en su seno aquello que más valoramos. Los valores "la erigen como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad".[42] Corresponde desentrañar los "valores" que se relacionan con la gastronomía, algunos de los cuales hemos descubierto anteriormente, para, a partir de estos y del desarrollo especializado que se le haya dispensado tanto a nivel interno como externo, realmente crear un régimen jurídico constitucional articulado, coherente y eficaz sobre la misma.

Más aún, en sociedades con una formidable historia gastronómica, repletas de tradiciones culinarias y prácticas ancestrales, que han llevado su gastronomía a un nivel superlativo, con fuerte sentimiento patrio por su comida y que la reconocen como camino de desarrollo para superar la pobreza y las desigualdades sociales, por qué no pensar en una regulación constitucional específica en algún capítulo del texto fundamental, por qué no tener en este, debidamente sistematizada, una "Constitución gastronómica", como hay reconocidas constituciones económicas

41 *Ibidem*, p. 19.

42 Tribunal Constitucional del Perú, STC 00008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003, fundamento 5, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html*

o constituciones ambientales, algo con lo que no cuenta nuestro país. Sería un paso revolucionario e importante. Queda de cargo de quienes tienen el poder de hacerlo evaluar el tema y, si lo consideran, tomar la decisión adecuada: la mesa está servida.

VIII. Reflexiones conclusivas

Como ciencias, la gastronomía y el Derecho se interrelacionan en diversos aspectos, pues el Derecho estudia y regula las diversas relaciones y actividades humanas, lo que incluye la alimentación del ser humano y su relación con el entorno ambiental, cultural o de otra índole.

La Constitución contempla y esconde en su interior derechos, valores, principios, fines, aspiraciones, etc. Vale decir, un espíritu detrás del texto que normalmente es desentrañado por el intérprete judicial. Varios de estos tópicos se relacionan con el mundo gastronómico. Entre ellos, la alimentación, la identidad cultural y el patrimonio cultural inmaterial.

La Constitución es un entramado complejo y vinculante, que condiciona la producción normativa del legislador ordinario. A su vez, las disposiciones constitucionales alimentan a las normas infraconstitucionales que las desarrollan. En ese sentido, los elementos que se vinculan con la gastronomía pueden ser el sustento constitucional para una regulación integrada y coherente de esta materia.

Puede haber un régimen jurídico constitucional de la gastronomía. Los "valores" que se relacionan con la gastronomía deben promover un desarrollo especializado articulado, coherente y eficaz sobre la misma. En países con gran tradición culinaria, esto sería indispensable.

Referencias

Bak-Geller Corona, Sarah y Raúl Matta, "Las cocinas mestizas en México y Perú. Claves para interpretar el multiculturalismo en América Latina", *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, núm. 39, 2020.

Beatriz Guardia, Sara (ed.), *Gastronomía peruana. Patrimonio Cultural de la Humanidad*, Universidad San Martín de Porres, 2020.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediar, t. I-A.

Carbonell, Miguel y Rodríguez Padilla, Pamela, "*¿Qué significa el derecho a la alimentación?*", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Setiembre-Diciembre, año XIV, núm. 45, 2012.

Castillo-Posadas, A., "Pachamanca: la cosmovisión andina a través de la alimentación", *Lienzo*, núm. 35, 2014.

Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", *Revista IUS*, vol. 10, núm. 37, enero—junio de 2016.

García Belaunde, Domingo, "El derecho procesal constitucional y su configuración actual", *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, 2012.

González Ojeda, "Teoría de la Constitución democrática", *IUS Inkarri, Revista de la Universidad Ricardo Palma*.

Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2009.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, 2001.

Molano, Olga Lucía, "Identidad cultural un concepto que evoluciona", *Revista Opera*, núm. 7, 2007.

Pereira-Orozco, Alberto, "El ejercicio del poder constituyente frente al nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Parlamentaria*, Guatemala, año II, vol. III, 2010.

Raventós, Fernando, "Gastronomía & Derecho. Régimen jurídico de la gastronomía en el Perú", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, año IV, núm. 5, 2009.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

UNESCO, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, 17 de octubre de 2003.

Del presidencialismo exacerbado al semipresidencialismo. El caso de Venezuela

***

From exacerbated presidentialism to semipresidentalism. The case of Venezuela

Gerardo Fernández Villegas[*]

Resumen: en el marco del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado del 21 al 25 de octubre de 2024, en la Ciudad de México, presento ponencia sobre las características del hiperpresidencialismo venezolano y las consecuencias que ha comportado para la democracia y frente a ello se plantea minimizar los riesgos de dicho presidencialismo exacerbado con una propuesta: implementar en Venezuela un sistema semipresidencial, esbozando las características que este sistema comportaría.

Abstract: within the framework of the XVI Ibero-American Congress of Constitutional Law, held from October 21 to 25, 2024, in Mexico City, I present a paper on the characteristics of Venezuelan hyper-presidentialism and the consequences it has had for democracy and, in light of this, it is proposed to minimize the risks of said exacerbated presidentialism with a proposal: to implement a semi-presidential system in Venezuela, outlining the characteristics that this system would entail.

* Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Palabras clave: Constitución de Venezuela, sistema de gobierno, hiperpresidencialismo, semipresidencialismo.

Keywords: Constitution of Venezuela, system of government, hyperpresidentialism, semipresidentialism.

Sumario: I. Introducción. II. Características del hiperpresidencialismo venezolano. III. Propuestas para transitar del hiperpresidencialismo al semipresidencialismo en Venezuela. IV. Conclusión.

I. Introducción

El presidencialismo exacerbado o hiperpresidencialismo, impregnado de populismo constitucional e ideológico, es un mal que acecha cual pandemia el Estado constitucional de derecho y la democracia en Latinoamérica. En el caso de Venezuela, sin duda alguna, contribuyó en la consolidación de la dictadura que se gestó en las últimas dos décadas.

El *modus operandi* está claro: se llega al poder utilizando vías democráticas y se perpetúan en el poder mal utilizando e interpretando a su antojo las reglas de la democracia; el segundo paso es colonizar los órganos del poder, controlando el legislativo, gracias a la manipulación electoral, que les permitirá a su vez controlar el sistema de justicia, al administrador electoral, la defensoría del pueblo y la fiscalía; en definitiva, a toda la institucionalidad democrática. A partir de allí, el legislativo y el aparato judicial se convierten en instrumentos para "legitimar" las decisiones del ejecutivo, para paulatinamente controlar a la sociedad civil organizada y los individuos, para desmantelar los partidos políticos y aterrorizar y criminalizar al adversario. El jefe del ejecutivo hipertrofiado asume encarnar la voluntad popular y "se ve en la necesidad", porqué así se lo pide el pueblo internalizado en su persona, de moldear el orden constitucional y legal, cual plastilina, para perpetuarse en el poder y "dibujar su propia democracia".

Pero al final, cuando ya desaparece el apoyo electoral que sustentó en los primeros tiempos al Gobierno, que ahora se con-

vierte en régimen, solo le queda el control social, aterrorizar al país y reprimir, todo ello en medio del fracaso generalizado y el empobrecimiento total.

Lo descrito anteriormente es la cruda realidad venezolana. Es una realidad que se puede y se ve copiar en otros países de la región; es un peligro que acecha, que debemos enfrentar fortaleciendo la institucionalidad democrática, lo cual exige un diseño constitucional que no favorezca y minimice los riesgos del hiperpresidencialismo.

Pero estas palabras de tono grave no quiero reflejen pesimismo. Venezuela es un país lleno de esperanza, con sentimientos de libertad y democracia a "flor de piel". Es un país en ebullición y con cambios que se van a producir. Ténganlo por seguro: la presión internacional y la presión interna hacen que el país sea una verdadera "olla de presión" sin válvulas de escape y por ello cualquier salida puede sobrevenir.

La demostración más grande de la voluntad de cambio de los demócratas venezolanos es haber ganado unas elecciones, que no fueran democráticas ni competitivas; sin embargo, no solo se ganaron, sino que se demostró al mundo que se ganaron. Al momento de presentar esta ponencia, el régimen está "desnudo" y el planeta está consciente de ello; el régimen es "fuertemente frágil" y la oposición mayoritaria, en difícil y tormentoso momento, está más fuerte que nunca porque goza de legitimidad y tiene los objetivos claros.

Analizaremos el tema que nos ocupa desde la óptica del sistema de gobierno hiperpresidencialista venezolano, que comparte características con el presidencialismo latinoamericano que impera en nuestras naciones.

II. Características del hiperpresidencialismo venezolano

El sistema de gobierno presidencialista diseñado en la constitución venezolana de 1999 favoreció el descalabro institucional en Venezuela: se cometieron "pecados capitales" que crearon las condiciones para el desequilibrio institucional a favor del ejecutivo. El

diseño constitucional favoreció la fragilidad institucional y propició el desmantelamiento de los pesos y contra pesos del poder, lo que nos condujo a la destrucción del Estado de derecho y de la democracia. Algunos de esos pecados capitales, que definen nuestro sistema de gobierno, son comunes en la región y de allí la alerta.

Identificaremos y analizaremos los pecados capitales del sistema de gobierno que favorecen y profundizan el desequilibrio institucional a favor del ejecutivo, a saber: el mandato largo, fijo y rígido del presidente de la República, que profundiza la crisis de gobierno por la permanencia excesiva de una misma persona en el cargo; el sistema electoral presidencial simple, que no favorece al candidato ganador gozar de una sólida legitimidad de origen; la reelección indefinida, que conduce a la autocracia y al caudillismo; el vicepresidente ejecutivo no electo que no goza de legitimidad para subrogarse, en caso de faltas absolutas, en la presidencia de la República; la habilitación legislativa sin límites temporales, materiales y sin control político, que en caso de mayorías presidencial y parlamentaria que coincidan pueden producir abandono de la función legislativa por parte del parlamento; el poder legislativo debilitado estructuralmente y funcionalmente, como consecuencia del unicameralismo; la constitución militarista, que desvirtúa y debilita la institucionalidad de la fuerza armada; la estructura monocéfala del ejecutivo, que maximiza los riesgo de desgaste y deslegitimación del jefe de Estado y de gobierno, agravado por la inexistencia de salidas institucionales a las crisis de gobernabilidad y; por último, el centralismo exacerbado y el debilitamiento de los partidos políticos.

Todo lo anterior constituyen características específicas del sistema de gobierno venezolano que contribuyen y crean las bases para el desequilibrio institucional, el falseamiento del estado de Derecho y el quiebre constitucional que vive Venezuela.

2.1. El mandato excesivamente largo del presidente de la República

El artículo 230 de la constitución venezolana establece un período presidencial de seis años. En comparación con los demás países del continente constituye uno de los mandatos más largos,

junto con el consagrado en la constitución mexicana, con la particularidad de que en esta última que no se admite la reelección presidencial.

En un sistema presidencialista como el nuestro, de mandato presidencial rígido y fijo, diseñado para no ser interrumpido, y que no cuenta con salidas institucionales que permitan la solución rápida y no traumática a los conflictos derivados de las crisis de legitimidad gubernamental, lo que genera es que las crisis en cuestión se conviertan en crisis de Estado y se genere un entrampamiento político de muy difícil resolución.

Es un hecho normal en política, que la legitimidad de origen obtenida con el apoyo electoral al momento de la elección presidencial se vaya diluyendo en el tiempo, todo ello por el lógico desgaste político que genera la gestión gubernativa. Mientras más años en el poder, mayor desgaste, lo cual se agrava si la solución electoral para la alternancia en el poder se aleja en el tiempo.

Además, la prolongada permanencia en el poder del jefe del ejecutivo beneficia a que las instancias de control político del estado se vayan "colonizando" por el ejecutivo, favoreciendo el desequilibrio institucional, perturbador del orden democrático. Ante mandatos muy largos, el presidente de la República tiene más tiempo para ejercer su poder de nominación y nombramiento de funcionarios de otros órganos del poder público, que inclusive deben servir de control y contrapeso del ejecutivo.

Ello sin duda, podría atentar contra la autonomía y el equilibrio que debe existir entre los órganos del poder público y la democracia misma. Un mandato largo podría ser un mecanismo para reducir o limitar temporalmente el control electoral y de los otros órganos del poder sobre el Gobierno y, por ello, constituye una forma de menoscabar la democracia. Mientras más cortos los períodos presidenciales, más oportunidades tiene la población de decidir sobre quién lo va a gobernar y más cerca está la posibilidad de un control político electoral. Por ello, la tendencia en los sistemas constitucionales del continente es consagrar mandatos presidenciales de cuatro años.

2.2. La reelección indefinida del presidente de la República

Desde 2009, la constitución venezolana establece la reelección indefinida. Lo anterior constituye el más dañino de los pecados capitales del sistema. La reelección indefinida conduce al caudillismo y la autocracia y, se agrava aún más la situación, cuando se establece, como lo indicamos en el punto anterior, un mandato presidencial largo de seis años.

La reelección indefinida constituye un atentado al principio de la alternabilidad en el poder, piedra angular de la libertad política.

El poder otorga ventajas que facilitan mantenerse en el poder. Desde el poder se va adquiriendo más poder; es más fácil controlar y "colonizar" las instituciones y sus autoridades; se desarrollan herramientas para el ventajismo electoral y se financia más fácilmente, y quizás de manera fraudulenta, el aparato político partidista de apoyo presidencial. Con mucha facilidad, desde el poder, se pueden desarrollar tentáculos para debilitar al adversario político y se pueden poner a disposición presidencial recursos, logísticas y facilidades que desequilibran cualquier proceso electoral a favor del presidente-candidato.

La reelección indefinida estimula el abuso del poder como una herramienta para permanecer en el mismo y estimula y facilita el mesianismo, el personalismo y el caudillismo. En definitiva, la reelección indefinida es inconveniente para todas las democracias y, muy especialmente, para aquellas de países con instituciones débiles y las llamadas democracias frágiles, cuyo ejemplo histórico son nuestros países latinoamericanos, en los que la reelección indefinida (y los sistemas de más de una reelección) llevan consigo el abuso de poder, el relajamiento de los controles y a elecciones que dejan de ser libres y competitivas. Con el tiempo el ciudadano vota, pero no elige.

La reelección indefinida o un sistema de más de una reelección permite la figura del presidente-candidato. Tal dualismo favorece el ventajismo electoral, disminuye las garantías electorales de igualdad y no discriminación entre candidatos, permite el uso indiscriminado de bienes y servicios del Estado a favor de la campaña del presidente-candidato; en definitiva, se facilita el

abuso y la corrupción. Ello hace que los sistemas presidenciales se conviertan en sistemas personalistas y caudillistas, presupuesto esencial del totalitarismo, desdibujando no solo el sistema de gobierno, sino la democracia misma.

En Latinoamérica la tendencia es protegerse constitucionalmente del mal endémico del caudillismo y del personalismo, prohibiendo la reelección indefinida, en algunos casos y, limitando la posibilidad de la reelección, en otros. El objetivo no siempre se ha logrado, más cuando se fortalece el hiperpresidencialismo, impregnado de populismo.

En definitiva, la reelección indefinida al vulnerar el principio de la alternancia en el poder y favorecer el caudillismo, atenta contra la democracia misma y con ello el falseamiento del Estado de derecho y el quiebre del orden constitucional.

2.3. El sistema electoral simple para elegir al presidente de la República

El artículo 228 constitucional establece, que la elección del presidente de la República se hará por votación universal, directa y secreta y se proclamará electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos, consagrando de esta forma un sistema electoral simple para la elección del presidente de la República: gana el candidato que obtenga más votos, en una sola vuelta electoral.

Somos del criterio, que el presidencialismo latinoamericano debe procurar la mayor base de sustentación electoral al momento de elegir al presidente de la República, a fin de favorecer una mayor legitimidad del candidato electo. Un sistema electoral simple, como el consagrado en la constitución venezolana, solo maximiza la posibilidad de que a corto plazo el presidente, desgastado por la gestión gubernativa, pierda sustento, apoyo y confianza, lo que va a generar indefectiblemente una crisis de legitimidad en el órgano ejecutivo del poder, con las consecuencias inmediatas sobre la gobernanza del país.

En efecto, un sistema mayoritario simple para elegir al presidente de la República, tanto más en un sistema presidencialis-

ta, favorece la decisión del elector, pero no la representatividad del elegido y su legitimidad electoral. En un sistema como este se impone la mayoría, que puede ser precaria, sobre el resto del cuerpo electoral. Siendo que lo importante en el sistema presidencialista, de mandato largo y rígido, es que el presidente de la República pueda soportar el mayor tiempo posible el desgaste que implica gobernar y, para ello, una legitimidad de origen que lo sustente y le dé fuerza política puede ser muy útil.

La elección simple puede convertirse a corto plazo en una fuente de inestabilidad gubernamental.

2.4. El vicepresidente ejecutivo no electo

Conforme al sistema constitucional venezolano, el vicepresidente ejecutivo es un funcionario designado por el presidente de la República, por lo tanto, de libre nombramiento y remoción. Al ser el vicepresidente ejecutivo un funcionario de libre remoción del presidente se convierte en un agente del mismo y no goza de una legitimidad electoral de origen. Tal situación es única en los regímenes presidencialistas latinoamericanos. Dicha figura, en el resto del continente, es electa en fórmula electoral con el presidente de la República, en lo que se denomina en algunos países del continente como el binomio electoral o en fórmula electoral.

Sin duda alguna, la elección del vicepresidente le otorgaría la legitimidad suficiente en caso de suplir las vacantes temporales y absolutas del presidente de la República y minimiza, para este supuesto, los riesgos de desconfianza y de ilegitimidad que podrían conducir a una crisis de gobernabilidad.

La situación resulta más complicada en el sistema venezolano, cuando se produce la vacante absoluta en la presidencia de la República en los dos últimos años del período constitucional. En este caso, el vicepresidente ejecutivo es llamado a culminar el mandato presidencial. En este supuesto, la legitimidad que otorga haberse sometido a una elección podría ser fundamental, para poder sobrellevar la tarea encomendada y las competencias atribuidas; políticamente podría estar en una situación de desventaja y de debilidad, que fácilmente podría generar en una crisis

de gobernabilidad, difícilmente superable. Esta crisis, sin lugar a dudas, contribuiría, en el contexto estudiado, al desequilibrio institucional.

2.5. La habilitación legislativa sin límites ni controles

Conforme al numeral 8º del artículo 236 de la constitución, el Ejecutivo Nacional cuenta con una potestad normativa excepcional cuando, en virtud de la habilitación legislativa acordada mediante ley por la Asamblea Nacional, dicta decretos leyes. Dichos actos normativos tienen fuerza, valor y carácter de ley, pudiendo derogarlas o modificarlas parcialmente.

El problema radica, en que la constitución no señala requisitos de forma y de fondo que se debe cumplir para otorgar la habilitación legislativa y dictar los decretos leyes con base en dicha habilitación.

La habilitación legislativa, con institución democrática, debe tener justificación en la crisis y la necesidad y límites materiales y temporales precisos y parámetros muy bien determinados; por su parte, los decretos leyes producto de la habilitación deben estar sometidos a control político y jurisdiccional, de esta forma, no se convierte en un instrumento de desequilibrio institucional a favor del ejecutivo y no constituye un atentado a la reserva legal y al sistema de libertades.

2.6. La Constitución militarista

La Constitución venezolana es militarista y contribuye a que se produzca un inevitable desequilibrio a favor del poder ejecutivo y se refuerce el caudillismo militar, afectando negativamente el sistema de gobierno y el sistema político democrático. En el texto constitucional se promueve un Estado militarista que atenta contra el Estado civil, socavando las bases de este gran logro de la democracia occidental.

La constitución de 1999 hace responsable de la seguridad nacional, no solo a la autoridad pública en términos generales y am-

plios, sino también a los ciudadanos, la sociedad civil organizada y las personas jurídicas de derecho privado, con forma asociativa civil o mercantil. Este concepto amplio, general y globalizante pretende convertirnos en un Estado militar o militarizado, donde todos, sin excepción, tenemos la obligación de asumir un rol en la seguridad nacional.

Además, el artículo 326 de la constitución establece que la seguridad nacional se fundamenta en el desarrollo integral de la nación y procura la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad antes señalada en el ámbito de la seguridad y defensa nacional se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. Con ello se habilita, en los términos más amplios, la intervención militar en los asuntos civiles. Por otra parte, la institución castrense, podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal, competencia de la autoridad civil en toda democracia.

Igualmente debemos señalar, que la constitución elimina la cláusula de obediencia y subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil y le otorga al jefe del Estado, comandante político de la fuerza armada, funciones de carácter operativas; ello desvirtúa la naturaleza de la figura de comandante en jefe de la fuerza armada que se le asigna al presidente de la República en los sistemas democráticos, convirtiéndose en un jefe militar, operativo y administrativo, asumiendo funciones profesionales, más que de jefe político, protocolar e integrador que garantiza estabilidad institucional.

2.7. Unicameralismo parlamentario. Parlamento debilitado por su estructura y organización

La Constitución venezolana de 1999 rompe con la tradición republicana de contar con una estructura bicameral en el órgano legislativo del Poder Público Nacional, que se impuso desde la primera constitución venezolana de 1811.

Ello atenta contra la solidez estructural, organizativa y funcional del órgano parlamentario del Poder Público Nacional, auspiciando aún más el desequilibrio institucional a favor del Poder Ejecutivo Nacional.

No existe una justificación lógica, racional y técnica para romper con la tradición bicameral e imponer el unicameralismo parlamentario, más cuando estamos en Venezuela en un país con forma de Estado federal.

En definitiva, el unicameralismo es instaurado en nuestro sistema constitucional con el objetivo de debilitar el órgano legislativo y para generar un desequilibrio institucional a favor del gobierno.

Consideramos que, para el presidencialismo latinoamericano, particularmente de institucionalidad débil, lo más útil y provechoso es contar con un parlamento fortalecido que le haga contrapeso y equilibrio al ejecutivo y fortalecer todas las funciones parlamentarias y, particularmente, las funciones políticas y de control al Gobierno.

2.8. La estructura monocéfala en el ejecutivo y la inexistencia de salidas institucionales a las crisis de gobernabilidad: crisis de gobierno se convierte en crisis de Estado

El presidencialismo latinoamericano y el venezolano, entre ellos, tiene como característica la rigidez constitucional, que no permite salidas rápidas e institucionales a las crisis de gobernabilidad.

El presidente de la República, jefe de Estado y Gobierno, por la naturaleza y cúmulo de sus funciones está sometido, sin duda alguna, al normal desgaste político y, en consecuencia, a una eventual y siempre probable pérdida de legitimidad y confianza.

En caso de producirse una crisis de legitimidad o confianza en el poder ejecutivo, el sistema de gobierno presidencialista no ofrece salidas fáciles o rápidas, no traumáticas, para solventarlas. De existir (referendo revocatorio o juicios políticos, por ejemplo), son mecanismos complejos y difíciles de activar que

siempre dejan traumas políticos y sociales, más que solución definitiva a la crisis.

Es por ello, que cualquier crisis de gobierno se convierte en una crisis de Estado y con ella la inestabilidad institucional; no existen válvulas de escape para resolver fácilmente los problemas de gobernabilidad.

Si el presidente, que es jefe de Estado y de gobierno a la vez, no goza de la confianza del cuerpo electoral que lo eligió, solo cabe pocas opciones: o permanece en el cargo soportando el país la crisis o; se activan mecanismos difíciles y complejos para interrumpir el mandato y procurar la sustitución del presidente o; se desencadenan métodos poco ortodoxos para sustituir al presidente.

El sistema está diseñado para mandatos fijos y rígidos. En principio el ejecutivo está para completar su mandato sin interrupción; de existir un mecanismo de sustitución, su activación es traumática y sus efectos, difíciles de predecir.

En definitiva, el presidencialismo latinoamericano no está concebido para darle salidas eficientes y no traumáticas a las crisis de legitimidad en el ejecutivo, generando verdaderas crisis de Estado. De manera definitiva, lo anteriormente expuesto, es el reflejo de un sistema inestable y fracasado. Este último planteamiento, por lo demás, agrava la situación en la medida que dificulta las recomposiciones institucionales y las salidas constitucionales a las graves crisis que el mismo sistema favorece que surjan.

2.9. Otras debilidades que afectan el sistema de gobierno: centralismo y debilitamiento de los partidos políticos

El debilitamiento constitucional de la forma de Estado federal y de los partidos políticos tiene incidencia relevante y, sin lugar a dudas, condicionan al sistema de gobierno. Lo anterior contribuye notablemente a la consolidación del presidencialismo exacerbado y al desequilibrio institucional entre los órganos del poder. Durante la vigencia de la constitución de 1999, se ha desarrollado una peligrosa vocación centralista para controlar el poder, los

ciudadanos y la empresa privada. Todo ello propicia un desequilibrio institucional del poder, en beneficio del ejecutivo y una forma de eliminar los contrapesos de poder que constituyen los Gobiernos estatales y locales, desequilibrando el poder a favor del Ejecutivo Nacional y desdibujando el sistema de gobierno y su carácter democrático y con ello el falseamiento del Estado de derecho.

Por último, se desmantelaron los partidos políticos de oposición y se criminalizó la disidencia. Ello conlleva al desmantelamiento de la democracia.

III. Propuestas para transitar del presidencialismo al semipresidencialismo en Venezuela

Para enfrentar el hiperpresidencialismo denunciado, nuestra propuesta es ir a un sistema semipresidencial. En estas jornadas de trabajo no he conseguido un solo defensor del presidencialismo latinoamericano. Definitivamente, necesitamos un antídoto, un nuevo diseño constitucional, y el semipresidencialismo es una alternativa válida.

El objetivo es quitarle rigidez al presidencialismo y darle válvulas de escape a las crisis de legitimidad en el ejecutivo y en el parlamento.

La idea es establecer una jefatura de Estado con legitimidad electoral y poder político real y competencias efectivas, asunto que parece indispensable en latinoamérica. Para ello proponemos dividir la estructura del ejecutivo, consagrando un jefe de Gobierno, que depende del jefe de Estado, quien lo nombra y destituye, y de la cámara baja del legislativo, quien le otorga su confianza para gobernar. Auspiciamos la responsabilidad permanente del Gobierno ante el propio jefe de Estado y el legislativo y, en caso de que sea necesario sustituirlo, contar con los mecanismos institucionales para ello, como un fusible cuando se produce corto circuito. Nuestra propuesta pretende reequilibrar el poder y crear los pesos y contrapesos necesarios para ello. Queremos plantear un sistema de gobierno flexible, más responsable, que procure mayor estabilidad institucional. Asimismo, proponemos un poder legislativo más fuerte estructural y funcionalmente.

El sistema semipresidencial, es capaz de auto modelarse: cuando coinciden las mayorías parlamentarias y presidencial, estaremos en presencia de un sistema presidencial, con pesos y contrapesos que equilibran el poder; pero si no llegaran a coincidir esas mayorías, porque así lo decidió el cuerpo electoral, estaríamos en presencia de un sistema semipresidencial, con fuerte influencia parlamentaria. Proponemos transitar del presidencialismo latinoamericano al parlamentarismo, pero sin necesidad de concretar un sistema parlamentario. Probemos "*criollizar*" un sistema semipresidencial, parlamentarizando nuestro presidencialismo. Esta propuesta tiene una fuerte influencia del sistema de gobierno francés; los franceses transitaron del parlamentarismo al sistema presidencial, nosotros proponemos el recorrido a la inversa, para tener como resultado el semipresidencialismo o semiparlamentarismo.

A continuación, les presento las propuestas concretas que se deben introducir en el sistema de gobierno en Venezuela:

3.1. Reformas en la estructura, organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo

Proponer una estructura bicéfala en el ejecutivo, con un presidente de la República, jefe de Estado, y un jefe de Gobierno, significa un importante salto hacia un sistema semipresidencial y ello implica introducir una de las características claves del sistema parlamentario.

Se plantea consagrar un presidente de la República, jefe de Estado electo, tal como en todo sistema presidencial, con funciones reales y efectivas. El ejecutivo se verá reforzado, con un jefe de Gobierno que estará sometido al desgaste que genera la gestión gubernamental, preservando así la figura presidencial.

Se propone eliminar, en consecuencia, la figura del vicepresidente Ejecutivo.

El mandato presidencial a cuatro años para evitar que las crisis de legitimidad en el ejecutivo se perpetúen. Mientras más corto el mandato, más control político electoral tiene lugar.

Se elimina la reelección indefinida y se admite, para garantizar la continuidad de un buen Gobierno, una única reelección inmediata.

La elección presidencial debe procurar la mayor base de sustentación política-electoral. Para ello, se debe establecer la doble vuelta electoral, como es la corriente mayoritaria en el presidencialismo latinoamericano. Este sistema electoral incentiva y hace indispensable la negociación democrática y favorece la eventual participación de otras fuerzas políticas en el futuro Gobierno. La doble vuelta se puede constituir en un mecanismo de control político, ya que las coaliciones siempre reclamarán cuotas de poder y supervisarán la gestión gubernamental, asegurando así el prestigio ante su electorado, en virtud del apoyo político aportado.

Proponemos la incorporación en nuestro sistema constitucional del *impeachment,* como mecanismo para enjuiciar al presidente; en tal sentido, se debe diseñar un procedimiento donde intervengan la Cámara de Diputados y el Senado. La primera autoriza el enjuiciamiento y, la segunda, tramita el juicio y decide; el procedimiento debe garantizar el debido proceso y se debe requerir mayoría calificada para acordarlo. Visto lo anterior, se propone eliminar el referendo revocatorio del mandato presidencial.

Se plantea la creación de la figura del jefe de Gobierno. El mismo está a la cabeza del Gobierno y su rol es gobernar. Dicho funcionario sería nombrado por el presidente de la República, pero debe gozar de la confianza de la mayoría parlamentaria, con lo cual se requiere la investidura en la cámara baja. En tal sentido, se establece una doble responsabilidad política: ante el presidente de la República y ante el parlamento. El Gobierno gobierna en tanto y en cuanto goce de la confianza del presidente de la República y del parlamento. La destitución del Gobierno puede partir del presidente o del parlamento, "oxigenando" el sistema.

La responsabilidad política se puede exigir mediante el voto de censura constructivo, lo que quiere decir que solo prospera la destitución si se cuenta con el apoyo parlamentario para designar un nuevo jefe de Gobierno. Se racionalizaría el régimen de la responsabilidad, para minimizar riesgos de inestabilidad.

Igualmente, se consagraría la figura del voto de confianza, para reafirmar la legitimidad de la acción de Gobierno y, asimismo, se le permitiría comprometer la responsabilidad del Gobierno frente a la aprobación de un texto de ley. Ello quiere decir, que si el Gobierno consigue excesivas trabas para la aprobación de un texto legal, podría comprometer su responsabilidad política frente a dicho texto de ley, el cual sanciona y promulga en Consejo de ministros, pero se somete automáticamente a un voto de censura, que si prospera, será destituido el Gobierno.

La responsabilidad política sería colectiva y, en caso de prosperar la censura, acarrea la destitución de todo el Gobierno.

Para mitigar los efectos de la condición de presidente-candidato, proponemos una ley de garantías electorales que minimice el ventajismo del Gobierno y genere igualdad de condiciones entre candidatos.

El sistema propuesto amerita redefinir el régimen aplicable a la potestad normativa excepcional del ejecutivo, en virtud de la habilitación legislativa. Planteamos minimizar la reserva legal y, por ende, proponemos reducir el ámbito material exclusivo de la ley. Una reserva legal más pequeña y un poder reglamentario mayor se imponen debido a las exigencias y la dinámica del estado moderno. La habilitación legislativa debe tener límite temporal, condicionado a la superación de la urgencia y la necesidad, requisito objetivo indispensable para su procedencia; debe establecer la materia no delegable, entre ellas, lo referente a la regulación de los derechos y garantías fundamentales y la materia penal y sancionatoria y; por último, los decretos leyes producto de la habilitación debe tener un control político, a saber, su vigencia futura está condicionada por la aprobación posterior del decreto ley, por parte del órgano parlamentario.

3.2. Propuestas de reformas a la estructura, organización y funcionamiento del poder legislativo

A fin de fortalecer institucionalmente y estructuralmente al poder legislativo, se impone la restauración del bicameralismo.

El Senado debe tener preponderancia en los temas de política exterior, en materia de defensa nacional, en el ámbito del federalismo y descentralización y en el nombramiento de magistrados, rectores al Consejo Electoral, procurador general de la República, y fiscal general, entre otros. Por su parte, el Senado conocería del enjuiciamiento presidencial.

La cámara baja, por su parte, debe ser la cámara política por excelencia y debe llevar la tutela en el ámbito del control del Gobierno y la materia fiscal, tributaria y presupuestaria. Ante ella se haría efectiva la responsabilidad política del gobierno y del jefe de Gobierno, a través de los mecanismos de la investidura, la confianza y la censura.

El mandato de los diputados se propone sea de cuatro años y la elección tendría lugar a mitad de término del mandato presidencial. Los senadores tendrían un mandato a seis años, con renovación parcial cada tres años. De esta forma se podría lograr un mayor control político electoral sobre el Gobierno.

El Congreso, reunión del Senado y la Cámara de Diputados, tendría competencias para la tramitación de las reformas constitucionales, para recibir mensajes presidenciales y llevar a cabo sesiones solemnes o especiales de carácter protocolar.

Se debe fortalecer la función contralora del parlamento sobre el Gobierno y el restablecimiento de la democracia parlamentaria; otorgándole a la oposición estatus de protección y garantías para ejercer sus funciones.

En este orden de ideas, planteamos la modificación del régimen de sesiones, el régimen de las comisiones parlamentarias, el tratamiento a los privilegios y beneficios parlamentarios, la eliminación de la Comisión delegada, la adscripción de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República como entes subalternos del Congreso y órganos de control parlamentario, entre otras propuestas de cambio.

El sistema electoral para elecciones parlamentarias es un asunto de particular importancia, para minimizar los riesgos de inestabilidad que un sistema como el propuesto comporta. El sistema electoral debe generar mayorías claras que permita conformar Gobierno con los menores traumas, permitiendo de al-

guna forma que haya presencia de partidos minoritarios. En tal sentido, proponemos un sistema electoral, uninominal mayoritario a dos vueltas, para elegir a los congresistas, que incentive la relación elector-elegido y fortalezca la responsabilidad de los diputados. En su defecto, hemos propuesto un sistema electoral perfectamente paritario o mixto, de representación proporcional de las minorías y uninominal mayoritario. Es importante evitar la excesiva representación de las mayorías y asegurar la representación proporcional de las minorías.

IV. Conclusión

La crisis terminal de Venezuela nos obliga a pensar en la reconstrucción total del país. A las crisis se les debe sacar provecho. La solución a nuestro desastre es política y el rol de nosotros como constitucionalistas es ser militantes de la democracia, para darle apoyo a los argumentos políticos. En nuestro caso, la debacle total, nos proporciona un momento constituyente, que, una vez lograda la gobernabilidad del país, debe ser fortalecido con un diseño constitucional novedoso.

Etiquetado frontal de los alimentos y derechos fundamentales

***

Front labeling in food and fundamental rights

*Ingrid Hess Herrera**

Resumen: expone el impacto que significa para los derechos fundamentales a la salud y de información de las personas consumidoras, la previsión de un etiquetado frontal en alimentos envasados.

Abstract: the article presents the impact that the provision of front labeling on packaged foods means for the fundamental rights to health and information of consumers.

Palabras clave: etiquetado frontal, derecho a la salud, derecho de las personas consumidoras, nutrientes críticos, alimentos envasados.

Key words: front labeling, right to health, consumer rights, critical nutrients, packaged foods.

Sumario: I. Introducción. II. Sinopsis de los hechos. III. Derechos fundamentales involucrados. IV. Derecho a la salud y su vínculo con la alimentación. V. Alimentación y derechos de

* Falta nota curricular.

las personas consumidoras. VI. Conclusión de la Sala Constitucional costarricense. VII. Conclusiones generales. Referencias.

I. Introducción

Agradezco al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en particular a los doctores Valadés y Serna, la gentil invitación a acompañarlos en un espacio de primera línea, no solo desde el punto de vista académico, sino para la vitalidad de nuestras democracias y constituciones en América Latina. Si se toma en cuenta, además, que la convocatoria tiene el propósito de rendir homenaje a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, primera en establecer el sistema político federal y en declarar a México nación independiente, su peso simbólico se acrecienta.

Procederé a abordar en estas breves líneas el tema de la alimentación en materia de derechos fundamentales. Curiosamente, es una de las necesidades humanas primarias y, aun así, no ha tenido un papel central en las reflexiones sobre derechos fundamentales.

El enfoque consiste en un análisis de la reciente sentencia de la Sala Constitucional costarricense sobre etiquetado frontal de alimentos. (No. 2024-10756 de las 13:30 del 23 de abril de 2024).

II. Sinopsis de los hechos

En 2023 se interpuso un recurso de amparo contra una directriz emitida por el Ministerio de Salud costarricense, que ordenó ocultar el etiquetado frontal de alimentos empacados provenientes de otros países.[1] El ministerio adujo que no existía ninguna

[1] Dirección de Regulación de Productos de Interés Sanitario, circular MS-DRPIS-UR-1588-2023, *https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos-left/documentos-ministerio-de-salud/regulacion-de-la-salud/direccion-de-regulacion-de-productos-de-interes-sanitario/comunicados-registro-de-alimentos-drpis/6549-circular-ms-drpis-ur-1588-2023-etiquetado-frontal-de-alimentos-sellos-de-advertencia-sobre-nutrientes/file*

regla del derecho comunitario centroamericano que autorizara que los productos circularan en esas condiciones, a su juicio, confusas para los consumidores. El recurso lo interpuso un habitante preocupado por la calidad de los alimentos a los que estaban accediendo sus nietos.[2]

III. Derechos fundamentales involucrados

El recurso de amparo, en la justicia constitucional costarricense, es un proceso sumario, informal, gratuito y de interposición directa ante la Sala Constitucional. Su admisibilidad está supeditada, entre varios aspectos, a que las actuaciones u omisiones impugnadas estén directamente ligadas a la infracción de derechos fundamentales.

En la parte considerativa del pronunciamiento se apuntó a dos ámbitos en los cuales la alimentación impacta los derechos fundamentales: el derecho a la salud y los derechos de las personas consumidoras.[3]

IV. Derecho a la salud y su vínculo con la alimentación

La conexión con el derecho a la salud, en este caso, nace desde la perspectiva de la obligación estatal de restringir o regular ciertos alimentos o sus formas de preparación, por las consecuencias

---

2 *Crhoy.com*, "Sus nietos inspiraron al hombre que ganó recurso por etiquetado en productos", 23 de abril de 2024, *https://www.crhoy.com/nacionales/sus-nietos-fueron-inspiracion-del-hombre-que-gano-recurso-por-etiquetado-en-productos/*

3 El enfoque es novedoso en la jurisprudencia constitucional costarricense; sin embargo, hace eco a una serie de documentos como el que se puede consultar en el siguiente enlace elaborado por O`Neil Institut for National y Global Health Law, Georgetown Law, *Etiquetado frontal de advertencia: cumplimiento con obligaciones de derechos humanos y compatibilidad con otros marcos jurídicos internacionales,* 2021, *https://oneill.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2021/02/Etiquetado_frontal_advertencia_FINAL.pdf*

que pueden representar para ese derecho. Se invoca en la sentencia que les comento dos antecedentes:

- La sentencia No. 2012-7897 de las 14:30 del 13 de junio de 2012,[4] en la que se declaró conforme a la Constitución un decreto ejecutivo que restringió la venta, en sodas escolares, de productos que, por su contenido, implicaban consecuencias negativas para la salud:

> El reglamento en mención busca proteger la salud pública considerada como un bien público jurídico tutelado por el Estado, la cual a su vez debe tenerse como un componente básico de la formación humana integral en que se encuentra inserto el proceso educativo. Esta Sala se ha referido en reiteradas oportunidades al derecho fundamental a la salud, y ha establecido que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución -adoptada en Nueva York en 1946-, definió la salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. [...]
>
> Por su parte también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General 14 indicó que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Que la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. [...]
>
> Dentro de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y en la Estrategia Mundial sobre Alimentación Saludable, Actividad Física y Salud de la OMS se insta a los gobiernos a adoptar políticas que apoyen un régimen alimentario saludable en los entornos educativos, ya que las instituciones educativas son establecimientos privilegiados, donde se debe potenciar el bienestar de la población estudiantil en su etapa formativa y en un período clave de su desarrollo, donde se puede instruir a la población estudian-

[4] Sala Constitucional, Resolución Nº 07897 – 2012, *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-541627*

til en sus decisiones con la selección de los alimentos saludables, con base en la importancia de desarrollar hábitos y actitudes que promuevan la salud y prevengan su deterioro. De esta manera el Estado y sus instituciones en este caso el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación por medio de un conjunto de acciones se han abocado a promover una vida saludable en las niñas, niños y adolescentes que asisten al sistema educativo.

- La sentencia No. 2010-7602 de las 14:49 del 27 de abril de 2010,[5] que se refirió a las repercusiones perniciosas para la salud de la forma de preparación y contenido de algunos alimentos:

V.- Sobre el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans. Para el presente caso es relevante analizar los efectos que producen el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas y que tipo de enfermedades pueden producir la ingesta de estos alimentos. Al respecto, el Presidente del Colegio de Profesionales en Nutrición emitió un informe técnico en cuanto a estos puntos (folio 17 del expediente) del cual se puede deducir, con claridad, acerca de los efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas, especialmente en cuanto a las enfermedades cardiovasculares. Específicamente, señala el informe técnico que "las dietas ricas en grasas saturadas están directamente relacionadas con los factores de riesgo cardiovascular. Las personas que consumen mayores cantidades de grasas saturadas tienen niveles sanguíneos de colesterol total más altos y una mayor proporción de las LDL (lipoproteínas de baja densidad). Un alto nivel de colesterol es factor de riesgo de la enfermedad cardiovascular y del infarto al miocardio. El aumento en los niveles de colesterol ha sido observado en humanos con un alto consumo de grasa saturada. Varios estudios han sugerido que las dietas altas en grasa saturada aumentan el riesgo de la enfermedad cardiovascular y del infarto. Estudios epidemiológicos han encontrado que quienes tienen una dieta alta en grasa saturada, incluyendo ácidos grasos láurico, mirístico, palmítico y esteárico tienen una alta prevalencia de enfermedad cardiovascular". Igualmente, informa que "el primer riesgo sobre la salud identificado a partir

[5] Sala Constitucional, Resolución Nº 07602 – 2010, *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-483249*

del consumo de grasa trans es un elevado riesgo de enfermedad coronaria. Una revisión exhaustiva acerca de los estudios referente a la grasa trans, fue publicado en el New Englad Journal of Medicine (2006), reportando una fuerte y real conexión entre el consumo de grasa trans y la CHD (por sus siglas en inglés de Coronary Heart Disease, Enfermedad coronaria) concluyendo que por calorías, las grasas trans aumentan el riesgo de CHD más que cualquier otro nutriente, confiriendo un sustancial riesgo de manera que su consumo no debe ser mayor al 1 a 3% del total de la energía consumida". Asimismo, también señala el informe que otros estudios consideran que las muertes debidas a la enfermedad coronaria indican que hay un aumento en la mortalidad de acuerdo al consumo de grasas trans y una disminución de esta al consumir grasas poliinsaturadas.

Aunque, como hemos visto, las enfermedades cardiovasculares son las de mayor incidencia debido al consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans, el informe del Colegio Profesional de Nutricionista indica que existe menos evidencia y consenso científico sobre las consecuencias del consumo de grasas trans sobre otros problemas crónicos de salud, pero que su consumo puede estar relacionados con problemas de salud como la enfermedad de Alzheimer, la proliferación cáncer de próstata, diabetes, la obesidad, disfunción hepática e infertilidad.

Por último, concluye el estudio que "la Asociación Americana del Corazón recomienda un contenido menor de 300 mg de colesterol en la dieta diaria y que la ingesta de grasas saturadas represente menos del 7% de las calorías totales de la dieta, y que las grasas trans aporten menos del 1% de esas calorías (...)".

Inclusive, la Ministra de Salud, en su informe bajo juramento, no niega los efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas y más bien señala que el Ministerio de Salud debe promover la reducción del consumo de estos alimentos por sus efectos negativos.

En conclusión, es posible constatar los amplios efectos negativos que tiene el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas.

[...]

VII.- Sobre el fondo. En el presente caso, y después de analizar los considerandos anteriores, es posible determinar con certeza que ha existido una omisión por parte del Ministerio de Salud en cuanto

> a sus obligaciones de proteger el derecho a la salud de las personas. Del informe rendido bajo juramento, así como la prueba que consta en autos, se constata la ausencia de campañas de educación e información por parte del Ministerio recurrido para advertir a la ciudadanía sobre los efectos que producen el consumo de alimentos elaborados con grasas saturadas y grasas trans sobre la salud de las personas y el tipo de enfermedades que pueden producir la ingesta de estos alimentos. Asimismo, se comprueba que el Ministerio de Salud no realiza las respectivas inspecciones para ejercer un efectivo control en los diferentes establecimientos comerciales de comidas para velar por la adecuada elaboración de los alimentos y el uso de las grasas y aceites. Lo anterior debido a que la Ministra de Salud, en su informe rendido bajo juramento, omite informar a la Sala sobre las diligencias concretas realizadas en cuanto a los hechos denunciados, razón por la cual al tenor de lo establecido en el ordinal 45 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo procedente es tener por cierto la falta de un efectivo control en los diferentes establecimientos comerciales de comidas para velar por la adecuada elaboración de los alimentos y el uso de las grasas y aceites por medio de inspecciones periódicas, sistemáticas y aleatorias. Por último, se verifica la omisión del Ministerio de Salud de emitir un Reglamento sobre la calidad de las grasas y aceites usados durante la fritura de los alimentos. Es menester señalar que el artículo 49, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional permite analizar por la vía del amparo, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental (véase la sentencia 2009-08065 de las veintiuno horas y treinta y ocho minutos del trece de mayo del dos mil nueve). En el presente asunto, la recurrente cuestiona la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar acerca del uso de las grasas saturadas y grasas trans en alimentos en los establecimientos comerciales. [...]

Es claro, entonces, que algunas prácticas y preferencias alimentarias se señalan como un factor relevante de impacto inmediato en la salud individual y pública.

En el proceso en el cual se dictó la sentencia participaron la presidenta de la Junta Directiva del Colegio de Profesionales en Nutrición y la directora de la Escuela de Nutrición de la Universidad de Costa Rica, quienes recalcaron que las enfermedades conexas al sobrepeso y la obesidad (diabetes mellitus, hiperten-

sión arterial, enfermedades renales, cardiopatías, aterosclerosis, enfermedad cerebrovascular, cáncer) se originan, en gran medida y en todas las edades, a raíz de una alimentación cargada de lo que se conoce como *nutrientes críticos*: azúcares, sodio (componente de la sal), grasas, grasas saturadas. Estas enfermedades no transmisibles (ENT) causan muerte, incapacidad, altos costos en la atención hospitalaria, ausentismo laboral y social, daño psicológico, bullying y otras condiciones. Acotaron que en el país se cuenta con suficiente evidencia científica sobre la cantidad de personas que, desde edades muy tempranas, tienen enfermedades o condiciones relacionadas con la inadecuada alimentación.[6]

[6] El Primer Censo Escolar Peso-Talla Costa Rica 2016 (MEP, MS, CEN-CINAI y UNICEF, 2017), identificó un problema de exceso de peso cercano al 34% (21% sobrepeso y 14% obesidad) en la población entre los 6 y los 12 años. Según la Encuesta de Mujeres, Niñez y Adolescencia del 2018 (Ministerio de Salud, UNICEF, INEC, MICS, 2019), en la población preescolar (menor de 5 años), la prevalencia fue de 7,4% y 2,3% de sobrepeso y obesidad respectivamente. La Encuesta Colegial de Vigilancia Nutricional y Actividad Física, 2018, reveló que el 30,9% de los adolescentes en Costa Rica tienen exceso de peso (21,1% sobrepeso y 9,8% obesidad). En adultos mayores de 18 años, la prevalencia de sobrepeso y obesidad para población en general fue de 39,5% y de 31,2%, respectivamente (Caja Costarricense del Seguro Social, 2018). Finalmente, en 2021, el Ministerio de Salud informó que: "En Costa Rica para el año 2021 se notificaron 19.507 nuevos casos con hipertensión arterial, lo que nos da un promedio de 53 personas diagnosticadas diariamente con esta enfermedad. La hipertensión arterial aumenta considerablemente el riesgo de padecer enfermedades renales y cerebrales y es el principal factor de riesgo para padecer enfermedades cardiovasculares, que se encuentran entre las principales causas de muerte a nivel mundial." Ministerio de Salud, 2021, *https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/prensa/52-noticias-2022/1311-53-personas-son-diagnosticadas-diariamente-con-hipertension-arterial* y en julio de 2022 comunicó un boletín sobre vigilancia alimentaria nutricional, evidenciando los problemas anejos a la obesidad, donde se concluye que*:* "La Obesidad no es un evento único de Salud, los cambios de hábitos alimentarios y de actividad física son consecuencia de políticas integrales en todos los sectores, salud, agricultura, educación, transporte, planificación urbana, medio ambiente, procesamiento, distribución y comercialización de alimentos." *https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos-left/documentos-ministerio-de-salud/vigilancia-de-la-salud/normas-protocolos-guias-y-lineamientos/vigilancia-nutricional/cronicas-nutricionales/5805-boletin-obesidad-2022/file*

Estas condiciones de salud, de acuerdo con diversos estudios, disminuyen la calidad de vida de las personas, aumentan la mortalidad y representan un gran reto para el sistema de salud. Aunque no se puede establecer una sola causa de la propensión a estos padecimientos, ya que el exceso de peso y la hipertensión son manifestaciones de una multiplicidad de factores, se cuenta con abundante evidencia científica de que una alimentación con exceso de energía y de algunos nutrientes críticos tales como sodio, azúcares añadidos, grasas saturadas, entre otros, contribuye de manera importante al desarrollo de estas enfermedades.

Se ha identificado en el país una amplia oferta de productos alimenticios preenvasados, muchos de los cuales contienen cantidades excesivas de estos nutrientes críticos que se relacionan con problemas para la salud, cuando su consumo no es el adecuado.

V. Alimentación y derechos de las personas consumidoras

En relación con los derechos de los consumidores, también se contaba con referentes de la propia Sala Constitucional:

- La sentencia No. 202101158 de las 12:43 horas del 20 de enero de 2021:[7]

> [...] el derecho del consumidor se encuentra constituido por un conjunto de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico en favor de este, con el objetivo de garantizarle en el mercado, una posición de equilibrio en sus relaciones con el resto de agentes económicos -sentencia número 2006-017747 de las 14 horas 37 minutos del 11 de diciembre de 2006-. Igualmente, en lo referente a los derechos de los consumidores y usuarios, este Tribunal Constitucional, adoptando como marco de referencia el último párrafo del artículo 46 de la Constitución Política, ha perfilado un nuevo principio, "in dubio pro consumptore", a favor de consumidores y usuarios toda vez que los consi-

[7] Sala Constitucional, Resolución Nº 01158 – 2021, *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1066205*

dera la parte más débil de la cadena productiva, requiriendo por ello de una especial protección del Estado frente a los productores y proveedores. En ese sentido, se ha señalado que principios de orden público social justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores, disponiéndose además que

"...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello la relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresados, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia" (ver sentencia número 1441-92 de las 13 horas 45 minutos del 2 de junio de l992 y número 4463-96 de las 9 horas 45 minutos del 30 de agosto de 1996).

Entonces, a partir del artículo 46 constitucional, los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a recibir información adecuada y veraz. Por su parte, en desarrollo de ese precepto constitucional, el numeral 1° de la Ley No. 7472 del 19 de enero de 1995, denominada Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, estatuye como su objetivo y fin "proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor", y en el artículo 32 dispone, como derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, "la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales", así como "el acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los

diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio". Sobre el particular, también ha señalado la Sala, que el objeto del derecho del consumidor a la información versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y, esencialmente, de las características de los productos y servicios comercializados:

"Se traduce, entonces, en aquella obligación de quien produzca, importe, distribuye y comercialice bienes o preste servicios, de suministrar a los consumidores y usuarios, en forma cierta y objetiva, información clara, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos, así como de los riesgos que su consumo puede provocar para la salud. Por tal motivo, del cumplimiento de tales deberes de información, dependerá, correlativamente, la posibilidad concreta del consumidor de emplear los productos y servicios con plena seguridad en resguardo de su vida, su salud, integridad psicofísica, así como de modo satisfactorio para sus intereses económicos. En consecuencia, una falta de información por una inadecuada publicidad que induce al engaño y a la falsedad, incidiría de forma perjudicial en la voluntad del consumidor al momento de elegir un determinado producto o servicio. Problema que, evidentemente, se agudiza aún más si se toma en consideración que en la mayoría de las ocasiones, el consumidor adquiere esos últimos sin poseer conocimientos técnicos o científicos. Bajo esta inteligencia, la información adecuada posibilitará, consecuentemente, al receptor, optar con una mayor libertad, comparando entre el cúmulo de posibilidades brindadas por el mercado e inclinándose, definitivamente, por aquel producto o servicio que lealmente muestre sus cualidades o condiciones" (ver sentencia número 2006-017747 de las 14 horas 37 minutos del 11 de diciembre del 2006).

En lo que corresponde al marco legal nacional, cobra especial relevancia la Ley No. 7472 sobre la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor,[8] artículo 32, inciso a): "Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna

[8] Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, *https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481*

ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, *son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor*, los siguientes: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud [...]" mientras que el inciso c) de la misma norma reconoce al mismo sector el derecho de "[...] acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios [...]".

Y aquí entran en juego otra serie de elementos técnicos que tomó en consideración el Tribunal para dictar la sentencia No. 2024-10756.

Se trata de diferentes estudios y recomendaciones en los cuales se concluyó que el etiquetado frontal de los alimentos preserva los derechos fundamentales a la salud y el derecho a la información al adoptar decisiones de consumo.[9]

Resulta clara, entonces, la función preventiva que cumple este tipo de etiquetado para evitar enfermedades graves que es-

[9] Entre tales estudios están los siguientes: a) el primer estudio centroamericano para identificar el mejor sistema de etiquetado en la parte frontal del envase realizado en 2022 por el Ministerio de Salud, INCIENSA, la Asociación Costa Rica Saludable y la OPS, *https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55916/OPSNMHRF220005_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y* b) estudio publicado por la OPS en 2020, "El etiquetado frontal como instrumento de política para prevenir enfermedades no transmisibles en la Región de las Américas", *https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53013/OPSNMHRF200033_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y* c) Efectos inmediatos de la implementación del rotulado nutricional frontal en Uruguay UNICEF 2020, *https://www.unicef.org/uruguay/media/3256/file/Efectos%20inmediatos%20de%20la%20implementaci%C3%B3n%20del%20rotulado%20nutricional%20frontal%20en%20Uruguay.pdf*. d) Estudio de 2020 efectuado por el SICA (INCAP y COMISCA), denominado "Costo de la atención de las enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación y su impacto económico en el sistema de salud y el capital humano en Centroamérica y República Dominicana: un llamado a la acción hacia la creación de ambientes alimentarios más saludables", *www.incap.int/index.php/es/todas-publicaciones-2/701-costo-de-la-atencion-de-las-ecnt-relacionadas-con-la-alimentacion-y-su-impacto-economico-en-el-sistema-de-salud-y-el-capital-humano-en-centroamerica-y-republica-dominicana-un-llamado-a-la-accion-hacia-la-creacion-de-ambientes-alimentarios-mas-saludabl-1/file* e) El punto 10 de las Directrices Voluntarias sobre el Derecho a la Alimentación de la FAO.

tán saturando los sistemas de salud y restando calidad de vida a personas de todas las edades.

VI. Conclusión de la Sala Constitucional costarricense

Una vez confrontados los derechos fundamentales vinculados al caso con la decisión de ocultar el etiquetado frontal en los alimentos importados que lo portaban, concluyó la Sala Constitucional que esa decisión lesionaba los derechos a la salud y al consumo informado, pues el etiquetado constituye un complemento con información que permite a las personas comprender cuáles alimentos pueden llevarle a consumir cantidades nutricionalmente inadecuadas de nutrientes que afectan su salud, tales como el sodio (componente de la sal), grasas, energía (calorías) y azúcares. El etiquetado frontal facilita al consumidor adoptar una decisión informada, que no es difícil de comprender. Por lo anterior, se calificó en la sentencia de inaceptable que, con el argumento de la falta de uniformidad y dudas sobre la forma de implementar el etiquetado, se optara por ocultarlo.

De las alternativas posibles ante tales preocupaciones, se inclinaron por la decisión más perjudicial para la salud pública y el consumidor: que no cuente del todo con información sobre productos acerca de los cuales no existe la menor duda sobre su vínculo con diferentes enfermedades que perjudican a las personas consumidoras y su calidad de vida.

VII. Conclusiones generales

Es incuestionable el enorme problema de salud pública que se enfrenta regional y globalmente por enfermedades en las que incide la ingesta de alimentos con nutrientes críticos, así como el deber de tutelar, desde la esfera estatal, la información que reciben las personas consumidoras cuando se ven enfrentadas a la decisión del tipo de producto que van a adquirir. La sentencia que he comentado funge como ejemplo del nexo entre alimentación y derechos fundamentales, en un campo específico y novedoso.

Referencias

Normativa

Circular No. MS-DRPIS-UR-1588-2023 del 22 de junio de 2023 de la Dirección de Regulación de Productos de Interés Sanitario del Ministerio de Salud de Costa Rica.

Ley No. 7472 sobre la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica.

Resoluciones judiciales

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, No. 2010-7602 de las 14:49 horas del 27 de abril de 2010.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, No. 2012-7897 de las 14:30 horas del 13 de junio de 2012.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, No. 202101158 de las 12:43 horas del 20 de enero de 2021.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, No. 2024-10756 de las 13:30 horas del 23 de abril de 2024.

Estudios

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), *Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, 2004.

Ministerio de Educación Pública y Ministerio de Salud de Costa Rica, CEN-CINAI y UNICEF, *Primer Censo Escolar Peso-Talla Costa Rica 2016,* 2017.

Ministerio de Salud de Costa Rica, UNICEF, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Encuesta de Mujeres, Niñez y Adolescencia del 2018*, 2019.

Ministerio de Educación Pública y Ministerio de Salud de Costa Rica, Caja Costarricense de Seguro Social, Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud, Escuela de Estadística de la Universidad de Costa Rica, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, UNICEF, *La Encuesta Colegial de Vigilancia Nutricional y Actividad Física, Costa Rica 2018*, 2020.

Organización Panamericana de la Salud, "*El etiquetado frontal como instrumento de política para prevenir enfermedades no transmisibles en la Región de las Américas*", 2020.

UNICEF, *Efectos inmediatos de la implementación del rotulado nutricional frontal en Uruguay*, 2020.

Sistema de Integración Centroamericana, INCAP y Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica, *Costo de la atención de las enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación y su impacto económico en el sistema de salud y el capital humano en Centroamérica y República Dominicana: un llamado a la acción hacia la creación de ambientes alimentarios más saludables,* 2020.

O`Neil Institut for National & Global Health Law, Georgetown Law, *Etiquetado frontal de advertencia: cumplimiento con obligaciones de derechos humanos y compatibilidad con otros marcos jurídicos internacionales,* 2021.

Ministerio de Salud de Costa Rica, Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud, Asociación Costa Rica Saludable y la Organización Panamericana de la Salud, *Primer estudio centroamericano para identificar el mejor sistema de etiquetado en la parte frontal del envase*, 2022.

Noticias

Crhoy.com, "Sus nietos inspiraron al hombre que ganó recurso por etiquetado en productos", 23 de abril de 2024.

Derechos fundamentales, crisis política, corrupción y situación económica en Perú

***

Fundamental rights, political crisis, corruption and the economic situation in Peru

Miguel P. Vilcapoma Ignacio[*]

Resumen: en el trabajo desarrollamos la crisis que afronta el país, con sucesiones de seis gobernantes que no han concluido el período presidencial establecido en la Constitución; situación que acentuó el problema económico, la corrupción, la falta de seguridad ciudadana, con incremento de desocupación y cuadros de desnutrición, significando todo, la vulneración de los derechos esenciales de la población peruana.

Abstract: in this work we develop the crisis faced by the country, with a succession of six governors who have not concluded the presidential term established in the Constitution; a situation that accentuated the economic problem, corruption, lack of citizen security, with an increase in unemployment and malnutrition, all of which means the violation of the essential rights of the Peruvian population.

Palabras clave: crisis política, corrupción, situación económica y derechos fundamentales.

[*] Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional de Perú (APDC), docente ordinario, en categoría de Principal de la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo — Perú.

Key words: political crisis, corruption, economic situation and fundamental rights.

Sumario: I. Introducción. II. Vacancias presidenciales y sucesión de jefes de Estado. III. Costo de la corrupción en Perú. IV. Corrupción: afecta derechos fundamentales. V. Conclusión.

I. Introducción

El Perú, afronta problemas políticos que se acrecientan por el transcurso del tiempo; al que suma serias dificultades económicas y una extrema corrupción que afecta las arcas fiscales. La crisis se habría iniciado cuando Keiko Fujimori, candidata presidencial en 2006 no obtuvo el triunfo electoral; sin embargo, el movimiento político (Fuerza Popular) que lideró, alcanzó 73 curules en el Congreso de la República de los 130 asientos, conforme lo establece el artículo 90 de la Constitución. La candidata Fujimori, no reconoció el triunfo electoral de Pedro Pablo Kuczynski (PPK), por el contrario, anuncio que gobernaría ella, desde el Congreso.

El presidente PPK, tuvo que afrontar adversidades políticas que, a la postre, lo apartó de la jefatura del Estado peruano.

II. Vacancias presidenciales y sucesión de jefes de Estado

2.1. Primera vacancia de PPK

Es así que, el primer pedido de vacancia contra PPK, se inició con la admisión de una moción presentada por 27 legisladores de *Fuerza Popular, Frente Amplio y APRA*. El 15 de diciembre se aprobó la admisión de la moción para iniciar el proceso de declarar la "permanente incapacidad moral" de Kuczynski con 93 votos a favor, 17 en contra y cero abstenciones. El acto se inició, a consecuencia de que se diera a conocer documentos remitidos por la empresa Odebrecht a la comisión investigadora del Congreso, según los cuales dicha compañía, había realizado años

atrás, pagos por servicios recibidos de las empresas *First Capital* y *Westfield Capital,* la última de propiedad PPK. Dadas las sospechas de actos de corrupción que generaban las operaciones como consecuencia de las revelaciones del Caso Odebrecht.

La sesión pertinente se desarrolló el 21 de diciembre. La vacancia del presidente PPK no se produjo; gracias a que los parlamentarios afines a Kenji Fujimori, hermano de Keiko, votaron en contra o se abstuvieron de votar. Posteriormente, se conoció las manipulaciones políticas entre el presidente PPK y Kenji Fujimori, había consistido en un acuerdo entre ambos, de indulto a favor de Alberto Fujimori que sufría prisión en cumplimiento de una condena del poder judicial, a cambio de que los parlamentarios de Kenji, no votarían por la vacancia. La medida política adoptada, se denominó *indulto y derecho de gracia por razones humanitarias,* y se produjo el 24 de diciembre de 2017 mediante Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, publicada en El Peruano, se hizo conocido como "el indulto de Navidad" o "indulto de Navidad".

La vacancia establecida por el artículo 113, numeral 2 de la Constitución, no se produjo, por no haber alcanzado el voto de 87 congresistas, es decir, el tercio de votos de los 130 congresistas de la república.

2.2. Segunda vacancia de PPK

Se gestó una segunda vacancia, con la misma finalidad. La iniciativa fue presentada por las agrupaciones políticas de Nuevo Perú y Frente Amplio, siendo respaldado por Fuerza Popular.

Con fecha 15 de marzo, el Congreso admitió la moción con 87 votos, la votación del pleno se programó para el 22 de marzo; la que no se llevó a cabo, a consecuencia de la renuncia de PPK. Los fujimoristas dieron a conocer unos videos y audios que mostraban a operadores del Gobierno, incluido un ministro de Estado, negociar con Moisés Mamani (congresista de Fuerza Popular) con el objeto de comprar su voto en contra de la vacancia, a cambio de obras para su región.

PPK, políticamente acollado, renunció a la presidencia con fecha 21 de marzo de 2018. Admitida la renuncia; ese mismo día,

23 de marzo, asumió la presidencia Martín Alberto Vizcarra Cornejo, en su condición de primer vicepresidente.

2.3. Martín A. Vizcarra y cierre del Congreso

Martín Alberto Vizcarra Cornejo, después de un año y seis meses de ejercicio gubernamental, disolvió el Congreso de la República mediante D.S. No. 165-2019-PCM de 30 de septiembre de 2019, bajo el argumento de haberle negado, por segunda vez, el voto de confianza al Consejo de Ministros; por tanto, convocó a elecciones para la nueva conformación del Congreso de la República. El presidente anunciaba que procedía conforme a lo establecido por el artículo 134 de la Constitución.

Se llevó adelante el proceso electoral, el 26 de enero 2020 denominada Elecciones Congresales Extraordinarias de 2020, para elegir a 130 representantes ante el Congreso de la República del Perú, para el período 2020–2021, representantes de 26 distritos electorales como consecuencia de la disolución del Congreso elegido en 2016.

2.4. Primera vacancia de Vizcarra

La primera vacancia se gestó, a consecuencia de tres grabaciones que daba a conocer el Congreso, sobre conversaciones del presidente Vizcarra, con sus asesores y secretarias sobre la forma de cómo afrontar las investigaciones del Ministerio Público y la Comisión de Fiscalización del Congreso, sobre el caso Richad Swing.

Se admitió vacancia a trámite; sin embargo, en la votación del pleno realizada con fecha 18 de setiembre de 2020, no alcanzó la votación calificada de los dos tercios; es decir, los 87 votos a favor; cuyos resultados fueron los siguientes: 78 votos a favor de la vacancia, 32 en contra y 15 abstenciones.

2.5. Segunda vacancia de Martín Vizcarra Cornejo

El 20 de octubre de 2020, con las firmas requeridas presentó la segunda moción de vacancia contra Martín Vizcarra. El Congreso, la aprobó el 9 de noviembre de 2020 la moción de vacancia presentada por las bancadas Unión por el Perú, Podemos Perú, Frente Amplio por presuntos casos de corrupción durante su gestión como gobernador regional de Moquegua y posteriormente como ministro de Transportes y Comunicaciones. Se declaró la vacancia de la presidencia por 105 votos. Los medios de comunicación de la fecha resaltaban que Vizcarra era el tercer presidente vacado por incapacidad moral permanente después de Guillermo Billinghurt en 1914 y Alberto Fujimori en el 2000.

2.6. Presidencia de Manuel Merino de Lama

Después de declarada la vacancia del presidente Martín Vizcarra Cornejo asumió la presidencia Manuel Arturo Merino de Lama, el 10 de noviembre de 2020 en su condición de presidente del Congreso de la República, permaneciendo en el cargo solo una semana, es decir, hasta el 15 de noviembre. al cabo del cual renunció a consecuencia de las protestas populares que se desató contra el Gobierno de Merino, produciéndose dos muertos, una centena de heridos y muchos desaparecidos. Presentó su renuncia irrevocable que el Congreso aceptó.

2.7. Gobierno de Francisco Sagasti

Se instala como presidente de la República en forma transitoria el 17 de noviembre de 2020 por sucesión Constitucional en su calidad de presidente del Congreso para completar el período 2016–2021. Su Gobierno coincidió con el desarrollo de conflictos sociales como el paro agrario de Ica, Piura, La Libertad y Apurímac, que dejó cinco fallecidos. Por lo de más, su Gobierno lo hizo sin mayores problemas, convocando a elecciones generales.

2.8. Gobierno de Pedro Castillo

Tras las elecciones realizadas en el año 2021, y en segunda vuelta, entre los movimientos de Perú Libre y Fuerza Popular, liderados por Pedro Castillo y Keiko Fujimori respectivamente; triunfó el primero, por un margen muy estrecho, solo por cien mil votos. Fuerza Popular, ha insistido sobre la existencia de un fraude electoral que las autoridades respectivas, no dio amparo alguno a tales cuestionamientos; por el contrario, el profesor Pedro Castillo Terrones, fue proclamado ganador oficial de la contienda, juramentando el cargo de presidente ante el Congreso de la República el 28 de julio de 2021.

El mencionado ganador de las elecciones representó una tendencia política de extrema izquierda; por esa razón, en su discurso, el fundador del partido Perú Libre, Vladimir Cerrón Rojas, dio declaraciones a los medios de comunicación en el sentido de que, había llegado al Gobierno, pero no al poder del Estado; por tanto, planteaba un poder constituyente para elaborar una nueva Constitución en el Perú y resolver los problemas pendientes del país.

Pedro Castillo, cuestionado por actos de corrupción, por la repartija de ministerios, por la existencia de gabinete en la sombra, no tuvo la energía suficiente para ordenar adecuadamente su Gobierno; por el contrario, aparecían elementos probatorios que el presidente estaba vinculado directamente a actos de corrupción y el Ministerio Público se había pronunciado en el sentido de que; si el presidente no podía ser acusado, esto no significaba, de ninguna manera que, no podía ser investigado, disponiéndose la investigación del presidente y abriéndoles las respectivas carpetas fiscales.

La primera vacancia tramitada contra Pedro Castillo no surtió efecto. El segundo proceso de vacancia, contra él mismo, se desarrolló entre el 8 y 28 de marzo de 2022. Efectuado los trámites pertinentes; se debatió el 14 de marzo, la moción fue admitida con 76 votos a favor 41 en contra y una abstención; por tanto, el presidente fue citado al pleno el 28 de marzo para ejercer su derecho a la defensa. El proceso de vacancia tampoco alcanzo el voto cualificado de 87 votos.

En el Congreso se había propuesto una vacancia más, la tercera, para el presidente Pedro Castillo tendente a demostrar su incapacidad moral entre el 29 de noviembre y el 7 de diciembre de 2022. El presidente estaba citado para concurrir al Congreso el 7 de diciembre.

2.9. El fallido golpe de Estado

El día 7 de diciembre de 2022 en horas de la mañana, promediando el medio día, se produjo el mensaje televisado de Pedro Castillo anunciando el cierre del Congreso de la República, la declaración del Estado de Excepción y otras medidas políticas a implementarse durante el Gobierno dictatorial de Castillo. Obviamente el golpe de Estado no resultó, fue un rotundo fracaso; por el contrario, el presidente que pretendió asilarse en la embajada mexicana fue conducido a la Prefectura detenido por comisión de delito flagrante de rebelión el mismo que actualmente se encuentra privado de su libertad, al igual que sus cómplices, a excepción de Aníbal Torres y con acusación fiscal para quien se solicita 35 años de privación de la libertad.

No se disponía de datos que explicaban el autogolpe de Estado; sin embargo, la investigación fiscal y la correspondiente acusación explica, en líneas generales, que la preparación del discurso leído se produjo un día antes; es decir, el 6 de diciembre mediante la utilización de un USB en la computadora que se encontraba destinada a la esposa del presidente Lilia Paredes, los autores serían el presidente Castillo, la presidenta del Consejo de Ministros Betssy Chávez y el exprimer ministro Aníbal Torres Vásquez, acusados por el delito de rebelión.

2.10. Congreso frente golpe de Estado

En el Congreso de la República, se tramitaba la tercera moción de vacancia que había sido admitida por 73 votos, debiendo de producirse los descargos del presidente Castillo o su defensa que debería realizarse el 7 de diciembre, fecha en que se votaría la vacancia, requiriendo 87 votos para que se produzca la mencionada medida política del Congreso.

A consecuencia de la intentona golpista de Pedro Castillo, el Pleno del Congreso de la República declaró la permanente incapacidad moral del presidente Pedro Castillo Terrones, su inmediata vacancia y, en consecuencia, la aplicación del régimen de sucesión contemplada en el artículo 115 de la Constitución.

Dictándose la Resolución Legislativa N°001-2022-2023-CR,[1] de 7 de diciembre de 2022, aprobada por amplia mayoría; es decir, con 101 votos a favor, 6 votos en contra y 10 abstenciones, fundamentada en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 117 del mismo cuerpo normativo. Fue presidente del Congreso Daniel Williams Zapata.

2.11. Gobierno de Dina Boluarte Zegarra

La actual presidente militó políticamente dentro de las filas de Perú Libertario, luego de Perú Libre, al lado de Vladimir Cerrón. En la actualidad, al igual que Pedro Castillo, se encuentra implicada en varias carpetas fiscales.

Con apoyo del Consejo de Ministros, el presidente del Consejo de Ministros, a través de la Resolución Ministerial N° 151-2024-PCM, publicado el miércoles 21 de mayo, instruye al procurador especializado en temas constitucionales, a través de sus dos disposiciones establecidas.[2]

---

1 El decreto legislativo contenía solo dos artículos:
Artículo 1. Declaración de permanente incapacidad moral del presidente de la República. Declárase la permanente incapacidad moral del presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 117 de la Carta Política.
Artículo 2. Declaración de vacancia de la Presidencia de la República
Declárase la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, la aplicación del régimen de sucesión establecido en el artículo 115 de la Constitución Política del Perú.

2 Artículo 1.- Disponer que el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional ejerza la representación procesal del Poder Ejecutivo en el proceso competencial contra el Ministerio Público y el Poder Judicial, por menoscabo en sentido estricto del adecuado ejercicio de las competencias

Con los procesos competenciales pretende impedir toda investigación del Ministerio Público y el poder judicial.

El Fiscal de la Nación Juan Carlos Villena, con fecha 27 de mayo en curso, por la tarde, ha formulado una denuncia constitucional por cohecho pasivo impropio ante el Congreso de la República. La acusación será evaluada por la Comisión Permanente del Congreso. Si es admitida una subcomisión investigará y emitirá un informe. De esta manera, el pleno del Parlamento podría decidir su suspensión, destitución y juicio político.

Podemos concluir indicando que, en el Perú, afrontamos una crisis política generalizada en el Ejecutivo por los hechos expuestos en el que se ha sucedido varios presidentes de la República en escasos años; todos, implicados en inconductas funcionales y delitos, muchos de ellos afrontando procesos judiciales.

Por el otro lado, tenemos un Congreso que no cumple adecuadamente su función fiscalizadora y de control; por el contrario, ampara las incorrecciones del Ejecutivo, para pervivir hasta el 2026.

III. Costo de la corrupción en Perú

La plataforma Digital Única del Estado Peruano, con respecto al año 2022, reporta los siguientes datos desde el mes de enero a octubre. Por corrupción se ha condenado, a un 60% de funcionarios y servidores públicos. Por el mismo delito se condenó a 112 policías a nivel nacional, 112 gerentes, 84 alcaldes, 46 docentes, 17 gobernadores regionales, 5 directores de hospitales; datos obtenidos de la web, en ella se indica que corresponde a 14 enero de 2024.

Se indica también que en el mismo período de tiempo se ha logrado que 1540 personas sean condenados a nivel nacional,

---

y funciones de la Presidenta de la República, de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución Ministerial.
Artículo 2.- Remitir copia de la presente Resolución Ministerial, así como los antecedentes respectivos, al Procurador Público Especializado en Materia Constitucional.

siendo Lima norte, la zona con mayor cantidad de condenados, seguido por Junín y la selva central.

Durante el año de 2022, los delitos más sancionados penalmente fueron los delitos de cohecho activo y soborno; es decir 258 sentenciados; por negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, con 116 sentenciados; por apropiación ilícita con 155 sentenciaos y por peculado agravado, con 78 sentenciados.[3]

La defensoría del pueblo, publicó el reporte *Corrupción en cifras*: *casos en trámite a nivel nacional*, indicando que existen 5,860 casos en trámite, durante el primer semestre del año 2023. El reporte da cuenta que en 19 departamentos las agraviadas son municipalidades.

El reporte detalla también que, el 19% (1115) de los casos de corrupción en trámite se concentra en Lima; el 7.8% (459) en Áncash; y un 6.7% (392) en Junín. Asimismo, se advierte que, de mayo (1077) a junio (928) se registró un descenso del 14 % en el número de casos de corrupción en trámite. Mayo fue el mes en el que se registró la mayor cantidad de casos dentro del periodo de análisis.[4]

De acuerdo con la calificación realizada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, al menos el 0.5% (28) de los casos de corrupción son casos emblemáticos, estos se caracterizan por la importancia social del bien o servicio público afectado, el número de procesados y el impacto mediático que pueda tener en la sociedad.[5]

Los delitos con mayor incidencia son: peculado con un 27% (1587); colusión con un 19% (1089); y negociación incompatible con un 16% (922). Asimismo, se indica que el 41% (2378) de

[3] *Gob.pe*, "Condenas en delitos de corrupción durante el 2022", enero 2024, *https://www.gob.pe/33717-condenas-en-delitos-de-corrupcion-durante-el-2022*

[4] Reporte mapas de la corrupción, "Corrupción en cifras: casos en trámite a nivel nacional", *https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/10/Reporte-Mapas-de-la-corrupción-N-2-2023.pdf*

[5] *Idem*.

los casos en trámite por corrupción presenta como entidad agraviada a las municipalidades, seguido de los Gobiernos regionales con el 17% (989) y la Policía Nacional del Perú (PNP) con 10% (571).[6]

Sobre el estado de los casos, el 98% se encuentra aún en etapa de investigación fiscal; el 93% (5430) en investigación preliminar; y el 5% (320) en investigación preparatoria. Solo el 0.4% se encuentra en etapa intermedia (21) y el 0.8% en juicio oral o juzgamiento (45).[7]

Los datos descritos sobre los implicados en las investigaciones fiscales y judiciales, y de los funcionarios y empleados condenados se advierte que el Perú se encuentra inmerso en una extrema corrupción que afecta las esferas del sector público, inclusive, del sector privado. Desde el momento en que se encuentran gobernadores regionales y alcaldes municipales se puede concluir que muchos de los que encabezaron los movimientos u organizaciones políticas para triunfar en el sufragio universal, se han aprovechado de su cargo para destinar los fondos económicos del Estado a favor de amigos o familiares en perjuicio de obras públicas. Podemos afirmar, sin lugar a equivocarnos, que los movimientos o agrupaciones políticas que se organizan con la finalidad de participar en las elecciones, está integrado por elementos sin ética, menos sentimiento social.

Para nadie es un secreto que todos los expresidentes se hallan procesados, incluido el expresidente indultado; es posible, que la actual presidente Dina Elicira Boluarte Zegarra, tendrá también el mismo final por las carpetas fiscales con que cuenta.

3.1. Corrupción en acción

En el trabajo de Henry Carrillo Bejarano Sanabria y Diana Carolina Jaimes Suárez, titulada *Corrupción: una lectura entre el derecho y la moral,* se citan tres definiciones de corrupción que se encuentran vigentes en la actualidad. Es decir, la de Joseph Nye,

[6] *Idem.*

[7] *Idem.*

que es el que sigue: "la corrupción es un comportamiento que se desvía de los deberes normales de un rol público debido a intereses de carácter privado (familia, camarilla privada cercana), pecuniarios o de estatus; o viola las reglas contra el ejercicio de ciertos tipos de influencia privada". De Carl Friedrich: "la corrupción es un tipo de comportamiento que se desvía de la norma que realmente prevalece o se cree que prevalece [...] es un comportamiento desviado asociado con una motivación particular, a saber, la ganancia privada a expensas de lo público". Por último, de Heindenheimer, quien considera que: "la corrupción es una transacción entre actores del sector público y privado a través de la cual los bienes colectivos se convierten ilegítimamente en pagos al sector privado".[8]

Estos conceptos, hoy mantienen su plena vigencia, aunque el fenómeno se ha incrementado abismalmente comprometiendo el presupuesto anual del Estado peruano en perjuicio de los servicios públicos.

La Contraloría señala que el concepto de corrupción más aceptado y respaldado por las principales organizaciones intergubernamentales e internacionales más importantes es aquel del, "abuso del poder para beneficio propio o de terceros".

Los datos que nos proporciona la Plataforma del Estado peruano bajo la denominación de Contraloría General de la República son las siguientes que causan admiración por el costo económico que significa la corrupción.

La Contraloría General de la República calculó que el costo extrapolado de la corrupción y la inconducta funcional durante el 2023 habría significado un valor aproximado de S/ 24 268 millones, lo que significó un nivel de incidencia del 12.7% respecto al presupuesto del sector público ejecutado durante el año pasado y eso refleja una tendencia decreciente respecto a mediciones del año 2022, informó hoy el contralor general, Nelson Shack, durante una jornada informativa con medios de comunicación.

Se ha calculado que en el 2022 el país habría perdido cerca de S/ 24 418 millones por efecto de la corrupción y la incon-

[8] *Civilizar ciencias sociales y humanas. Revista Universidad Sergio Arboleda*, p. 102, *https://revistas.usergioarboleda.edu.co*

ducta funcional. Este monto equivale al 13.4% del gasto público consolidado (S/ 181 599.5 millones) y 2.6% del PBI (S/ 938 mil millones) de dicho año.

En la publicación de la Contraloría titulada, *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú. Una aproximación exploratoria,* nos proporciona los siguientes datos que el costo de la corrupción y la inconducta funcional, en términos de perjuicio económico al Estado asciende a S/ 23 297 036 682, lo cual representa el 15%, en promedio, del presupuesto nacional ejecutado y alrededor del 3% del Producto Bruto Interno (PBI) de 2019.[9]

En el sector transportes la cantidad 2,893 millones de soles, hubiera servido para financiar la construcción de 1,497 kilómetros de carretera.

En salud, con los 23 mil millones de perjuicio económico extrapolado del Gobierno general para el año 2019, se hubiera podido aliviar el 88% de la brecha total de infraestructura del sector salud. Se hubiesen podido construir 230 centros de salud y 116 hospitales de segundo y tercer nivel.

Mientras que en el sector educación, con el dinero perdido por corrupción, se hubiese podido cubrir el 100% de la brecha de infraestructura educativa de largo plazo.[10]

En un país con carencias económicas el fenómeno de la corrupción afecta en un buen porcentaje el presupuesto del país paralizando obras públicas que pueden beneficiar a la población del país y a los más necesitados.

3.2. Corrupción un tema recurrente

La historia del Perú registra situaciones de corrupción vergonzosa y perjudicial para el erario nacional, desde la época del guano del siglo XIX (década 1840 — 1850).

---

9 Corrupción en el Perú, *https://doc.contraloría.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/CálculodelaCorrupciónenelPerú.pdf*

10 *Idem.*

Con respecto al tema, Cecilia Blondet, indica que los contratos de consignación del guano fueron instrumentos crediticios que sentaron las bases de un sistema financiero contaminado, desde sus inicios. Agrega que, nace sin legitimidad, fraudulento, regido por leyes absurdamente complicadas, que no se aplican o que son manipuladas en función de los intereses de la élite. Precisa que, los costos de la corrupción más altos del siglo XIX se dan precisamente en época del guano.[11]

El Perú, desgraciadamente ha transitado por situaciones similares; para el efecto proporcionamos algunos datos.

La Procuraduría Pública en delitos de corrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (PPEDC), en el año 2018, afirma que los daños provocados por la corrupción son incalculables e inciden en la deficiente prestación de servicios públicos elementales, siendo esta una de las causas más graves de violaciones a los derechos humanos, al menoscabar las bases del Estado democrático de derecho, que tiene como fin garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos (derecho a la vida, a la salud, a la buena educación , acceso a la justicia, a la integridad y seguridad personal, etcétera).[12]

Asimismo, la entidad mencionada, agrega que las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su preámbulo ha señalado la preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, con lo cual se expresa la vinculación entre la corrupción y la inestabilidad democrática y jurídica que facilitaría la comisión de violaciones a los derechos humanos.[13]

---

11 Cecilia Blondet, "Reseña del libro "Historia de la corrupción en el Perú"- de Alfonso Quiroz", *Revista Argumento*, núm. 2, mayo 2013. Instituto de Estudios Peruanos (IEP), *https://argumentos-hisóricoiep.org.pe/artículo/reseña-del-libro-historia-de-la-corrupción-en-el-perú-de-alfonso-quiroz*

12 Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Corrupción en Gobiernos Regionales y locales*, Informe temático, septiembre 2018, pp. 1-63.

13 *Idem*.

La defensoría del pueblo, ha señalado que las situaciones de corrupción involucran, también, la vulneración directa o indirecta, de los derechos de las personas y la comunidad. Señala también que las violaciones directas se verifican cuando los actos de corrupción impiden el ejercicio de los derechos fundamentales. Luego, señala que, de otro lado, cuando la corrupción es un elemento que conduce a una serie de actos que derivan en violaciones o vulneraciones, debe entenderse que la corrupción atenta indirectamente contra derechos fundamentales.[14]

Las organizaciones internacionales, como es conocimiento general, han establecido el marco normativo para afrontar este fenómeno, pero sin resultados positivos. Es así que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigencia el 14 de diciembre de 2005, ha sido ratificado por 37 países y procedido a su firma por 137.

El 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997.

Se han realizado Cumbres de las Américas, han reunido a presidentes y jefes de Estado; pero, sin resultados positivos para erradicar el problema en forma objetiva.

IV. Corrupción: afecta derechos fundamentales

4.1. Más pobreza en el país

El Gobierno bajo la presidencia de la señora Boluarte, en los primeros días de mayo del presente año, pretendió ocultar los datos del INEI sobre pobreza monetaria en el país, del 2023 que registra una tendencia distinta a la que se observa en los últimos veinte años. Según la declaración del miembro responsable de la comisión Javier Herrera lo que se advierte es el aumento de la pobreza urbana; explica que, si uno toma los datos del año 2016

[14] Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción. Serie de Documentos Defensoriales núm. 12, p. 10.

—hace apenas siete años— y los compara con los actuales, casi se ha triplicado, la incidencia de la pobreza. En este lapso el índice de pobreza de Lima ha pasado de 11% a 28,7%. Señala el perito en la materia que el incremento es muy significativo, y lo mismo ocurre también en otros entornos urbanos alrededor del país. En área rural se observa también el crecimiento de la pobreza extrema. Con respeto a la pobreza rural, señala que hubo una reconfiguración espacial de la pobreza que no ha sido considerada en el diseño de las políticas públicas ni en la estrategia de lucha contra la pobreza. Agrega que, esto ocurre, por una falta de reacción y de capacidad para afrontar el problema.

Con respecto a la situación alimentaria de la población del país, sostiene que los datos del INEI, el déficit calórico en 2023 fue del 36,3%. Es decir, más de un tercio de la población sufre hambre. Son personas que no logran comprar las calorías necesarias. Esta es la cifra más alta que se haya tenido desde el 2004 (desde que se tiene). Y aquí el punto esencial es que hay más hambre en Lima que en el mundo rural.

El entrevistado Javier Herrera, respondiendo a la pregunta ¿A cuánto asciende el déficit calórico en Lima? Indica que en el 2007 la incidencia del déficit calórico en Lima era apenas del 15,3%. Ahora estamos en 43,5%. Ya estamos llegando casi a la mitad de población que no logra cubrir su necesidad alimentaria básica.[15]

Se sabe que el 72% de la población peruana se encuentran en las grandes ciudades del Perú; por tanto, en el área rural permanecen solamente una población del 28%; por tanto, por la densidad poblacional de las ciudades, es cierto que existen cordones de pobreza en la ciudad, incluida la ciudad capitalina que concentra el 29,7% de la población total del país (32, 625,948).

Con respecto a la desnutrición infantil, los medios de comunicación y programas de televisión, desde hace tiempo, vienen indicando que el Perú afronta una situación de desnutrición infantil. Los datos oficiales que nos proporciona el INEI con referencia al año 2022, nos indica que, la desnutrición, afectó al

[15] Paola Villar, "Entrevista a Javier Herrera Zúñiga, director de investigación en el Instituto de Investigaciones para el Desarrollo (IRD)", *El Comercio,* 11 de mayo de 2024, sección Economía, p. 9.

11.7% de niñas y niños menores y cinco años de edad en el Perú. Cifra mayor en 0.2 punto porcentual más que lo registrado en el año 2021. Los porcentajes más altos de desnutrición se registran el Huancavelica (29,9%), Loreto (21,8%) y Amazonas (21.7%); mientras que las tasas más bajas lo registran Tacna (2.8%) y Moquegüa (2.9%).

Por su parte Caroline Trivelli, investigadora principal del Instituto de Estudios Peruanos (IEP) con respecto a los datos proporcionados por el INEI con respecto a la medición de la pobreza monetaria del 2023, del que se desprende que la pobreza se incrementó en 600,000 personas, con lo que el 29% de peruanos estuvo en situación de pobreza.[16]

4.2. La anemia infantil

Otro aspecto, consecuencia de la mala gestión gubernamental es la anemia infantil, que registra en el país, en 20 regiones, de las 25 con que cuenta el país, desde el 2019.

Las últimas cifras de anemia infantil indica que el 43.1% de niños, menores de tres años sufre la anemia por deficiencia de hierro. La anemia impide el correcto desarrollo cognitivo, psicomotor y emocional de los niños a los que afecta, lo que limita sus oportunidades educativas.

Entre el 2019 y el 2023, la tasa de anemia infantil aumentó de 40,1% a 43.1% en el país. Con ello según estimaciones del IPE, más 700 mil menores de tres años habrían sido afectados por esta condición al cierre del 2023, 50 mil casos más que antes de la pandemia. En las regiones de Cajamarca y Huánuco, la incidencia de anemia subió en más de ocho puntos porcentuales. En Puno, aunque el aumento fue modesto; sin embargo, la anemia afectó al 70% de niños.

La causa de este fenómeno estaría asociada a las condiciones laborales adversas que ha experimentado los hogares, lo cual ha

[16] Carolina Trivelli, "Cinco apuntes sobre la pobreza y el INEI", *El Comercio,* 11 de mayo de 2024, sección Economía, p. 9.

perjudicado a la calidad nutricional de su consumo de alimentos. El informe periodístico señala que en Arequipa y Lima, faltan recuperar alrededor de 291 mil de empleos adecuados y las tasas de anemia se han incrementado de un promedio de 31,7% a 37,0% entre el 2019 y el 2024. Según el informe, no obstante, el incremento de la anemia se ha ido reduciendo el presupuesto destinado a fortalecer la nutrición de la población infantil.[17]

Frente a la corrupción se han establecido políticas internacionales, a través de documentos de la misma envergadura, para enfrentar el fenómeno con la finalidad de controlarlos con eficiencia y puntualidad; sin embargo, en la mayor parte de países, sobre todo latinoamericanos, no han tenido el efecto esperado.

Con respecto al punto, Julio Rodríguez Vásquez, citando al profesor español Santiago Mir Puig, señala que un Estado social propugna tomar partido efectivo en la vida social y estar al servicio de todos los ciudadanos, mediante la eliminación de barreras que separan al Estado y la sociedad. Agrega, citando al mismo autor que, bajo dicho modelo, el Estado tendrá como fin crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo.[18]

Luis Almagro en el prólogo de la obra *Impacto de la corrupción en los derechos humanos,* expresa que la corrupción es una enfermedad hereditaria, autoinmune a cualquier sistema político donde los seres humanos son sus operadores. Agrega que no conoce fronteras de ningún tipo, ya sean ideológica, de color político, incluso de niveles de fortaleza institucional.[19]

---

17 *El Comercio*, "La anemia infantil aumento en 20 de 25 regiones desde el 2019", 26 de mayo 2024, p. 16.

18 Rodríguez Vásquez, Julio, *Comentario académico. Estado de derecho y corrupción,* p. 35, *https://dehpucp.pucp.edu.pe*

19 La obra prologada por Luis Almagro es editada por Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela *Impacto de la corrupción en los derechos humanos,* Querétaro, IECEQ, 2018.

V. Conclusión

La crisis que afronta el Perú, donde no existe estabilidad política, tampoco seguridad ciudadana por incremento de la delincuencia organizada, se ha creado un escenario donde el problema económico se acentúa, incrementando el hambre y la desnutrición infantil, la reducción del mercado laboral, incrementando la desocupación, la reducción de la inversión privada nacional e internacional, y otros problemas más, donde el Gobierno y el Congreso de la República, no toman decisiones para brindar seguridad, promover garantías para incentivar la seguridad y la inversión nacional e internacional, aliviar los problemas agudos que afronta un sector de peruanos. Los derechos económico-sociales se encuentran sin atención.

Huancayo, Perú, julio 2024.

Derechos fundamentales en México: ambiente y energía

***

Fundamental rights in Mexico: environment and energy

María del Carmen Aurora Carmona Lara[*]

Resumen: el objeto del estudio es reflexionar sobre la relación ambiente/ energía y su conexión con los derechos fundamentales desde una visión sistémica para contar con elementos para el derecho a la energía con un enfoque de derechos humanos y para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que los sustentan, incluyendo el camino hacia los objetivos de desarrollo sustentable. Derechos fundamentales, derechos humanos y el derecho al desarrollo sustentable serán el eje sobre el cual se construirán las propuestas que serán claves para el derecho a la energía.

Abstract: the purpose of the study is to reflect on the relationship between environment and energy and its connection with fundamental rights from a systemic perspective in order to have elements for the right to energy with a human rights approach and to comply with the international commitments that support them, including the path towards the sustainable development goals. Fundamental rights, human rights and the right to sustainable development will be the axis on which the proposals that will be key to the right to energy will be built.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, carmona@unam.mx, *ORCID: 0000-0003-3452-3451*

Palabras clave: derechos fundamentales, derechos humanos económicos, sociales y culturales, derecho al medio ambiente sano, acceso a la energía eléctrica como derecho humano, objetivos legítimos de interés público.

Key words: fundamental rights, economic, social and cultural human rights, right to a healthy environment, access to electricity as a human right, legitimate objectives in the public interest.

Sumario: I. Nota introductoria. II. Derechos fundamentales y derechos humanos. III. Hacia la regulación integral de los recursos energéticos para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Referencias.

I. Nota introductoria

El objeto del presente análisis es abordar el derecho al medio ambiente sano en sus vertientes de bienestar y energía para el desarrollo sustentable como los grandes temas para construir el constitucionalismo para la democracia del siglo xxi, dentro del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Los derechos fundamentales vinculados a la energía se conectan con soberanía energética y con el reconocimiento de los recursos energéticos como bienes nacionales. Al ser la nación la titular de los recursos energéticos tiene que considerar como derecho fundamental la preservación, protección y restauración del ambiente a partir de la responsabilidad por daño ambiental, la contaminación, el deterioro de los recursos naturales, la pérdida de biodiversidad, que generan efectos adversos a los bienes nacionales y que deben ser considerados para el aprovechamiento sustentable de la energía.

Bajo la perspectiva del reconocimiento de la energía como un bien para la satisfacción de las necesidades básicas, con el enfoque de derechos humanos se genera la posibilidad de establecer un derecho humano al acceso a la energía bajo esquemas de solidaridad e innovación tecnológica.

Para lo anterior es necesario cumplir con las metas de los objetivos del desarrollo sustentable que a nivel internacional se encuentran reconocidos. Nuestra Constitución en los artículos 25, 26 y 27 considera a la energía como un bien nacional y productivo que se encuentra bajo los derechos fundamentales asociados a los objetivos legítimos de interés público[1] lo que implica que toda persona tiene derecho a la energía para su bienestar y el logro del desarrollo sustentable del país.

II. Derechos fundamentales y derechos humanos

2.1. Derechos fundamentales y derechos humanos

Los derechos fundamentales han sido objeto de análisis y discusión en los últimos años entre los constitucionalistas, debido a la irrupción de los derechos humanos como una nueva forma universal de considerar a aquellos principios que se consideran inmanentes y que se encuentran reconocidos en el ámbito nacional. "Deben ser entendidos como un sistema jurídico único a nivel interno e internacional mediante el cual se realiza una protección amplia y efectiva de la dignidad humana, y de los derechos a la libertad, la justicia y la paz de los cuales es titular todo ser humano por el sólo hecho de ser persona".[2]

En el debate se pone en la mesa que los derechos fundamentales sean exigibles, de no serlo, se pueden convertir en buenas intenciones, en un listado de postulados cuyo cumplimiento efectivo no es posible. La doctora Pilar Hernández señala claramente esta confusión cuando nos dice que hay un "uso equívoco

---

1 *Diario Oficial de la Federación*, Ley de Infraestructura de la Calidad, art. 10, publicada el 1 de julio de 2020.

2 Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Ciencia y Cultura*, La Paz, año IXX, núm. 35, 2015, pp.163-183, *http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232015000200009&lng=es&tlng=es*

que se realiza en torno al concepto de *derechos fundamentales*, el papel que estos juegan en la Constitución y las dimensiones vigentes.[3] Otra confusión aparece entre las garantías y los derechos fundamentales al respecto se puede decir "que las garantías son derechos fundamentales, pero no todos los derechos fundamentales son garantías".[4] Las garantías se encuentran en el derecho a exigir la protección de los derechos y los mecanismos y principios para ello, los derechos fundamentales son sustantivos y las garantías adjetivas.

La división entre derechos fundamentales y derechos humanos ha trascendido a la clasificación de los derechos. Karl Vasak[5] señaló que "Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a ambas categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro y presentó una clasificación de derechos fundamentales por generaciones, los derechos fundamentales fueron clasificados en derechos de primera generación (civiles y políticos), de segunda generación (económicos, sociales y culturales) y de tercera generación (colectivos y de medio ambiente) que ha sido debatida y malentendida, queriendo darle un contenido histórico que no coincide con la evolución de los derechos y su reconocimiento.[6] Los derechos no tienen jerarquía o prelación por lo que la visión de derechos de cada generación pareciera que se superponen unos a otros, al respecto Vasak señala: "Mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de la tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad".[7]

---

3 Hernández, María del Pilar, "Constitución y Derechos Fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 1, núm. 84, enero de 1995, *https://doi:10.22201/iij.24484873e.1995.84.3388*

4 *Ibidem*.

5 Vasak, Karl, "*La Larga Lucha de los Derechos Humanos*", *El Correo UNESCO*, París, noviembre de 1977, pp. 29-32.

6 Sotillo Antezana, *op. cit*.

7 Vasak, Karl, *op. cit*., p. 29.

El binomio ambiente/energía tiene como fundamento a los derechos fundamentales a partir de los siguientes instrumentos internacionales:

- Los derechos humanos derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el que destaca el artículo 3º que establece "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".[8]
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que establece en el artículo 1º inciso 2. "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional".[9]
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el que los artículos 11 y 12 dan fundamento a los temas del presente estudio en los que reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia y el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, con programas concretos, mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, de modo que se logren la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales; y el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.[10]

---

8 ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 1, Paris, 1948, *http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/*, de 2024.

9 ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, *https://www.refworld.org/es/leg/multilateraltreaty/unga/1966/es/129164*

10 ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966,

Los derechos fundamentales y el enfoque de derechos humanos frente al binomio ambiente/energía requieren tomar como base los instrumentos internacionales señalados que definen la relación entre el ciudadano y el Estado y de los que se deriva el siguiente esquema:

Declaración Universal de los Derechos Humanos	
Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales
Derechos de libertad	Derecho de igualdad
Derecho de oponerse al Estado	Derecho a exigir al Estado
Derecho de defensa y acudir a tribunales	Derecho de participación en la toma de decisiones en asuntos públicos
Protección particular	Protección de la colectividad
Derecho de los titulares de derechos	Derecho de usuarios, beneficiarios y consumidores
Unipersonales y casuísticos	Programáticos

Fuente: elaboración propia.

Los derechos fundamentales, tienen como base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos asumen diferencias a partir de su calidad de derechos civiles y políticos y su consideración como derechos económicos, sociales y culturales, en el primer caso es la esfera de la dignidad humana en el ejercicio de sus libertades y en el segundo caso son los derechos vinculados al desarrollo económico, con igualdad de derechos y oportunidades. En ambos casos son derechos fundamentales y en este sentido tenemos que recordar lo que señala el maestro Héctor Fix Zamudio:

> Estoy convencido de que el ordenamiento jurídico no constituye el único medio para lograr la tutela de los derechos fundamentales, pues ésta únicamente sería nominal sin la activa participación tanto de las autoridades públicas de todos los niveles como de los

Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, *https://www.refworld.org/es/leg/multilateraltreaty/unga/1966/es/129165*

> diversos sectores sociales, en los que debe imperar una verdadera cultura de los derechos humanos. [11]

2.2. Derechos humanos: ambiente y energía

Los derechos humanos vinculados al binomio ambiente/energía son un presupuesto indispensable para el goce de los derechos fundamentales. Destacan en este sentido los derechos humanos vinculados al derecho de acceso a la energía. En la Observación General número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que es el órgano facultado para supervisar la aplicación del PIDESC, que determinó en el párrafo 8.b,

> b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia [...].[12]

En el Artículo 4º de la Constitución se encuentran los derechos humanos relacionados con el binomio/ambiente:

> [...] Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará
>
> [...] Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general,

---

11 Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humano. Estudios comparativos,* 2a. ed. aumentada, México, Comisión de Derechos Humanos, 1999, p. 20.

12 CESCR, Observación General núm. 4, E/1992/23, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf*

> [...] Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho
>
> [...] Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho
>
> [...] Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo
>
> [...] Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales [...] [13]

En el caso de la jurisprudencia existen tesis aisladas que han abarcado los temas de medio ambiente y energía en relación con su carácter de derechos fundamentales y como derechos humanos. En el caso del derecho humano a un medio ambiente sano reconocido constitucionalmente se planteó su relacionan los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo la resolución señala:

> Los principios 2, 3, 4, 7 y 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, así como el informe B. en materia de desarrollo sostenible, brindan herramientas que permiten establecer la incorporación intrínseca de la sustentabilidad en el contexto del derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre un marco económico y social del desarrollo. Así, el principio constitucional de protección al medio ambiente sano y la obligación de garantizar su pleno ejercicio, conllevan incorporar un entendimiento central del concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, a fin de garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, en la inteligencia de que su importancia vital radica en evitar su deterioro, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales. En consecuencia, la obligación del Estado de proteger dicha prerrogativa y disponer que sus agentes

[13] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4.

> garanticen su respeto, implica compaginar metas fundamentales entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos, mediante el desarrollo sustentable, que persigue el logro de los objetivos esenciales siguientes:
>
> (i) la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo;
>
> (ii) la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social; y,
>
> (iii) la preservación de los sistemas físicos y biológicos —recursos naturales, en sentido amplio— que sirven de soporte a la vida de los seres humanos, con lo cual se tutelan diversos derechos inherentes a las personas, como los relativos a la vida, la salud, la alimentación y al agua, entre otros.[14]

En el caso de la energía como "concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica", se debe analizar si debería reconocerse el acceso a la energía eléctrica como un derecho humano debido a su importancia en la vida cotidiana y un presupuesto indispensable para el goce de múltiples derechos fundamentales, al respecto el Tribunal Colegiado del Primer Circuito resolvió:

> La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce derechos humanos económicos, sociales y culturales como la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; la educación de calidad; el acceso a los servicios de protección de la salud; un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas; la vivienda digna y decorosa; el acceso a la cultura; el acceso a la información y a sus tecnologías, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el Internet; la libertad de expresión e imprenta; la libertad de profesión, industria, comercio y trabajo; entre otros. El ejercicio de estos derechos depende cada vez y en mayor medida del suministro de energía eléctrica. En efecto, en el estado actual del desarrollo científico y tecnológico, los satisfactores materiales e inmateriales (tangibles e intangibles), se encuentran estrechamente ligados a la energía eléctrica, la cual es usada en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana

[14] Tesis XXVII.3o.16 CS, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 22 de junio de 2018.

> para generar energía lumínica, mecánica y térmica, así como para el procesamiento de la información y la realización de las telecomunicaciones. Por esta razón, el acceso a la energía eléctrica debe reconocerse como un derecho humano por ser un presupuesto indispensable, al constituir una condición necesaria para el goce de múltiples derechos fundamentales.[15]

Como puede apreciarse los tribunales tienen muy clara la diferencia entre los derechos fundamentales y la efectividad de su garantía como derechos humanos. En el caso del binomio ambiente y energía estamos ante una combinación en el que tanto los derechos humanos ya reconocidos para su goce pleno requieren de la energía entendida, como ya se expresó como "concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica" teniendo entonces a el derecho al medio ambiente sano, el derecho de acceso al agua y saneamiento para uso y consumo humano y el derecho a la alimentación, a partir del derecho de la energía como la trascendencia jurídica de la sustentabilidad, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales.[16]

En este sentido cabe hacer dos preguntas claves para determinar el carácter de los derechos fundamentales asociados al binomio ambiente/energía, para lo cual servirá de base el derecho de acceso a la electricidad:

- ¿Se puede considerar el acceso a la electricidad como un derecho humano? La respuesta es afirmativa en tanto que la electricidad es un elemento esencial para el funcionamiento de los servicios médicos, educativos y sociales, y su falta puede generar graves problemas de salud, seguridad y desarrollo, lo que la convierte en un elemento fundamental para el bienestar y el desarrollo de las personas y las comunidades. Con él se garantizan y hacen efectivos otros derechos humanos como el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación. Sin embargo, el acceso a la electricidad es un derecho de carácter contractual cuyo origen es la forma en que se sumi-

[15] Tesis I.3o.C.100 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 7 de diciembre de 2018.

[16] Tesis núm., XXVII.3o.16 CS (10a.). *op. cit*.

nistra el servicio ya sea por un ente público o privado, que atiende a las necesidades e intereses de los contratantes.

- ¿Qué tipo de derechos implica el acceso a la electricidad? El acceso universal a la electricidad es fundamental para reducir la pobreza, promover el desarrollo sostenible y garantizar una vida digna para todos. Cerrar la brecha energética debe ser una prioridad clave en la agenda global. La falta de acceso a la electricidad puede generar situaciones de desigualdad y exclusión social, y puede afectar negativamente el bienestar y el desarrollo de las personas y las comunidades, independientemente de la ubicación geográfica en que se encuentren que es la razón normativa para apoyar la difusión de la electrificación. Por ello es necesario entender a la electricidad como un derecho humano de acceso universal que debería postular: todos los seres humanos tienen derecho de acceso a la electricidad para satisfacer necesidades básicas.

Si bien las respuestas son afirmativas para el caso de la electricidad, se debe de considerar que, para poder tener derecho de acceso a ella y a cualquier otro tipo de energía, se requiere conocer el origen de los recursos energéticos que la generan. Es aquí en donde surgen los aspectos ambientales asociados al tipo de recursos energéticos, renovables o no renovables, su accesibilidad, el tipo de residuos que generan para considerarlas como limpias y las afectaciones adversas en los ecosistemas.

2.3. Derecho al desarrollo sustentable: sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica

El derecho al desarrollo sustentable es un derecho fundamental que garantiza el bienestar y el desarrollo de las personas y las comunidades, sin comprometer el equilibrio ecológico del planeta y a las generaciones futuras. Promueve la justicia social al abarcar tres dimensiones: económica, social y ecológica que, en combinación, sostienen y sustentan al entorno para que sea saludable, viable y equitativo. Esto implica que los Gobiernos deben adoptar políticas y estrategias que promuevan el desarrollo sustentable y protejan el medio ambiente, como parte de la salvaguarda de los derechos humanos. Implica la gestión eficiente y sostenible de

los recursos naturales, y la garantía de su acceso a las personas y las comunidades. Se trata de la creación de "políticas públicas que deben promover las capacidades que permitan a las personas hacer lo que quieren y ser las personas que quieren ser".[17]

El fundamento constitucional del derecho al desarrollo sustentable se encuentra en el Artículo 25 que en su primer párrafo señala:

> Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

En el párrafo octavo del mismo artículo 25, reformado en 2013 se establece: "Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente".[18]

Con estos principios constitucionales el derecho al desarrollo sustentable tiene como finalidad que la rectoría del desarrollo nacional sea integral y sustentable, logre una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, a partir de las modalidades que dicte el interés púbico y al uso en beneficio general de los recursos productivos.

Cabe destacar que el concepto de desarrollo sustentable que establece la Constitución contiene las tres dimensiones de este: económica, social y ambiental. El ámbito económico se encuentra en sujetar a las empresas del sector social y privado de la eco-

[17] Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Madrid, Paidós, 2012, p. 80.

[18] *Diario Oficial de la Federación*, Reforma publicada el 20 de diciembre de 2013.

nomía a las modalidades que dicta el interés público, que constituye un reconocimiento de su carácter de derecho fundamental. El social que está supeditado al uso en beneficio general de los recursos productivos. El ambiental cuando señala que para lo anterior es necesario cuidar de su conservación y el medio ambiente.

El derecho al desarrollo sustentable tiene como fundamento al concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, que señala el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito entendido como un: "concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, a fin de garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, en la inteligencia de que su importancia vital radica en evitar su deterioro, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales".

El Tribunal determina cuál es la obligación del Estado de proteger dicha prerrogativa y disponer que sus agentes garanticen su respeto, y considera que esto implica compaginar metas fundamentales entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos, mediante el desarrollo sustentable. Los objetivos esenciales son:

> *i)* la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo;
>
> *ii)* la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social, y
>
> *iii)* la preservación de los sistemas físicos y biológicos —recursos naturales, en sentido amplio— que sirven de soporte a la vida de los seres humanos, con lo cual se tutelan diversos derechos inherentes a las personas, como los relativos a la vida, la salud, la alimentación y al agua, entre otros.[19]

La trascendencia jurídica de la que señala el Tribunal nos lleva a reflexionar en torno a lo que significa el desarrollo sustentable frente a la teoría sociedad justa desarrollada con el enfoque de las capacidades como aproximación particular a la evaluación de la calidad de vida y a la teorización sobre la justicia social básica desarrollada por Martha Nussbaum. Para ella el umbral de capaci-

[19] Tesis XXVII.3o.16 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, 22 de junio de 2018.

dades mínimas está conformado por las 10 capacidades que toda sociedad debe garantizar a sus miembros: vida, salud física, integridad física, sentidos, imaginación y pensamiento, emociones, razón práctica, afiliación, otras especies —cuidado de la naturaleza, juego y control sobre el propio entorno—.[20] La capacidad viene a ser, por lo tanto, una especie de libertad: la libertad sustantiva de alcanzar combinaciones alternativas de funcionamientos. Dicho de otro modo, no son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico.[21]

Para entender al desarrollo sustentable como derecho fundamental se requiere seguir la concepción de justicia de Rawls en la que se "requiere que todos los bienes sociales primarios sean distribuidos equitativamente en la sociedad, de suerte que una distribución desigual favorezca al individuo en la peor situación".[22] En el marco de la estructura básica de la sociedad concebida por Rawls, las reglas que los asociados comparten están dictadas por instituciones como la constitución política o las principales disposiciones económicas y sociales. Tales instituciones definen cargos y posiciones, cargas y beneficios, poderes e inmunidades, para todos aquellos que se rigen por ellas. Una teoría de justicia social como la de Rawls se ocupa, pues, de la adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad.[23] Situación que es primordial para el desarrollo sustentable.

III. Hacia la regulación integral de los recursos energéticos para la salvaguarda de los derechos fundamentales

Para la regulación integral de los recursos energéticos y la salvaguarda de los derechos fundamentales en indispensable la ges-

20 Nussbaum, Martha, *op. cit*., p. 80.

21 *Idem*.

22 Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1971.

23 Caballero, José Francisco, "La Teoría de la Justicia de John Rawls", *Ibero Fórum*, otoño, núm. II, año I, México, 2006, p. 3.

tión de los recursos energéticos, la protección al ambiente y el desarrollo sustentable. La Constitución mexicana establece un marco jurídico que regula la gestión de los recursos energéticos, incluyendo la participación del Estado, la política comercial y la protección del medio ambiente. Estas regulaciones tienen un impacto significativo en la forma en que se desarrolla la industria energética en el país y que permiten la salvaguarda de los derechos humanos asociados al derecho al medio ambiente sano.

En los artículos 25, 26, 27 y 28, la Constitución establece los principios para la salvaguarda de los derechos fundamentales para la gestión integral y sustentable de los recursos energéticos, que son bienes nacionales y que requieren como objetivos legítimos de interés público de una regulación con enfoque de derechos humanos. Atendiendo a lo que exige la Ley de Infraestructura de la Calidad.[24]

Son las Normas Oficiales Mexicanas, las que tienen como finalidad atender las causas de los problemas que afecten o pongan en riesgo a los OLIPs y aquellos objetivos señalados en los acuerdos y tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. Para el binomio ambiente/energía los OLIPs, son: protección y promoción a la salud; protección al medio ambiente y cambio climático; el uso y aprovechamiento de los recursos naturales; el sano desarrollo rural y urbano; obras y servicios públicos; y cualquier otra necesidad pública, en términos de las disposiciones legales aplicables.

Destaca que la ley señale la posibilidad de que se integren a estos OLIPs "cualquier otra necesidad pública, en términos de las disposiciones legales aplicables".[25] Es una oportunidad para incluir el derecho a la energía y a la electricidad como un derecho humano de acceso universal que debería postular: todos los seres humanos tienen derecho a la energía y al acceso a la electricidad para satisfacer necesidades básicas.

Para la salvaguarda de los derechos fundamentales asociados al derecho a la energía se debe se tomar en cuenta los principios del artículo 27 constitucional en el que la estructura de bienes de

[24] Diario Oficial de la Federación, Ley de Infraestructura de la Calidad, publicada el 1 de julio de 2020.

[25] *Idem*, art. 10, frac. XV.

propiedad nacional sobre los recursos energéticos condiciona las estrategias, la política energética y las modalidades de explotación que se llevan a cabo en el sector energético. Dentro de las condicionantes por razones de interés público se cuenta con un mandato muy claro de protección ambiental, que tiene el objetivo de reducir el consumo y disminuir la generación de emisiones de gases de efecto invernadero y de otros contaminantes,[26] y se enfoca en el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente. La energía renovable y la eficiencia energética son aspectos clave en este sentido, ya que se buscan reducir la dependencia de los combustibles fósiles y minimizar los impactos ambientales.

Para poder reconocer a la energía como un bien de satisfacciones básicas y con ello construir los derechos fundamentales asociados a la justicia energética, se debe atender a lo que Rawls señala sobre el sentido usual de justicia que "consiste esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales".[27] Es decir considerando a la energía como un elemento para cubrir las necesidades básicas, sin distinciones arbitrarias y estableciendo la infraestructura para su distribución y acceso a partir de un equilibrio entre los intereses, el interés público y el interés privado o personal.

El derecho el desarrollo sustentable como un derecho fundamental consagrado en la Constitución junto con el derecho al medio ambiente sano como un derecho humano, son los puntales del derecho a la energía y fundamento para la justicia energética que se concretan al cumplir con los compromisos internacionales en materia de medio ambiente y cambio climático. Es de esperarse que en tanto se acelere la transición energética de México se logre a su vez transitar hacia un modelo de justicia energética para la salvaguarda del derecho a la energía.

---

26 Martinez Peniche, Íñigo G., "Interés privado versus interés público: sistemas energéticos y políticas climáticas en Canadá y México", *Norteamérica,* CDMX, 2012, vol. 7, pp. 79-105, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35502012000300003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-7228.*

27 *Cfr*., Rawls, J., *Two concepts of rules*, Oxford, Theories of Ethics, 1967, pp. 144 y ss, Rawls, J., *Justicia como equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, ed. castellana, Madrid, 1986, p. 19.

Referencias

Caballero, José Francisco, "La Teoría de la Justicia de John Rawls", *Ibero Fórum*, otoño, núm. II, año I, México, 2006.

Carmona Díaz de León, Eugenia Paola, "El Acceso a la Energía Eléctrica como Derecho Humano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año XLVII, núm. 47, 2023.

Hernández, María del Pilar, "Constitución y Derechos Fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 1, núm. 84, enero de 1995.

Löfquist, Lars, "Is there a universal human right to electricity?", *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, núm. 6, 2020.

Martinez Peniche, Íñigo G., "Interés privado versus interés público: sistemas energéticos y políticas climáticas en Canadá y México", *Norteamérica,* vol. 7. CDMX, 2012.

ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 1, Paris, 1948.

ONU, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados, vol. 999.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1971.

Saldaña, Javier, "Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXII, número 96, septiembre-diciembre de 1999, México.

Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Ciencia y Cultura*, La Paz, año IXX, núm. 35, 2015.

Vasak, Karl, "*La Larga Lucha de los Derechos Humanos*", *El Correo UNESCO*, París, noviembre de 1977.

Crisis climática y transición energética justa en México

***

Climate crisis and fair energy transition in Mexico

*Rosalía Ibarra Sarlat**

Resumen: ante la necesidad de poner en marcha las energías renovables para hacer frente a la crisis climática, este breve documento aborda el efecto colateral negativo de esta transición energética hacia los pueblos y comunidades indígenas, generado por el olvido de la dimensión social, cultural y consuetudinaria, ligado a la desprotección de sus derechos humanos y al ataque a los defensores ambientales. Se enfatiza en el respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada para una descarbonización justa, una obligación a cargo del Estado, pero sin exonerar el deber de debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos.

Abstract: given the need to implement renewable energies to confront the climate crisis, this brief document addresses the negative collateral effect of this energy transition towards indigenous peoples and communities, generated by the forgetting of the social, cultural and customary dimension, linked to the lack of protection of their human rights and the attack on environmental defenders. Emphasis is placed on respect for the

* Doctora en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante, España. Investigadora Titular A del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *ribarra@unam.mx*

right to prior, free and informed consultation for just decarbonization, an obligation to the State, but without exemption the duty of corporate human rights due diligence.

Palabras clave: transición energética; cambio climático; derecho a la consulta; indígenas; evaluación de impacto social; debida diligencia.

Keywords: energy transition; climate change; right to consultation; indigenous; social impact assessment; due diligence.

Sumario: I. Introducción. II. La justicia procesal y el reclamo del derecho a la consulta. III. La evaluación de impacto social vinculada al derecho a la consulta. IV. La debida diligencia en materia de derechos humanos: caso comunidad indígena de Unión Hidalgo, ProDESC y ECCHR vs. EDF. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Debido al calentamiento global antropogénico estamos enfrentando cambios en el sistema climático de gran magnitud, sin embargo, las medidas adoptadas no han sido suficiente para prevenir las consecuencias, para mitigarlas en necesario reducir drásticamente las emisiones de los gases de efecto invernadero (GEI), especialmente de dióxido de carbono (CO2). Las procedentes de la quema de combustibles fósiles y de los procesos industriales son las que más contribuyen a su aumento, basta señalar que en el año 2022 representaron alrededor de dos tercios de las emisiones de GEI, donde el sector de suministro de energía es la fuente dominante de emisiones, en este momento, representan el 86% del CO2 mundial,[1] lo cual se debe a que la generación de energía, primordialmente, sigue siendo a base del uso del petróleo, carbón y gas natural.

[1] United Nations Environment Programme, *Emissions gap report 2023: broken record. Temperatures hit new highs, yet world fails to cut emissions (again)*, Nairobi, UNEP, 2023, pp. XVI y XXIII.

De ahí que exista un acuerdo generalizado en la necesidad de descarbonizar[2] al sistema energético para mantener la viabilidad de cumplir el objetivo del Acuerdo de París, consistente en limitar el aumento de la temperatura global por debajo de los 2º C. Esta transición energética implica el abandono progresivo de las fuentes fósiles, la adopción acelerada de energías renovables (diversificadas) ligado al necesario desarrollo de la cadena de suministros, así como la introducción de nuevas tecnologías y explotación de diversos recursos de interés estratégico para transitar hacia una renovada industria energética, no obstante, esta también debe ser justa para evitar los conflictos socioambientales y la intensificación de las desigualdades sistémicas existentes de los pueblos y comunidades indígenas involucradas en este proceso.

En este último punto enfocaremos estas breves líneas: el efecto colateral de la transición energética generado por el olvido de la dimensión social, cultural y consuetudinaria, ligado a la desprotección de los derechos humanos de los afectados y al ataque a los defensores ambientales, cada vez en aumento. De acuerdo con el documento *(In)justica energética en América Latina*, publicado en 2021, a nivel global esta región abarca el 61% de los reclamos por abusos en el desarrollo de proyectos de energías renovables (básicamente hidroeléctrica, eólica y solar), al respecto se destaca que de 2010 a 2020 los casos reportados por violaciones a derechos humanos aumentaron un 1050%; México, aun con su incipiente transición hacia las energías renovables, es uno de los países con mayor incidencia, pues representa el 27% de los casos, siendo el sector eólico responsable del 63% de todos

[2] De acuerdo con el Glosario del IPCC, la descarbonización se entiende como el "proceso mediante el cual países, personas u otras entidades procuran lograr una existencia sin consumo de carbono de origen fósil. La descarbonización generalmente hace referencia a la reducción de las emisiones de carbono asociadas a la electricidad, la industria y el transporte." IPCC, "Anexo I: Glosario" en Masson-Delmotte Valérie *et al.* (eds.), *Calentamiento global de 1,5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, OMN, PNUMA, 2019, pp. 78 y 79.

los abusos contra los derechos humanos.[3] Si bien es necesaria la descarbonización del sistema energético, esta no debe ser a costa de la transgresión a los derechos a la tierra y el territorio, los derechos indígenas, el derecho al medio ambiente sano, el derecho a la consulta previa, libre e informada, y mucho menos mediante el ataque a personas defensoras del ambiente y de los derechos humanos.[4]

Respecto a este último punto, en el *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2023,*[5] elaborado por el Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2023 se documentaron 123 eventos de agresión en contra de personas y comunidades defensoras de derechos humanos ambientales, en cuyos eventos se identificaron 282 agresiones (homicidios, ataques sexuales, daños a propiedad, intimidación, hostigamiento). En cuanto al sector en el que suceden las agresiones, en este año el energético no ocupó un lugar preponderante, son menos de 5 casos, sin embargo, durante el año 2021, conforme al *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México, 2021*, el sector de energía eléctrica ocupó el tercer lugar con 17 eventos de agresión (15.7% del total), entre los proyectos desarrollados dentro del sector se encuentran los parques eólicos; a su vez se destaca que en este año se identificó al sector energético como el más letal con un total de 8 asesinatos; y respecto al tipo de agresiones perpetradas, además del homicidio, se identificó la intimidación y las amenazas como las más fre-

[3] Conforme al *Índice de Energías Renovables y Derechos Humanos* publicado en 2023, en la distribución geográfica de las denuncias graves, México junto con Brasil y Colombia, son los tres países de América Latina que encabezan las estadísticas. Avan, Carolina, *Índice de energías renovables y derechos humanos. Hallazgos clave de los sectores eólico y solar,* Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2023, p. 71.

[4] Véase Hudlet Vázquez, Karen y Hodgkins, *(In)justicia energética en América Latina*, Business & Human Rights Resources Centre, 2021, pp. 4, 5 y 20.

[5] CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2023*, México, CEMDA, 2024, pp. 14 y 37.

cuentes.[6] Por otro lado, si tomamos en consideración la cifra concentrada entre 2012 y 2018, los datos son alarmante, pues en el 29% del total de los casos, las agresiones ocurrieron en proyectos energéticos: hidroeléctricos con 66 casos y eólicos con 53, donde la mayoría de las agresiones están relacionadas con el proyecto eólico en Juchitán de Zaragoza, de ahí que Oaxaca ha sido el lugar con mayor número de ataques.[7]

II. La justicia procesal y el reclamo del derecho a la consulta

De acuerdo con la literatura,[8] destacamos cuatro aspectos que contempla la transición energética justa, sin ánimo de ser exhaustivos: 1) La justicia distributiva: reparto equitativo de beneficios y cargas en la producción y consumo de energía; 2) La justicia procesal: acceso a la información y participación efectiva para la toma de decisiones en la planificación e implementación de un proyecto de energía; 3) Justicia basada en el reconocimiento: reconocer poblaciones excluidas, marginadas y afectadas en la transición energética. Así mismo implica, el reconocer la pluralidad de la perspectiva social, étnica, cultural, racial; y 4) El derecho a resistir: derecho a resistir a proyectos energéticos no deseados por los pueblos, comunidades o poblaciones vulnerables, a razón de las cargas en sus terrenos o territorios.

---

6 CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2021*, México, CEMDA, 2022, pp. 35 y 36.

7 CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2019*, México, CEMDA, 2020, pp. 16-18.

8 Véase Borbolla, Catalina Gaxiola, "Percepción de los ciudadanos como actores en la transición energética, desde un enfoque de justicia", *Espiral Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXX, núm. 87, mayo-agosto, 2023, pp. 41 y 42; Tigre, María Antonia *et al*., *Litigio por la transición justa en América Latina. Una categorización inicial de los casos de litigio climático en medio de la transición energética*, Nueva York, Sabin Center for Climate Change Law, 2023, pp. 8-10, 34-37; Hudlet Vázquez, Karen y Hodgkins, *op. cit*., pp. 7 y 8; Mccauley, Darren *et al*., "Advancing energy justice: the triumvirate of tenets", *International Energy Law Review*, núm. 3, 2013, pp. 1-3.

En este contexto, en la descarbonización del sector energético las comunidades indígenas han sido afectadas desproporcionadamente ante la violación de sus derechos de acceso (participación, información y acceso a la justicia), ligado a la transgresión de múltiples derechos humanos y en específico con el derecho a un medio ambiente sano. De ahí que, el desarrollo de proyectos de energías renovables como centrales hidroeléctricas y parques solares o eólicos han sido impugnados ante las cortes internacionales y nacionales, malinterpretando, social y gubernamentalmente, estas demandas como contrarias a la tan urgente transición energética, ello al considerar que obstaculizan la descarbonización y la acción climática, lo que a su vez, incluso se ha vinculado con la estigmatización de personas y comunidades defensoras del medio ambiente, tierra y territorio. Sin embargo, es claro que un proyecto de descarbonización no puede tener cómo único fin la reducción de emisiones de GEI, sino que además debe cumplir con otras dimensiones, tales como la social basada en la garantía y protección de derechos humanos, si es que en realidad queremos transitar hacia sociedades justas, resilientes y sostenibles, ello de acuerdo con los objetivos de la *Agenda 2030*, y dos de sus principales principios:

1) Enfoque basado en los derechos humanos, donde las políticas, planes, programas, proyectos, etc. no son ajenos al cumplimiento de derechos y obligaciones en materia de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), de modo que los instrumentos vinculantes y no vinculantes de derechos humanos deben ser la guía para todos los sectores: público, privado y social.

2) No dejar a nadie atrás, que tiene entre sus fines poner fin a la discriminación, la exclusión, reducir desigualdades y vulnerabilidades, cuya puesta en práctica debe verse reflejado en leyes, políticas y prácticas sociales, donde su efectiva implementación y ejecución es crucial para reducir las desigualdades.

En este tenor, nos remitiremos concretamente a la *justicia procesal*, a razón de que México tiene el número más alto de denuncias de abusos contra el derecho al consentimiento previo, libre e informado, siendo uno de los derechos humanos más transgredidos en nuestro país.[9]

[9] Hudlet Vázquez, Karen y Hodgkins, *op. cit.*, p. 13.

El derecho a la consulta de comunidades y pueblos indígenas antes de adoptar una acción o medida susceptible de afectación a sus derechos e intereses, en el sistema jurídico mexicano deriva de la interpretación del artículo 2 constitucional y los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Conforme a estándares nacionales e internacionales la consulta debe ser previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoce los requisitos esenciales en los siguientes términos:

a) previa al acto, toda vez que debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución;
b) culturalmente adecuada, ya que debe respetar sus costumbres y tradiciones, considerando en todo momento los métodos tradicionales que utilizan en la toma de sus decisiones; en ese sentido, las decisiones que las comunidades indígenas tomen de acuerdo con el ejercicio de sus usos y costumbres deben respetarse en todo momento, lo que implica que las autoridades deben llevar a cabo la consulta, a través de medios e instrumentos idóneos para las comunidades indígenas, de suerte que la falta de acceso a las tecnologías de la información, no signifique un menoscabo en el ejercicio de este derecho;
c) informada, al exigir la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que sea comprensible, por lo que si así lo requiere el caso concreto, deberá ser proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como con todos los elementos necesarios para su entendimiento, de manera que los tecnicismos científicos no constituyan una barrera para que las comunidades puedan emitir una opinión; y
d) de buena fe, pues la consulta exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de particulares que actúen con su autorización o aquiescencia. Asi-

> mismo, debe efectuarse fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada.[10]

Este último inciso vinculado al requisito de que la consulta debe ser libre, pues esta implica que se realice sin ninguna coerción, intimidación o manipulación; así mismo, la SCJN ha señalado que el *impacto significativo constituye un elemento esencial* para que el derecho a la consulta proceda, en este sentido:

> [S]e ha identificado —de forma enunciativa mas no limitativa— una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria; y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros. Por tanto, las autoridades deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas.[11]

Cuyos impactos están fuertemente vinculados con la efectiva garantía y protección a los derechos a la libre determinación de los pueblos, al medio ambiente sano, al agua, a la alimentación, a la salud, entre otros. El *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los derechos indígenas*, presentado en 2009, puso de manifiesto que el objeto de las "consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura,

---

10 Tesis 2a. XXVII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, junio de 2016, t. II, p. 1213. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA.

11 *Idem*.

están arraigados";[12] es decir, en el tema que nos ocupa, poner fin al colonialismo energético.[13]

A su vez, el Relator también destacó que: "la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia",[14] ya lo decíamos anteriormente, esto no se traduce en oposiciones a la transición energética, sino a la exigencia del cumplimiento normativo que responda a procesos incluyentes y democráticos que atiendan las necesidades de todos los involucrados y no solo de algunos con intereses particulares. Por lo que estos procesos no pueden comprenderse como meros trámites a cumplir por los particulares involucrados o por la autoridad competente, sino más bien deben constituirse como mecanismos que les permita a las comunidades y pueblos indígenas influir realmente en el proceso de adopción de un proyecto, política, legislación o decisión que les pueda repercutir positiva o negativamente. De ahí que las consultas deben ser entendidas como negociaciones (adopción de decisiones por consenso), más que imposiciones de una parte sobre la otra.[15]

III. La evaluación de impacto social vinculada al derecho a la consulta

En el sistema jurídico mexicano el procedimiento para la aprobación de un proyecto de energía eléctrica, como puede ser el caso de un proyecto eólico, prevé conforme a la Ley de la Industria Eléctrica que la Secretaría de Energía (SENER) lleve a cabo pro-

[12] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

[13] Véase Cano Torres, Lee Roy y Rodríguez Cruz, Luis Alejandro, "El impacto social de las energías limpias en comunidades vulnerables. La energía eólica en la comunidad zapoteca de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca", *Ambiente y Desarrollo*, vol. 24, núm. 46, 2020, enero-junio, pp. 1-18.

[14] *Ibidem*, párr. 36.

[15] Véase *Ibidem*, párrs. 46, 49 y 51.

cesos de consulta, los cuales deben atender las consideraciones arriba mencionadas, a su vez, es de señalar que para este tipo de proyectos, además de contar con los permisos y autorizaciones otorgados por la Comisión Reguladora de Energía (CRE) de conformidad con la Ley en comento, su Reglamento y demás disposiciones administrativas que al efecto se expidan, adicionalmente se debe presentar ante la SENER, por parte del desarrollar del proyecto, una Evaluación de Impacto Social (EVIS), entendida como:

> [E]l documento que contiene la identificación de las comunidades, y los puebls ubicados en el Área de Influencia de un Proyecto del sector energético, así como la identificación, caracterización, predicción y valoración de las consecuencias a la población que podrían derivarse del mismo y las medidas de mitigación y los planes de gestión social correspondientes.[16]

Comprendiéndose por Impacto Social:

> [T]odos los cambios y consecuencias, positivas o negativas, que resultan del desarrollo de un Proyecto que se pueden experimentar de forma perceptual o física, individual o colectiva, que pueden incidir en la forma de vida de las mujeres y hombres integrantes de una comunidad, su cultura, su cohesión, estabilidad, temores y aspiraciones, servicios e instalaciones, actividades económicas, sus sistemas de toma de decisiones, su entorno físico, su salud y bienestar, al igual que en sus derechos.[17]

La EVIS que queda a cargo de los particulares, no es un asunto menor, ya que las repercusiones sociales indudablemente tienen un vínculo directo en la vulneración de los derechos humanos de las comunidades y pueblos involucrados, cuya garantía, protección y respeto es responsabilidad del Estado mexicano, de ahí que la directriz para la elaboración y sobre todo la aprobación de la EVIS deba ser el entramado jurídico en derechos humanos, desde luego, conforme a los bloques de constitucionalidad y convencionalidad derivados de las reformas al artículo1° constitucional, siendo crucial la aplicación del principio *pro persona*.

---

16 *DOF*, Acuerdo por el que se emiten las Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético, 1 de junio de 2018, art. 2, frac. X.

17 *Ibidem*, art. 2, frac. XI.

Aunado a lo anterior, el carácter preventivo que debe imperar en estas evaluaciones es un elemento que bien ha tomado en cuenta la Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 1013/2019,[18] al estimar que:

> [L]a única interpretación compatible con el derecho a la consulta es que la Evaluación de Impacto Social y la consulta a comunidades indígenas, debe hacerse siempre de manera previa a la etapa de autorización de la CRE, que en su caso, tendría que tomar en cuenta estos dos requisitos en su decisión de aprobar el proyecto de generación de energía eléctrica.
>
> Sostener lo contrario, nos llevaría a respaldar que las consultas en el marco de los proyectos de energía eléctrica no cumplan con el requisito de ser previas, puesto que no se daría desde las primeras etapas de planeación. Además, habría una "decisión administrativa" tomada en torno al proyecto (la autorización de la CRE) sin que se hubieren llevado a cabo las consultas para dicha determinación.[19]

Lo anterior es una interpretación conforme con el derecho a la consulta a comunidades y pueblos indígenas, enfatizando la importancia del enfoque participativo real y efectivo, donde "una vez que se haya llegado a un acuerdo o se haya dado el consenso por parte de las comunidades indígenas, de ser el caso, el particular interesado podrá proceder a solicitar el permiso o autorización por parte de la Comisión Reguladora de Energía".[20]

De modo que, esta interpretación erige al derecho a la consulta previa como eje rector antes de realizar un proyecto de energía eléctrica que pueda afectar a pueblos y comunidades que viven en el área de influencia. Pues como se ha señalado, la consulta no puede percibirse como parte de un trámite administrativo, es un derecho que al abarcar a los derechos de participación e información, tiene como finalidad que los implicados se involucren desde la planeación del proyecto, y que con información completa, objetiva, comprensible y oportuna tengan incidencia en el mismo, donde se vean reflejados sus intereses, opiniones, decisiones, y

[18] Resuelto en sesión el 6 de mayo de 2020.

[19] Párrafos 144 y 143.

[20] Párrafo 147.

sean realmente identificados los impactos sociales negativos (así como los ambientales) que se puedan prever, y los positivos, plasmados en acuerdos que definan los beneficios compartidos.[21] Lo anterior, mediante un enfoque diferenciado que permita atender las necesidades de grupos poblacionales a razón de su edad, género, discapacidad, etc. Sin esta visión, estamos ante procesos que menoscaban los derechos humanos, fomentan la desigualdad y la marginación, desembocando en conflictos sociales que rechazan proyectos para la descarbonización.

IV. La debida diligencia en materia de derechos humanos: caso comunidad indígena de Unión Hidalgo, ProDESC y ECCHR vs. EDF

En este orden de ideas, destacamos la relevancia que últimamente ha cobrado el deber de la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos, la cual tiene como finalidad identificar, evaluar, prevenir, mitigar y subsanar (mediante el seguimiento de procesos adoptados) los efectos negativos reales y potenciales sobre los derechos humanos derivados de las actividades empresariales; cuyo antecedente son los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, emitidos en 2011 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, basados en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, así como en la responsabilidad que tienen las empresas de respetar tales derechos. Lo anterior, vinculado al acceso a la justicia mediante recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento. Al respecto, las *Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales*, actualizadas en 2011, contienen principios y recomendaciones no vinculantes para una conducta empresarial responsable, donde se hace referencia al respeto de los derechos humanos en cada uno de los países en que una empresa tiene operaciones, en este sentido las empresas deben evitar causar o contribuir a violaciones de derechos humanos y comprometerse con los afectados en procesos de

[21] Véase Olmedo Neri, Raúl Anthony, "Análisis del marco normativo en los megaproyectos: la Evaluación de Impacto Social (EVIS)", *Textual*, núm. 73, 2019, pp. 147-178.

remediación; asimismo, se señalan en las directrices el deber del cumplimiento de normativas ambientales y laborales ligado a la adopción de medidas para su observancia.

De modo que, la prevención de los impactos negativos sobre las personas es el objetivo principal de la debida diligencia en materia de derechos humanos, la cual debe ser continua, pues los riesgos pueden cambiar con el tiempo; y debe basarse en la participación significativa de los interesados, en particular las partes afectadas y los defensores de los derechos humanos, indudablemente, como partes constitutivas en el proceso de desarrollo, implementación y evaluación de las acciones de debida diligencia. Como se aprecia, en el tema que nos ocupa, muy vinculado a la justicia procesal, en torno a la aplicación efectiva de la consulta previa, libre e informada por parte de empresas (nacionales o extranjeras) que quieran implementar un proyecto en el sector energético en México.

Es de señalar que, la presión sobre la obligatoriedad de la debida diligencia en materia de derechos humanos cada vez va en aumento, para ir más allá de simples recomendaciones o códigos de conducta voluntarios, siendo Francia el primer país en aprobar en 2017 la Ley sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas contratistas (*Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre),*[22] en virtud de esta ley las empresas transnacionales están obligadas a respetar la normativa de derechos humanos en sus actividades, ello al referirse a la casa matriz o empresa contratista e incluidas sus subcontratistas, proveedores y filiales que operen tanto en Francia como en otros países. La ley se remite a violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente. Bajo estos parámetros, esta Ley busca promover y reforzarla responsabilidad social de las empresas.

[22] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mère, *https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte*

Su ámbito de aplicación es amplio, abarca todos los sectores, cuyas empresas sometidas a la Ley[23] están obligados a presentar un plan de vigilancia anual, el cual es público y tiene un carácter preventivo, debe incluir un mapeo de riesgos; procedimientos de evaluación de la situación de sus filiales, subcontratistas o proveedores; acciones para detectar, mitigar y evitar riesgos de perjuicios graves contra los derechos humanos y el medio ambiente; mecanismos de recuperación de alertas; sistemas de seguimiento de medidas adoptadas para mitigar y prevenir los riesgos y de evaluación de eficacia. De acuerdo con la Ley cualquier persona nacional o extranjera podrá emprender una acción legal en jurisdicción francesa para exigir el cumplimiento de la normativa, en su caso, la empresa responsable podrá estar obligada a pagar daños y perjuicios a las víctimas, pero solo en caso de que no exista en plan de vigilancia, o bien este sea insuficiente o no se haya aplicado adecuadamente. Se destaca que la carga de la prueba recae sobre los afectados, lo cual consideramos es en perjuicio de las víctimas ante la desigualdad entre las partes.[24]

La aplicación de esta Ley cobra especial importancia en este breve documento sobre la transición energética justa en México, concretamente en Oaxaca, ello a razón de que el 13 de octubre de 2020 representantes de la comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo y las ONG ProDESC y el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) presentaron en Francia una demanda civil contra el gigante de la energía *Électricité de France* (EDF), alegando que su filial en México no estableció ni implementó medidas apropiadas para prevenir abusos

[23] La ley es aplicable a cualquier empresa establecida en Francia que emplee al menos 5000 mil personas; y al menos 10000 personas en casa matriz, filiales directas o indirectas, con domicilio social en Francia o en el extranjero.

[24] Véase ActionAid Francia- Peuples Solidaires, Les Amis de la Terre France, Amnesty International France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'Étiquette y Sherpa, *Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y empresas contratistas. Preguntas frecuentes*, 2018; Guamán, Adoración, "Debida diligencia en derechos humanos y empresas transnacionales: De la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2018; Guamán, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales", *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022, pp. 7-9.

a los derechos humanos e impactos ambientales adversos en la ejecución del proyecto del parque eólico *Gunaa Sicarú*, por lo que se demanda el respeto de los derechos humanos de la comunidad afectada y la suspensión del proyecto eólico como medida cautelar, de conformidad con la Ley sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas contratistas.[25]

De acuerdo con la evaluación de los Planes de Vigilancia de EDF realizada por Sherpa (ONG defensora de derechos humanos y del medio ambiente frente a actores económicos), *CCFD Terre Solidaire* (primer ONG francesa de solidaridad internacional) y *Business & Human Rights Resources Centre* (promueve los derechos humanos en las empresas y la erradicación de abusos) se ha detectado que estos no son adecuados, al no vincular las actividades de la empresa con las violaciones de derechos humanos, cuya omisión se ha reflejado en los proyectos eólicos desarrollados en Oaxaca, tales como *Gunaa Sicarú*, La Mata, Cinco Palmas y La Ventosa.[26]

En el caso que nos ocupa, uno de los principales argumentos es el incumplimiento del derecho de consulta conforme al Convenio 169 de la OIT y demás disposiciones normativas aplicables mexicanas e internacionales. Desde el 2013 cuando EDF comenzó a planificar el proyecto, se alegó que transgredió los derechos de la comunidad a ser consultados e informados, y por tanto su derecho a dar o negar su consentimiento sobre este proyecto, aunado a que miembros de la comunidad y ONGs informaron sobre algunos casos, en que los representantes de la empresa ofrecieron dinero, alimentos o promesas para persuadir a algunos miembros de la comunidad a declinarse a favor del proyecto, sesgando así el proceso de consulta,[27] lo que ha provocado polarización y escala-

---

25 Business & Human Rights Resources Centre, *EDF lawsuit (re indigenous rights in Mexico, filed in France)*, *https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/edf-lawsuit-re-indigenous-rights-in-mexico-filed-in-france/*

26 Véase Sherpa *et al*., *Le radar du devoir de vigilance. Électricité de France (EDF)*, *https://plan-vigilance.org/company/electricite-de-france-edf/* Hudlet Vázquez, Karen y Hodgkins, *op. cit*., p. 26.

27 European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), Pro-DESC y CCFD-Terre Solidaire, *Case Report. Wind farm in Mexico: French energy firm EDF disregards indigenous rights*, ECCHR, 2020. p. 2.

da de violencia contra los defensores de derechos humanos, pues hay quienes ven de manera favorable la promesa de empleos e inversiones y otros temen por la degradación ambiental y la pérdida de sus tierras, costumbres y cultura.[28]

Si bien es obligación del Estado asegurar el derecho a la consulta previa, libre e informada en la ejecución de proyectos de este tipo, de conformidad con lo señalado en los apartados anteriores, la empresa francesa incumplió con sus obligaciones al continuar con el proyecto sin estar plenamente garantizado este derecho e influir en la transgresión del mismo.

Desde entonces varios procedimientos legales se han promovido en instancias nacionales sin mayores resultados sustanciales para la comunidad afectada. Por lo que, en este nuevo juicio transnacional, actualmente en curso, se espera una resolución que exija a EDF el cumplimiento de su deber de debida diligencia, identificando, previniendo y mitigando de manera efectiva violaciones a derechos humanos resultantes del proyecto *Gunaa Sicarú*; que, de acuerdo con la Ley francesa, en caso de declararse el plan de vigilancia inadecuado o insuficiente procederá el pago de daños y perjuicios a las víctimas. En junio de 2024, el Tribunal de Apelación de París declaró admisible la acción judicial contra EDF, anulando las sentencias de primera instancia. Esta decisión permitirá un examen detallado de sus planes de debida diligencia. Los próximos debates ante el tribunal de París darán luz sobre la aplicación práctica de esta ley y se esperan precedentes importantes.

El reclamo de la justicia procesal efectiva, donde el derecho a la consulta previa, libre e informada este siempre garantizado para los pueblos y comunidades indígenas, como elemento fundamental para una transición energética justa, no es un ideal a

[28] De acuerdo con *el Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México, 2021*, elaborado por el CEMDA, para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021, miembros de la comunidad indígena del municipio Unión Hidalgo, tanto hombres como mujeres sufrieron amenazas, hostigamiento e intimidación, por parte de la empresa privada que ejecuta proyectos de energía eléctrica (eólica), es decir por EDF, empresa que produce energía renovable en la región. *op. cit.,* p. 61.

perseguir, es la exigencia del cumplimiento de los derechos humanos protegidos en la Constitución mexicana y en el derecho internacional, y que deben ser respetados y garantizados por el Estado, pero también por las empresas a razón del deber de debida diligencia, según los estándares internacionales de Naciones Unidas y de la OCDE, que en el caso que nos ocupa, la Ley francesa es relevante para ir más allá de la voluntariedad de la responsabilidad empresarial en torno al respeto de los derechos humanos en sus operaciones globales, donde el plan de vigilancia es el instrumento medular, pues no es un documento declarativo o informativo, implica ejecución de acciones y una revisión periódica de la evolución de los riesgos para los derechos humanos y su correspondiente gestión para protegerlos. Si bien el parque eólico de EDF genera electricidad con fuentes renovables, contribuyendo a la descarbonización del sector, "*this should never happen at the expense of human rights. Businesses must respect human rights, including the specific rights of indigenous people, in each of their operations. The participation of other actors in the operation —be it other businesses as subcontractors or even state authorities— do not free them from this responsibility*."[29] De modo que, "*the energy transition can only be legitimate and sustainable if it respects the rights to land, natural resources, and fundamental rights of local communities.*" [30]

V. Conclusiones

La descarbonización del sector energético es necesaria para mitigar el calentamiento global y sus impactos adversos en crecimiento, sin embargo, esta transición energética debe respetar los derechos humanos para que sea justa, legitima y sostenible, pues lo contrario ha provocado conflictos socioambientales, la no aceptación de proyectos de energías renovables, la violencia contra defensores de derechos humanos y su estigmatización, así

[29] European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), ProDESC y CCFD-Terre Solidaire, *Case Report. Wind farm in Mexico: French energy firm EDF disregards indigenous rights op, cit*., p. 1.

[30] *Ibidem*, p. 5.

como la intensificación de las desigualdades sistémicas existentes de los afectados, como es el caso de los pueblos y comunidades indígenas, quienes han visto transgredidos sus derechos en la planeación y ejecución de este tipo de proyectos. Especialmente, en México el derecho a la consulta constantemente no es respetado, ello a pesar del gran bagaje normativo aplicable en el ámbito nacional e internacional, sin embargo, es un derecho medular, cuyo enfoque preventivo es destacable, tal como lo ha reconocido la SCJN en su vínculo con las Evaluaciones de Impacto Social, procedentes para la autorización e implementación de un proyecto energético, proceso que, además, no puede comprenderse como un mero trámite, pues su eje rector debe ser el entramado jurídico en derechos humanos conforme a los bloques de constitucionalidad y convencionalidad, con la especial aplicación del principio *pro persona*, lo que permitirá superar el desequilibrio de poder existente entre las partes interesadas.

A su vez, subrayamos que la transición energética justa se relaciona con la responsabilidad social del sector privado, donde la obligatoriedad del deber de debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos cobra cada vez más relevancia. Especial importancia tiene la Ley francesa sobre el deber de vigilancia, emitida en 2017, actualmente en discusión su cumplimiento en el caso *Comunidad Indígena de Unión Hidalgo, ProDESC y ECCHR vs. EDF*, un asunto que pone de manifiesto nuevas vías de acción jurisdiccional internacional para exigir la garantía y respeto de los derechos humanos ante la opacidad de los Estados en su deber de protección, pues esto no puede, ni debe eximir a las empresas de su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir abusos a los derechos humanos en su operatividad.

Referencias

ActionAid Francia- Peuples Solidaires, Les Amis de la Terre France, Amnesty International France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'Étiquette y Sherpa, *Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y empresas contratistas. Preguntas frecuentes*, 2018.

Avan, Carolina, *Índice de energías renovables y derechos humanos. Hallazgos clave de los sectores eólico y solar,* Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2023.

Borbolla, Catalina Gaxiola, "Percepción de los ciudadanos como actores en la transición energética, desde un enfoque de justicia", *Espiral Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXX, núm. 87, mayo-agosto, 2023.

Business & Human Rights Resources Centre, *EDF lawsuit (re indigenous rights in Mexico, filed in France)*.

Cano Torres, Lee Roy y Rodríguez Cruz, Luis Alejandro, "El impacto social de las energías limpias en comunidades vulnerables. La energía eólica en la comunidad zapoteca de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca", *Ambiente y Desarrollo*, vol. 24, núm. 46, 2020, enero-junio.

CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2023*, México, CEMDA, 2024.

CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2021*, México, CEMDA, 2022.

CEMDA, *Informe sobre la situación de las personas y comunidades defensoras de los derechos humanos ambientales en México 2019*, México, CEMDA, 2020.

European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), ProDESC y CCFD-Terre Solidaire, *Case Report. Wind farm in Mexico: French energy firm EDF disregards indigenous rights*, ECCHR, 2020.

Guamán, Adoración, "Debida diligencia en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2018.

Guamán, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales", Trabajo y Derecho, núm. 87, 2022.

Hudlet Vázquez, Karen y Hodgkins, *(In)justicia energética en América Latina*, Business & Human Rights Resources Centre, 2021.

IPCC, "Anexo I: Glosario" en Masson-Delmotte Valérie *et al.* (eds.), *Calentamiento global de 1,5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, OMN, PNUMA, 2019.

Mccauley, Darren *et al.,* "Advancing energy justice: the triumvirate of tenets", *International Energy Law Review*, núm. 3, 2013.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

Olmedo Neri, Raúl Anthony, "Análisis del marco normativo en los megaproyectos: la Evaluación de Impacto Social (EVIS)", *Textual*, núm. 73, 2019.

Sherpa *et al.*, *Le radar du devoir de vigilance. Électricité de France (EDF)*.

Tigre, María Antonia *et al.*, *Litigio por la transición justa en América Latina. Una categorización inicial de los casos de litigio climático en medio de la transición energética*, Nueva York, Sabin Center for Climate Change Law, 2023.

United Nations Environment Programme, *Emissions gap report 2023: broken record. Temperatures hit new highs, yet world fails to cut emissions (again)*, Nairobi, UNEP, 2023.

Transición energética 4.0
Un enfoque multidimensional para la justicia climática

***

Energetic transition 4.0
A multidimensional approach to climate justice and human rights

*Henry Jiménez Guanipa**

Resumen: la transición energética 4.0 va más allá del simple reemplazo de fuentes energéticas para generar energías libres de emisiones, posicionándose como una transformación sistémica y multidimensional que abarca aspectos sociales, económicos, políticos, jurídicos, financieros y culturales. No se trata solo de avanzar hacia un modelo energético renovable, sino de asegurar que ese proceso respete los derechos humanos y proteja los ecosistemas, garantizando una transición justa y sostenible.

Abstract: energy transition 4.0 goes beyond merely replacing energy sources to generate emission-free energy, positioning itself as a systemic and multidimensional transformation that encompasses social, economic, political, legal, financial, and cultural aspects. It is not only about advancing toward a re-

* Abogado, máster en Derecho (Universidad de Heidelberg) y doctor en Derecho (Universidad Ruhr Bochum. Profesor y conferencista invitado en universidades e instituciones europeas y latinoamericanas. Consultor Sénior y presidente de la Red Internacional sobre Cambio Climático, Energía y Derechos Humanos (RICEDH).

newable energy model but also about ensuring that this process respects human rights and protects ecosystems, guaranteeing a just and sustainable transition.

Palabras clave: transición energética, cambio climático, derechos humanos, indicadores, *ius commune* ambiental.

Keywords: energy transition, climate change, human rights, indicators, environmental *ius commune*.

Sumario: I. Introducción. II. Redefiniendo la transición energética. III. *Ius commune* ambiental e indicadores para la transición energética. IV. La transición energética en la ruta hacia el 1.5°C. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La transición energética 4.0 se presenta como una transformación sistémica y multidimensional que trasciende la sustitución de combustibles fósiles por energías renovables. Este enfoque busca no solo reducir emisiones, sino también garantizar una transición justa que respete los derechos humanos y proteja los ecosistemas. En un contexto marcado por la emergencia climática y el auge del litigio climático, es necesario replantear cómo abordar este proceso para que sea inclusivo, eficiente y sostenible.

El artículo propone una redefinición de la transición energética desde una perspectiva integral, incorporando dimensiones sociales, económicas, políticas, jurídicas, financieras y culturales. A través del concepto de *ius commune* ambiental, se destacan los avances normativos en América Latina, como el Acuerdo de Escazú, que establece principios para garantizar la justicia ambiental y la participación ciudadana en los procesos de transición energética. Además, el texto enfatiza la importancia de desarrollar indicadores específicos que reflejen las particularidades de la región, permitiendo medir el impacto social y ambiental de los proyectos energéticos.

El caso mexicano se presenta como un ejemplo clave para analizar los desafíos y oportunidades de la transición energética en América Latina. A pesar de contar con un marco legal avanzado, el mix energético de México sigue dependiendo en gran medida de los combustibles fósiles, lo que pone en evidencia la necesidad de establecer una hoja de ruta clara hacia la descarbonización. Este análisis incluye la evaluación de herramientas como los litigios climáticos y los mecanismos de participación ciudadana para garantizar que la transición sea equitativa y respetuosa con las comunidades afectadas.

Finalmente, el artículo subraya la importancia de aprovechar las tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial para acelerar la transición energética de manera eficiente. También plantea que una transición exitosa requiere infraestructuras adecuadas, marcos regulatorios claros y una colaboración activa entre los sectores público, privado y social. Al integrar estos elementos, se aspira a consolidar un modelo energético que no solo enfrente los retos climáticos, sino que también promueva la justicia social y la sostenibilidad ambiental, estableciendo una base sólida para las generaciones futuras.

II. Redefiniendo la Transición Energética

2.1. Sustitución unidimensional

La transición energética de los combustibles fósiles a las energías renovables tiene sus inicios en la década de los 70 del siglo pasado, impulsada por las crisis del petróleo y el incremento de su precio. Esta transición no surgió para combatir el cambio climático, sino como una estrategia para fortalecer la seguridad energética a través de la diversificación de las fuentes de energía, que ya había comenzado en Europa con la incorporación del uso de la energía nuclear tras la Segunda Guerra Mundial.[1]

[1] *Cfr*. Jiménez G. H., "La Cuarta Transición Energética y el camino hacia la descarbonización: el caso de Alemania", en Jiménez G. H. y Luna, M. L. (eds.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos Colombia 2020 Tomo II: Protección del medio ambiente, derechos humanos y transición energética*, 2020, p. 257.

Al revisar la literatura encontramos que en 1980 se publicó en Alemania el libro Transición energética: crecimiento y prosperidad sin petróleo ni uranio, creando una base teórica e inspiradora de lo que sucedería en adelante, tanto en Alemania como en otros países europeos.[2]

En ese camino la transición energética se ha venido definiendo como un proceso de sustitución de fuentes de energías fósiles por fuentes de energías renovables para la segunda mitad de este siglo,[3] teniendo como elementos característicos: la descarbonización, para reducir las emisiones de CO2, la electrificación, para expandir el uso de electricidad limpia en sectores que utilizan combustibles fósiles, la eficiencia energética, para un uso más racional de la energía disponible y el desarrollo tecnológico, para fomentar innovaciones en almacenamiento, transporte y distribución de energía.[4]

Sin embargo, el concepto ha evolucionado en la medida en que ha crecido la conciencia respecto a la necesidad de su implementación para hacer frente a la actual crisis climática global y a sus devastadores impactos sobre el medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos.

En esta doble crisis, ambiental y de derechos humanos, el papel que juega la quema de combustibles fósiles es central. Como se sabe, el 86% de las emisiones mundiales de CO2 proceden de la producción y quema de petróleo, gas y carbón.[5]

La conocida gravedad del uso de energías a base de carbón fue abordada en la Asamblea General de las Naciones Unidas ce-

---

2 Krause, F., *Energie-Wende: Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran; ein Alternativ-Bericht des Öko-Instituts, Freiburg*. S. Fischer, 1980.

3 International Renewable Energy Agency (IRENA), *World Energy Transitions Outlook: 1.5°C Pathway*, 2023, *https://www.irena.org/Energy-Transition/Outlook*

4 International Energy Agency (IEA), The World Energy Outlook (WEO), 2021, *WorldEnergyOutlook2021.pdf*

5 United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2023: Broken Record – Temperatures hit new highs, yet world fails to cut emissions (again), XXIII Nairobi, 2023, *https://doi.org/10.59117/20.500.11822/43922.https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/43922/EGR2023.pdf?sequence=3&isAllowed=y*

lebrada en septiembre de 2024, en la cual se aprobó el *Pacto para el Futuro*. Este acuerdo, en su Acción 9, literal c, destaca la necesidad de "abandonar los combustibles fósiles en los sistemas energéticos mediante una transición justa, ordenada y equitativa". Se subraya la importancia de acelerar las medidas durante esta década crucial para alcanzar emisiones netas cero a más tardar en 2050, en consonancia con los datos científicos más recientes.[6] Este compromiso reafirma la urgencia de tomar acciones coordinadas a nivel global, poniendo énfasis en la justicia social y la equidad en la transición energética.

2.2. Transformación multidimensional

De igual forma, la transición energética ha dejado de ser un asunto exclusivo de las ciencias naturales y exactas con un enfoque centrado en aspectos tecnológicos. Los enfoques sociales, económicos, políticos, jurídicos, financieros e incluso culturales han adquirido una relevancia crucial haciendo indispensable una visión integral y holística, bajo un enfoque sistémico, multidimensional y multiactor para asegurar su viabilidad.[7]

La reciente y mayor encuentra de opinión pública sobre el cambio climático de la historia, *Voto Popular por el Clima 2024* patrocinada por las Naciones Unidas y desarrollada por un equipo de la Universidad de Oxford lo confirma. El 80% de los encuestados exigen a sus gobiernos medidas más contundentes para abordar el cambio climático.[8]

---

6 Naciones Unidas, *El Pacto para el Futuro* (Resolución 79/1, A/RES/79/1), Asamblea General de las Naciones Unidas, Septuagésimo noveno período de sesiones, Tema 123 del programa: Fortalecimiento del sistema de las Naciones Unidas. Nueva York, 2024.

7 Véase, FIIAPP, *Transición justa: Un enfoque para vincular las agendas climática, económica y social*, EUROCLIMA+, *https://www.euroclima.org/seccion-publicaciones/pais-region/america-latina-y-el-caribe/seccion-publicaciones/tipo-de-documentos/estudios-tematicos/transicion-justa-un-enfoque-para-vincular-las-agendas-climatica-economica-y-social*

8 United Nations Development Programme, *Peoples' Climate Vote*, https://climatepromise.undp.org/es/news-and-stories/el-80-de-las-personas-en-el-mundo-quieren-que-los-gobiernos-impulsen-una-mayor

Los resultados del estudio reflejan las crecientes movilizaciones globales que exigen medidas urgentes contra el calentamiento global y el abandono de los combustibles fósiles. Aunque muchas de estas protestas respaldan la transición energética, critican el otorgamiento de algunas licencias y los impactos ambientales de algunos proyectos, como daños a la biodiversidad y la alteración del paisaje. Expresiones como "Transición sí, pero no así" subrayan estas preocupaciones. Además, los litigios climáticos, con más de 2,000 casos activos en tribunales nacionales e internacionales, se han convertido en herramientas clave para abordar violaciones de derechos humanos y ambientales vinculadas a la transición energética. Esta estrategia de resistencia abarca una amplia gama de actores y escenarios[9] (Tabla 1) y plantea preocupaciones que se relacionan estrechamente con los derechos humanos-ambientales.

Tabla 1

Ciudadanos(as) vs. Estados[10]	Países Bajos vs. Urgenda
Ciudadanos(as) vs. Empresas[11]	Friends of the Earth vs. Shell
Estados vs. Empresas[12]	Puerto Rico vs. Petroleras

[9] *Cfr*. Setzer, J., y Higham, C., Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2023, Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf (lse.ac.uk)

[10] *Países Bajos vs. Urgenda*, Tribunal de Distrito de La Haya, 24 de junio de 2015, *ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf*; *Held vs. Montana*, Montana First Judicial District Court, Lewis and Clark County, 2023, *2023.08.14-Held-v.-Montana-victory-order-searchable.pdf (westernlaw.org)*; *Asociación de Mujeres Mayores por el Clima vs. Suiza*, Appl. No. 53600/20, Eur. Ct. H.R., 2023, *Relinquishment-in-favor-of-the-Grand-Chamber-of-the-case-Verein-KlimaSeniorinnen-Schweiz-and-Others-v.-Switzerland.pdf*

[11] Friends of the Earth vs. Shell 2021, *Cómo-derrotamos-a-Shell.pdf (foei.org)*; Estados contra empresas: Estado de California, Demanda contra empresas petroleras por daños ambientales y engaño público, 2023, *FINAL-9-15-COMPLAINT.pdf (ca.gov)*

[12] Estado libre asociado de Puerto Rico vs. ExxonMobil Corporation, BP P.L.C., Chevron Corporation, Chevron Phillips Chemical Puerto Rico Core, LLC, ConocoPhillips, Shell Plc, Stations Managers of Puerto Rico, Inc., TotalEnergies, y TotalEnergies Marketing PR Corp, 2024, *Complaint filed, https://climateintegrity.org/uploads/media/PR_complaint_filed_071524.pdf*

Empresas vs. Instituciones de los Estados[13]	Growth Energy y otros vs. EPA
Estados vs. Instituciones del Estado[14]	West Virginia *et al.* vs. EPA

Estas tensiones son especialmente evidentes en casos donde gobiernos y empresas no han consultado adecuadamente a las comunidades afectadas, como ha sucedido en países de América Latina, como México[15] y Colombia, y en otras regiones, como Noruega[16] y España.[17] Algunos de estos casos ilustran los complejos desafíos de implementar proyectos de energías renovables en territorios culturalmente significativos para las comunidades indígenas.

En este contexto, la transición energética trasciende al solo reemplazo de combustibles fósiles por energías renovables y debe situar en su centro el respeto a los derechos humanos y a los derechos de la naturaleza. Esta perspectiva holística reconoce que una verdadera transición energética sostenible equilibra las necesidades energéticas con la protección de las comunidades y los ecosistemas. Solo así podremos garantizar que la lucha contra el cambio climático no se convierta en una nueva fuente de injusticia y más degradación ambiental que nos conduciría a un colapso de consecuencias impredecibles.

---

13 Growth Energy vs. Environmental Protection Agency, 860 F.3d 1194 (D.C. Cir. 2017), *https://growthenergy.org/wp-content/uploads/2022/05/2023-RVO-complaint.pdf*.

14 West Virginia vs. Environmental Protection Agency, 597 U.S., 2022, *https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf*.

15 Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Decimotercer Circuito (Oaxaca, México), *https://www.ecchr.eu/fileadmin/Publikationen/ECCHR_PP_WINDPARK_ES.pdf*.

16 HR-2021-1975-S, Tribunal Supremo de Noruega 2021, *https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2021-1975-s.pdf*.

17 El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha planteado tres preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para que determine si la Xunta debía haber puesto a disposición del público, además de los promotores, los informes sectoriales sobre parques eólicos, permitiendo así la participación pública antes de aprobar las autorizaciones de los proyectos.

Por lo tanto, es necesario redefinir la transición energética reordenando sus elementos característicos y entendiéndola, en primer lugar, como una estrategia para enfrentar el cambio climático y sus impactos sobre los derechos humanos y los derechos de la naturaleza y no solo como un proceso que nos lleva de las energías fósiles a las renovables.

En segundo lugar, es crucial reconocer la urgencia de este proceso. La transición energética debe ser rápida, aprovechando las tecnologías disruptivas de la Cuarta Revolución Industrial para transformar eficazmente la generación, transporte, distribución y consumo de energía descarbonizada.

A diferencia del sistema energético basado en combustibles fósiles, que evolucionó gradualmente durante más de dos siglos, no disponemos de ese lujo temporal.[18] La crisis climática exige una transformación acelerada y radical de nuestro paradigma energético.

En tercer lugar, es imperativo alcanzar en la región de América Latina y el Caribe (ALyC) una mayor sinergia y sistematización de los marcos jurídicos que regulan la relación entre el medio ambiente, los derechos humanos, la transición energética y el cambio climático. En cuarto lugar, se debe desarrollar, de manera paralela y complementaria al marco normativo, indicadores específicos para la región de ALyC, con el propósito de construir una ruta común.

III. *Ius commune* ambiental e indicadores para la transición energética

3.1. Marco normativo

En el ámbito constitucional de la región al menos 20 países han incorporado en sus cartas magnas garantías para el derecho a un medio ambiente sano y 17 países han ratificado el Acuerdo de

[18] Perspectiva global de las transiciones energéticas, *Perspectiva global de las transiciones energéticas 2023: Camino h acia 1.5°C - Resumen ejecutivo (irena.org)*

Escazú, que reconoce no solo el derecho a un medio ambiente sano, sino que se centra en garantizar los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales, los cuales jugarán un papel determinante en los proyectos que se desarrollen en el marco de la transición energética.

Este orden normativo de rango constitucional, complementado por los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos referidos a asuntos de derechos humanos-ambientales, como la Opinión Consultiva (OC) 23 de 2017 sobre medio ambiente y derechos humanos; las decisiones de los casos *Lhaka Honhat vs. Argentina,*[19] *Baraona Bray vs. Chile,*[20] *La Oroya vs. Perú*;[21] la Resolución 3/21 sobre "Emergencia climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos"[22] y el Informe sobre "Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"[23], ambos documentos de la CIDH-REDESCA, representan avances muy significativos en la consolidación de un *ius commune* ambiental (derecho común ambiental) en la región.[24][25]

---

19 Corte IDH. *Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

20 Corte IDH. *Caso Baraona Bray vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 481.

21 Corte IDH. *Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C, núm. 511.

22 CIDH-REDESCA, *Resolución 3/2021, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/resolucion_3-21_spa.pdf*

23 CIDH-REDESCA, *EmpresasDDHH.pdf (oas.org)*

24 Cfr. Bogdandy, A. Von, y Morales Antoniazzi, M., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y Derecho Internacional- Tirant Lo Blanch, 2019.

25 Cfr. Morales Antoniazzi, M., y Barraco, M., *Aproximación al ius commune: Interamericanización en los derechos de participación y defensa del medio ambiente*, en H. Jiménez Guanipa y M. Luna Leal (coords.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos,* t. II Protección del medio ambiente, derechos humanos y transición energética, p. 15.

Pero si adicionalmente añadimos los aportes de la legislación nacional de rango orgánico y secundaria que rige en algunos países, las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC)[26]; e incluso el aporte de tribunales y cortes nacionales e internacionales como por ejemplo, la OC del Tribunal Internacional del Mar sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático[27]; la declaración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determinó que Suiza incumplió sus obligaciones relacionadas con el cambio climático en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos[28], así como una variedad de instrumentos como el Acuerdo de París y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, podemos afirmar que la transición energética se encuentra blindada por un acervo jurídico sólido que descalificaría cualquier proyecto que pretenda desarrollarse fuera de ese marco.

3.2. Indicadores para un ius commune ambiental

Los indicadores energéticos del desarrollo sostenible y el Índice de Transición Energética del Foro Económico Mundial revelan una significativa disparidad en el progreso de la transición energética entre países. A pesar de la urgencia de la crisis climática, las respuestas no han sido uniformes a nivel global. Mientras algunas naciones avanzan en la adopción de energías renovables y la reducción de emisiones, otras permanecen rezagadas, lo que plantea preguntas sobre los factores que impulsan o frenan el progreso y las estrategias necesarias para lograr una transición energética más equitativa.

---

26 NDC, México 2022, *https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-11/Mexico_NDC_UNFCCC_update2022_FINAL.pdf*

27 International Tribunal for the Law of the Sea, *Advisory Opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change*, Case No. 29, ITLOS, 2023, *https://www.itlos.org*

28 European Court of Human Rights (ECHR), *Grand Chamber Judgment: Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, Application No. 53600/20, ECHR, 2023, *https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22002-14304%22]}*

En este contexto, surge la necesidad de responder a las siguientes cuestiones:

¿Qué fallas en las políticas o estrategias dificultan el avance de la transición energética en nuestra región?

¿Los indicadores actuales reflejan adecuadamente las causas subyacentes del desempeño desigual entre países?

¿Cuáles son los factores estructurales, económicos, sociales y políticos que explican el progreso limitado en América Latina?

¿Es posible diseñar una ruta de transición energética común para América Latina y el Caribe, basada en indicadores adaptados a la realidad regional, que garantice sostenibilidad y respeto por los derechos humanos y ambientales?

Frente a este desafío, proponemos desarrollar indicadores específicos que reflejen las particularidades de la región, permitiendo medir su impacto en la transición energética y su contribución a la lucha contra el cambio climático. Estos indicadores servirán como herramientas clave para orientar políticas efectivas y equitativas, considerando:

1. Contexto político y social: realidades políticas complejas, con consensos frágiles, deterioro democrático, altos niveles de violencia y, en algunos casos, conflictos armados.
2. Diversidad de matrices energéticas: países con grandes recursos de hidrocarburos y otros dependientes de ellos, lo que influye en las estrategias de transición energética.
3. Estudios de impacto mejorados: evaluaciones ambientales, sociales y de derechos humanos, apoyadas en inteligencia artificial, para generar información precisa sobre los efectos de los proyectos energéticos.
4. Desigualdades socioeconómicas: amplias brechas sociales y una población significativa sin acceso a la energía, que evidencian la necesidad de fortalecer infraestructuras, capacitación y recursos para garantizar una transición inclusiva.
5. Realidad pluricultural: el aporte de los pueblos indígenas, cuya cosmovisión sobre la naturaleza puede entrar en conflicto con políticas energéticas. Además, el aumento

> proyectado del 60% en la extracción de minerales necesarios para la transición energética hacia 2060 plantea riesgos para el clima, la biodiversidad, la prosperidad económica y los derechos humanos, especialmente en territorios indígenas que albergan el 80% de la biodiversidad global.[29]

Estos indicadores, junto con el *ius commune* ambiental regional, permitirán consolidar un espacio jurídico bordeado de líneas rojas para proteger tanto los derechos humanos como los de la naturaleza. Esto facilitaría el desarrollo de una transición energética justa y sostenible, garantizando que los beneficios se distribuyan equitativamente, sin dejar a nadie atrás. Al integrar estas consideraciones, la transición energética no solo enfrentará los desafíos climáticos y energéticos, sino que también promoverá la justicia social y la preservación de la biodiversidad.

IV. La transición energética en la ruta hacia el 1.5°C

La transición energética hacia el objetivo de limitar el calentamiento global a 1.5°C representa un punto de inflexión crucial para mitigar los efectos del cambio climático y cumplir con los compromisos asumidos en el Acuerdo de París. Alcanzar esta meta requiere una transformación profunda en los sistemas de producción y consumo de energía, mediante una drástica reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y un abandono progresivo de los combustibles fósiles. Para ello, es fundamental implementar políticas y estrategias de transición energética que sean efectivas, equitativas y adaptadas a las particularidades de cada región, promoviendo el desarrollo de energías renovables, la eficiencia energética y una infraestructura sostenible.

En otras palabras, los países deben ir más allá de los compromisos actuales del Acuerdo de París si desean evitar un calentamiento global de entre 2.5 y 2.9 °C. No hacerlo significa ignorar las advertencias de la comunidad internacional, que ha señala-

[29] Documento de proyecto del FMAM, Evaluación y recomendaciones para mejorar el acceso de los pueblos indígenas al financiamiento para fines de conservación, 2007, *Indigenous_Peoples_Principle_SP.pdf (thegef.org)*

do que los compromisos climáticos actuales son insuficientes para alcanzar el objetivo crítico del Acuerdo de París de limitar el calentamiento global a 1.5°C sobre los niveles preindustriales (ONU, 2023).[30]

En este contexto, la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA) ha planteado dos escenarios posibles para guiar la transición energética:

4.1. Escenario Energético Planificado

Este escenario prevé una trayectoria de reducción de emisiones de un 6% para 2030 y un 56% para 2050, en comparación con los niveles de 2022.[31] Bajo estas condiciones la brecha sería de 16 GtCO2, que nos sitúa muy por debajo del camino hacia el 1.5° previsto por IRENA, que podría llegar hasta las 37 GTCO2, sino se cumplen cabalmente los compromisos asumidos contenidos en las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC). Esta valoración coincide con el informe *Unidos en la ciencia,* publicado en septiembre 2024 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) en colaboración con otras instituciones,[32] en el cual se afirma que, con las políticas y compromisos actuales, el calentamiento global será de hasta 3 °C a lo largo de este siglo.

4.2. Escenario 1.5° C

En este supuesto se necesita una reducción drástica de emisiones para mantener el aumento de la temperatura global en

30 ONU, Las naciones deben superar con creces los compromisos del Acuerdo de París si quieren evitar un calentamiento global de entre 2,5 y 2,9 °C, *https://www.unep.org*

31 *Cfr.* Global Carbon Project Briefing on key messages Global Carbon Budget 2022 Total CO2 emissions remain high at a projected 40.6 billion tonnes of CO2 (GtCO2) in 2022, *Microsoft Word - Key messages.docx (globalcarbonbudget.org)*

32 Organización Meteorológica Mundial (OMM), *Unidos en la ciencia*. Publicado en colaboración con otras instituciones, septiembre de 2024.

1.5°C. Para alcanzar este objetivo urge una transición energética acelerada hacia las energías renovables, eficiencia energética y electrificación masiva de sectores clave como el transporte y la industria para dejar de emitir 37 GtCO2,[33] con respecto a los niveles de 2022 (40.6GtCO2). Este escenario exige triplicar al 2030,[34] la capacidad de energía renovable instalada para llevarla a 11 TW del actual 3,87 TW (2024), tal como se acordó en la COP28.

Por su lado el Programa para el ambiente de la ONU (PNUMA) señala tres advertencias alarmantes:[35] 1. Las promesas de cero emisiones netas no se consideran fiables en la actualidad; 2. Ninguno de los países del G20 está reduciendo las emisiones a un ritmo coherente con sus objetivos de cero emisiones netas, y 3. En el escenario más optimista, la probabilidad de limitar el calentamiento a 1,5 °C es solo del 14%.[36]

Para infundir esperanza, destacamos el crucial logro alcanzado a finales de 2023, con la incorporación sin precedentes de 473 GW de energía renovable a escala global, representando el 86 % de la capacidad añadida, superando con creces lo agregado por las fuentes de hidrocarburos. Este logro ejemplifica claramente la viabilidad de la transición hacia una economía libre de combustibles fósiles. Sin embargo, a pesar de este avance significativo, aún estamos por debajo de la trayectoria necesaria para lograr el objetivo de limitar el calentamiento global a 1.5°C, según lo establecido por IRENA. Para ello, es crucial añadir al menos 1,050 GW de nueva capacidad renovable cada año durante el resto de la década (IRENA, 2024). Este desafío destaca la urgencia de redo-

33 IRENA, Perspectiva global de las transiciones energéticas 2023. Camino hacia 1.5°C, *op. cit*., p. 7.

34 IRENA, Renewable energy highlights, International Renewable Energy Agency, 2024, *https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2024/Jul/Renewable_energy_highlights_FINAL_July_2024.pdf*

35 Las emisiones previstas al 2030 llevarían a un calentamiento global cercano a los 3°C, 28 de noviembre de 2023, *https://sustenomics.com/las-emisiones-previstas-al-2030-llevarian-a-un-calentamiento-global-cercano-a-los-3c/*

36 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), *Informe sobre la Brecha de Emisiones 2023*, 20 de noviembre de 2023, *https://library.wmo.int/records/item/69018-united-in-science-202*

blar los esfuerzos para expandir de manera acelerada las energías limpias y libres de emisiones contaminantes.[37]

A pesar del crecimiento en la generación de energías renovables, es evidente que su expansión ha sido desigual. Esta disparidad señala una desviación preocupante del objetivo de triplicar la capacidad de energía renovable para 2030. El análisis detallado de esa expansión por regiones lo confirma y subraya la urgente necesidad de coordinar esfuerzos para acelerar la transición energética de manera uniforme. La anterior afirmación se obtiene del siguiente análisis: de los nuevos 473 GW de energía renovable agregados al sistema global en 2023 por regiones (IRENA, 204), Asia aportó la mayor cuota con 327,8 GW (69.3%), siendo China el principal actor con 297,6 GW (62.9%). Europa se expandió en 71,2 GW (+10,0%); América del Norte 34,9 GW (+7,0%); América del Sur en 22,4 GW (+8,4%); Oceanía en 5,5 GW (+9,4%); Oriente Medio 5,1 GW (+16,6%) y África 2,7 GW (+4,6%).[38]

Según el informe de IRENA, se requiere una aceleración significativa en todos los sectores y tecnologías energéticas, incluyendo una mayor electrificación del transporte y la calefacción, el uso directo de energías renovables, la eficiencia energética y la ampliación de infraestructuras. Además, identifica como principales obstáculos y soluciones el desarrollo de infraestructuras, marcos políticos y regulatorios, y el fortalecimiento de capacidades e instituciones.

A estos puntos, es importante añadir la variable del crecimiento de la demanda y las inversiones en petróleo y gas, lo que exige acciones específicas como:

1. Acelerar la eliminación de subsidios a combustibles fósiles.
2. Evitar la expedición de nuevas licencias para exploración y explotación de hidrocarburos, un punto especialmente controvertido para potencias petroleras y gasíferas.

---

37 IRENA, Renewable Capacity Statistics 2024, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2024.

38 Renewable capacity highlights 27 March 2024, *IRENA_RE_Capacity_Highlights_2024.pdf*

3. Fortalecer la supervisión y los requisitos ambientales y de derechos humanos en las licencias ya otorgadas.
4. Promover un diálogo inclusivo entre los sectores social, político y empresarial.
5. Impulsar la movilización de la sociedad civil, incluso mediante el uso de litigio climático estratégico.

Estas medidas son esenciales para superar las barreras existentes y acelerar una transición energética justa y sostenible.

V. El caso mexicano

5.1. Marco legal y mix energético: realidades contrapuestas

México es de los pocos países en la región que cuenta, desde la primera década de este siglo, con un marco legal extenso en el ámbito de las energías renovables, la transición energética y el cambio climático, que lo posiciona como uno de los países líderes en Latinoamérica y el mundo en este aspecto. Sin embargo, no por ello México puede exhibir en su matriz energética una fuerte presencia de energías renovables libre de emisiones contaminantes. De hecho, es todo lo contrario, muy a pesar de las ambiciosas metas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero que se ha planteado, tanto en la Contribución Determinada a Nivel Nacional, como en la Ley General de Cambio Climático (LGCC).[39]

Al analizar el mix eléctrico de México, específicamente la capacidad total de generación eléctrica al 2022, se corrobora el enorme desafío que enfrenta el país frente a la transición energética para lograr las metas de reducción de emisiones contaminantes comprometidas.

[39] Ley de Cambio Climático (LTE) que "La Secretaría de Energía fijará como meta una participación mínima de energías limpias en la generación de energía eléctrica del 25 por ciento para el año 2018, del 30 por ciento para 2021 y del 35 por ciento para 2024".

De acuerdo con el PRODESEN 2023–2037, el 68.8% de la generación eléctrica en México proviene de fuentes fósiles, el 24.35% de fuentes renovables libre de emisiones (incluida la hidroelectricidad que alcanza el 10.4%) y la diferencia el 6.8% de energías limpias no renovables, no completamente libre de emisiones de gases de efecto invernadero.

De acuerdo con la Agencia Internacional de la Energía (AIE), en América Latina y el Caribe la participación de las energías renovables en la generación de electricidad alcanza el 60%, de esa porción, la hidroelectricidad representa el 45% del suministro eléctrico total. Esta comparación nos permite estimar el rezago de México en la generación de energía libre de emisiones contaminantes.[40]

En la Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) actualizada de 2022, México mejoró su ambición para combatir el cambio climático, elevando la meta de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del 22% al 35% para 2030, en comparación con un escenario habitual sin acciones adicionales. También estableció la reducción del 40% de GEI para 2030 si se asegura apoyo externo, aumentando del 36% anterior y mantuvo la reducción de emisiones de carbono negro, es decir, 51% (incondicional) y 70% (condicional) para 2030, si hacer referencia alguna a su compromiso de alcanzar el cero neto emisiones al 2050, como es la tendencia mundial.

5.2. Construir una ruta hacia el cero emisiones

El aumento en la ambición de México para 2030 es un paso positivo, pero insuficiente, ya que no está soportado en un plan y una ruta concreta para lograr dicha reducción. México continúa siendo el único país miembro del G20 que no ha presentado un plan para alcanzar emisiones netas cero a mitad de siglo.[41] Esta

[40] América Latina y el Caribe está bien posicionada para prosperar a medida que el mundo se adentra en una era de energías limpias, *https://www.iea.org/reports/latin-america-energy-outlook-2023/executive-summary?language=es*

[41] Abad, J. C. R., y Castilleja, R. D. C. V., "Climate Change in the G20", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 126, 2023, pp. 67-82.

omisión contraviene las recomendaciones del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC), que ha advertido que, para limitar el aumento de la temperatura global a 1.5°C por encima de los niveles preindustriales, es crucial llegar a cero emisiones netas antes de 2050. Otros países del G20 ya lo han hecho. Alemania ha propuesto el 2045, Türkiye el 2053, China, Rusia, Indonesia y Arabia Saudí el 2060, India el 2070 y los 12 países restantes 2050. De los países europeos, Finlandia ha fijado el objetivo en 2035, Portugal y Suecia en 2045, y el resto de los países de la Unión Europea han propuesto 2050.[42]

No contar con una hoja de ruta clara para avanzar desde 2030 hacia la neutralidad de carbono en 2050 fue un caso ampliamente debatido en Alemania y abordado por una decisión histórica del Tribunal Constitucional de ese país en 2021. El Tribunal declaró parcialmente inconstitucionales los artículos de la Ley Federal de Protección del Clima que establecían objetivos de reducción de emisiones solo hasta el 2030.[43] Los demandantes, en su mayoría adolescentes y jóvenes adultos, argumentaron que el objetivo nacional de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 55% para 2030 (en comparación con los niveles de 1990) era insuficiente. Además, cuestionaron los límites anuales de emisiones permitidos hasta 2030, considerándolos excesivamente altos. Esta decisión obligó al gobierno alemán a revisar y fortalecer su estrategia climática a largo plazo, estableciendo un precedente crucial para la acción climática basada en derechos constitucionales.[44]

El Tribunal Constitucional alemán dictaminó que la ley climática violaba los derechos fundamentales de las generaciones futuras, ya que carecía de un plan claro para reducir emisiones

42 Cfr. Energy & Climate Intelligence Unit, "Net Zero Emissions Race", *https://eciu.net/netzerotracker*

43 El Tribunal declaró parcialmente inconstitucionales los artículos 3.1 frase 2 y 4.1 frase 3 de la ley, en conexión con el Anexo 2. Véase la sentencia Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Tribunal Constitucional Federal, 2021, BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 (Alemania), *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ES/2021/03/rs20210324_1bvr265618es.html*

44 *Idem*, p. 32

después de 2030, lo que imponía una carga injusta a las próximas generaciones y ordenó al gobierno alemán enmendar la ley para establecer objetivos climáticos más ambiciosos y detallados.

Solo tres meses transcurrieron para que el Parlamento alemán aprobara la enmienda requerida a la Ley, elevando el objetivo de reducción de emisiones al 65% para 2030 en comparación con los niveles de 1990, y adelantando la neutralidad climática para el 2045.

El ejemplo de Alemania nos permite valorar la importancia de contar con una ruta y un plan detallado de reducción de emisiones contaminantes hasta el 2030, fecha en que México se ha comprometido a reducir en un 35% sus emisiones, con la meta puesta en alcanzar el cero emisiones como lo sugiere IRENA, para lo cual México debe presentar también una ruta y un plan creíble.

En este punto me parece relevante destacar la propuesta: "Ruta Emisiones Netas Cero para México 2060, desde la Sociedad Civil" (RENC-SC), elaborada por Iniciativa Climática de México de 2023.[45] Dicha propuesta plantea una vía para que se alcance el nivel de emisiones netas cero en 2060; complementada mediante el equilibrio entre las emisiones remanentes y las absorciones por parte de los ecosistemas naturales (zonas forestales, por ejemplo).

La propuesta de la sociedad civil insta a revisar y debatir profundamente la política climática de México, buscando construir consensos para una ruta viable hacia la descarbonización, con metas sectoriales supervisadas por un órgano plural e independiente.

Al asumir la presidencia, la mandataria de México anunció la elaboración del Plan Nacional de Energía, que contemplará inversiones en infraestructura eléctrica y una transición hacia fuentes de energía renovables. Este plan enfrenta desafíos significativos en su objetivo de descarbonizar la economía del país. Por ello, es crucial establecer consensos, revisar los avances logrados

[45] Ruta Emisiones Netas Cero para México 2060, desde la Sociedad Civil (RENC-SC), *REN0-SC-final.pdf (iniciativaclimatica.org)*

y evaluar las propuestas existentes para trazar una ruta clara que conduzca a la neutralidad de carbono en México.

VI. Conclusiones

La transición energética va más allá de sustituir combustibles fósiles por energías renovables, abarcando aspectos técnicos, sociales, económicos, ambientales, jurídicos, políticos y culturales. Debe ser eficiente, justa y respetuosa con los derechos humanos y el medio ambiente, sin dañar a la sociedad ni a los ecosistemas. Es esencial reconceptualizarla como una estrategia integral contra el cambio climático, utilizando tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial para crear un sistema energético sostenible y libre de emisiones. En América Latina y el Caribe, instrumentos como el Acuerdo de Escazú son clave para implementar mecanismos eficaces en la región, donde las tensiones entre crecimiento económico, derechos humanos y protección ambiental son evidentes.

La creciente movilización de sectores que buscan transformar el sistema energético mediante acciones judiciales, tanto nacionales como internacionales, son la expresión de una sociedad que exige más acciones y compromisos contra el cambio climático y el fin de los combustibles fósiles. Muy probablemente estas acciones se incrementen dado que los compromisos climáticos asumidos por los países en las NDC vigentes, son insuficientes para alcanzar el objetivo de limitar el calentamiento global a 1.5°C.

La transición requiere infraestructuras adecuadas, marcos regulatorios claros y políticas que atraigan inversiones, protegiendo los derechos humanos y el medio ambiente. Para ello es necesario desarrollar indicadores que reflejen las realidades socioeconómicas de la región, especialmente los derechos de los pueblos indígenas, integrando su cosmovisión en los proyectos. Estos indicadores deben evaluar el impacto social y ambiental, además del progreso tecnológico.

Finalmente, es crucial fortalecer las capacidades institucionales, empresariales y ciudadanas, reconociendo a la ciudadanía como un actor clave. Esto implica gestionar la pérdida de em-

pleos en el sector de hidrocarburos, mientras se crean oportunidades en energías renovables, garantizando una transición justa y equitativa.

Referenicas

Abad, J. C. R., y Castilleja, R. D. C. V., "Climate Change in the G20", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 126, 2023.

Asociación de Mujeres Mayores por el Clima vs. Suiza, Appl. No. 53600/20, Eur. Ct. H.R., 2023.

Bogdandy, A. Von, y Morales Antoniazzi, M., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y Derecho Internacional- Tirant Lo Blanch, 2019.

Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Tribunal Constitucional Federal, 2021, BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 (Alemania).

CEPAL, Una recuperación transformadora en América Latina y el Caribe con servicios básicos de agua potable y electricidad como sectores clave, 18 de diciembre de 2022.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, 2019.

Energy & Climate Intelligence Unit, "Net Zero Emissions Race".

European Center for Constitutional and Human Rights, Estudio de caso de la comunidad de Unión Hidalgo en México: defensa de tierra y territorio de la comunidad indígena y agraria de Unión Hidalgo, Oaxaca, y derecho al consentimiento libre, previo e informado ante proyectos de energía eólica, 2020.

Estado de California, Demanda contra empresas petroleras por daños ambientales y engaño público, 2023.

FIIAPP, *Transición justa: Un enfoque para vincular las agendas climática, económica y social*, EUROCLIMA+.

Fostering Effective Energy Transition 2024.

IRENA, Perspectiva global de las transiciones energéticas, *Perspectiva global de las transiciones energéticas 2023: Camino h acia 1.5°C.*

Global Carbon Project Briefing on key messages Global Carbon Budget 2022 Total CO2 emissions remain high at a projected 40.6 billion tonnes of CO2 (GtCO2) in 2022.

Growth Energy vs. Environmental Protection Agency, 860 F.3d 1194 (D.C. Cir. 2017).

International Energy Agency (IEA), The World Energy Outlook (WEO), 2021.

International Renewable Energy Agency (IRENA), *World Energy Transitions Outlook: 1.5°C Pathway*, 2023.

Jiménez G. H., "La Cuarta Transición Energética y el camino hacia la descarbonización: el caso de Alemania", en Jiménez G. H. y Luna, M. L. (eds.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos Colombia 2020 Tomo II: Protección del medio ambiente, derechos humanos y transición energética*, 2020.

Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc, Tribunal de Distrito de La Haya, ECLI:NL: RBDHA:2021:5339, 26 de mayo de 2021.

Naciones Unidas, El Pacto para el Futuro (Resolución 79/1, A/RES/79/1). Asamblea General de las Naciones Unidas, Septuagésimo noveno período de sesiones, Tema 123 del programa: Fortalecimiento del sistema de las Naciones Unidas, Nueva York, 2024.

Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Informe sobre la Brecha de Emisiones 2023, PNUMA, 20 de noviembre de 2023.

Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, Agencia Internacional de la Energía, Eurostat, & Agencia Europea de Medio Ambiente, Indicadores energéticos del desarrollo sostenible: Directrices y metodologías, 2005.

Organización Meteorológica Mundial (OMM), Unidos en la ciencia. Publicado en colaboración con otras instituciones, septiembre de 2024.

Tribunal de Distrito de La Haya, Países Bajos v. Urgenda, Sentencia de 24 de junio de 2015.

Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PRODESC), Informe 2022: Defensa de derechos humanos, 2022.

Renewable Energy Agency, Abu Dhabi.

Ruta Emisiones Netas Cero para México 2060, desde la Sociedad Civil" (RENC-SC).

United Nations Development Programme, *Peoples' Climate Vote*.

Supreme Court of Norway, HR-2021-1975-S: Sør-Fosen Sijte and Nord-Fosen Siida v. Statnett and Fosen Vind DA, 2021.

Thyl Corp. v. Environmental Protection Agency, 541 F.2d 1 (D.C. Cir. 1976).

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. (2023). Poder Judicial España.

United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2023: Broken Record – Temperatures hit new highs, yet world fails to cut emissions (again), XXIII Nairobi, 2023.

Principio de proporcionalidad en Guatemala: el derecho de industria y de comercio frente al derecho a un medio ambiente sano

***

Proportionality test in Guatemala: the right to industry and trade versus the right to a healthy environment

Ana Margarita Monzón Paredes[*]

Resumen: el objeto de este trabajo es analizar el principio de proporcionalidad como método interpretativo para justificar la legalidad de una restricción a un derecho fundamental. Primero, se exponen las condiciones (formales y materiales) que deben cumplirse para limitar un derecho; luego, se estudian los elementos que componen el *test* de proporcionalidad [finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto] y, finalmente, se aborda la forma en la que el Tribunal Constitucional de Guatemala aplica cada uno de esos elementos para resolver un caso concreto en el que entran en conflicto

* Abogada y notaria por la Universidad Rafael Landívar (Guatemala). Doctoranda del Doctorado de Derecho Constitucional Internacional por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magister en Justicia Constitucional por la Universidad Panamericana de Guatemala. Letrada de carrera de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1995 a la fecha). Catedrática de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Autora de publicaciones en materia de derecho procesal constitucional, *margaritamonzon@hotmail.com*

el derecho de libertad de industria y de comercio frente al derecho al medio ambiente sano.

Abstract: the purpose of this paper is to analyze the application of the proportionality test as an interpretative method to justify the legality of a restriction on a fundamental right. First, the [formal and material] conditions that must be fulfilled to limit rights are presented. Then, the elements that make up the proportionality test [legitimate goal, suitability, necessity and proportionality (balancing)] are discussed, and finally, the way in which the Constitutional Court of Guatemala applies each of these elements to resolve a specific case in which the right to freedom of trade and commerce collide with the right to a healthy environment.

Palabras clave: restricción de derechos fundamentales; principio de proporcionalidad; derecho a la industria y al comercio; derecho al medio ambiente sano; Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Key words: restriction on a fundamental right; proportionality test; right to freedom of trade and commerce; right to a healthy environment.

Sumario: I. Introducción. II. Restricción a los derechos humanos. III. Principio de Proporcionalidad. IV. El principio de proporcionalidad en Guatemala: el derecho de industria y de comercio, frente al derecho al medio ambiente sano. V. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

En la evolución histórica de la humanidad el ser humano logró alcanzar el reconocimiento constitucional de sus derechos. Sin embargo, dicho reconocimiento no fue suficiente para que estos fueran respetados, por lo que se inició la búsqueda de otros mecanismos para garantizarlos. Fue así como se incorporaron a los ordenamientos jurídicos amplios catálogos de derechos fundamentales y la creación de Tribunales Constitucionales,

cuya función, entre otras, es la interpretación de los preceptos constitucionales, por vía de distintos métodos como el *principio de proporcionalidad*. En ese sentido, la proporcionalidad opera como un método interpretativo para establecer si una limitación a un derecho fundamental es válida o no, mediante el análisis de la idoneidad y la necesidad de la medida restrictiva, así como la determinación del grado de afectación del derecho limitado, frente al grado de satisfacción del derecho contrapuesto.

II. Restricción a los derechos humanos

Los derechos humanos hacen referencia al conjunto de libertades, potestades y facultades que son inherentes o inseparables de la persona humana y que son imprescindibles para lograr su desarrollo integral; además, poseen las características de ser universales, indivisibles, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, interdependientes unos de otros y progresivos, siendo el Estado el responsable de garantizar su libre ejercicio. No obstante, debe tenerse presente que no todos los derechos son absolutos, sino que estos pueden ser objeto de limitaciones con el fin de procurar la realización del bien común.

El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos fundamentales son permitidas "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Asimismo, el artículo 32.2 dispone que los derechos de cada persona están limitados por "los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

De esa cuenta, la Corte IDH ha señalado que la restricción a un derecho fundamental debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo y ser proporcional a ese objetivo; además que, cuando existen varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho

protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.[1]

De lo anterior, puede concluirse que las condiciones que deben cumplirse al restringir un derecho fundamental pueden ser de carácter formal o material: [2]

i) *Condiciones formales:* la principal condición formal que debe cumplir una restricción es la denominada "reserva de ley", por virtud de la cual debe ser una "ley en sentido formal" la que determine la limitación del derecho o fije las bases para su establecimiento.[3] En la opinión consultiva 6/86, la Corte IDH precisó que la palabra "ley" significa una norma jurídica, emanada del órgano legislativo constitucional y democráticamente elegido, y elaborada según el procedimiento establecido para la formación de las leyes. Sin embargo, indica, lo anterior no implica que estén excluidas de este concepto las delegaciones legislativas, siempre y cuando estas estén autorizadas por la propia Constitución.[4] De esa cuenta, puede concluirse que, aunque la reserva legal se refiere principalmente a "leyes formales" dictadas por el organismo legislativo, ello no excluye que el organismo ejecutivo pueda dictar una restricción, basada en una habilitación legislativa, siempre y cuando la ley contenga el "diseño primario" relativo al contenido de la restricción.

Otra de las condiciones formales que debe concurrir para restringir un derecho fundamental es la "precisión de la regulación". [5] Esto quiere decir que la norma que limita un derecho de

---

1 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párrs. 174-205.

2 Casals Hernández, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Bogotá, Editorial Temis, 2020. p.141.

3 *Ibidem,* p. 142.

4 Corte IDH. OC-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva de 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. Serie A, núm. 6, párr. 36, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf*

5 Casals Hernández, Jesús María; *Op.Cit*., p. 148

esa naturaleza debe ser lo suficientemente clara y comprensible, a efecto de que la persona a quien se dirige conozca con claridad cuál será la limitación pues, de lo contrario, atentaría contra el principio de seguridad jurídica. Esta precisión debe comprender, como mínimo, la explicación de la medida a tomar que afectará el derecho fundamental, la determinación de sus presupuestos y el señalamiento de la finalidad perseguida.

ii) Condiciones materiales: en cuanto a los aspectos de fondo que debe cumplir una norma que restringe un derecho fundamental, se encuentra la observancia del principio de proporcionalidad, con sus tres elementos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), así como la intangibilidad del contenido esencial del derecho,[6] los que constituyen una herramienta útil para determinar la razonabilidad de las limitaciones impuestas a los derechos.

III. Principio de Proporcionalidad

Miguel Carbonell explica que este principio es una técnica interpretativa utilizada para definir, para cada caso en particular, cómo y hasta donde pueden limitarse los derechos.

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-720/07[7] señaló que la mayoría de los tribunales constitucionales ha adoptado este principio para justificar una restricción a los derechos, siempre y cuando supere el *test* o juicio de proporcionalidad. Para el efecto, este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto, y 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen

[6] Casals Hernández, Jesús María; *Op.Cit*., Pág. 149

[7] Exp. Núm. C-720/07, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 11 de diciembre de 20027, disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-720-07.htm#:~:text=C-720-

con la medida enjuiciada, es decir que se verifique si el beneficio que la restricción ofrece es menor o mayor, en comparación con el perjuicio que significa para el derecho afectado.

Portocarrero afirma que para aplicar el principio de proporcionalidad se utiliza la *ley de ponderación,* mediante la aplicación de una fórmula que consiste en seguir tres pasos: *i)* determinar el grado de interferencia o afectación del primer principio analizado (**Pi**); *ii)* definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que se encuentra contrapuesto (**Pj**), y *iii)* establecer si el grado de satisfacción del principio que juega en contrario (**Pj**), justifica la afectación del primero (**Pi**). Ahora bien, para determinar los pesos o grados en que un principio se ve afectado o cuán importante es satisfacer el principio contrapuesto, se forma una escala con los grados "leve", "medio" y "grave", a los que se les asignan los siguientes valores: leve: 20, medio: 21, y grave: 22.

Posteriormente se realiza una comparación (que en realidad es una división) con los valores que corresponden al grado de afectación del primer principio (**Pi**) y la importancia de satisfacción del segundo principio (**Pj**), con base en la expresión matemática, que en su forma más simple es: **Gi,j = Ii ÷ Ij,** en la que **Ii** representa la intensidad de interferencia, en tanto **Ij** designa la importancia de satisfacer el principio rival; ambas con base en la escala de grados antes mencionada. Señala Guibourg que, realizada la operación y, de acuerdo con las reglas de la fórmula, la afectación es desproporcionada cuando el resultado de la división es mayor que 1.[8]

En conclusión, la fórmula del peso es un procedimiento que se utiliza para determinar el grado de afectación de un principio, en relación al grado de importancia de satisfacción de otro principio que se encuentra contrapuesto, a la luz de las circunstancias propias del caso concreto.

[8] Guibourg, Ricardo, *Alexy y su fórmula del peso,* Universidad de Buenos Aires, 2015, *http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexy-guibourg-castellano.pdf*

IV. El principio de proporcionalidad en Guatemala: el derecho de industria y de comercio, frente al derecho al medio ambiente sano

Para comprender la aplicación del principio de proporcionalidad como método interpretativo para determinar la legalidad de una restricción a un derecho, se analizará un caso sometido a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, relativo a la limitación impuesta al derecho fundamental de libertad de industria y de comercio, que consiste en la prohibición al uso, venta y distribución de bolsas plásticas, *duroport* (poliestireno expandido), pajillas (popotes) y derivados en el municipio de San Pedro La Laguna, Sololá, frente al derecho al medio ambiente sano de los habitantes de esa localidad y del entorno natural en el que viven.

4.1. Antecedentes

El municipio de San Pedro La Laguna, se encuentra a orillas del lago Atitlán en el departamento de Sololá. Dicho recurso es la mayor fuente de agua potable en esa localidad y además constituye un medio de vida para sus habitantes, por ser fuente de alimento y de trabajo, ya que es un atractivo turístico de inigualables condiciones y es considerado uno de los lagos más bellos del mundo.

En el 2016, el Concejo de esa localidad, emitió el Acuerdo Municipal 111-2016,[9] por virtud del cual impuso una limitación al derecho de industria y de comercio, al prohibir "[...] el uso, venta y distribución de bolsas plásticas, duroport, pajillas [popotes] y derivados en el municipio de San Pedro La Laguna, Sololá, a fin de minimizar los graves perjuicios que el exceso de este tipo de productos está generando en el ambiente y en el lago de Atitlán [...]".

[9] Acuerdo 111-2016, *https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=74873*

El fundamento de la citada prohibición se centró en que la Constitución de la República declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la nación y, en ese sentido, siendo el lago de Atitlán un activo ambiental de relevante importancia nacional y tomando en cuenta que sufre una grave contaminación en sus aguas y su entorno, requiere de acciones inmediatas para su cuidado integral. Asimismo, señaló que la población demanda reducir los niveles de contaminación generados por el uso de bolsas plásticas, *duroport,* pajillas y sus derivados, debido a que estos causan daños sobre los ecosistemas naturales del lago y sobre la calidad de vida de los vecinos, dado a que esos materiales contaminan "por cientos de años" las aguas, los suelos y la atmósfera.

4.2. De la inconstitucionalidad de carácter general promovida

La Cámara de la Industria de Guatemala, planteó ante la Corte de Constitucionalidad una acción de inconstitucionalidad general contra el referido acuerdo municipal, con base en los siguientes fundamentos: *i)* el Concejo Municipal de San Pedro La Laguna no cuenta con facultades suficientes para restringir el derecho fundamental de industria y de comercio, pues debe ser por medio de una ley, emitida por el Congreso de la República, que se establezca la prohibición aludida, de conformidad con el artículo 43 del texto supremo, no así por virtud de un acuerdo municipal; *ii)* el Acuerdo objetado vulnera el principio de seguridad jurídica, porque la inclusión del término "y derivados" determina una falta de certeza jurídica sobre los alcances y aplicación de la restricción, aunado a que ese término resulta incierto, pues no determina qué debe entenderse por productos derivados, y *iii)* se vulnera el derecho de industria y de comercio, pues los fabricantes y comercializadores de los productos en cuestión se ven directamente afectados por la prohibición aludida, impidiéndoles ejercer plenamente ese derecho adicionalmente, indicó que existen otros mecanismos que pueden implementarse legítimamente, tales como campañas de concientización y de proyectos que promuevan y faciliten el reciclaje, la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales, de proyectos para la generación

de energía eléctrica a partir de desechos sólidos, entre otras opciones, no siendo necesario establecer prohibiciones totales de productos legítimos y de lícito comercio.

4.3. Análisis del cumplimiento de las condiciones formales de la restricción

Definidos los aspectos fácticos y jurídicos sobre los cuales se fundamentó la restricción al derecho de libertad de industria y comercio mediante la prohibición del uso de *bolsas plásticas, duroport, pajillas y derivados,* así como los argumentos en los que se basó la inconstitucionalidad, se procederá a evaluar la legalidad de la restricción, que quedó contenida en la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 5 de octubre de 2017.[10]

4.4. Reserva legal

Uno de los principales argumentos en los que se fundamentó la inconstitucionalidad del Acuerdo objetado fue la falta de competencia del Concejo Municipal para decretar la prohibición aludida, ya según el artículo 43 de la Constitución, el derecho de industria y de comercio, únicamente puede limitarse por virtud de una "ley"; en otras palabras, se argumentó que no se cumplió con la principal condición formal que debe observarse al restringir un derecho fundamental denominada "reserva de ley".

Al resolver dicho argumento, la Corte consideró que si bien la restricción impuesta no era producto de una ley emanada del Congreso de la República, sí era consecuencia directa de las facultades que la Constitución de Guatemala, el Código Municipal, el Código de Salud y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente le asignan a las municipalidades, dentro de las cuales está la obligación de garantizar el derecho a un medio ambiente sano; establecer las medidas pertinentes para mantener el equilibrio ecológico que prevenga la contaminación en sus res-

[10] Corte de Constitucionalidad, Guatemala, exp. 5956-2016, 5 de octubre de 2017, *http://138.94.255.164/Sentencias/837104.5956-2016.pdf*

pectivos territorios, así como dictar las disposiciones que sean necesarias para el tratamiento y disposición de desechos.

De esa cuenta, la Corte desestimó el argumento referido, fundamentándose en que si bien, la restricción proviene de una norma administrativa, esta se encuentra habilitada por el legislador constituyente quien estableció en la ley suprema la obligación de las autoridades públicas de proteger el medio ambiente y propiciar medios para la prevención de la contaminación y la preservación del equilibrio ecológico.

4.5. Precisión de la regulación

En el planteamiento, se cuestionó que el término "y derivados" determina una falta de certeza jurídica sobre los alcances y aplicación de la restricción, ya que no define qué debe entenderse por "derivados" de las bolsas plásticas, *duroport* y pajillas y tampoco se indica si se refiere a derivados de los tres productos o solo del último de estos.

Al resolver, la Corte acogió el argumento, indicando que, efectivamente, la palabra "derivados" genera obscuridad y causa incertidumbre, pues dicho término no determina con precisión qué otros productos o materiales están prohibidos utilizar; ello porque la prohibición decretada se refiere a productos acabados y que fueron elaborados con "plástico o poliestireno expandido" y que no dan lugar a que se fabriquen otros bienes de ellos o que se añadan más productos. Por tal razón, se declaró inconstitucional el segmento "y derivados".

4.6. Test de proporcionalidad

De los argumentos expuestos por la solicitante de la acción y del análisis del acuerdo municipal cuestionado, se advierte que existe un conflicto entre el *derecho fundamental de industria y comercio* (art. 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala), frente al *derecho humano al medio ambiente sano*, consagrado en el artículo 97 del texto supremo. En virtud que dicho conflicto se da entre principios, procede dar solución al mismo utilizan-

do el método interpretativo de la proporcionalidad, el cual tiene como finalidad comprobar si la disposición que establece la limitación al ejercicio de un derecho fundamental está dotada de legitimidad constitucional.

Para el efecto, se procederá a analizar cómo la Corte de Constitucionalidad aplicó al caso concreto cada uno de los elementos que conforman *test* o examen de proporcionalidad, para luego determinar si la restricción fue legalmente decretada o no.

Fin legítimo: se estableció que el fin de la medida restrictiva es la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, así como garantizar el equilibrio ecológico del lago de Atitlán, que constituye una de las fuentes económicas principales de los pobladores. Asimismo, se determinó que dicha medida pretende evitar que productos de "uso único, inútiles y no reusables", sigan causando daños en el entorno natural del lago, ya que estos materiales causan contaminación por "cientos de años". Para justificar la anterior aseveración, se citó un estudio efectuado por la organización *Greenpeace* que revela que las bolsas plásticas tardan en descomponerse cerca de cincuenta y cinco años; otros productos como las botellas de plástico se degradan aproximadamente en quinientos años y los vasos plásticos entre setenta y setenta y cinco años; por su parte, el *duroport* "no se descompone, no se degrada y no desaparece del medio ambiente". De esa cuenta, el Tribunal Constitucional concluyó que el fin legítimo de la prohibición decretada está en la protección al medio ambiente, la prevención de la contaminación y el mantenimiento del equilibrio ecológico que consagra el texto fundamental.

Idoneidad: al efectuar el examen de idoneidad, se estableció que la restricción sí constituye un medio adecuado e idóneo para alcanzar el objetivo propuesto, el cual es reducir la contaminación que generan los productos provenientes del plástico y el *duroport* en el municipio de San Pedro La Laguna y especialmente en las aguas del lago de Atitlán. Esto es así porque la prohibición y reducción de dichos productos evita que estos sean vertidos en el lago, lo cual favorece el equilibrio ecológico en ese cuerpo de agua que, como se dijo, sirve a las personas que habitan a sus alrededores para alimentarse, regar las siembras y trabajar del turismo, manteniendo a la vez la limpieza y belleza del lugar. De

ahí que se estimó que la prohibición de esos productos es una medida directa y eficaz para evitar la destrucción que provocan en el ambiente, el agua potable y la salud de los vecinos, aunado a que prohibir dichos materiales constituye una tendencia a nivel mundial, que tiene su raíz en la protección al medio ambiente y, por ende, a la salud y a la vida de los seres humanos.

Necesidad: en el análisis de la necesidad, el fallo de la Corte dispuso que no existen otras medidas alternativas igualmente eficaces para prevenir la contaminación en el municipio de San Pedro La Laguna. De hecho, se hizo relación a que en esa localidad se han implementado otras medidas para evitar la contaminación, por ejemplo, el tren de aseo que se encarga de hacer la recolección de los residuos sólidos, la implementación de una planta de tratamiento, campañas de limpieza subacuática, concientización ambiental en establecimientos públicos y privados, así como un plan estratégico para la reducción de bolsas plásticas y eventos de reforestación. Sin embargo, dichas medidas alternativas no son lo suficientemente efectivas para minimizar los perjuicios que generan los productos prohibidos en el medio ambiente.

4.7. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto

En este apartado se analizará cómo se realizó la ponderación entre el grado de afectación de la restricción, frente al grado de satisfacción del derecho que juega en contrario, utilizando las intensidades leve, media y alta que propone Alexy. Luego, se determinará cuál de los dos principios es el que tiene mayor peso utilizando la fórmula matemática, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto, el grado de la afectación del derecho, frente a la importancia en la consecución del principio contrario, para concluir si la limitación impuesta es congruente y adecuada con el beneficio que representa el derecho opuesto.

Si bien en este caso, la Corte de Constitucionalidad no precisó en su fallo la fórmula matemática para realizar el *test*, sí estableció el grado o intensidad del principio afectado (**Ii**), siendo este *el derecho de industria y de comercio,* y el grado de satisfac-

ción del principio afectante (**Ij**), siendo este es el *derecho al medio ambiente sano*. Para el efecto, el análisis se dividirá en dos partes, dependiendo del sujeto a quien afecta la restricción.

a. *Afectación de la medida a las personas que utilizan los productos prohibidos en su vida cotidiana y negocios*. En cuanto a este aspecto, el fallo estableció que la restricción impuesta no limita a las personas a comprar y vender bienes de lícito comercio, sino que tiene por objeto modificar la forma en la que estos son empacados para su transporte, buscando alternativas sostenibles y que causen menor impacto al medio ambiente que el uso de los productos prohibidos, tomando en cuenta que la degradación de estos materiales se prolonga por un tiempo mayor que, algunas veces, la expectativa de vida de las personas. De ahí que se consideró que el grado de intensidad de la afectación al derecho de industria y de comercio (**Ii**) para las personas que utilizan los productos prohibidos es **leve**; es decir, con un valor en la escala de 20 = 1.

Por otra parte, se indicó que la prohibición de utilizar los productos mencionados responde a un interés general y a la necesidad de preservación del derecho a la salud y a la vida de las personas que habitan en los alrededores del Lago de Atitlán, razón por la cual, al evitar el uso de los productos que causan contaminación en el ambiente y ponen en riesgo la salud y vida de las personas, el grado de satisfacción del derecho al medio ambiente sano (**Ij**) es **alto**; es decir, con un valor en la escala de: 22 =4.

Por ello, al sustituir los valores antes señalados en la fórmula matemática (1÷ 4), nos da como resultado 1/4; es decir, menor que 1, razón por la cual se considera que la medida restrictiva adoptada satisface el principio de ponderación y, por ende, *es constitucional*.

b. *Afectación de la medida dirigida a los comerciantes que se dedican específicamente a la industria y a la venta de los productos prohibidos*. Sobre este aspecto, se consideró que el Acuerdo en cuestión establece una limitación absoluta para quienes se dediquen al comercio e industria de productos desechables, pues no podrán vender bolsas plásti-

> cas, pajillas ni productos elaborados con poliestireno expandido; de ahí que se estimó que el grado de intensidad de afectación con la medida restrictiva para quienes se dedican al comercio e industria de los productos prohibidos es **alto**; es decir, con un valor en la escala de: 22 =4.

De igual forma, el grado de satisfacción del derecho a un medio ambiente sano también es alto; es decir, con un valor en la escala de: 22 =4. Ello porque la medida incide directamente en evitar el exceso de aquellos productos y minimizar los perjuicios que provocar en el ambiente, específicamente en el lago de Atitlán, como cuerpo de agua del que depende la población para mantener su alimentación, acceso a agua potable y como fuente de trabajo.

De esa cuenta, al medir la afectación y satisfacción de la libertad de industria y de comercio, frente al derecho a un medio ambiente sano, se establece que para ambos la intensidad es alta (4÷ 4), lo que da como resultado 1, existiendo un equilibrio (empate) entre los dos derechos. Por ello, la Corte dispuso que, para determinar si la medida era proporcional o no para los comerciantes que se dedican a la industria y venta de los productos prohibidos, debía recurrirse a los intereses que son beneficiados o perjudicados con la implementación de la medida restrictiva.

Para ese efecto, la Corte evocó el contenido del artículo 44 constitucional que establece en su último párrafo que "el interés social prevalece sobre el interés particular"; asimismo precisó que el bien común es el elemento teleológico del Estado, lo que conlleva a establecer la obligación de apegar el marco jurídico guatemalteco a este fin; es decir, buscar el beneficio de la población en general y proteger esencialmente a la persona humana y la familia. En ese orden de ideas, señaló que el artículo 43 constitucional, establece como límites de la libertad de industria y de comercio, los motivos sociales y el interés nacional, lo que comprende el bien común, por lo que debe prevalecer la protección a los derechos fundamentales de la mayor parte de personas. Por ello, al realizase la ponderación entre los derechos en conflicto con base en ese principio interpretativo [bien común], se estableció que el beneficio que se produce con la protección al medio ambiente en la forma en que se encuentra establecida la norma

objetada, es mayor que la limitación al derecho de industria y de comercio, tomando en cuenta que el primero constituye un derecho sintético, ya que su tutela comprende también la protección a la vida y a la salud, persiguiéndose un nivel de vida adecuado para las personas.

Por ende, la Corte de Constitucionalidad declaró que la medida pretendida por la Municipalidad de San Pedro La Laguna es constitucional y declaró sin lugar el planteamiento. Ahora bien, en lo que respecta a la palabra "y derivados" del Acuerdo objetado esta fue declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico.

4.8. Otros aspectos interesantes del fallo

La Corte de Constitucionalidad no se limitó únicamente a declarar la constitucionalidad de la restricción, sino también, formuló una reserva interpretativa en el sentido que la restricción establecida no debe comprender los productos en los que es vital utilizar empaques de plástico y otros materiales similares para preservar su contenido y así tener las condiciones necesarias para poder comercializarse y distribuirse al público, según normas de calidad. Además de lo anterior, formuló exhortativa al organismo ejecutivo, para que diseñe y ponga en funcionamiento programas que promuevan la producción y consumo sostenible a nivel nacional, a efecto de concientizar a la población en cuanto al uso racional de los recursos naturales y de los productos que provocan contaminación, como también medidas para minimizar el consumo y producción de ellos. De igual manera, exhortó al Congreso de la República de Guatemala para que, en su función legislativa, promueva la creación de leyes ordinarias que regule el consumo, distribución y producción de materiales no reutilizables que causan contaminación en el medio ambiente para minimizar los efectos nocivos en la salud de las personas a nivel nacional, de conformidad con los estándares internacionales en los temas de medio ambiente y derechos humanos.

V. Conclusión

Del fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se extraen elementos importantes sobre el principio de proporcionalidad como método interpretativo para determinar la validez de una limitación a un derecho fundamental; asimismo, sirve de parámetro para resolver conflictos de esa naturaleza, pues explica paso a paso y con detenimiento en qué consiste y cómo debe efectuarse el análisis de cada uno de los elementos que conforman el *test* de proporcionalidad.

En lo que se refiere al análisis del *test* en sí, el Tribunal concluyó que la medida restrictiva sobre la prohibición de utilizar y comercializar productos fabricados con "plástico o poliestireno expandido" era idónea y adecuada para el fin perseguido; que no existían otros métodos alternativos igualmente eficaces para cumplir con esa finalidad; así como que, entre los dos principios en conflicto, el grado de satisfacción del derecho a un medio ambiente sano era más alto que el grado de afectación del derecho de industria y de comercio, por lo que la medida restrictiva adoptada era más beneficiosa para la colectividad.

Por otra parte, si bien la Corte no realizó análisis expreso sobre si se afectaba o no el contenido esencial del derecho objeto de restricción, sí lo hizo tácitamente al precisar que la medida adoptada no limitaba a las personas a comprar y vender bienes de lícito comercio (contenido esencial), sino que tenía por objeto modificar la forma en la que estos son empacados para su transporte, buscando alternativas sostenibles y que causen menor impacto al medio ambiente que el uso de los productos prohibidos.

En suma, puede concluirse que en la sentencia emitida se abordaron los aspectos fundamentales del principio de proporcionalidad, tales como que la limitación debe estar prevista en una ley, que debe atender a un propósito útil en razón del bien común e interés general, que la medida debe ser proporcional al objetivo que se pretenda alcanzar y que no existan otras opciones menos gravosas para alcanzar ese fin.

Referencias

Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* trad. de Garzón Valdés, Ernesto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

Barak, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*; trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017.

Cano Chávez, Juan Luis, "La ponderación como método interpretativo para la solución de colisiones entre principios", *Opus Magna Constitucional 2012,*. Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, t. VI.

Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Casals Hernández, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones,* Bogotá, Editorial Temis, 2020.

Cordón Aguilar, Julio César, *Derechos humanos: el anhelo por garantizar el respeto a la dignidad de la persona,* Guatemala, Editorial Cara Parens, 2013.

Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, núm. 5.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

Corte IDH. OC-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva de 9 de mayo de 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. Serie A, núm. 6.

Exp. Núm 1201-2006, Corte de Constitucionalidad, Guatemala.

Exp. Núm. 11/1981, Tribunal Constitucional de España, 11 de abril de 1981.

Exp. Núm. C-720/07, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 11 de diciembre de 2007.

Grazioso Alvarado, Ignacio Fernando, "El juicio de igualdad", *Opus Magna Constitucional 2015*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, t. XI.

Guibourg, Ricardo. *Alexy y su fórmula del peso,* Universidad de Buenos Aires, 2015.

Pérez Luño, Antonio E., *Los Derechos Los derechos fundamentales,* España, Editorial Tecnos, 1986.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* México, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

Viera Álvarez, Christian, "El Contenido esencial de los derechos fundamentales", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso.

¿Derecho a una economía sostenible? Explorando la intersección entre derechos humanos, desarrollo sostenible y economía política[1]

***

Right to a sustainable economy? The intersection between human right, sustainable development and political economy

*Eréndira Ramos**

* Abogada experta en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Barer Scholar* y maestra en Derechos Humanos y Desarrollo Internacional Sostenible, por la Universidad de Washington. Maestra con mención honorífica en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, por la Universidad Panamericana. Fue asesora de presidencia en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Fue abogada en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fue Investigadora Visitante en el Max Planck Institute for International Law y Asistente de Investigación del doctor Sergio García Ramírez+, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *@ErendiraRamosV*

1 En este ensayo construyo sobre las ideas expuestas en mi propuesta de investigación titulada *"A Right to a Sustaonable Economy? Exploring the intersection of Human Rights, Sustainable Development and Political Economy"*. Es un proyecto que inicié en la *University of Washington School of Law* con mi tesis de master (LL.M.) en *Sustainable International Development and Human Rights,* y ha sido presentado en tres conferencias internacionales: 1) 8th Max Planck Symposium for Alumni and Early Career Researchers "The rise of social, economic and environmental justice", Max Planck Society, 25 julio de 2023, Harnack Haus, Berlin, Alemania; 2) ICON•S Annual Conference "The Future of Public Law: Resilience, Sustainability, and Artificial Intelligence," Madrid, España, 10 julio 2024; y 3) XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI, Ciudad de México, 25 octubre 2024.

Resumen: en esta propuesta de investigación profundizo en la conexión entre los derechos socioeconómicos, el desarrollo sostenible y la economía política y, por lo tanto, inicio un debate sobre la necesidad de crear un "derecho a una economía sostenible", con sus implicaciones y limitaciones en el sistema de derecho internacional de los derechos humanos. Propongo una base única, tomada del derecho y la economía política, de la que carece la literatura actual y, en consecuencia, abordo una laguna de conocimiento.

Abstract: in this research proposal, I dig into the connection between socioeconomic rights, sustainable development, and political economy, therefore, start a discussion about the necessity of creating a "right to a sustainable economy," with its implications and constraints in the international human rights law system. I am proposing a unique foundation, taken from law and political economy, that the present literature is lacking and consequently addressing a knowledge gap.

Palabras clave: derecho a una economía sostenible, derecho internacional de los derechos humanos, economía política, desarrollo sostenible, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), derechos socioeconómicos, cambio climático, decrecimiento, neoliberalismo, litigio estratégico, ONU, cortes regionales de derechos humanos, ODS, Antropoceno.

Keywords: right to a sustainable economy, international human rights law, political economy, sustainable development, economic, social, cultural, and environmental rights (ESCER), socioeconomic rights, climate change, degrowth, neoliberalism, strategic litigation, UN, regional courts of human rights, SDGs, Anthropocene.

Sumario: I. Introducción. II. El problema: un sistema económico desregulado. III. Discusiones de economistas y juristas. IV. Desarrollo sostenible como respuesta parcial. V. Naciones Unidas y la transformación del sistema económico global. VI. Alcance de un derecho a una economía sostenible. VII. Conclusión.

I. Introducción

A medida que el mundo se enfrenta a retos como la desigualdad económica, la pobreza, la crisis climática y la falta de acceso a los DESCA —especialmente tras la pandemia de COVID-19—, aumenta la concienciación sobre la necesidad de abordar las consecuencias negativas de las políticas económicas neoliberales.[2] Mi propuesta pretende poner de manifiesto los límites del actual marco jurídico internacional a la hora de abordar los impactos deliberados y aspira ofrecer alternativas que se centren en los derechos humanos y las normas y principios del desarrollo sostenible en la toma de decisiones económicas.[3] Según estudios recientes, los daños de las políticas neoliberales no son un accidente; son consecuencia de la toma de decisiones políticas de poderes corporativos y de una regulación bancaria mundial inadecuada.[4]

Un nuevo derecho a una economía sostenible, con base en derecho internacional de los derechos humanos, tiene el potencial de promover políticas inclusivas y ser la base de importantes litigios estratégicos ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y las cortes regionales (africana, europea y latinoamericana). De esta forma, los Estados y las empresas rendirían cuentas ante el derecho internacional y, al mismo tiempo, empoderaría a los individuos.

La versión amplia de este proyecto lleva a cabo un enfoque metodológico interdisciplinar, vinculando la investigación sobre

---

2 *Cfr*. Leach, M., MacGregor, H., Scoones, I., Wilkinson. A., *Post-pandemic transformations: how and why COVID-19 requires us to rethink development,* World Dev, 2021; *Véase también*, Ibn-Mohammed, *et al*., *Un análisis crítico de los impactos de COVID-19 en la economía global y los ecosistemas y las oportunidades para las estrategias de economía circular*, Resour Conserv Recycl, 2021.

3 *Cfr*. Kate Donald, "A Rights-Based Economy: in critical times, a roadmap for action", *Spotlight on sustainable development 2021. Demanding justice beyond rhetoric. Time to overcome contradictions and hypocrisy in the covid-19 crisis*, 2021, *https://www.cesr.org/2021-spotlight-report/* Shawkat, Alam, Natalie Klein, y Juliette Overland (eds.), *Globalisation and the quest for social and environmental justice: the relevance of international law in an evolving world order*, 2011.

4 *Véase, por ejemplo,* Walter Mattli y Ngaire Woods, *The politics of global regulation*, Princeton University Press, 2009.

derecho y economía política, que considera cómo la regulación jurídica puede definir y afectar al desarrollo económico, y los estudios jurídicos críticos, que consideran los límites del derecho y tratan de reconstruirlo de forma más inclusiva y receptiva. Para ello, también se contempla un análisis doctrinal exhaustivo de los derechos humanos existentes, marcos de desarrollo sostenible y estudios de casos de enfoques innovadores del derecho propuesto. Investigar la incipiente conexión entre derechos humanos, economía política y desarrollo sostenible plantea retos debido a su naturaleza interdisciplinar. A ello se suma la naturaleza compleja de definir el "derecho a una economía sostenible". Sin embargo, cada vez hay más investigación en este ámbito, y su intersección específica requiere más atención. La información se obtiene a través de fuentes documentales, entrevistas con actores clave y trabajo de campo.[5] Los métodos cualitativos son los más apropiados para fenómenos poco estudiados que necesitan un contexto rico sobre el terreno para comprender los cómos y los porqués, como es el caso de esta investigación.

Esta propuesta a modo de ensayo pretende contribuir al creciente discurso sobre el establecimiento de una economía mundial sostenible basada en los derechos humanos a partir de las siguientes preguntas: *1)* ¿Cuáles son las limitaciones del marco jurídico internacional actual para abordar los efectos negativos de las políticas económicas sobre los derechos humanos y el desarrollo sostenible? *2)* ¿Cómo puede un enfoque centrado en los derechos humanos y los principios de sostenibilidad integrarse en la toma de decisiones económicas y verse reforzado por el derecho internacional de los derechos humanos? *3)* ¿Cuáles son las posibles oportunidades y limitaciones de litigio estratégico de un nuevo derecho a una economía sostenible en el marco de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales de derechos humanos, y cómo podría aplicarse eficazmente este derecho?

[5] *Cfr*. Merriam, S. B., y Tisdell, E. J., *Qualitative research: a guide to design and implementation,* 4a. ed., John Wiley & Sons, 2016.

II. El problema: un sistema económico desregulado

El neoliberalismo ha sido la ideología política dominante en la política económica y política de los últimos cuarenta años. El neoliberalismo, también conocido como fundamentalismo de mercado, sostiene que el bienestar humano puede avanzar dentro de una agenda institucional caracterizada por mercados libres, un Estado mínimo, libre comercio, falta de regulación económica y derechos de propiedad individual sustanciales.[6] El neoliberalismo da prioridad a los ideales de bienestar individual frente a los sociales, a la organización de la economía y la sociedad basada en el mercado frente a la dirigida por el Estado, y al desarrollo de las industrias nacionales por el sector privado frente al dirigido por el Estado.[7] Valora la responsabilidad individual y la competencia por encima de la solidaridad social, la propiedad privada por encima de los bienes comunes colectivos, y la desigualdad socioeconómica por encima de la redistribución.[8]

El crecimiento económico, medido por el Producto Interno Bruto (PIB), ha sido el centro de esta agenda. A pesar de los importantes aumentos del PIB en las últimas décadas, aproximadamente la mitad de la humanidad vive en pobreza (menos de 5,50 dólares al día), lo que niega los derechos fundamentales a la alimentación, el agua, la vivienda, la educación, la atención sanitaria, un trabajo decente y un medio ambiente sano.[9] Las diez personas más ricas de Estados Unidos poseen 853.000 millones de dólares en total, cantidad suficiente para aliviar varias veces la pobreza extrema.[10] La pandemia COVID-19 ha agravado una situación ya de por sí deteriorada porque ha sumido a la economía mundial en una recesión, y se calculó que entre 119 y 124

6 MacNaughton, Gillian y Frey, Diane F., "Introduction", *Economic and Social Rights in a Neoliberal World*, Gillian MacNaughton y Diane F. Frey (eds.), Cambridge University Press, 2018, p. 5.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 Kate Donald, "A Rights-Based Economy: in critical times..." *cit*.

10 *Idem*.

millones de personas caerán en la pobreza en 2020.[11] En los últimos años, el hambre en el mundo ha aumentado en lugar de disminuir: el 9% de la población mundial estaba categorizada como desnutrida en 2019, mientras que se estima que el número de personas que padecen hambre aguda se ha duplicado desde entonces.[12] La Organización Internacional del Trabajo informó que 207 millones de personas están desempleadas, y se espera que el nivel de desempleo aumente en los próximos años.[13] La Organización Mundial de la Salud y UNICEF informan que 1 de cada 4 personas carece de agua potable en sus hogares.[14] Los desastres naturales, producto del cambio climático y degradación de la biodiversidad, son responsables de casi una cuarta parte de todas las muertes y enfermedades en el mundo, lo que supone al menos 13 millones de muertes al año.[15]

El racismo, el sexismo y otros tipos de discriminación siguen prevaleciendo, como lo demuestran los efectos diferenciales de la pandemia de COVID-19 y las discrepancias en los ingresos y la riqueza. La mayoría de la población de los países en desarrollo y menos desarrollados sigue viviendo en la pobreza y la miseria debido a esta distribución desigual, que se ve exacerbada por las políticas del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, de acuerdo con fuentes

11 World Bank, "Updated estimates of the impact of COVID-19 on global poverty: looking back at 2020 and the outlook for 2021", *https://blogs.worldbank.org/opendata/updated-estimates-impact-covid-19-globalpoverty-looking-back-2020-and-outlook-2021*

12 FAO, "The state of food security and nutrition in the world 2021", núm. 15, 2021, *http://www.fao.org/documents/card/en/c/cb4474en*

13 International Labour Office, *World Employment and Social Outlook Trends 2022*, 2022, *https://public.ebookcentral.proquest.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6941163*

14 World Health Organization, United Nations Children's Fund (UNICEF*), Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2020: five years into the SDGS,* 2021, *https://apps.who.int/iris/handle/10665/345081*

15 World Health Organization, *WHO global strategy on health, environment and climate change: the transformation needed to improve lives and wellbeing sustainably through healthy environments,* 2020, *https://apps.who.int/iris/handle/10665/331959*

autorizadas.[16] Nótese que esta dificultad no solo afecta a los países en desarrollo, sino también a los más poderosos, como es el caso de Estados Unidos, por atraer un ejemplo.[17]

Las estadísticas son duras y han surgido serios cuestionamientos por parte de economistas sobre la operación del sistema financiero global, y sus devastadoras consecuencias en la vida de las personas. A partir de ello surge la pregunta sobre la existencia de estudios y regulación desde el enfoque del derecho internacional de los derechos humanos.

III. Discusiones de economistas y juristas

La mayor parte de la literatura que explica el fracaso del neoliberalismo a la hora de abordar adecuadamente la justicia social y medioambiental procede de economistas, especialmente de la rama de la economía del desarrollo. Los especialistas en derechos humanos tienen una presencia creciente pero relativamente modesta en este espacio académico, como veremos más adelante. A este respecto, David Kennedy afirma que el impacto distributivo del derecho rara vez ha sido objeto de atención de los principales estudios jurídicos internacionales. Varias generaciones de juristas internacionales procedentes del contexto político y económico se han unido a la corriente principal para descubrir y corregir patrones de desventajas.[18] Del mismo modo, los juristas feministas también han aportado una perspectiva de género a estos retos.[19] A pesar de sus contribuciones esenciales y perspicaces, estos académicos aún no han conseguido situar las preocupaciones distributivas en el primer plano de la conciencia pública. Igualmente, parte de la razón de ser de esta laguna es la creencia generalizada de que las cuestiones político-económicas quedan fuera del ámbito del derecho internacional.[20]

---

16 Shawkat, Alam, Natalie Klein, y Juliette Overland (eds.), *op. cit*.

17 Cfr. Reich, Robert B., *Saving capitalism: for the many, not the few*, 2015.

18 Kennedy, David, A *world of struggle: how power, law, and expertise shape global political economy*, 2016, p. 217.

19 *Idem*.

20 Kennedy, David, *op. cit*.

Economistas como Sen han demostrado que el hambre no es consecuencia de la falta de alimentos, sino de las desigualdades en los mecanismos de distribución de los mismos.[21] Sachs sostiene que los países más pobres están sumidos en la miseria y no tienen escapatoria sin la ayuda masiva de los países más ricos.[22] Asimismo, afirma que Estados Unidos ha pasado por alto la creciente disparidad económica y los graves riesgos medioambientales porque ha puesto demasiado énfasis en el crecimiento económico.[23] Easterly lo cuestiona al presentar pruebas estadísticas que sugieren que los países recientemente industrializados alcanzaron este estatus sin mucha ayuda exterior. Easterly argumenta que las pruebas estadísticas de Sachs son engañosas porque ignoran el hecho de que la ayuda exterior no fue el único factor que contribuyó al éxito de estos países. También sugiere que el éxito de estos países se debió a una combinación de factores, como la buena gobernanza, unas políticas económicas sólidas y unas condiciones económicas mundiales favorables. Asimismo, sostiene que la ayuda exterior ha hecho más mal que bien en muchos casos y que la atención debería centrarse en capacitar a las comunidades locales y promover el crecimiento económico mediante soluciones basadas en el mercado.[24]

Por su parte, Raworth propone una alternativa al modelo de crecimiento económico que equilibre las necesidades humanas esenciales y los límites planetarios. Destaca la importancia de encontrar soluciones sostenibles que aborden tanto el bienestar humano como la preservación del medio ambiente.[25] Ella sostiene que la mentalidad financiera neoclásica ha agravado progresivamente la degradación medioambiental y la injusticia social,

21 Sen, Amartya, *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*.

22 Sachs, Jeffrey, *Building the new american economy: smart, fair, and sustainable*, 2017.

23 *Idem*.

24 Easterly, William, *The white man's burden: why the west's efforts to aid the rest have done so much Ill and so little good,* 2007. *Véase también,* Easterly, William, *The tyranny of experts: economists, dictators, and the forgotten rights of the poor*, 2013.

25 Raworth, Kate, *Doughnut economics: seven ways to think like a 21st. century economist,* 2017.

haciéndola insostenible. El llamado libre mercado es incapaz de resolver estos problemas por sí solo. Afirma que las preocupaciones medioambientales y sociales no son tangenciales, sino de "importancia vital", y que solo ahora se consideran "gastos externos" porque "no las hemos tenido en cuenta en nuestro pensamiento económico". Además, defiende que enfrentarse al actual monopolio de la teoría económica es de vital importancia si queremos hacer viables nuestras actuales instituciones político-económicas, ya que "la economía es la lengua materna de la política pública, el lenguaje de la vida pública y la mentalidad que define la sociedad". La "dona" que propone como remedio es una simple referencia visual al pensamiento económico del siglo XXI. Sostiene que la economía debe funcionar dentro de una zona "segura y razonable" entre un límite ecológico y una base social.[26] Finalmente, Raich sugiere "salvar el capitalismo" con regulaciones adecuadas creadas por los Gobiernos y recuperar así nuestra democracia. Para él, la cuestión central es quién da forma a las reglas económicas y con qué propósito. En las últimas tres décadas, las reglas han sido dirigidas por corporaciones como *Wall Street* y personas adineradas para canalizar hacia sí mismas una parte esencial de los ingresos y la riqueza y en tales circunstancias, una economía y una sociedad no pueden sostenerse.[27] Para Reich, este es un problema que afrenta a la democracia. Defiende que el futuro debate crítico no es sobre el tamaño del Gobierno, sino sobre para quién es el Gobierno. La decisión esencial no es entre el libre mercado y el Gobierno; es entre un sistema destinado a una prosperidad de base amplia y otro diseñado para concentrar prácticamente todas las recompensas en manos de unos pocos en la cima. La cuestión crucial no es cuánto dinero debe quitarse a los ricos para transferirlo a los pobres; se trata de cómo establecer las reglas del mercado. Una economía que crea por sí misma lo que la mayoría de la gente consideraría una distribución justa, sin necesidad de redistribuciones significativas a posteriori.[28]

---

26 *Ibidem, pp.* 21-50.

27 Reich, Robert B., *op. cit. Véase también,* Walter Mattli y Ngaire Woods, *The politics of global regulation*, Princeton University Press, 2009.

28 Reich, Robert B., *op. cit.*

Aunque la literatura económica empieza a reflejar los defectos de las políticas neoliberales, el diálogo interdisciplinar puede ser la clave de las soluciones.

Por parte de los juristas, MacNaughton y Frey demuestran que el neoliberalismo plantea importantes retos en materia de derechos humanos, predominantemente los DESCA en distintos países, y que los derechos económicos y sociales deben hacerse más visibles para más personas en todo el mundo, y ser audaces y persistentes a la hora de hacerlos realidad.[29] Alam, Klein y Overland exploran los estragos de los derechos humanos en la economía actual a través de la lente de la globalización, que ha dado lugar a nuevos retos y oportunidades para la protección y promoción de los derechos humanos, pero también ha creado nuevas amenazas para los derechos humanos, especialmente en los países en desarrollo, donde las empresas multinacionales operan a menudo con impunidad, y los Gobiernos son incapaces o no están dispuestos a proteger los derechos de sus ciudadanos.[30] Según Donald, el sistema económico neoliberal ha perjudicado los derechos de millones de personas.[31] Incluso antes de la pandemia de COVID-19, el hambre iba en aumento, la brecha de riqueza había alcanzado nuevas cotas y millones de personas vivían en la más absoluta pobreza.[32] Ella declaró que "esto ha dado a los Gobiernos, las corporaciones y las instituciones financieras internacionales un pase libre para esencialmente hacer de las decisiones de política económica una 'zona libre de derechos'".[33] Van Ho y Černič, realzan una perspectiva pluralista de "derechos humanos y empresas", donde los derechos humanos deben ser lo primero, no las empresas.[34] Según ellas, las normativas de "hard

[29] MacNaughton, Gillian y Frey, Diane F., *op. cit*.

[30] Shawkat, Alam, Natalie Klein, y Juliette Overland (eds.), *op. cit*.

[31] Cf. Kate Donald, "A rights-based economy: In critical times, a roadmap for action," *Spotlight on sustainable development 2021. Demanding justice beyond rhetoric. Time to overcome contradictions and hypocrisy in the COVID-19 crisis*, Center for Economic and Social Rights, 2021, p. 81, *https://www.cesr.org/2021-spotlight-report/*

[32] *Idem*.

[33] *Ibidem*, p. 83.

[34] Jernej Letnar Černič y Tara Van Ho (eds.), Human rights and business: direct corporate accountability for human rights, 2015.

law" parecen estar a décadas de distancia a nivel internacional. Las iniciativas de la ONU, como los Principios Rectores y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras operaciones corporativas, van más allá de ser solo un paso en la dirección correcta.[35] Sin embargo, son insuficientes por sí solas para poner fin a los abusos y garantizar que las víctimas obtengan justicia.[36] Linarelli, Salomon y Sornarajah, examinan cómo el derecho internacional y sus regímenes de comercio, inversión, finanzas y derechos humanos, están implicados en la construcción del sufrimiento, y cómo el derecho internacional produce, reproduce e incrusta la injusticia al tiempo que reduce las alternativas que pueden servir a la humanidad. Las autoras también muestran cómo el derecho económico internacional está implicado en la creación y reproducción de la "miseria", especialmente en los países en desarrollo. Sostienen que el derecho internacional se ha configurado para beneficiar a los ricos y poderosos, marginando al mismo tiempo a las personas en estado de pobreza y en situación de vulnerabilidad.[37] Las autoras concluyen que es necesario reformar el derecho internacional para promover la justicia social, los derechos humanos y el desarrollo sostenible.

Rober, Ricard y Ruiz Abou-Nigm exponen la clara conexión entre los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y el derecho internacional. Concluyen que el derecho internacional privado podría desempeñar un papel crucial en la consecución de los ODS mediante la promoción del desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos.[38] Birchall defiende que los principios de derechos humanos sí se aplican a las cuestiones económicas y ofrece un marco conceptual basado en el derecho internacional de los derechos humanos, las empresas y los derechos humanos,

---

35 *Idem*.

36 *Idem*.

37 Linarelli, John, Salomon, Margot E. y Sornarajah, M., *The misery of international law: confrontations with injustice in the global economy,* 2018, pp. 226–270.

38 *Cfr.* Robert, Sabrina, Ricard, Pascale y Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *SDG'S 2030, white paper* 18, ADI/ILA, 2022, *https://www.ilaparis2023.org/wp-content/uploads/2022/10/ADI-ILA-ODD-VHD-EN.pdf*

y los enfoques críticos.[39] Alston, presentó un informe crítico que muestra cómo las normas y prácticas económicas presentan impactos serios en los derechos humanos. Como ejemplo, dijo que la pobreza en el Reino Unido era una "decisión política".[40] En un trabajo más reciente, Alston y Reisch expusieron los vínculos de los derechos humanos y el derecho fiscal para eliminar las desigualdades económicas, sociales y políticas.[41] Por último, Krisch aporta un enfoque del derecho internacional de los derechos humanos al servicio de potencias hegemónicas como Estados Unidos. Su investigación es importante para comprender la dinámica de los bienes económicos en las negociaciones internacionales.[42] Puig, muestra los efectos negativos de la globalización económica analizando la intersección de derechos de las comunidades indígenas y el derecho internacional económico.[43] Finalmente, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se centran en la responsabilidad de las empresas de proteger los derechos humanos y el deber de los Estados en garantizarlo.[44]

---

39 Birchall, David, *Human rights and political economy: addressing the legal construction of poverty and rights deprivation*, JLPE, 2022, *https://escholarship.org/uc/item/8mf679v5*

40 Alston, Philip, *Report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights*, 2015, *https://digitallibrary.un.org/record/798707?ln=en*

41 Alston, Philip y Reisch, Nikki (eds.), *Tax, inequality, and human rights*, 2019.

42 *Cfr*. Nico, Krisch, "More equal than the rest? Hierarchy, equality and US predominance in international law", en Byers, Michael y Nolte, Georg (eds.), *United States hegemony and the foundations of international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. Véase también, Nico, Krisch, *International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order*, Oxford University Press, 2005.

43 Puig, Sergio, *At the margins of globalization: indigenous peoples and international economic law,* 2021, *https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108596503/type/book*

44 Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las naciones unidas para "proteger, respetar y remediar",* 2011, *https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210565998*

Después de esta radiografía general, queda claro que las políticas neoliberales han perjudicado a las personas y al planeta al priorizar las decisiones financieras sobre los derechos humanos. Aunque los economistas muestran las debilidades de nuestro sistema económico, no pueden acercarse a las soluciones jurídicas necesarias para alcanzar la justicia social y medioambiental. Esto es aún más grave porque la investigación sobre este problema por parte de juristas y especialistas en derechos humanos es mínima. Por ejemplo, en el sistema de las Naciones Unidas y en los sistemas regionales de derechos humanos, no hay referencias a argumentos que cuestionen el modelo neoliberal de desarrollo en los litigios en que se cuestionan los DESCA.[45] La ausencia de referencias a argumentos que cuestionen el modelo neoliberal de desarrollo en casos en los que estén en juego DESCA ante tribunales internacionales de derechos humanos pone de manifiesto una importante laguna a la hora de abordar los problemas sistémicos del actual modelo económico. No existe una definición clara del alcance del concepto "económico" en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Comité. Frecuentemente, los litigios estratégicos de estos derechos se limitan a los efectos de las malas políticas en lugar de las causas.

Sugiere una posible limitación en el reconocimiento y la protección de los DESCA, lo que plantea interrogantes sobre la capacidad del actual sistema jurídico para abordar y salvaguardar eficazmente los derechos de las personas y las comunidades afectadas por las consecuencias negativas de las prácticas neoliberales de desarrollo.

---

45 Para ver la comprensión actual de los DESCA sin perspectiva de economía política, Ramos, Eréndira y García Ramírez, Sergio, "Línea jurisprudencial sobre DESCA", *Internazionale e Diritti Umani*, 2020; García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, 2019; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al*., *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, IECEQ, 2018, pp. 15 y ss.; Bogdandy, Armin von, *et al*., *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, IIJ-UNAM-Max Planck Institute-Deutsche Forschungsgemeinschaft, 2018, pp. 13 y ss.

IV. Desarrollo sostenible como respuesta parcial

La mayoría de los estudios sobre desarrollo sostenible ofrecen un marco para una visión más holística del desarrollo con el fin de avanzar en los DESCA dentro de los límites del planeta. Este concepto entiende el bienestar individual y comunitario de las personas basado en tres pilares: económico, medioambiental y social. Surge como una respuesta a recientes las crisis globales, aunque con importantes limitaciones.

Sen y Anand sostienen que, tradicionalmente, el desarrollo se ha relacionado con la prosperidad total de un Estado, medida por el crecimiento del PIB per cápita. Sin embargo, el PIB no es una medida exacta de la renta, la distribución de la riqueza o el disfrute de servicios y productos esenciales como la sanidad, la educación, el agua o la alimentación. Las Naciones Unidas elaboraron en 1990 el Índice de Desarrollo Humano, que utiliza tres factores para cuantificar la felicidad: la esperanza de vida, el conocimiento y un nivel de vida digno.[46] Según este último, no existe una relación significativa entre el desarrollo económico y las ganancias en salud y educación.[47]

Bantekas y Oette sostienen que el desarrollo sostenible es esencialmente un valor de bienestar individual y comunitario en lugar de la concepción tradicional del progreso de un país en términos financieros, en particular el PIB.[48] Asimismo, afirman que la ayuda al desarrollo y el alivio de la deuda externa son fundamentales para alcanzar el derecho al desarrollo; en consecuencia, es crucial analizar las situaciones en las que los Gobiernos podrían repudiar unilateralmente la deuda ilegítima o suspender el pago de una deuda insostenible.[49]

46 UNDP, *Sustaining human progress: reducing vulnerabilities and building resilience*, 2014.

47 *Idem*.

48 Bantekas, Ilias y Oette, Lutz, *International human rights law and practice*, 3a. ed., 2020, pp. 619-664.

49 *Idem*.

Con este panorama han surgido propuestas como el derecho al desarrollo de M'Baye (1972),[50] la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986), y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000). Dado que esos objetivos carecían de perspectiva de derechos humanos y se basaban principalmente en la asistencia económica, nuestra perspectiva global ha seguido evolucionando con el Relator Especial sobre el Derecho al Desarrollo (2010), los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015),[51] y un Proyecto de Convención sobre el Derecho al Desarrollo (2022).[52]

Desde entonces, han surgido otros conceptos para intentar realizar un análisis más preciso de las acciones y los impactos sobre el bienestar humano y medioambiental, como Felicidad Nacional Bruta,[53] economías verdes,[54] producto interior bruto verde,[55] capitalismo sostenible,[56] felicidad sostenible,[57] y economía sostenible.[58] La aparición de estos diversos conceptos refleja un cambio más amplio en las prioridades de la sociedad, donde la atención no se centra únicamente en el crecimiento económico, sino también en el bienestar holístico y la sostenibilidad. Pone de relieve la necesidad de un enfoque más global que tenga en cuenta tanto el florecimiento humano como la preservación de nuestro planeta para las generaciones futuras.

---

50 M'Baye, Keba, "Le droit au développement comme un droit de l'homme", inaugural lesson to the third session of the International Institute for Human Rights, 3 de julio de 1972, *Revue des Droits de L'homme*, vol. 5, p. 503.

51 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 2015, *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement*

52 Zamir Akram, *Draft Convention on the Right to Development*.

53 Karma Ura, Sabina Alkire y Tshoki Zangmo, GNH and GNH Index, 2012.

54 Edward Barbier, Anil Markandya y David W. Pearce, *A new blueprint for a green economy*, 2012.

55 Laszlo, Christopher (ed.), *Business strategies and management for sustainability*, 2013.

56 Harrison, Neil E., *Sustainable capitalism and the pursuit of well-being*, 2013, *http://www.myilibrary.com?id=553055*

57 Gelder, Sarah Van (ed.), *Sustainable happiness: live simply, live well, make a difference*, 2014. *Véase también*, Gelder, Sarah Van, *The revolution where you live: stories from a 12,000-mile journey through a New America*, 2017.

58 Pearce, David W. y Barbier, Edward, *Blueprint for a sustainable economy*, 2000.

Con una posición crítica, Kotze y Adelman sostienen que "el desarrollo sostenible no es un principio socioecológico". Para ellos, el "principio, que está profundamente arraigado en la legislación, la formulación de políticas y la gobernanza medioambientales, impulsa un crecimiento económico neoliberal destructivo para el medio ambiente que explota y degrada el orden vital vulnerable".[59] Su postura pone en tela de juicio la eficacia del desarrollo sostenible para proteger el medio ambiente y promover la justicia social, apelando a quienes critican los sistemas neoliberales. Sin embargo, las perspectivas sobre la persuasión de su argumento varían, ya que algunos creen que el desarrollo sostenible, cuando se aplica correctamente, puede lograr un equilibrio entre el crecimiento económico, la preservación del medio ambiente y el bienestar social.

Resulta interesante que la mayoría de las propuestas relacionadas con el desarrollo sostenible han surgido desde la economía y otras disciplinas más que desde la óptica de los derechos humanos. El proyecto que comparto trataría de reforzar los vínculos del derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la economía política mediante la creación de métodos interdisciplinarios. Esto último puede conducir a un rico debate sobre la distribución equitativa de los recursos y el acceso a los derechos socioeconómicos con la posibilidad de crear el derecho a una economía sostenible exigible ante cortes internacionales. Y quizás las Naciones Unidas se estén volcando hacia una dirección similar.

V. Naciones unidas y la transformación del sistema económico global

El objetivo mundial del desarrollo sostenible ha puesto de relieve la interacción crítica entre el progreso económico, el bienestar social y la preservación del medio ambiente. A medida que las naciones se enfrentan a problemas cada vez mayores

[59] Kotzé, Louis J. y Adelman, Sam, "Environmental law and the unsustainability of sustainable development: a tale of disenchantment and of hope", *Law Critique*, 2022, *https://link.springer.com/10.1007/s10978-022-09323-4*

derivados del cambio climático, la desigualdad y el agotamiento de los recursos, aumenta la concienciación sobre la necesidad de una transición económica que promueva la sostenibilidad. Altos funcionarios de las Naciones Unidas han hecho urgentes llamamientos a la acción, y en resoluciones clave se ha insistido en la transformación de los sistemas económicos hacia un modelo más sostenible en respuesta a estos acuciantes problemas.[60] Destacaron que la pandemia del COVID-19 agravó esas condiciones, y que la urgencia de replantear nuestro sistema económico es más evidente que nunca.[61]

En 1999, Cheru, Experto Independiente sobre los Efectos de las Políticas de Ajuste Estructural en el Pleno Disfrute de los Derechos Humanos, afirmó que para superar la pobreza, la marginación y la alienación generalizada como los problemas más significativos y generalizados a los que se enfrentan muchos países endeudados, el "ajuste alternativo 'con la transformación' debería hacer hincapié en el crecimiento económico sostenible combinado con la justicia social". Además, el ajuste con la transformación debería tener los siguientes elementos: *i)* promover el desarrollo humano y la igualdad de género; *ii)* prioridad a la satisfacción de las necesidades humanas básicas; *iii)* garantizar la representación democrática y la toma de decisiones; *iv)* garantizar una justa retribución del trabajo, y *v)* reparto equitativo de la carga de la deuda.[62]

En 2011, la Asamblea General publicó una resolución en la que llamaba a la conexión entre la felicidad y el bienestar económico y medioambiental a través de la "necesidad de un enfoque más inclusivo, equitativo y equilibrado del crecimiento económico que promueva el desarrollo sostenible, la erradicación de la

60 Bachelet, Michelle, *Environmental crisis: high commissioner calls for leadership by human rights council member states*, OHCHR, *https://www.ohchr.org/en/2021/09/environmental-crisis-high-commissioner-calls-leadership-human-rights-council-member-states*

61 United Nations, *Our common agenda*, Report of the Secretary-General, 2021.

62 Effects of structural adjustment policies on the full enjoyment of human rights, 1999, *https://www.degruyter.com/document/doi/10.9783/9780812205381.596/html*

pobreza, la felicidad y el bienestar de todos los pueblos" porque "los modelos insostenibles de producción y consumo pueden impedir el desarrollo sostenible". "La felicidad es un objetivo humano fundamental", y "el indicador del producto interno bruto por naturaleza no fue diseñado para reflejar y no refleja adecuadamente la felicidad y el bienestar de las personas de un país".[63] En la resolución se pidió al Gobierno de Bután que organizara la *Reunión de alto nivel sobre bienestar y felicidad: definición de un nuevo paradigma económico*, que dio lugar a un influyente informe en el que se abogaba por una nueva economía en 2012.[64] La inclusión de este último, destacando el vínculo entre felicidad, bienestar económico y medioambiental, y el llamamiento a un nuevo paradigma económico, justifica la necesidad de explorar el concepto de derecho a una economía sostenible, ya que subraya la insuficiencia de los indicadores económicos convencionales para captar el bienestar holístico y la urgencia de cambiar hacia un enfoque más inclusivo, equitativo y equilibrado para promover el desarrollo sostenible y el bienestar integral.

En 2021, y como ya adelantábamos, la Alta Comisionada de la ONU Bachelet "apoya una transición justa hacia una economía sostenible y basada en los derechos humanos".[65] Por su parte, el secretario general de la ONU, Guterres, ha pedido recientemente "esfuerzos a las instituciones financieras internacionales y a los Estados para lograr una economía mundial más justa y sostenible".[66]

A pesar del creciente reconocimiento de la necesidad de una economía más sostenible, el actual marco jurídico sobre derechos humanos, y especialmente los DESCA, no ha abordado plenamente los efectos perjudiciales de las políticas neoliberalistas. Esta investigación pretende abonar sobre esta laguna priori-

63 United Nations General Assembly, *Happiness: towards a holistic approach to development*, 2011, *https://digitallibrary.un.org/record/715187*

64 Defining a new economic paradigm: the report of the high level meeting on wellbeing and happiness (The Permanent Mission of the Kingdom of Bhutan to the United Nations), 2012.

65 Bachelet, Michelle, *op. cit*.

66 United Nations, *Our common agenda*, *op. cit*.

zando explícitamente los derechos humanos y los principios de sostenibilidad en la toma de decisiones económicas. Lo anterior contrarrestaría el actual enfoque centrado solo en ganancias y fomentaría políticas holísticas y litigios estratégicos ante los tribunales internacionales.

VI. Alcance de un derecho a una economía sostenible

Defino el derecho a una economía sostenible como el derecho humano a vivir en un sistema económico que promueva el bienestar económico, social y ambiental de manera equilibrada y equitativa. Este derecho implicaría que las normas y políticas económicas deben ser diseñadas, negociadas y ejecutadas de manera que garanticen la protección y acceso a derechos humanos, la justicia social y la sostenibilidad ambiental. Mi propuesta de crear este derecho surge como una respuesta a las limitaciones del actual marco económico y legal para atender la crisis de desigualdad económica, violaciones a derechos humanos y degradación ambiental, incluido el cambio climático. Aunque contamos con derechos relacionados, como el derecho al desarrollo sostenible[67] y el derecho a un medio ambiente sano,[68] el derecho a una economía sostenible es complementario y necesario. Este último va más allá de la mera protección ambiental y cuestiona directamente las políticas y normas económicas que pudieran tener un efecto negativo tanto en el medioambiente como a nivel social. Además de que provee un enfoque integral que enfatizaría la intersección de los asuntos económicos, ambientales y sociales.

En este derecho hay cinco elementos clave: 1. Regulación activa por parte de los Estados; 2. Rendición de cuentas a través de un mecanismo legal-jurisdiccional (mecanismos de monitoreo, cortes regionales de derechos humanos y cortes constituciona-

[67] United Nations, *Realizing the right to development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development*, 2013.

[68] Asamblea General de las Naciones Unidas, *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, A/76/L.75, 2022, *https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en&v=pdf*

les) que garantice la responsabilidad de los Estados y las corporaciones, en la protección de derechos socioeconómicos y el medio ambiente; 3. Justicia social con la protección y garantía de los DESCA, especialmente de poblaciones en situación de vulnerabilidad; 4. Equidad económica, con políticas fiscales, monetarias y comerciales que aseguren la distribución equitativa de la riqueza y reduzcan la pobreza y desigualdad; y 5. Desarrollo sostenible que busca el equilibrio del desarrollo económico con la protección de los DESCA y el medio ambiente.

El derecho a una economía sostenible es complementario y diferente de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos ya que va más allá del monitoreo de la actividad empresarial e incluye la estructura del sistema económico en general. De esa forma, el nuevo derecho pretende mirar las causas estructurales de la injusticia económica y social tomando en cuenta la responsabilidad de los Estados y las instituciones internacionales en la creación de un sistema financiero sostenible justo. Los Principios Rectores no son vinculantes, mientras que la creación del derecho en discusión conllevaría a la creación de tratados internacionales con cortes como mecanismos de supervisión con efectos obligatorios.

El proceso de integración del derecho a una economía sostenible en el DIDH necesita de una serie de medidas estratégicas y colaborativas, por ejemplo: elaboración de un tratado internacional que reconozca tal derecho, así como de protocolos en tratados existentes que puedan integrarlo; litigio estratégico ante las Cortes Africana, Europea e Interamericana sobre Derechos Humanos para que reconozcan y desarrollen jurisprudencia al respecto; impulsar resoluciones y declaraciones desde la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Derechos Humanos; evaluar su cumplimiento a través de los Exámenes Periódicos Universales del Consejo de Derechos Humanos y Comités de Tratados, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con la alineación de las actividades económicas con los principios de derechos humanos y sostenibilidad a través de un derecho de esta naturaleza, las empresas se verían obligadas a anteponer los intereses de sus empleados y la salud del planeta a los

intereses de sus inversores. Todas las decisiones económicas y las medidas decisivas que se adopten para evitar nuevas calamidades climáticas deben guiarse por el respeto a los límites ecológicos. El cambio hacia el derecho a una economía sostenible también requiere democratizar y descolonizar las decisiones financieras a todos los niveles, especialmente teniendo en cuenta el énfasis de COVID-19 en la necesidad de reconstruir el multilateralismo desde la base. Un aspecto significativo de este rompecabezas es una revolución masiva en la gobernanza económica mundial.

También somos conscientes de algunos de los desafíos, como lograr el consenso para una definición precisa sobre los alcances de un derecho a una economía sostenible y la manera en la que se puede hacer cumplir tal derecho. Ello incluye la creación y fortalecimiento de mecanismos efectivos para supervisar su cumplimiento. Finalmente, encontrar voluntad política y negociar un acuerdo internacional en un escenario en el que existen intereses económicos y prioridades disidentes entre las naciones.

Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se puede quedar atrás en la discusión sobre la creación de una economía basada en el bienestar de las personas, que sea sostenible en términos sociales, materiales y ambientales. La perspectiva del DIDH tiene el potencial de regresar el poder de controlar la banca global a los Estados y contrarrestar la dinámica neoliberal de sustraerlos de la regulación del sistema financiero mundial. Este enfoque no busca la eliminación del sistema capitalista; sino que busca la regulación apropiada, la política pública y la rendición de cuentas basada en principios de derechos humanos. Es una perspectiva que toma en cuenta la equidad y la diversidad.

El poder de los tribunales nacionales e internacionales en esta cuestión es fundamental. Estos últimos crean espacios para el litigio estratégico y las políticas públicas. Para los profesionales de los derechos humanos no es nuevo exigir el cumplimiento de los DESCA, pero lo que sería único es solicitarlos con argumentos basados en las prácticas destructivas del Estado que implicaran decisiones económicas y legales con corporaciones privadas y otras entidades. En nuestra región, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene potencial para la creación de un dere-

cho a una economía sostenible de dos maneras: a través de un tratado que contendría la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana; y/o por reconocimiento expreso de la propia Corte Interamericana a través de una interpretación progresiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esta última opción implicaría que la Corte tendría potestad para ordenar a los Estados que impidan, eliminen o modifiquen las políticas económicas que afecten el adecuado acceso a los DESCA, especialmente grupos en situación de vulnerabilidad. Garantizar que todas las personas tengan el mismo acceso a sus derechos humanos exige actuar para redistribuir los recursos, abordar las desigualdades y reequilibrar el poder económico. Lo anterior contradice la lógica neoliberal al dar prioridad a los derechos humanos y principios de sostenibilidad, frente a los intereses de los inversores y las empresas.

VII. Conclusión

Las políticas económicas con un enfoque neoliberal han dado lugar a violaciones sistemáticas de los derechos socioeconómicos y han obstaculizado la mejora del desarrollo sostenible. El actual sistema financiero global es el principal obstáculo para la justicia social y medioambiental y la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible debido a su inherente priorización de crecimiento impulsado meramente por las ganancias frente a la distribución equitativa de los recursos y la sostenibilidad medioambiental. Integrar el derecho internacional de los derechos humanos y los principios del desarrollo sostenible en los procesos de toma de decisiones económicas es esencial para lograr políticas inclusivas y acabar con la creencia de que las cuestiones político-económicas están fuera del ámbito del derecho internacional. Un derecho a una economía sostenible puede incentivar una mayor responsabilidad por parte de las corporaciones y los Estados ante los tribunales internacionales de derechos humanos, dando a los individuos el poder de exigir sus derechos y obligando a los Estados a recuperar su poder para regular su economía política, en lugar de ceder a los intereses corporativos. Me parece importante hacer énfasis en que mi propuesta no aboga

por la eliminación del sistema capitalista en sí, sino que pretende dar luz sobre la urgente necesidad de *regulación* con las bases del derecho internacional de los derechos humanos; y de la creación de un mecanismo que permita políticas públicas y rendición de cuentas adecuadas con una perspectiva sostenible.

Esta investigación es relevante porque se centra en los acuciantes retos planetarios agravados por la pandemia COVID-19, entre los que se incluyen la pobreza, la desigualdad económica y el cambio climático. La propuesta contribuye al ámbito jurídico llenando un vacío de conocimiento significativo en la literatura actual relacionada con la intersección de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la economía política. En el análisis del actual sistema político económico y sus impactos deliberados sobre los derechos socioeconómicos, este trabajo quiere contribuir, a través de un acercamiento interdisciplinario, con una solución integral a través de la creación de un derecho a una economía sostenible. El objetivo general es empoderar a los individuos con un derecho justiciable que ponga a los Estados y las empresas a rendir cuentas en virtud del DIDH en los casos en que las políticas económicas se tornen nocivas. Los resultados tienen implicaciones a gran escala como la capacidad de influir en la reforma del sistema financiero mundial a través de la aplicación del DIDH para lograr un sistema financiero más sostenible y equitativo.

Chile y el acceso a la energía como derecho fundamental: estado de la cuestión en el marco de los instrumentos internacionales

***

Chile and access to energy as a fundamental right: state of the art within the framework of international instruments

*Francisco Javier Sanz Salguero**

Resumen: el trabajo examina el tratamiento del acceso a la energía y la posibilidad de su reconocimiento como derecho fundamental en el caso chileno, desde la perspectiva del derecho comparado, con énfasis en los instrumentos internacionales, incluyendo los originados en la ONU, el ordenamiento jurídico europeo y la jurisprudencia del TEDH.

Abstract: the work, addresses the treatment of access to energy and its eventual recognition as fundamental right from the perspective of comparative law, with an emphasis on international instruments, including those originating from the UN, the European legal system and the jurisprudence of the ECHR.

* Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Profesor Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte (Chile). Correo electrónico: francisco.sanz@ucn.cl. Dirección postal: Avenida Angamos 0610, pabellón X-7, 1° piso, Antofagasta, Chile.

Palabras clave: acceso a la energía; derecho fundamental; pobreza energética; instrumentos internacionales; derecho constitucional chileno.

Keywords: access to energy; fundamental right; energy poverty; international instruments; Chilean constitutional law.

Sumario: I. Introducción. II. Nociones de "pobreza energética" y "derecho a la energía". III. Tratamiento del acceso a la energía desde la perspectiva de los instrumentos internacionales. IV. Acceso a la energía en el ordenamiento jurídico europeo: avances hacia la protección del acceso a la energía para el cliente o consumidor vulnerable. V. Acceso a la energía dentro del marco jurisprudencial europeo: avances de la "justiciabilidad" de los derechos sociales con base en las decisiones del TEDH. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El trabajo examina el estado de la cuestión del tratamiento del derecho de acceder a la energía (como garantía para superar la "pobreza energética"), desde la perspectiva del derecho comparado, enfatizando en los instrumentos de alcance internacional y regional.

Observando que durante la pandemia Covid-19 la situación de "pobreza energética" se exacerbó, la idea de consagrar el acceso a la energía como un derecho fundamental adquiere relevancia en Chile, en especial teniendo en cuenta los intentos de actualización constitucional: con el producto del análisis, reconociendo el ensamblaje existente en la dupla "vivienda digna" y "acceso a la energía", se espera aportar a la confección de una nueva carta política para ese país. En cuanto a su estructura, el documento está dividido en cuatro apartados principales, más un marco conclusivo y la bibliografía correspondiente.

II. Nociones de "pobreza energética" y "derecho a la energía"

Dentro de las contingencias generadas a partir del escenario de la pandemia Covid- 19, uno de los fenómenos agravados en este contexto (en especial, durante los períodos de confinamiento) lo representó la "pobreza energética". En cuanto a su concepto, Bouzarovski y Petrova identifican esta realidad como la "incapacidad de alcanzar un nivel social y materialmente necesario de servicios energéticos domésticos".[1] Esta noción (que no debe confundirse con los conceptos de "vulnerabilidad" y "desigualdad energética"), posee la virtud de sostenerse en una ambición global que va más allá de la dicotomía acceso-capacidad de pago, reconociéndole el alcance de problema que afecta a poblaciones vulnerables, problema que combina dos orígenes: 1) tenemos las dificultades en la capacidad de pago de los servicios de la energía doméstica y, 2) observamos la falta de acceso a vectores energéticos[2] de calidad como la electricidad, sobre todo en países en desarrollo.[3]

Con el reconocimiento de la incapacidad de alcanzar un nivel materialmente necesario de servicios energéticos domésticos, como un fenómeno de impacto global, surge el interrogante de cómo abordar esa anomalía económica y social. Con ese objetivo a la vista, un siguiente paso exige definir la garantía con la que se puede superar esa problemática, garantía representada en el derecho al acceso a la energía. En este sentido, pensamos que la definición más adecuada del "derecho de la energía" es la formulada recientemente (2020) por Del Guayo, autor que en su planteamiento incorpora la finalidad de lo definido, indicando que

---

1 Bouzarovski, S. y Petrova, S. "A global perspective on domestic energy deprivation: overcoming the energy poverty–fuel poverty binary", *Energy Research & Social Science*, vol.10, 2015, p. 31.

2 Los vectores energéticos son "transmisores de energía [...] que en las cadenas de provisión de energía permiten el paso de fuentes primarias a usos y aplicaciones finales". Incluyen "la electricidad y calor, así como combustibles sólidos, líquidos y gaseosos. Tirado, S. *et al., Pobreza energética en España. Hacia un sistema de indicadores y una estrategia de actuación estatales,* Asociación de Ciencias Ambientales, 2018, p. 21.

3 *Idem*.

este derecho sería "aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las reglas para que el suministro final de energía a los usuarios sea seguro, económicamente eficiente y sostenible medio ambientalmente".[4]

III. Tratamiento del acceso a la energía desde la perspectiva de los instrumentos internacionales

Identificados los conceptos de "pobreza energética" y "derecho a la energía", junto con el vínculo presente entre estas dos definiciones (en donde el segundo se configura en un mecanismo para superar a las insuficiencias en materia de acceso), la labor de establecer la situación del derecho a la energía dentro del marco de los instrumentos internacionales, exige ubicarlo en el marco de dichas disposiciones.

Una primera aproximación a la necesidad de establecer una garantía de acceso al suministro de energía, la podemos encontrar en el artículo 25 numeral 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945 (DUDH). A este respecto, la posibilidad de que toda persona y su familia tengan "derecho a un nivel de vida adecuado" en el ámbito de la salud y el bienestar, en las diferentes esferas expresadas por la DUDH, exige garantizar un suministro de vectores energéticos que permitan satisfacer las necesidades mínimas. Ya en la década de los sesenta del siglo pasado, el artículo 11 numeral 1º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 PIDESC (ratificado por Chile en 1972), determinó el carácter obligatorio para sus Estados parte del reconocimiento de lo estipulado en el artículo 25 numeral 1º de la DUDH. Más adelante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación general 4 de 1991, al enfatizar en el reconocimiento del derecho humano a una "vivienda adecuada" por parte del PIDESC, subraya que ese carácter adecuado depende de factores como el acceso permanente a servicios como el de la

[4] Guayo Castiella, I. del, "Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía", *Revista de Administración Pública,* vol. 212, 2020, p. 313, *https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12*

energía "para la cocina, la calefacción y el alumbrado". De forma simultánea a las anteriores herramientas internacionales, entre los instrumentos normativos que más han influido en las problemáticas relacionadas con la energía se destacan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de 2015 (en particular el ODS número 7, para el caso latinoamericano).[5]

Al concentrarnos en el ámbito regional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a partir de la Observación general 4 de 1991, tiene una opinión definida con relación al acceso a la energía eléctrica y su impacto como garantía de otros derechos humanos. Al respecto, este Tribunal subraya "que la disponibilidad de energía eléctrica para la cocina y el alumbrado se encuentra entre los requerimientos para una vivienda digna", recordando la obligación que tienen los Estados de adoptar las medidas para garantizar "que el porcentaje de los gastos de vivienda, incluyendo la energía eléctrica, sean soportables por las personas, y conmensurados con los niveles de ingreso", agregando el carácter ininterrumpido que debe tener el suministro eléctrico.[6]

IV. Acceso a la energía en el ordenamiento jurídico europeo: avances hacia la protección del acceso a la energía para el cliente o consumidor vulnerable

Desde una perspectiva histórica, no obstante que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o CEDH y sus modificaciones no menciona expresamente el derecho a la energía, con el tiempo tanto el contenido de los cuerpos normativos y las decisiones emanadas del TEDH, han venido reconociendo progresivamente el vínculo entre el acceso a la energía y la protección de la dignidad humana, enfatizando en la relación indisoluble entre

[5] Cortés Oggero, J., "Derechos humanos y derecho a la energía", *Revista Planeo* vol. 47, 2021, *http://revistaplaneo.cl/2021/04/08/derechos-humanos-y-derecho-a-la-energia/*

[6] Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, considerando 35.

este último concepto y la tutela de los derechos fundamentales. En este orden de ideas y dentro del marco del ordenamiento jurídico europeo, un primer acercamiento al reconocimiento formal del derecho a la energía lo encontramos en la Carta Europea del Consumidor de Energía del 2008.[7] No obstante esta carta no tiene un carácter jurídico vinculante, establece un marco de compromiso en el que se expresa una posición política sobre un tema de impacto relacionado con los ámbitos de actuación de la UE, marco de compromiso que tendría efectos en reconocimientos posteriores vinculados con el acceso a la energía. En este escenario, justo un año después de declarada la citada Carta, la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 (en adelante Directiva 72/2009) estableció dos tipos de obligaciones para los Estados miembros de la UE, en lo que concierne al acceso a la energía: 1) estipuló la adopción de medidas para proteger a los consumidores vulnerables[8] y, 2) estableció el ofrecimiento de prestaciones en el marco de los regímenes de seguridad social para garantizar el suministro de electricidad a los clientes vulnerables (con la pretensión de "atajar la pobreza energética").[9]

V. Acceso a la energía dentro del marco jurisprudencial europeo: avances de la "justiciabilidad" de los derechos sociales con base en las decisiones del TEDH

Desde el punto de vista de la jurisprudencia europea, la posibilidad de otorgar al acceso a la energía el carácter de derecho fundamental debe examinarse a partir del trabajo efectuado por el TEDH. A este respecto, la labor de reconocimiento de los denominados "derechos sociales" por parte de este tribunal, ha venido avanzando dentro del marco de un paulatino reconocimiento de la tutela judicial (justiciabilidad que la doctrina considera limitada, pero posible).[10] Con base en lo comentado, en esta parte

7 Carta Europea del Consumidor de Energía 2008, letra H.

8 Directiva 72/2009, considerando (42).

9 Directiva 72/2009, artículo 3, numeral 8.

10 Solari, E. y Viera, C., "Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, p. 47.

examinamos el sentido de los derechos sociales, y la consecuente necesidad de articular derechos de segunda generación (como el acceso a una vivienda digna) con los derechos clásicos, finalizando con la revisión de varios casos conocidos por el TEDH que apuntan a dicha articulación.

5.1. Acceso a la energía dentro del marco jurisprudencial europeo: apuntando a la justiciabilidad de los derechos sociales

No obstante, la necesidad de intervención por parte de los poderes públicos para alcanzar una protección efectiva de los derechos sociales, los Estados han sido reticentes a recoger en sus ordenamientos jurídicos unos derechos que impliquen obligaciones exigibles por la ciudadanía. Esta falta de consagración, al menos de forma vinculante, dificulta la tarea de garantizarlos judicialmente, factor asociado a la discusión sobre si es necesaria la instrumentalidad de los derechos de segunda generación para la consecución de los derechos de primera generación.[11]

De las reflexiones anteriores, surge el siguiente interrogante: ¿si no se protege un derecho de segunda generación como es el acceso a una vivienda digna, será posible lograr las libertades que propugna la primera generación de derechos, como por ejemplo, el derecho a la integridad? La respuesta sería negativa, ya que no podría pensarse en la posibilidad de una "vivienda digna" en la que no se cuente con suministro regular de energía, que permita el disfrute de condiciones básicas como el alumbrado, la refrigeración y la cocina. Esta reflexión puede ir más allá, si se pretende superar la mera noción de "acceso a la energía", y se piensa en la consecución de un desarrollo sostenible (particularmente en los países en vías de desarrollo): desde esta perspectiva, se habla de la necesidad de garantizar que todas las personas tengan acceso a "servicios energéticos modernos".[12]

---

11 Sánchez Suárez, C., *El derecho a la energía como derecho fundamental I,* 2019, *https://www.elsaltodiario.com/desconexion-nuclear/el-derecho-a-la-energia-como-derecho-fundamental*

12 Guayo Castiella, I. del, *op. cit*., p. 326.

Al concentrarnos en las decisiones del TEDH y su rol de enjuiciar posibles violaciones de los derechos reconocidos en el CEDH, en las primeras décadas del siglo xxi se ha visto una evolución hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, la cual es posible sobre todo frente a casos de inoperancia del legislador o de la Administración.[13] Esta sensibilidad hacia la tutela judicial de estos derechos, se ha manifestado con la jurisprudencia del TEDH sobre la protección de derechos sociales con base en la infracción de determinados derechos civiles. En efecto, en las decisiones del Tribunal europeo, se han observado consideraciones en las que se vincula la situación de pobreza, con la efectiva aplicación de varios preceptos del CEDH, puntualmente el artículo 3 (en la parte referida a la proscripción de los "tratos inhumanos o degradantes") y el artículo 8 (puntualmente a la protección del derecho al domicilio y a la vida privada y familiar).

5.2. Acceso a la energía dentro del marco jurisprudencial europeo: casos emblemáticos del TEDH

En lo casuístico, la evolución jurisprudencial explicada se concreta en diversas decisiones, cuyo elemento común es la insuficiencia de recursos por parte de una persona o grupo familiar, y el impacto de este factor en el cumplimiento de las disposiciones del CEDH. Veamos:

a) *Caso Larioshina vs. Rusia* (2002):[14] en este primer Caso, el TEDH advirtió que una reducción tajante del régimen de prestaciones que amenazara la supervivencia de la persona afectada, podría suponer un atentado a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del CEDH.[15] En efecto, el tribunal recuerda que "en principio, no puede colocarse en el lugar de las autoridades nacionales a la hora de

[13] Solari, E. y Viera, C., *op. cit*.

[14] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Larioshina vs. Russie*. N° 56869/00.

[15] López Guerra, L., "Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia", *UNED, Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 36, 2015, p. 405.

evaluar o revisar el nivel de las prestaciones sociales disponible en un sistema de asistencia social" [...]. "Pero, dicho esto, el Tribunal considera que una queja relativa a un nivel claramente insuficiente de pensión, o de otra prestación social, podría, en principio, suscitar una cuestión relativa al artículo 3 del Convenio, que prohíbe los tratamientos inhumanos o degradantes".

b) *Caso Wallowa y Walla vs. la República Checa* (2006):[16] esta decisión, parte su relato recordando que los servicios sociales checos en el año 2000, mediante una orden judicial, retiraron a los demandantes del caso la custodia de sus cinco hijos, porque desde 1997 no disponían de una vivienda adecuada para la familia. Subrayando que la capacidad de los padres y sus esfuerzos por mejorar su situación jamás habían sido puestos en cuestión, el TEDH argumentó que, tratándose en rigor de un problema de carencia de recursos materiales, las autoridades nacionales podían haberlo resuelto mediante ayudas sociales, sin recurrir a la solución extrema de separar a los niños de sus progenitores. El TEDH concluye que la medida aplicada a los padres era desproporcionada, y violaba el artículo 8 del CEDH.

c) *Caso McCann vs. Reino Unido* (2009):[17] en esta decisión, originada en un caso de desahucio de una vivienda social, el TEDH enfatiza el hecho que la pérdida de la vivienda habitual constituye una de las injerencias más extremas que una persona puede sufrir en el derecho al respeto de su domicilio, lo que se configura como una afectación del derecho contenido en el artículo 8.1 del CEDH. El TEDH reconoce para el caso en comento, que toda persona que corra un riesgo de esta magnitud, debe tener la oportunidad de que un tribunal independiente valore la proporcionalidad de la medida. Esta misma interpretación del

16 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Wallowa y Walla vs. República Checa. N° 23848/04.

17 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mccann c. Reino Unido. N° 19009/04.

derecho al respeto del domicilio, fue reafirmada en 2013 en el asunto *Rousk vs. Suecia*.[18]

En conclusión, a partir de la tendencia al reconocimiento de justiciabilidad de derechos sociales identificado en el anterior marco jurisprudencial, e insistiendo en el carácter indisoluble de la noción "vivienda digna" con la posibilidad de un derecho de acceso a la energía que permita el disfrute de ciertas condiciones básicas, el contenido de futuras sentencias del TEDH considerarán que la ausencia de servicios energéticos (lo cual representa una verdadera privación del derecho a la energía), configura un trato degradante o una privación de la vida privada y familiar.

VI. Conclusiones

El fenómeno de la "pobreza energética", entendido como la incapacidad de alcanzar un nivel social y materialmente necesario de servicios energéticos domésticos, se vio exacerbado durante la pandemia Covid 19, realidad frente a la cual Chile no ha sido ajena. La superación de esta condición, depende de la presencia de un conjunto de reglas contenidas en el ordenamiento jurídico que garanticen al usuario un suministro final de energía, suministro que debe estar cobijado por un triple carácter de seguridad, eficiencia económica y sostenibilidad medioambiental.

Una vez reconocido el vínculo entre la noción de "pobreza energética" y la necesidad de garantizar el acceso al suministro de energía, definir el estado de la cuestión del tratamiento del derecho a la energía desde la perspectiva de los instrumentos internacionales, ha exigido el examen de aquel no solo a partir de las diversas directrices emanadas de la ONU, sino también de la evolución del ordenamiento jurídico europeo, destacando en este último caso la tendencia a una mayor protección normativa del usuario o consumidor vulnerable, asociado al progresivo re-

[18] Macho Carro, A., "La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio", *Anales de Derecho Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario*, 2020, *https://doi.org/10.6018/analesderecho.45270111-18*

conocimiento jurisprudencial (a partir del trabajo del TEDH) de la justiciabilidad de los derechos sociales.

A partir del carácter obligatorio otorgado en el PIDESC al artículo 25 numeral 1º de la DUDH, disposición aplicable a Chile dada su ratificación en 1972, y los elementos reconocidos a la expresión "vivienda adecuada" en la Observación general 4 de 1991 de la ONU, se deduce dentro del ámbito de los instrumentos internacionales el reconocimiento de la relación indisoluble entre acceso permanente a la energía y la noción de "vivienda adecuada", conceptos de los que dependerá la vigencia del derecho a un nivel de vida adecuado. En el contexto hemisférico, esta reflexión adquiere una nueva dimensión con base en lo expresado en la jurisprudencia de la Corte IDH, que enfatiza el vínculo entre la disponibilidad de electricidad y el derecho a una vivienda digna, asociado al rol del Estado.

Al concentrarnos en la evolución del modelo jurídico europeo, la situación del acceso a la energía transcurre desde dos ámbitos de protección. Por un lado, el sistema comunitario, con miras a detener la pobreza energética, define un marco de tutela jurídicamente vinculante en aras del acceso a la energía para personas en una situación de debilidad social y económica. Por otro lado, y desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, a partir de la tendencia al reconocimiento de justiciabilidad de los denominados derechos sociales, es previsible que futuras sentencias del citado Tribunal europeo reconozcan la falta de servicios energéticos como auténticas violaciones de los derechos consagrados en el CEDH.

Con base en la experiencia recogida en los instrumentos examinados (dentro de la pretensión por superar la "pobreza energética"), experiencia en la cual se reconoce una tendencia hacia la construcción de una interdependencia entre las nociones "vivienda digna" y "acceso a la energía", creemos que este proceso de articulación concede al derecho al suministro de energía el carácter de derecho fundamental o, al menos, hace una aproximación en tal sentido. Esta afirmación, tiene en cuenta que conceptualmente el derecho fundamental fluye de la realidad inherente a la dignidad humana. Finalmente, y concentrándonos en la situación chilena, teniendo en cuenta que la efectividad en la

tutela de un derecho fundamental depende de su reconocimiento y protección en el ordenamiento jurídico, pensamos que la actual contingencia constitucional a nivel interno es una oportunidad para debatir la incorporación de un derecho al acceso a la energía.

Referencias

Bouzarovski, S. y Petrova, S. "A global perspective on domestic energy deprivation: overcoming the energy poverty–fuel poverty binary", *Energy Research & Social Science*, vol.10, 2015.

Cortés Oggero, J., "Derechos humanos y derecho a la energía", *Revista Planeo* vol. 47, 2021.

Guayo Castiella, I. del, "Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía", *Revista de Administración Pública,* vol. 212, 2020.

López Guerra, L., "Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia", *UNED, Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 36, 2015.

Macho Carro, A., "La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio", *Anales de Derecho Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario*, 2020.

Sánchez Suárez, C., *El derecho a la energía como derecho fundamental I,* 2019.

Solari, E. y Viera, C., "Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, p. 47.

Tirado, S. *et al., Pobreza energética en España. Hacia un sistema de indicadores y una estrategia de actuación estatales,* Asociación de Ciencias Ambientales, 2018.

Inconvencionalidad por omisión administrativa en detrimento de los derechos humanos al medio ambiente y al agua

***

Unconventionality due to administrative omission to the detriment of human rights to the environment and water

*Fernando Sosa Pastrana**
*Pablo F. Muñoz Díaz***

Resumen: a partir del análisis de una de las sentencias más relevantes dictadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de protección de los derechos humanos al medio ambiente y al agua, en este trabajo se analiza la justiciabilidad de dichos derechos a partir del estudio de la figura de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las omisiones en que incurren las autoridades del Estado cuando incumplen con obligaciones establecidas en normas de derecho internacional en materia de derechos humanos.

Abstract: based on the analysis of one of the most relevant Judgements of the First Chamber of Mexico's Supreme Court of Justice regarding the protection of the human rights to a healthy environment and water, this paper analyzes the justiciability of such rights based on the study of the unconstitutionality and unconventionality by omissions incurred by the State authorities when they fail to comply with the obligations and standars set forth in International Human Rights Law.

Palabras clave: juicio de amparo, interés legítimo en materia ambiental, derecho humano a un medio ambiente sano, derecho humano al agua, inconvencionalidad por omisión.

Keywords: amparo trial, legitimate interest in environmental amparo trials, human right to a healthy environment, human right to water, unconventionality by omission.

Sumario: I. Preámbulo. II. Interés legítimo para promover juicio de amparo indirecto en materia ambiental. III. Omisiones en que pueden incurrir las autoridades del Estado para dar operatividad a los derechos fundamentales reconocidos en sede internacional (inconvencionalidad por omisión). IV. Estándar de protección de los derechos humanos a un medio ambiente sano y al agua. V. Inconvencionalidad por omisión administrativa en detrimento de los derechos humanos al medio ambiente y al agua. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Preámbulo

En mi participación en esta edición del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional me gustaría abordar dos de las temáticas que fueron propuestas por los organizadores: el derecho humano al agua y a un medio ambiente saludable, así como la justiciabilidad de los derechos.

Para desarrollar mi exposición, me apoyaré en una de las sentencias más relevantes dictadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de protección de los derechos referidos. Me refiero al amparo en revisión 543/2022,[1] asunto en el que la Primera Sala se pronunció en torno al deber de las autoridades administrativas de garantizar la preservación y evitar la sobreexplotación de los recursos hídricos.

Asimismo, el amparo en comento es relevante en tanto que constituye un precedente novedoso en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

[1] Amparo en revisión 543/2022, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 1 de marzo de 2023, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=303599*

Tal como a continuación expondré, a partir del análisis del parámetro de regularidad constitucional que rige en México, la Primera Sala determinó que las autoridades administrativas incurren en una omisión para efectos del juicio de amparo cuando incumplen con obligaciones establecidas en una disposición internacional en materia de derechos humanos adoptada por el Estado mexicano.

Para entender las temáticas desarrolladas por la Primera Sala a las que me referiré, considero necesario relatar de manera breve los antecedentes del asunto en comento. Diversas personas, físicas y morales, promovieron demanda de amparo indirecto en contra de tres autoridades encargadas de la protección del ambiente y de los recursos hídricos del Estado, de quienes reclamaron la omisión de adoptar medidas en aras de preservar los recursos hídricos de un Acuífero ubicado en el norte del país. Seguida la secuela procesal correspondiente, el Juzgado de Distrito del conocimiento resolvió sobreseer el juicio al considerar que la parte quejosa carecía de interés legítimo.

En contra de dicha determinación, la parte quejosa interpuso recurso de revisión y, posteriormente, solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera su facultad de atracción. El alto tribunal decidió atraer el recurso de mérito al considerar que, de superarse su improcedencia, el asunto permitiría desarrollar una doctrina novedosa en materia de prevención, *in dubio pro natura* y transversalidad aplicados a la explotación de mantos acuíferos a través del régimen de concesiones.[2]

Ahora bien, en la presente ponencia expondré los tópicos que fueron abordados para la resolución del asunto, a saber: *i)* el interés legítimo para promover juicio de amparo indirecto en materia ambiental; *ii)* el marco teórico-jurídico en materia de las omisiones en que pueden incurrir las autoridades del Estado para dar operatividad a los derechos fundamentales reconocidos en sede internacional (*inconvencionalidades por omisión*), y *iii)* el

[2] Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 169/2022, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 7 de septiembre de 2022, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=295031*

marco teórico-jurídico en torno al estándar de protección de los derechos humanos a un medio ambiente sano y al agua.

II. Interés legítimo para promover juicio de amparo indirecto en materia ambiental

Como adelanté, en el asunto en comento el Juez del conocimiento consideró que la parte quejosa carecía de interés legítimo para promover el juicio de amparo. La Primera Sala revocó dicha decisión y recordó que en los juicios ambientales el análisis sobre la actualización del interés legítimo se rige por los principios que norman esta materia. Es decir, por el principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, en virtud de los cuales el Estado tiene la obligación de fomentar la participación de la ciudadanía en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto.[3]

En consecuencia, existe la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, aunque siempre identificando que quien acuda al juicio de amparo acredite ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que estime afectado.[4] El análisis de los servicios ambientales debe ser conforme al principio de precaución, lo que significa que la ausencia de pruebas científicas que reflejen puntualmente los "beneficios de la naturaleza" no puede ser motivo para considerar que determinado ecosistema no presta un servicio ambiental, o bien, que el beneficio del ecosistema no repercute a una determinada persona o comunidad.[5]

---

3 Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 335, INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018694*

4 Tesis 1a. CCXCI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 335, INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018693*

5 Tesis 1a./J. 9/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 12, Tomo II, abril de 2022, p. 841, DERECHO

Máxime porque en cualquier juicio que tenga por objeto la garantía del derecho humano al medio ambiente debe valorarse que el paradigma de este se basa en una idea de interacción compleja e, incluso, imperceptible entre los seres humanos y la naturaleza, y que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana. Esto es, el derecho a un medio ambiente sano se fundamenta en una idea de solidaridad que entraña un análisis de interés legítimo y no de derechos subjetivos y de libertades.[6]

A partir de dichas premisas, la Primera Sala determinó que el interés legítimo en el juicio de amparo indirecto en materia ambiental se acredita con la sola existencia de un vínculo entre quien alega ser titular del derecho y los servicios ambientales que presta el ecosistema presuntamente vulnerado, vínculo que surge cuando la parte quejosa demuestra habitar o utilizar su "entorno adyacente", esto es, zonas o espacios geográficos en los que impactan los servicios ambientales que prestan los ecosistemas y que benefician a los seres humanos y al propio medio ambiente; sin que para ello sea necesario demostrar que el daño al medio ambiente existe efectivamente, pues —atendiendo al principio de precaución referido— tal circunstancia debe constituir la materia de fondo del juicio.[7]

Con base en lo anterior, se reconoció interés legítimo a la parte quejosa en virtud de que, por un lado, las personas físicas quejosas acreditaron que residen en Torreón, Coahuila, es decir, en el entorno adyacente al acuífero principal de la región Lagunera. Por su parte, las personas morales quejosas acreditaron que

---

HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES DEBE SER CONFORME AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024375*

6 Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 309, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU NÚCLEO ESENCIAL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018636*

7 Tesis 1a./J. 79/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Undécima época, Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3569, INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA AMBIENTAL. LO TIENEN LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES QUE PRESTA EL ECOSISTEMA AFECTADO, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026571*

parte de su objeto social es la promoción, protección y defensa del derecho humano al medio ambiente, así como la ejecución de proyectos para mejorar la calidad de vida de las personas y la promoción del desarrollo sustentable. En consecuencia, una sentencia que otorgara el amparo impactaría indefectiblemente sobre su esfera jurídica.

III. Omisiones en que pueden incurrir las autoridades del Estado para dar operatividad a los derechos fundamentales reconocidos en sede internacional (inconvencionalidad por omisión).

Ahora bien, cabe recordar que en el asunto en comento la parte quejosa reclamó la omisión[8] de las autoridades señaladas como responsables de cumplir con sus obligaciones internacionales, constitucionales y legales en aras de preservar y evitar la sobreexplotación de los recursos hídricos del acuífero antes referido, lo que provocó una violación de los derechos humanos al agua y a un medio ambiente sano.

Con el objeto de dar respuesta al planteamiento de la quejosa, a partir de la doctrina constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Primera Sala abordó los siguientes tópicos: *a)* omisiones como actos de autoridad para efectos del juicio de amparo; *b)* omisiones administrativas; *c)* inconvencionalidad por omisión; *d)* el derecho humano a un medio ambiente sano; *e)* el derecho humano al agua, y *f)* la inconvencionalidad por omisión administrativa en detrimento de los derechos humanos al medio ambiente y al agua. Tópicos a los que a continuación me referiré.

[8] En particular, la omisión de cumplir con su obligación de aplicar una política ambiental sobre el Acuífero materia de la litis que garantice su sustentabilidad ambiental, y atienda y prevenga directamente su problemática de sobreexplotación hídrica.

3.1. Omisiones como actos de autoridad para efectos del juicio de amparo

Conforme a lo dispuesto por los artículos 103 constitucional[9] y 1º de la Ley de Amparo,[10] el juicio de amparo procede en contra de actos u omisiones que vulneren los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y tratados internacionales de los que México forma parte. Actualmente es ampliamente aceptado que las autoridades pueden afectar a los gobernados a partir de la realización de actos positivos, o bien, a través de actos negativos u omisiones. Sin embargo, se debe diferenciar entre un acto negativo o uno omisivo. Los actos de inacción no están conectados con alguna razón que suponga el incumplimiento de un deber, mientras que las omisiones sí.[11]

A partir de la distinción anterior, se ha determinado que, en el ámbito jurídico, para que se configure una omisión es necesario que exista el deber de realizar una conducta y que se haya in-

---

9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:
I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; [...], *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/cpeum.pdf*

10 Ley de Amparo, art. 1. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:
I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; [...]
El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley, *https://intranet.scjn.pjf.gob.mx/Lists/NormativaInternacional/Attachments/61/ley-amparo-07-06-2021.pdf*

11 Tesis 1a. CXC/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 386, INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. PARA DETERMINAR SI EXISTE OBLIGACIÓN DE REALIZARLA DEBE DISTINGUIRSE SI SE TRATA DE ACTOS NEGATIVOS U OMISIVOS, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/*171435

cumplido con dicha obligación.[12] Pueden identificarse al menos tres tipos de omisiones en función del ámbito de competencia de las autoridades a quienes se atribuye el incumplimiento de un deber: administrativas, judiciales y legislativas.[13]

3.2. Omisiones administrativas

Una omisión administrativa se puede conceptualizar como la inactividad derivada en la que incurre una autoridad administrativa a pesar de estar obligada a desplegar una actuación. Atendiendo a la materia del asunto que ahora comentamos, en la presente exposición me referiré a las omisiones administrativas de índole material.[14] Es decir, aquellas que se encuentran relacionadas con la satisfacción de necesidades públicas.

Las omisiones administrativas de carácter material son susceptibles de ser justiciables por medio del juicio de amparo, pues puede ser objeto de este toda controversia suscitada por la omisión de una autoridad que viole los derechos humanos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

---

12 Tesis 1a. XVII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 52, t. I, marzo de 2018, p. 1092, CONCEPTO DE OMISIÓN COMO ACTOS DE AUTORIDAD, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016418*

13 Tesis 1a. XVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, t. I, marzo de 2018, p. 1107, TIPOS DE OMISIONES COMO ACTOS DE AUTORIDAD PARA FINES DEL JUICIO DE AMPARO, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016428*

14 Resulta oportuno recordar qué es la función administrativa. En términos "formales" la función administrativa es aquella que realiza el Poder Ejecutivo o la actividad que efectúan los órganos de la Administración Pública. Por otro lado, "materialmente" se puede concebir a la función administrativa como la realizada por el Estado de una manera concreta, inmediata, continua y espontánea para satisfacer de manera directa las necesidades públicas. Al respecto, véase. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo,* 10a. ed., México, Porrúa, 2017, p. 34.

Cabe señalar que la Primera Sala ha considerado que, para determinar la existencia de la omisión de una autoridad de ejercer alguna de sus facultades, es suficiente advertir la coherencia o viabilidad del argumento respectivo en relación con el marco jurídico general que rija la actuación de la autoridad a la que se atribuye la omisión.[15] Por su parte, la Segunda Sala ha resuelto que, cuando se impugnan omisiones, la autoridad responsable debe comprobar que cumplió con los requisitos que se le reclaman; es decir, tiene la carga de demostrar que no se cometió la omisión que se le atribuye.[16]

3.3. Las omisiones con fuente en sede internacional "inconvencionalidades por omisión"

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, el primer párrafo del artículo 1° constitucional[17] reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas

---

15 Tesis 1a. IV/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, t. II, p. 1215, ACTOS OMISIVOS. DETERMINACIÓN DE SU CERTEZA CUANDO SE RECLAMA EN AMPARO INDIRECTO EL NO EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE UNA AUTORIDAD, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022760*

16 Tesis S/N, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 60, Tercera parte, p. 27, registro digital 238592, ACTO RECLAMADO NEGATIVO. LA AUTORIDAD RESPONSABLE DEBE COMPROBAR QUE CUMPLIO LOS REQUISITOS QUE SE LE RECLAMAN, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/238592

17 Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir,

fuentes son tanto la Constitución, como los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

De igual forma, a través de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo en comento, se integró a nuestro ordenamiento jurídico el principio *pro persona*. En atención a este, las normas relativas a derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales privilegiando la protección más amplia a las personas. Al respecto, el Pleno del alto Tribunal ha sostenido que, de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011 se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos.

En ese sentido, el Pleno ha interpretado que los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. Este se integra no solo por los derechos humanos reconocidos expresamente en el texto de la Constitución, sino también por aquellos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte. Dicho parámetro constituye el estándar de validez del resto de las normas jurídicas del país.[18] De ahí que, en atención a lo dispuesto por el propio artículo 1° constitucional, todas las autoridades del Estado mexicano se encuentran obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos por el bloque de regularidad constitucional.

Ahora bien —tal como se expuso líneas arriba— conforme al artículo 1, fracción I de la Ley de Amparo, a través del juicio de amparo es posible hacer justiciable cualquier controversia que

investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]

[18] Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224*

se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los "[...] derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte", es decir, que violen el parámetro de regularidad constitucional.

En ese contexto, surgen las siguientes preguntas: ¿las autoridades pueden incurrir en omisiones por incumplir con obligaciones establecidas en una disposición convencional o internacional en materia de derechos humanos? ¿las omisiones derivadas de normas de derecho internacional pueden ser reclamadas vía juicio de amparo?

Pues bien, al resolver el amparo indirecto 543/2022 en comento, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que una autoridad incurre en violación a un derecho humano por omisión si deja de observar las obligaciones que le impone una disposición convencional. Lo anterior, dado que el propio artículo 1° de la Constitución impone una obligación general activa de respetar y garantizar los derechos humanos, con independencia de su ámbito de competencia, y con independencia —también— de su fuente.

Para sustentar la "omisión derivada de normas de derecho internacional o inconvencionalidad por omisión", es necesario recordar que cuando un Estado es parte del Pacto de San José tiene dos deberes principales: respetar y garantizar los derechos humanos. Asimismo, es importante tener presente que, si bien la Convención es un tratado internacional, no es uno del tipo tradicional;[19] se trata de un tratado en el que los Estados asumen

[19] La Corte Interamericana ha establecido que los tratados de tipo tradicional son concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados. En cambio, en torno a la Convención ha señalado que: "[...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".
Corte IDH. OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión

obligaciones en relación con los individuos que están bajo su jurisdicción.

Es posible encontrar un ejemplo claro de ello en lo dispuesto por el artículo 2° del Pacto de San José.[20] Conforme a dicha disposición, cuando los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos no están garantizados por el derecho interno, los Estados parte tienen el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para dotarlos de efectividad. Asimismo, además del deber de adoptar medidas de derecho interno, los Estados quedan obligados a asegurarse de que dichas medidas sean efectivas. Es decir, que se cumplan.

Lo anterior, en virtud de que, conforme a lo determinado por la Corte IDH, la ausencia de efectividad de una disposición convencional puede afectar su existencia misma como norma jurídica.[21]

En este punto, es importante destacar que, al resolver el amparo en revisión en comento, la Primera Sala abordó el "efecto útil" de los compromisos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, destacó lo establecido por la Corte Interamericana en el sentido de que los Estados deben vigilar que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no queden mermados o anulados por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento

consultiva de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, párr. 29, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf*

[20] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

[21] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 70, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf*

o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.[22]

Con base en los compromisos internacionales antes referidos, la Primera Sala concluyó que una autoridad administrativa —en efecto— puede incurrir en una omisión frente al incumplimiento de una obligación establecida en una disposición convencional o internacional en materia de derechos humanos.[23] Incluso reconoció que toda actuación estatal —ya se legislativa, administrativa y/o judicial— debe ser acorde con el bloque de constitucionalidad mexicano y, además, enfocarse en observar, respetar y promover los derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución Federal.

De igual forma, para sustentar la justiciabilidad de una omisión (en dicho caso administrativa) en sede internacional o convencional, la Sala hizo referencia a la vinculatoriedad directa de las normas internacionales de derechos humanos sobre la esfera de las autoridades. La Sala señaló que, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:[24]

i. Todo tratado vigente obliga a las partes que lo suscriben y debe ser cumplido de buena fe; y
ii. La observancia de los tratados internacionales no puede ni debe verse obstaculizada por el hecho de que existan normas de derecho interno contrarias a los mismos.

---

22 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2018. Serie C, núm. 186, párr. 180, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf*

23 Tesis 1a./J. 80/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3570, OMISIONES ADMINISTRATIVAS CON FUENTE EN SEDE INTERNACIONAL. PUEDEN RECLAMARSE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026534*

24 Al respecto véanse los artículos 26, 31.2 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf*

En ese contexto, la Primera Sala destacó que recientemente, al resolver el caso *Zompaxtle Tecpile y otros vs. México,*[25] la Corte IDH estableció que el Estado mexicano, como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede invocar disposiciones de derecho interno —incluyendo sus disposiciones constitucionales— para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales y efectuar un adecuado control de convencionalidad.

Finalmente, para robustecer la posibilidad de reconocer la justiciabilidad de una omisión de fuente internacional o convencional, la Sala hizo referencia a la doctrina sobre la inobservancia de un tratado internacional. Conforme a esta teoría, los presupuestos de manifestación de una inconvencionalidad por omisión son los siguientes.[26]

1) Que el incumplimiento de una norma internacional en materia de derechos humanos derive en la violación de una disposición específica y directa del tratado;
2) que la norma internacional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de carácter estructuralmente programático. En la práctica, en el universo de las normas internacionales hay algunas que no tienen mayor complejidad y se cumplen sin problema; sin embargo, existen otras (la mayoría que reconocen derechos económicos, sociales y culturales) cuyo desarrollo, al ser de carácter prestacional, es postergado o simplemente no se cumple; y
3) que en el ordenamiento jurídico interno no se impulsen medidas (legislativas, administrativas o jurisdiccionales) para tornar exigible y eficaz una norma convencional. Así, el bloque de convencionalidad y la falta de desarrollo y aplicación internos, se ven menoscabados por *omisión*.

---

25 Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470, párr. 118, *https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf*

26 Eto Cruz, Gerardo, "Inconstitucionalidad por omisión o inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos", *Justicia Electoral,* núm. 16, vol. 1, julio-diciembre 2015, p. 333, *http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf*

En ese sentido, la Sala estableció que lo que debe observarse en cada uno de los supuestos referidos es que: *(1)* el incumplimiento pueda constatarse de manera específica y no de una manera abstracta; *(2)* el desarrollo del derecho contenido en la cláusula convencional (normalmente de carácter económico, social o cultural) haya sido postergado o simplemente incumplido; y *(3)* la falta de la eficacia de ese derecho se deba a una omisión por parte del Estado.

A partir de todo lo anterior, la Sala concluyó que la simple inactividad de las autoridades del Estado fomenta la creación o mantenimiento de efectos jurídicos adversos, es decir, que son contrarios al *parámetro de control de regularidad constitucional* y, por esa razón, su inacción también se puede llegar a traducir en una fuente de inconstitucionalidad e inconvencionalidad que puede ser justiciable a través del juicio de amparo.

En este punto, me permito hacer una acotación. Si bien en el amparo en revisión 543/2022 el análisis de la Primera Sala versó sobre omisiones administrativas; lo cierto es que en la actualidad diversos académicos hemos mostrado interés y planteado diversas posturas en torno a la inconstitucionalidad o inconvencionalidad por omisión. En particular, respecto de la inconvencionalidad por omisión legislativa.[27]

Lo anterior, al advertir que diversas omisiones por parte de las autoridades legislativas de actuar conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos constituyen una verdadera violación de derechos humanos.[28] Asimismo, cabe señalar que la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de

---

[27] Al respecto, véase González Alcántara Carranca, Juan Luis, *et al., La Inconstitucionalidad por omisión derivada de normas de derecho internacional*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2023, pp.61-94.

[28] Si bien el presente trabajo no tiene por objeto ahondar en torno a las omisiones legislativas, me parece importante señalar que se presenta una omisión legislativa propiamente dicha cuando exista un mandato constitucional —derivado de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano al suscribir tratados internacionales en materia de derechos humanos— que obliguen a los Poderes del Estado a adecuar su régimen normativo de conformidad con esos estándares internacionales, y dicha obligación haya sido total o parcialmente incumplida.

la Nación ya tuvo la oportunidad de analizar la temática de inconvencionalidad por omisión legislativa y también reconoció la posibilidad de que esta sea justiciable vía amparo.[29]

IV. Estándar de protección de los derechos humanos a un medio ambiente sano y al agua

4.1. El derecho humano a un medio ambiente sano

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el derecho a vivir en un medio ambiente sano es un derecho humano auténtico que entraña la facultad de toda persona, como parte de una colectividad, de exigir la protección efectiva del medio ambiente en el que se desarrolla. Además, este derecho protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma; lo anterior implica que su núcleo esencial de protección va más allá de los objetivos inmediatos de los seres humanos.[30]

Este derecho tiene dos dimensiones de protección. En primer lugar, una individual, cuya vulneración puede implicar afectaciones directas e indirectas sobre las personas en conexidad con otros derechos como —por ejemplo— a la salud, a la integridad personal o la vida. Por otro lado, tiene una dimensión colectiva,

---

29 Amparo en revisión 439/2023, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 6 de septiembre de 2023, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=314348*, en dicho caso, la parte quejosa reclamó la omisión de expedir y armonizar la legislación en materia de Declaración Especial de Ausencia para el Estado de Michoacán de Ocampo. *Vid.* Tesis 1a./J. 174/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, t. II, noviembre de 2023, p. 1930, OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE PERSONAS DESAPARECIDAS Y DECLARACIÓN ESPECIAL DE AUSENCIA. SE ACTUALIZA CUANDO EL ESTADO MEXICANO INCUMPLE CON SUS DEBERES ADOPTADOS EN SEDE INTERNACIONAL, AL NO EMITIR LAS LEYES QUE REGULEN ESTA MATERIA, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027550*

30 Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 309, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU NÚCLEO ESENCIAL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018636*

al constituirse como un interés universal que se debe a generaciones presentes y futuras.[31]

Asimismo, el derecho al medio ambiente se clasifica en función de su objeto de protección. Desde una dimensión objetiva o ecologista, el derecho en comento preserva al medio ambiente como un bien jurídico en sí mismo, es decir, en función de su importancia para todos los organismos vivos con quienes los seres humanos comparten el planeta y que también merecen protección en sí mismos. Desde una dimensión subjetiva o antropocéntrica, la protección del derecho a un medio ambiente sano constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona. Cabe destacar que la vulneración a cualquiera de las dos dimensiones constituye una violación al derecho humano a un medio ambiente sano. Lo anterior, sin que sea necesario la afectación de otro derecho fundamental.[32]

Ahora bien —conforme a lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Federal, así como por el —Protocolo de San Salvador—;[33] la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972; y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo— es obligación de todas las autoridades del Estado (legislativas, administrativas y judiciales) adoptar, en el marco de sus competencias, todas aquellas medidas necesarias para la protección del ambiente.[34]

---

31 Tesis 1a. CCXCII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 308, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU DIMENSIÓN COLECTIVA Y TUTELA EFECTIVA, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018635*

32 Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 308, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. LA VULNERACIÓN A CUALQUIERA DE SUS DOS DIMENSIONES CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A AQUÉL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018633*

33 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

34 Tesis 1a. CCXLVIII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 49, t. I, diciembre de 2017, p. 411, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU CONTENIDO, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015825*

En consecuencia, las autoridades tienen un deber constitucional e internacional (o convencional) de adoptar las medidas necesarias para garantizar a la ciudadanía el acceso a un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, tanto para las generaciones presentes como para las futuras.[35]

Bajo esas premisas, al resolver el amparo en revisión 543/2022, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación recordó que, conforme al régimen internacional de derechos humanos— es obligación del Estado ofrecer protección contra los abusos cometidos por agentes (estatales y no estatales) y ello implica que el Estado asuma una función esencial de regulación y arbitraje de las conductas de los agentes que afecten indebidamente el medio ambiente; por ejemplo, a través de la adopción de medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar dichos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.[36]

4.2. El derecho humano al agua

Para comprender a cabalidad el derecho humano al agua y su estándar de protección, es indispensable tener presente la relación de interdependencia que existe entre el agua y el medio ambiente. El agua juega un papel imprescindible dentro de los ecosistemas y tiene un carácter integrador. Dicho carácter resulta importante en cualquier determinación o medida que se tome para apropiarse del recurso hídrico, pues el agua se encuentra

[35] Tesis 1a CCXLIX/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 49, Tomo I, diciembre de 2017, p. 410, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO QUE A SU VEZ IMPLICA UN DEBER, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015824*

[36] Tesis 2a. III/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 50, Tomo I, enero de 2018, p. 532, DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE TOMAR LAS MEDIDAS POSITIVAS TENDIENTES A PROTEGERLO CONTRA ACTOS DE AGENTES NO ESTATALES, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016009

íntimamente ligada a los procesos funcionales del ecosistema.[37] De ahí que resulte necesario evaluar la sustentabilidad en el manejo del agua.

Ahora bien, el fundamento jurídico del derecho humano al agua en sede nacional se encuentra en los artículos 4º, párrafo quinto; 27; 115, fracción III, inciso a); y, 122, apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, es importante destacar que dichas disposiciones no otorgan elementos que garanticen su eficacia y ejercicio como derecho fundamental. En ese sentido, la Primera Sala de la SCJN ha señalado que su naturaleza como —derecho humano— auténtico se encuentra reconocida en fuentes internacionales, en particular en la Observación general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.[38]

De conformidad con la Observación general referida, el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. Como derecho humano es indispensable para vivir dignamente y una condicionante previa para la realización de otros derechos.

A partir de lo anterior, al resolver el amparo en revisión 543/2022 en comento, la Primera Sala determinó que el estándar de protección del derecho humano al agua reconoce el derecho de las personas a que las autoridades se abstengan de restringir su acceso en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad; a que adopten medidas positivas que protejan a las personas de actua-

---

37 Ávila García, Patricia (ed.), *Agua, medio ambiente y desarrollo en el siglo XXI: México desde una perspectiva global y regional*, México, El Colegio de Michoacán/ Secretaría de Urbanismo y Medio Ambiente/ SEMARNAT-Instituto Mexicano de Tecnología del Agua, 2003, p. 109.

38 Silva Hernández, Francisca, "El agua como derecho humano", *Revista Inclusiones*, Chile, Editorial Cuadernos de Sofía, vol. 7, núm. especial, 2020, p.6. ONU. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Distr. GENERAL E/C.12/2002/11, 2002, 20 de enero de 2003, *https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/2003/es/39347*

ciones de otras que menoscaben ilegítimamente este derecho; y a adoptar las medidas necesarias para garantizar su preservación, suministro y saneamiento de forma potable, salubre y suficiente, sin ocasionar daño al medio ambiente, de tal manera que lo puedan ejercer tanto las generaciones presentes como futuras.[39]

Asimismo, la Primera Sala estableció que las garantías mínimas para la protección del derecho humano al agua son las siguientes: 1) disponibilidad, de tal forma que su abastecimiento sea continuo y suficiente para usos personales y domésticos; 2) calidad, pues su uso personal y doméstico debe ser salubre y, por tanto, no contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan representar una amenaza para la salud de las personas, así como tener un color, olor y sabor aceptables para ese mismo fin; y, 3) accesibilidad, consistente en que sus instalaciones y servicios deben ser asequibles para todas las personas sin discriminación.[40]

En ese sentido, la Primer Sala determinó que son garantías de la accesibilidad del derecho humano al agua las siguientes: 1) física, que implica que debe poder accederse a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable, en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o cercanías inmediatas; 2) económica, que implica que los costos, directos e indirectos, asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y nunca comprometer el ejercicio de otros derechos; 3) no discriminación, que quiere decir que el agua y sus instalaciones no pueden ser negados a persona alguna, mucho menos a sectores vulnerables y marginados de la población; y 4) acceso a la información, que implica que toda persona tiene derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones de agua.[41]

---

39 Tesis 1a./J. 82/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3565, DERECHO HUMANO AL AGUA. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026557*

40 Tesis 1a./J. 81/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3566, DERECHO HUMANO AL AGUA. LA DISPONIBILIDAD, CALIDAD Y ACCESIBILIDAD SON GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026558*

41 Tesis 1a./J. 83/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3567, DERECHO HUMANO AL AGUA.

Asimismo, la Sala concluyó que las obligaciones generales del Estado mexicano en materia de protección al derecho al agua[42] se pueden agrupar en obligaciones de: 1) respetar; 2) proteger; y 3) cumplir. Si bien me gustaría profundizar en cada una de las obligaciones en comento; lo cierto es que el listado de más de veinte acciones concretas precisadas por la Sala ameritaría una exposición particular. De modo que, en esta ocasión, no será posible ahondar en dicho listado.

Sin embargo, me permito señalar que las obligaciones generales del Estado mexicano en materia del derecho humano al agua se pueden sintetizar de la siguiente manera:[43]

a. Abstenerse de restringir el acceso al agua en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad (física, económica, sin discriminación y de manera informada);
b. Adoptar todas las medidas positivas necesarias para proteger a la ciudadanía de actuaciones de terceros, estatales y no estatales, que menoscaben ilegítimamente el ejercicio del derecho humano al agua; y
c. Adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar la preservación, el suministro y el saneamiento de agua potable, salubre y suficiente, sin ocasionar daño al medio ambiente, de tal manera que lo puedan ejercer tanto las generaciones presentes como las futuras.

LAS GARANTÍAS DE LA ACCESIBILIDAD SON: FÍSICA, ECONÓMICA, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026559

42 Tesis 1a./J. 78/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3562, DERECHO HUMANO AL AGUA. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL ESTADO MEXICANO EN MATERIA DE ESTE DERECHO, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026556*

43 Tesis 1a./J. 77/2023 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. IV, junio de 2023, p. 3572, OMISIONES ADMINISTRATIVAS EN DETRIMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS AL MEDIO AMBIENTE Y AL AGUA. SON INCONVENCIONALES, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2026535*

V. Inconvencionalidad por omisión administrativa en detrimento de los derechos humanos al medio ambiente y al agua

A partir del estudio de las temáticas a las que me he referido a lo largo de la presente exposición, al resolver el amparo en revisión 543/2022, la Primera Sala de la SCJN determinó que las autoridades del Estado mexicano pueden incurrir en omisiones administrativas cuando incumplen con sus deberes adoptados en sede internacional en materia de promoción, protección, defensa y garantía del derecho humano al agua; omisiones que resultan inconvencionales.[44]

Lo anterior, al reconocer que las omisiones administrativas se configuran como auténticas violaciones a los derechos humanos reconocidos por el parámetro de control de regularidad constitucional, cuerpo normativo que goza de eficacia directa. Bajo esa premisa, las autoridades del Estado mexicano —dentro de sus respectivas competencias— incurren en una inconvencionalidad por omisión administrativa cuando incumplen con alguna de sus obligaciones generales en materia del derecho humano al agua.

Con base en dichos razonamientos, la Sala concluyó que, en el caso materia de estudio en el amparo en revisión 543/2022, las autoridades señaladas como responsables fueron omisas en acatar diversas de sus obligaciones (de respetar, proteger y cumplir), internacionales y nacionales, en materia del derecho humano al agua, en relación con el diverso derecho a un medio ambiente sano.

En ese sentido, la Sala determinó que las autoridades señaladas como responsables han sido omisas en desplegar sus atribuciones para cumplir con su deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro sustentable de agua potable, salubre y suficiente a las personas físicas integrantes de la parte quejosa, quienes habitan un entorno adyacente al acuífero materia de la *litis*; así como su adopción en aras de hacer efectivo el objeto social de la persona moral que la integra.

[44] *Idem*.

VI. Conclusiones

A partir de todo lo expuesto, es posible establecer las siguientes conclusiones:

- En la actualidad, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico interno del Estado Mexicano.
- Atendiendo al parámetro de regularidad constitucional que rige en México, toda actuación estatal —ya se legislativa, administrativa y/o judicial— debe ser acorde con el bloque de constitucionalidad mexicano y, además, enfocarse en observar, respetar y promover los derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución Federal.
- Las omisiones en que incurren las autoridades al incumplir con obligaciones establecidas en normas de derecho internacional en materia de derechos humanos se pueden llegar a traducir en una fuente de inconstitucionalidad e inconvencionalidad que puede ser justiciable a través del juicio de amparo.
- Además de los criterios previamente establecidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al interés legítimo en el juicio de amparo en materia ambiental, se debe considerar que dicho interés se acredita con la sola existencia de un vínculo entre quien alega ser titular del derecho y los servicios ambientales que presta el ecosistema presuntamente vulnerado. Dicho vínculo surge cuando la quejosa acredita habitar o utilizar su "entorno adyacente"; sin que para ello resulte indispensable demostrar que el daño al medio ambiente existe efectivamente.
- Atendiendo al parámetro de regularidad constitucional que rige en México, las autoridades del Estado mexicano pueden incurrir en omisiones administrativas cuando incumplen con sus deberes adoptados en sede internacional en materia de promoción, protección, defensa y garantía del derecho humano al agua; omisiones que resultan inconvencionales.

Referencias

Amparo en revisión 543/2022, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 1 de marzo de 2023.

Amparo en revisión 439/2023, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 6 de septiembre de 2023.

Ávila García, Patricia (ed.), *Agua, medio ambiente y desarrollo en el siglo XXI: México desde una perspectiva global y regional*, México, El Colegio de Michoacán/ Secretaría de Urbanismo y Medio Ambiente/ SEMARNAT-Instituto Mexicano de Tecnología del Agua, 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2018. Serie C, núm. 186.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

Corte IDH. OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo,* 10a. ed., México, Porrúa, 2017.

Eto Cruz, Gerardo, "Inconstitucionalidad por omisión o inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos", *Justicia Electoral* núm. 16, vol. 1, julio-diciembre 2015.

González Alcántara Carranca, Juan Luis, *et al.*, *La Inconstitucionalidad por omisión derivada de normas de derecho internacional*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2023.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Observación general núm. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Distr. GENERAL E/C.12/2002/11, 2002.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Silva Hernández, Francisca, "El agua como derecho humano", *Revista Inclusiones*, Chile, Editorial Cuadernos de Sofía, vol. 7, núm. especial, 2020.

Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 169/2022, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 7 de septiembre de 2022.

Cultura, Constitución y derechos humanos

***

Culture, Constitution and human rights

*J. Daniel Chávez Sáenz**

Resumen: el presente trabajo examina el concepto de cultura constitucional desde una perspectiva integradora, subrayando su importancia en el actual contexto jurídico. Propone la incorporación de un elemento adicional al concepto tradicional, el cual aborda principalmente aspectos relacionados con el texto constitucional, al integrar elementos del derecho internacional público, en particular, del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Lo anterior, con la finalidad de responder a la creciente interacción entre los sistemas jurídicos nacionales y los estándares internacionales, argumentando que una aproximación que articule la cultura constitucional con el derecho convencional no solo fortalece el control de convencionalidad, sino que también profundiza la comprensión social de esta interrelación. En última instancia, el trabajo busca contribuir al debate sobre la evolución del constitucionalismo y su convergencia con el derecho internacional.

* Magister por la Universidad de Bolonia. Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM. Tesorero del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, https://orcid.org/0000-0003-2931-5164

El presente trabajo fue realizado durante mi estancia como Visiting Scholar en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ubicado en Heidelberg, Alemania.

Summary: this paper examines the concept of constitutional culture from an integrative perspective, underlining its importance in the current legal context. It proposes the incorporation of an additional element to the traditional concept, which mainly addresses aspects related to the constitutional text, by integrating elements of public international law, in particular, the universal system of human rights. The aim is to respond to the growing interaction between national legal systems and international standards, arguing that an approach that articulates constitutional culture with conventional law not only strengthens the control of conventionality, but also deepens the social understanding of this interrelation. Ultimately, the paper seeks to contribute to the debate on the evolution of constitutionalism and its convergence with international law.

Palabras clave: cultura constitucional, derechos humanos, control de convencionalidad, derecho convencional.

Keywords: constitutional culture, human rights, conventionality control, conventional law.

Sumario: I. Nota introductoria. II. La cultura constitucional y los derechos humanos. III. Conclusiones

I. Nota Introductoria

La intersección entre cultura y derecho resuena constantemente en el ámbito jurídico, marcando dinámicas y reflexiones que acrecientan el análisis tradicional. Desde hace más de quince años, somos testigos de una transición hacia un constitucionalismo internacionalizado, donde la interacción entre contextos nacionales y normas internacionales redefine las fronteras del derecho constitucional.

Peter Häberle, desde 1982, propuso abordar la teoría constitucional como una ciencia cultural, abriendo un camino para interpretar la Constitución no solo como un documento jurídico, sino como un producto cultural dinámico. Este enfoque ha influido en la manera de entender las transformaciones del cons-

titucionalismo, especialmente en regiones donde la ilación entre ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales es cada vez más evidente.

En este marco, resulta imprescindible incorporar aspectos específicamente interamericanos, como el derecho convencional, a los estudios constitucionales, tradicionalmente orientados hacia la Constitución estatal. Mientras en Europa se ha avanzado hacia la conceptualización de un "Estado constitucional cooperativo" o un "derecho constitucional común europeo", en América Latina, esta interrelación aún carece del desarrollo teórico profundo desde una perspectiva cultural; sin embargo, la evolución del derecho constitucional en la región señala una tendencia clara: la ampliación del ámbito de incidencia normativa hacia una renovada internacionalización del texto constitucional.

Mariela Morales ha denominado este fenómeno como la "interamericanización" del derecho constitucional, que implica una transición desde un derecho constitucional nacional latinoamericano hacia un derecho constitucional latinoamericano convencionalizado.[1] Este proceso no solo transforma las dinámicas normativas, sino que también exige una reinterpretación desde una panorámica cultural para identificar las mejores alternativas que permitan comprender el impacto de dichos cambios en la sociedad. Asimismo, busca delinear el camino a seguir para acercar esta transformación a la ciudadanía, promoviendo su comprensión y mostrando cómo el derecho internacional público influye en sus derechos.

II. La cultura constitucional y los derechos humanos

La cultura constitucional, también conocida como "cultura de la Constitución", es un campo de estudio que permite analizar la interacción de lo plasmado en el texto constitucional y las

[1] Bogdandy, Armin von *et. al.* (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute-IECEQ-IIJ-UNAM, 2019, p. 57-97.

dinámicas políticas, sociales y culturales de la sociedad.[2] Abarcando no solo el conocimiento y comprensión que se tienen de la Constitución, sino también la identidad conjuntada con las nociones, las ideas y prácticas que moldean su relación con ella. Además, refleja el grado de arraigo a los principios democráticos, al Estado de derecho y los derechos fundamentales en el día a día de la población. Por ello, su estudio es imprescindible en la teoría constitucional para entender tanto la efectividad normativa como la legitimidad social de un orden constitucional.[3]

En esta línea de ideas existe la afirmación doctrinaria que las constituciones están "vivas" al no poder ser estáticas o apáticas a los cambios sociales. Esta debe ser la expresión real y actualizada de la sociedad, de los desafíos públicos, un cuadro para el almacenamiento de información (problemas-soluciones), experiencias, realidades, tradiciones y costumbres.[4] La Constitución como cultura de acuerdo con Peter Häberle, en uno de sus múltiples trabajos académicos titulado *La Constitución como cultura* afirma que la Constitución forma parte esencial de la cultura, ya que, la carta fundamental no es solamente un orden jurídico centrado en una comunidad jurídica, donde esta la interpreta; sino que, debe también fungir como una guía, un instructivo para la ciudadanía. De nada sirve las reformas constitucionales, cambios profundos en preceptos, procedimientos e instituciones, si no van destinados a las necesidades actuales de la población.[5] Haciendo incapié que no es únicamente una acumulación de palabras en una alta jerarquía, sino que es la expresión del Estado, el conjunto de las decisiones de una sociedad, un espejo de su herencia cultural y el lugar de convergencia de todos sus ideales.[6]

---

2 Melero, Mariano, "Cultura constitucional", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018-marzo 2019, pp. 224-230, *https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4352*

3 Siegel, Andrew, "Constitutional theory, constitutional culture", *Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 2016, pp. 1106-1112.

4 Solum, Lawrence, "Originalism versus living constitutionalism: the conceptual structure of the great debate", *Northwestern University Law Review*, vol. 113, núm. 6, abril de 2019, pp. 1271-1277.

5 *Apud,* Häberle, Peter, "La constitución como cultura", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 194-198.

6 *Idem*.

Como afirma Hermann Heller, la Constitución es "una forma impresa que se desarrolla viviendo"[7] considerándose como una evolución constante con nuevos principios y estructuras, con la finalidad de una comprensión de la población, de sus pensamientos y creencias actuales. La interdependencia de la Constitución y la realidad cultural se puede entender mejor con la metáfora anglosajona "como un árbol viviente" (*living tree*)[8] o la denominada "mutación constitucional" (*konstitutionelle Mutation*) que para Georg Jellinek[9] suponía el cambio operado por actos no intencionados que no alteran expresamente el texto constitucional, es decir, un trabajo dinámico y constructivo del texto, mediante la interpretación y posterior adecuación a los cambios sin necesidad de modificar todo el texto de la norma ni los elementos esenciales.[10] Häberle nos dice que la Constitución es: "la expresión de un Estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia, cultura y fundamento de sus esperanzas".[11]

Ahora bien, en el trabajo de Häberle, *La Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducida al castellano en el año 2000,[12] subraya la pertinencia de la dimensión cultural en la teoría constitucional, destacando su papel en el fortalecimiento de la norma suprema y la estabilidad del propio Estado. Desde esta perspectiva, el ámbito cultural actúa como un elemento que previene una especie de escora[13] arbitraria en la interpretación y aplicación de la norma constitucional. Facilitando no exclusi-

---

7 Heller, Hermann, *Teoría del Estado,* México, FCE, p. 298.

8 Flores, Imer, "The living tree constitutionalism: fixity and flexibility", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, vol. 1, núm. 3, pp. 37-74.

9 *Véase* Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2018.

10 Melero de la Torre, Mariano, "Cultura constitucional", *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, 2018, pp. 224-230.

11 Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* trad. de Fix-Fierro, Héctor, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 323.

12 Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. de Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, 2000.

13 La escora, es una terminología portuaria o "marinera" para referir el vaivén que se enfrenta en altamar; que no puede ser controlado.

vamente, la previsibilidad y controlabilidad del funcionamiento institucional, sino a su vez, contribuyendo a minimizar las tensiones inherentes a la relación entre personas gobernantes y gobernadas, una dinámica que mi maestro Diego Valadés define como "la naturaleza agonista de la lucha por el poder".[14]

De igual forma, Häberle subraya que los actos constituyentes no son eventos aislados ni limitados a momentos fundacionales explícitos tendiendo únicamente a una temporalidad subyacente, sino que se integran como procesos históricos y culturales que moldean al Estado constitucional contemporáneo.[15] Esta óptica, permite entender al Estado no solo desde una estructura jurídica, sino también como un ente dinámico influenciado por patrones culturales e identitarios. En este sentido, Valadés aporta una visión complementaria al destacar que dichos patrones culturales emergen de contextos sociales particulares, para luego irradiar y permear el resto de la colectividad nacional. Estos patrones se consolidan en estándares normativos y valores que configuran los cimientos de las instituciones públicas y la vida política.[16]

Un ejemplo de estos patrones culturales puede observarse en la noción de cultura o identidad federalista en Estados Unidos, como lo plantean Dimitrios Karmis y Wayne Norman, ya que se desarrolla como un entramado de principios y prácticas que no solo responden a una organización territorial, sino que también reflejan una concepción de pluralismo y equilibrio entre distintos niveles de gobierno. [17] Dicho de otro modo, su influencia no solo se limita al marco jurídico de un único Estado, sino que se extiende como un modelo que ha inspirado el diseño de sistemas federales en distintos países. De esta manera, se pone de manifiesto cómo las actuaciones de las personas constituyentes van

[14] Häberle, Peter, *El Estado constitucional, cit.*, p. 34.

[15] *Ibidem*, p. 123.

[16] Fix-Fierro, Héctor *et al.*, *Los mexicanos y su constitución. Tercera encuesta nacional de cultura constitucional. Centenario de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM, p. 26.

[17] Karmis, Dimitrios y Norman Wayne, *Theories of federalism a reader*, Estados Unidos, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 85-94.

más allá de la esfera jurídica, implicando una interacción constante entre lo jurídico, lo cultural y lo social en la configuración del orden constitucional nacional y global.

Otra ejemplificación es la interiorización de los derechos humanos en la sociedad. Dicha premisa, se puede entender de acuerdo con el marco de referencia de Carl Gustav Jung, que ofrece un enfoque sobre cómo estos principios han trascendido históricamente y se han arraigado en el imaginario universal. Los derechos humanos, surgidos de las luchas históricas en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, representan no solo conquistas políticas que con posterioridad fueron jurídicas, sino también arquetipos que se han inscrito en el *kollektives Unbewusstes* (inconsciente colectivo), moldeando ciertas nociones compartidas como son los derechos civiles, políticos y sociales. Jung, refiere que el inconsciente colectivo está compuesto por patrones universales o arquetipos que guían y estructuran el comportamiento humano. Los derechos humanos, al emerger como respuesta a las opresiones históricas y como afirmación de la dignidad inherente a cada persona, pueden entenderse como un arquetipo moderno. Este trasciende fronteras culturales y geográficas, convirtiéndose en un estándar universal que regula no solo las instituciones, sino también la percepción individual y colectiva de lo que es correcto y justo.[18]

Por ejemplo, conceptos como la igualdad, la libertad y la justicia —fundamentales en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948— han evolucionado desde normas específicas a ser componentes esenciales del inconsciente colectivo. Estos valores actúan como parámetros normativos consustanciales que condicionan la actuación humana, incluso en contextos donde a nivel de derecho constitucional comparado los sistemas son ciertamente divergentes. La relevancia de esta integración refuerza la legitimidad y la universalidad de los derechos humanos. Al estar enraizados en arquetipos compartidos, son percibidos como inseparables del Estado. Esto explica, en gran medida, la razón por la que la pugna por los derechos humanos sigue muy

[18] Jung, Carl, *Arquetipos e inconsciente colectivo*, España, Paidós, 2009, pp. 30-57.

activa en diversos movimientos sociales alrededor del mundo, funcionando como un lenguaje universal que conecta a las personas.[19]

Por ello, cada sociedad, en cada etapa histórica, contribuye al acervo cultural compartido, integrando las experiencias ajenas con sus propios matices y, a su vez, generando nuevos elementos que enriquecen el intercambio creciente de patrones culturales. Este proceso, como señala Valadés, ha llevado a que "el Estado constitucional sea un producto multicultural",[20] resultado de una constante interacción y adaptación que tiende a homogeneizar, en ciertos aspectos, a los Estados constitucionales. En esta coyuntura, avanzar hacia una nueva genealogía doctrinaria requiere reconocer la tensión inherente entre la teoría constitucional y la Constitución misma, entre la norma jurídica y la realidad social que pretende organizar.[21]

De forma tal que, la propuesta Häberleana adquiere especial relevancia: la Constitución no es patrimonio exclusivo de juristas o legisladores, sino un elemento que nos concierne a todos. Desde su perspectiva, todos los integrantes de una comunidad constitucional, por el hecho de vivir bajo sus normas, son intérpretes en un sentido amplio, contribuyendo activamente a dotar de significado y vitalidad al texto constitucional. Este enfoque nos invita a entender la Constitución como un instrumento vivo, cuya interpretación no puede limitarse a una élite jurídica, sino que debe abrirse a las voces plurales de la sociedad que la viven y la transforman.[22]

En el ámbito del derecho, atravesamos una etapa compleja caracterizada por una tendencia preocupante: tanto la sociedad como las autoridades parecen esquivar o menospreciar la relevancia de la Constitución; lo que ha denominado Sagües como

[19] Álvarez, Pablo y Yanes, Cristina, "Derechos humanos y movimientos sociales: experiencia participativa en la universidad", *Revista de Estudios y Experiencias en Educación*, vol. 10, núm.19, enero-julio 2011, pp.156-161.

[20] Häberle, Peter,*El Estado constitucional, cit.,* p. 29.

[21] *Véase* Tajadura Tejada, Javier, "La Constitución cultural", *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, p. 107.

[22] Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, *cit.,* pp. 142-153.

"desconstitucionalización".[23] Esta problemática no se limita a un contexto específico ni a una región particular, sino que se exterioriza de manera alarmante en diversas partes del mundo. Frente a este panorama, surge el reto de cambiar la dinámica a través de la difusión de la cultura constitucional, con el objetivo de que la sociedad haga suya la Constitución y no la perciba como un documento ajeno o exclusivamente pensado para el gobierno.

Como resultado, la encrucijada no se limita a garantizar la eficacia normativa de la Constitución. Häberle propone una perspectiva innovadora al ensanchar la magnitud del texto constitucional más allá de la interpretación exclusiva de la comunidad jurídica, planteando la idea de una "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales".[24] Esta visión parte del principio de que todas las personas integrantes de una comunidad, por el hecho de vivir bajo un régimen constitucional, tienen no solo el derecho, sino también el deber, de interpretar y dar sentido a las palabras de la Constitución en un proceso colectivo y dinámico. De este modo, la ciudadanía misma se convierte en intérprete constitucional, enriqueciendo y legitimando el significado del texto desde una pluralidad de perspectivas.

En este contexto, Fix-Fierro sostiene que la "cultura constitucional" puede ser operacionalizada empíricamente, lo que abre la puerta a investigaciones sobre las percepciones, opiniones y conocimientos que los integrantes de una sociedad tienen en relación con su Constitución. Este enfoque permite un análisis más profundo de cómo las personas se vinculan con el texto constitucional, no solo desde un ámbito normativo, sino también desde una perspectiva social y cultural.

Por lo anterior, en 2003, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México emprendió un proyecto sin precedentes: la creación de una Encuesta de Cul-

---

23 Sagües, Pedro, "Cultura constitucional y desconstitucionalización", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010, pp. 97-108.

24 Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, España, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 15-46.

tura Constitucional. Este esfuerzo pionero tuvo como objetivo generar, por primera vez, información cuantitativa que permitiera analizar la percepción de la sociedad sobre el texto constitucional mexicano. Es así como, surge el libro *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes percepciones y valores*, coordinada por Diego Valadés, Héctor Fix-Fierro, Hugo Concha y Julia Flores diseñada para conocer e identificar los factores clave que influyen en las actitudes, creencias y valores de la ciudadanía respecto a la Constitución, la legalidad y la justicia, la investigación también buscaba captar las opiniones sobre el desempeño de las instituciones y ciertos aspectos de la cultura política en México.

En 2011, la Segunda Encuesta de Cultura Constitucional profundizó en esta tarea, manteniendo algunas preguntas para efectos comparativos y centrando su atención en la legitimidad política de las instituciones encargadas de crear y aplicar las leyes. Permitiendo vincular la cultura constitucional con las percepciones sobre el Estado de derecho y la confianza institucional.

En 2017, la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional, retomó preguntas anteriores para generar una perspectiva retrospectiva y, al mismo tiempo, incorporó nuevos temas relacionados con las políticas públicas, la gobernanza y la percepción del constitucionalismo en un contexto político y social cambiante. Este diseño ampliado ofreció una visión más completa del impacto de las reformas constitucionales y las transformaciones en la cultura jurídica de la sociedad mexicana.

En 2024, se presentó la Cuarta Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, la cual se enfocó en generar conocimiento sobre el diseño institucional y la cultura jurídica contemporánea en México. Este ejercicio no solo dio continuidad al análisis longitudinal, sino que también enriqueció el debate académico al incorporar dimensiones innovadoras sobre las percepciones ciudadanas frente al sistema constitucional.

A lo largo de dos décadas, estas cuatro series de encuestas han constituido una base de datos única en América Latina, permitiendo un análisis de largo alcance. Este esfuerzo ha contribuido a construir una serie temporal inédita que permite valorar

el impacto de las reformas constitucionales, comprender el desarrollo de la cultura constitucional. [25]

En los estudios liderados por Diego Valadés, se ha concluido que la cultura constitucional está conformada por dos elementos principales: la cultura jurídica y la cultura política. La primera se vincula con aspectos teóricos, como el conocimiento de los derechos y obligaciones contenidos en el texto constitucional, los cuales forman la base del ordenamiento jurídico y establecen las reglas fundamentales de convivencia social. Por su parte, la cultura política se enfoca en identificar y analizar los conocimientos, actitudes y percepciones de la ciudadanía sobre temas clave como la democracia, la identidad nacional y la confianza en el servicio público, entre otros.[26] Además de estos dos elementos fundamentales, resulta cada vez más imperativo expandir esta perspectiva hacia una visión que integre la interacción de la ciudadanía con el derecho internacional público, enfatizando especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

Armin Von Bogdandy ha conceptualizado esta tendencia como parte de un "nuevo derecho público" en el que el derecho internacional de los derechos humanos actúa no solo como un marco de referencia externo, sino como una fuente normativa que dialoga con las constituciones nacionales para reinterpretar sus principios fundamentales. Reconociendo la importancia de los derechos humanos como un eje normativo global, cuyo impacto se refleja en la progresiva internacionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales.[27]

Por su parte, José María Serna ha estudiado cómo la globalización jurídica ha transformado las estructuras constitucionales, destacando la necesidad de adaptar los marcos normativos internos para responder a las exigencias de una gobernanza global. En

---

[25] También se han replicado esfuerzos en Argentina a través de tres encuestas 2005, 2014 y 2023 lidereadas por los doctores Antonio María Hernández y Daniel Zovatto.

[26] Fix-Fierro, Héctor *et al.*, *op. cit.*, p. 17.

[27] *Véase* Bogdandy, Armín von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, IIJ-UNAM, 2011.

este contexto, el derecho constitucional no solo se ve influenciado por tratados y acuerdos internacionales, sino que también se convierte en un espacio de interacción entre las demandas locales y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.[28]

La incorporación de este enfoque trasnacional o lo que ha denominado Matthias Herdegen como "la internacionalización del orden constitucional" responde al reconocimiento de que los derechos humanos constituyen un eje normativo esencial, tanto en los sistemas constitucionales internos, como en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Este tránsito hacia una visión más integral tiene como objetivo reforzar los vínculos entre la cultura jurídica nacional y los estándares internacionales, prioritariamente, en el ámbito de los derechos humanos, fomentando una ciudadanía más informada y promoviendo gobiernos que se alineen con los parámetros globales, los cuales suelen ofrecer una mayor protección y garantía de derechos en comparación con los marcos nacionales.[29]

Aunado a lo anterior, las transformaciones sociales recientes —como las migraciones nacionales e internacionales, la globalización, el papel activo de la sociedad civil, la influencia de los medios sociales, la implementación de nuevos tratados de libre comercio y el continúo impacto del neoliberalismo— exigen un enfoque renovado. Este debe combinar métodos de análisis cualitativo y cuantitativo para comprender cómo estas dinámicas afectan la relación entre la ciudadanía, las instituciones y el marco constitucional en un entorno de creciente interacción transnacional y supranacional.

La transición hacia una cultura constitucional que no solo reconozca, sino que integre de manera efectiva el derecho internacional de los derechos humanos, constituye un paso esencial en la evolución de los estudios jurídicos. Este cambio implica ampliar el concepto tradicional de la Constitución como un fenóme-

28 Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano,* México, UNAM, 2012, p. 372.

29 Herdegen, Matthias, "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010, pp. 71-81.

no nacional, centrado exclusivamente en el ámbito interno, para adoptar una perspectiva que incorpore los principios y valores universales que el derecho internacional público reconoce.

Esta integración no solo fortalece la legitimidad de las constituciones al alinearlas con estándares internacionales de justicia, equidad y dignidad humana, sino que también contribuye al desarrollo de un diálogo multinivel. Dicho diálogo conecta a los distintos niveles de gobernanza —nacional, regional e internacional— fomentando una interacción armónica entre los ordenamientos jurídicos y asegurando que los derechos fundamentales sean respetados en todos los contextos.

La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la cultura constitucional debe entenderse como un proceso transformador que refuerza la capacidad del Estado constitucional para adaptarse a los desafíos globales, fortalecer la protección de los derechos humanos y promover la cooperación entre naciones. Este enfoque multinivel abona a una visión más inclusiva y dinámica de la Constitución, permitiendo que esta se nutra de las experiencias y estándares internacionales sin perder de vista las particularidades culturales y sociales de cada comunidad. Así, una cultura constitucional integrada con el derecho internacional de los derechos humanos no solo garantiza un mayor nivel de coherencia normativa, sino que también enriquece la vida democrática, fomenta la paz y refuerza el compromiso ético y jurídico con los valores universales que sustentan la dignidad humana.

III. Conclusiones

Primera. Desde la perspectiva de Peter Häberle, la Constitución debe entenderse como un fenómeno vivo, en constante interacción con su entorno social y cultural. Este enfoque destaca que la Constitución no es solo un texto jurídico, sino un reflejo dinámico de los valores, tradiciones y desafíos de la sociedad que la adopta. La participación activa de la ciudadanía como intérprete constitucional refuerza este carácter vivo y cultural, dotando al texto constitucional de vitalidad y legitimidad en su aplicación diaria.

Segunda. La adhesión del derecho internacional de los derechos humanos en el análisis de la cultura constitucional repre-

senta una ampliación del actual concepto. Este enfoque permite construir un constitucionalismo más vanguardista y dinámico que se adapta a los desafíos que plantea la globalización. En este sentido, la cultura constitucional se consolida como un puente entre el derecho interno y los estándares internacionales, promoviendo una mayor coherencia normativa y legitimidad social. Un aspecto fundamental que se deriva de esta integración es el fortalecimiento del control de convencionalidad. Este mecanismo, que articula el derecho nacional con el convencional, no solo fortalece los ordenamientos jurídicos internos, sino que también amplia los parámetros en cuanto al respeto y la promoción efectiva de los derechos fundamentales.

Tercera. El análisis empírico de la percepción ciudadana resulta esencial para evaluar la efectividad normativa y la legitimidad de los ordenamientos constitucionales. Estudios como las encuestas de cultura constitucional en México han demostrado que el conocimiento, las actitudes y las percepciones de la ciudadanía son determinantes para entender la relación entre la sociedad y la Constitución. Estos datos no solo reflejan el nivel de arraigo social del texto constitucional, sino que también ofrecen una base para diseñar estrategias orientadas a fortalecer la cultura jurídica y política.

Referencias

Álvarez, Pablo y Yanes, Cristina, "Derechos humanos y movimientos sociales: experiencia participativa en la universidad", *Revista de Estudios y Experiencias en Educación*, vol. 10, núm. 19, 2011.

Bogdandy, Armin von *et al*. (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Max Planck Institute-IECEQ-IIJ-UNAM, 2019.

Fix-Fierro, Héctor *et al*., *Los mexicanos y su constitución. Tercera encuesta nacional de cultura constitucional. Centenario de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM.

Flores, Imer, "The living tree constitutionalis: fixity and flexibility", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, vol. 1, núm. 3.

Häberle, Peter, "La constitución como cultura", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002.

Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Fix-Fierro, Héctor, México, IIJ-UNAM, 2016.

Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, España, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad, de Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, 2000.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE.

Herdegen, Matthias, "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.

Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2018.

Jung, Carl, *Arquetipos e inconsciente colectivo*, España, Paidós, 2009.

Karmis, Dimitrios y Norman Wayne, *Theories of federalism a reader*, Estados Unidos, Palgrave Macmillan, 2005.

Melero de la Torre, Mariano, "Cultura Constitucional", *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, 2018.

Melero, Mariano, "Cultura constitucional", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018-marzo 2019.

Sagües, Pedro, "Cultura constitucional y desconstitucionalización", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.

Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

Siegel, Andrew, "Constitutional theory, constitutional culture", *Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 2016.

Solum, Lawrence, "Originalism versus living constitutionalism: The conceptual structure of the great debate, 2019, *Northwestern University Law Review*, vol. 113, núm. 6, abril de 2019.

Tajadura Tejada, Javier, "La Constitución cultural", *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997.

La reforma de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el contexto de la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2008, es una expresión autoritaria, intolerante e injusta que violenta al Estado de derecho social democrático

***

Bill of section XIII of the fraction B of article 123 of the Political Constitution of the United States of America in the context of the criminal constitutional reform of june 18 2008, is an authoritarian, intolerant and injustice expression that violates the social democratic state of law

*Rafael Sánchez Vázquez**

La pobreza, desarrollo y educación superior van de la mano. Empero, aceptar el fenómeno de la mundialización, internacionalización o tal vez incluso de la globalización, de una manera acrítica, puede ser un error de grandes y graves dimensiones. En diferentes grados se van dando un reacomodo en el ejercicio del poder y corre-

* Investigador Nacional Emérito por SNI-CONAHCYT. Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

mos el riesgo de pasar de un mercado regido por el Estado, a un Estado regido por el mercado.[1]

El orden jurídico no es sino una parte del orden social. La norma da forma a lo que deben ser prácticas cotidianas. Cuando las prácticas reales no coinciden con su aspecto formal, la norma no sirve.[2]

Diego Valadés

En una sociedad democrática es imposible mantener la visión positivista (exegética) según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado y no solo impuesto por medio de la coacción.[3]

Chaim Perelma

Resumen: la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2006, significa un paradigma novedoso, sobre todo porque se sustenta en dos ejes fundamentales, el primero tiene que ver con el garantismo, sobre todo el respeto a los derechos humanos resaltando la dignidad humana. Y el segundo, al tratar el sistema acusatorio en materia penal nos invita a considerar el realismo jurídico.

Consecuentemente, nos conlleva a transitar del Estado de derecho liberal a un Estado de derecho democrático, en donde el constitucionalismo social da la fuerza jurídica para el desarrollo de la justicia social, a fin de lograr el Estado de derecho social democrático; sin embargo, la reforma de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se contrapone a las bondades del discurso garantista y sobre todo empaña y obstaculiza la

1 *Cfr.* Valadés, Diego, "Pobreza, desarrollo y educación superior", *Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 104, México, noviembre 1999, p. 2.

2 Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-IIJ-UNAM, 1994, pp. 64 y 294.

3 Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 231.

perspectiva del Estado de derecho social democrático y por ende posterga la justicia social.

Abstract: the constitutional criminal reform of june 18, 2006, represents a new paradigm, especially because it is based on two fundamental axes, the first has to do with the guarantee, especially the respect for human rights, highlighting human dignity. The second, when dealing with the accusatory system in criminal matters, invites us to consider legal realism.

Consequently, it leads us to move from the liberal rule of law to a democratic rule of law, where social constitutionalism provides the legal force for the development of social justice, in order to achieve a democratic social rule of law. However, the reform of section XIII of section B of article 123 of the Political Constitution of the United Mexican States, opposes the benefits of the guaranteeing discourse and, above all, tarnishes and hinders the perspective of the democratic social rule of law and therefore postpones social justice.

Palabras clave: Estado de derecho social democrático, justicia social, constitucionalismo social, garantismo, autoritarismo.

Key words: social democratic rule of law, social justice, social constitutionalism, guarantee, authoritarianism.

Sumario: I. Presentación. II. Algunas consideraciones sobre el Estado de derecho social democrático. III. El constitucionalismo social y su compromiso con la justicia social. IV. Descripción y análisis jurídico sobre la separación del cargo por incumplimiento de la responsabilidad en el desempeño de sus funciones. V. Reflexiones finales. Referencias.

I. Presentación

¿Qué hacer en un mundo de grandes asimetrías y contradicciones, (población mundial mayor a los 8000 millones de habitantes) por una parte, estamos en presencia de abismales desigualdades de quienes tienen todo y que son los menos (1% de la población mundial conforman las elites) y por la otra, identifi-

camos que más de 6000 millones de habitantes viven en pobreza, pero que también identificamos dentro de esta población a quienes viven en extrema pobreza?, mismos con carencia de los mínimos vitales: alimentación, vivienda, salud, seguridad social y educación.

Dicho drama se intensifica con la presencia del crimen organizado que obtiene sus utilidades con el alto índice del consumo y distribución de drogas, psicotrópicas (la heroína, el LSD, la cocaína, las anfetaminas, el fentanilo, etc.) y, por si fuera poco, la amenaza de una tercera guerra mundial, los conflictos bélicos entre Rusia vs. Ucrania, Hamás vs. Israel.

Sin embargo, el apetito voraz y despiadado de los dueños del capital mundial, resquebrajan al modelo del Estado de derecho social democrático como un ente mediador que equilibre racionalmente y de manera armónica las contradicciones que se generan por las desigualdades tanto de la distribución del ingreso como de la riqueza.

Así pues, en el siglo xix, el Estado liberal se asumía a un Estado policía ante tantas desigualdades e inequidades, el Estado se convierten en Estado guardián del *status quo*, pero actualmente que se intensifica más la presencia de las fuerzas armadas (militares), este panorama es mundial.

Es por ello, que se torna urgente y necesario que pensemos y hagamos realidad como alternativa el desarrollo de un Estado de derecho social democrático, en donde lo más importante y valioso es conservar y fortalecer la sociedad humana.

A este respecto, Jorge Carpizo considera:

> La moral pública en México se encuentra enferma, es necesario un cambio de mentalidad, por el bien del país. Empero son vicios muy antiguos y arraigados en nuestra sociedad. Los conoció y sufrió la sociedad colonial durante casi tres siglos. Los mismos perduraron durante los siglos xix, xx y sigue en los primeros nueve años del siglo xxi. Consecuentemente, cuando los servidores públicos son incompetentes, irresponsables, no comprometidos con su labor o corruptos, una combinación de algunos de estos aspectos, y que giran en torno al poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras. Así pues, dichas actitudes ponen en riesgo las mejores institucio-

> nes, ya que se encaminan ineluctablemente al fracaso. Además, no podemos pasar por alto que dichas conductas y actitudes egoístas y mezquinas redundan en perjuicio de las mayorías que viven en la pobreza, ya que carecen de lo mínimo necesario para desarrollarse.[4]

Por su parte, el ministro Juventino V. Castro, en relación a esta problemática menciona lo siguiente:

> El verdadero mal del siglo xx que fenece, es la corrupción generalizada que preside a la cultura mundial. Así pues, la corrupción no solo la identificamos en la esfera pública sino también la que se desarrolla en el ámbito privado. Por ello debe entenderse que la estrategia para combatir a la corrupción debe abarcar a todos los sectores sociales, a los sujetos de todas las edades, a todas las clases sociales, a todos los sectores de ubicación de la corrupción social, que tanto ataca a los derechos humanos y a los derechos en general, de los mexicanos. Igualmente, combatir a la delincuencia organizada, luchar contra el tráfico internacional de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se requiere simplificar los trámites administrativos a fin de evitar la corrupción, se torna oportuno el reconocer la misma responsabilidad penal, administrativa y social entre el corruptor y el corrupto.[5]

En cuanto, a la reforma procesal constitucional penal (2008) en comento, don Sergio García Ramírez considera que:

> La reforma en marcha contiene avances y retrocesos, aciertos y errores, todos ellos muy notables. No es posible —sería injusto y temerario— emitir un juicio uniforme sobre este movimiento normativo, de condición heterogénea. Pertenece a la categoría de las "reformas ambiguas", si se me permite la expresión, que al lado de notables pasos adelante ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Estas militan contra el orden penal democrático y ponen en predicamento derechos y garantías de los ciudadanos. Por eso he comparado la reforma con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo,

---

4 *Cfr.* Carpizo, Jorge, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Ed. Jus, 2009, pp. 11 y 23.

5 Véase Castro, Juventino, *La mutación estructural del derecho en México*, México, Porrúa, 1998, pp. 60-63.

unas gotas de veneno. Ya se verá el efecto general que esta inquietante mezcla produce en la fisiología de la nación.[6]

II. Algunas consideraciones sobre el Estado de derecho social democrático

Durante muchos años ha llamado la atención de los estudiosos de la teoría del Estado y del derecho, el delimitar que entendemos, por un lado, por el Estado de derecho, y por el otro, el Estado de derecho social democrático.

Por lo que respecta, al Estado de derecho, cabe hacer mención de lo siguiente: para L. A. Hayek, la idea del Estado de derecho, significa que el Gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano, normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos en base a este conocimiento.[7]

La función del legislador en una sociedad libre, sometida al Estado de derecho, es crear y mantener las condiciones que defiendan la dignidad del hombre como individuo y en sociedad. Esta dignidad requiere no solo conocimiento de sus derechos civiles y políticos, sino también, el establecimiento de las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales que son esenciales para el completo desarrollo de su personalidad.

El sentido literal del Estado de derecho, tiene dos aspectos: *i)* que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, y *ii)* que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda: ser guiada por él. El derecho debe ser susceptible de ser obedecido. Una persona se conforma al derecho en tanto no lo viola.[8]

---

6 García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, p. 537.

7 Hayek, L.A. citado por Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Tamayo y Salmorán, Rolando, México, IIJ-UNAM, 1982, p. 263.

8 *Ibidem,* p. 264.

Sin embargo, para los países pobres, cabe hacer mención que a mediados de la década de los ochenta y de las décadas siguientes, se impusieron por parte de los organismos financieros internacionales Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, las políticas económicas neoliberales por las que se ha hecho recorte al gasto público para el financiamiento del gasto social, vivienda, salud, educación y seguridad social.

Ahora bien, dichos dramas de la vida real, nos conllevan a situaciones caóticas. De ahí la impostergable tarea de pensar y repensar en las estrategias que fortalezcan el Estado de derecho social democrático. A este respecto, cabe resaltar que existe una corriente del pensamiento jurídico que identifica al derecho como una alternativa racional y objetiva, que a través de sus expresiones normativas logran diseñar un modelo de sociedad, que permita la convivencia y coexistencia pacífica de todos los integrantes de la sociedad, sin hacer discriminación de raza, credo religioso, estatus socioeconómico y político, a fin de establecer en la relación jurídica entre gobernados, y de estos con los gobernantes, los derechos y obligaciones que enriquecen la armonía social.

Al respecto, considero al igual que otros estudiosos, que el constitucionalismo social representa el paradigma jurídico que surge y evoluciona en y para beneficio de la sociedad en su conjunto, toda vez, que gracias a este modelo jurídico de organización social y política, se logran armonizar y aminorar los antagonismos y contradicciones de las clases sociales representados por una parte, por los desamparados que carecen de lo mínimo necesario en relación con aquellos pequeños sectores de la sociedad que poseen todo y en abundancia. Así pues, el Estado de derecho social democrático se orienta y organiza a través del constitucionalismo social. Consecuentemente, se establecen estrategias para alcanzar los valores y fines que tienen que ver con la justicia social.

Así pues, para el destacado jurista Marcos Kaplan, especialista en derecho económico, considera que:

> El Estado social democrático de derecho no implica un cuestionamiento de la existencia y rectoría del Estado. La reafirmación de su papel rector, su democratización en permanente ampliación y pro-

fundización, la redefinición de sus relaciones con la sociedad civil en el mismo sentido, confluirían en otorgarle legitimidad y consenso, capacidades incrementadas de decisión y acción, flexibilidad y eficacia mayores. Como institucionalización político-jurídica del poder popular, el nuevo Estado de derecho social democrático estaría en mejores condiciones para realizar una estrategia de desarrollo integral, avanzar hacia formas superiores de sociedad y sistema político, por libre determinación y con plena participación de la población. Los mismos supuestos y mecanismos permitirían al Estado adoptar y aplicar formas de acción hacia afuera, que combinarían objetivos de autonomía nacional, mayor participación en las modalidades y logros de cooperación e integración latinoamericanas, y contribución efectiva a la emergencia de un nuevo orden mundial más libre y justo.[9]

III. El constitucionalismo social y su compromiso con la justicia social

El Estado liberal en su máxima expresión se olvida de la distribución del ingreso y de la riqueza para todos. Así pues, ante las asimetrías sociales, económicas, educativas, etcétera, se genera un paradigma constitucional que establece normas jurídicas protectoras de las clases sociales marginadas. A fin de lograr el equilibrio en las relaciones sociales y evitar los conflictos sociales armados, como fue el caso de la Revolución Mexicana de 1910. A este respecto, el jurista mexicano Sergio García Ramírez, considera que: el derecho social es volver la mirada hacia los grupos y las clases; desconoce el primado de la autonomía de la voluntad, para abrazar el control social de la libertad; cercena los derechos absolutos, para reorientarlos en sentido social; acude en defensa del débil, la mujer, el niño, el trabajador, el campesino, el anciano, el enfermo, el arrendatario, introduce el dirigismo contractual y crea nuevos órdenes jurídicos: el laboral, el agrario, el de la seguridad social, derecho y deber de educación e intervención constante del poder público en la vida económica y social, el propósito tutelar provoca la socialización del derecho. De todo esto,

[9] Kaplan, Marcos, "Rectoría del Estado y desarrollo en América Latina", *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, IIJ-UNAM, 1985, pp. 52 y 53.

se sigue la existencia de un "constitucionalismo social", sustentado en el Estado de derecho social, regido por la justicia y no ya únicamente por la libertad.[10]

Es decir, lo más trascendente es la igualdad tanto formal como material de las personas.

El nuevo contenido de las Constituciones queda de manifiesto en el señalamiento de preceptos sobre relaciones laborales, propiedad relativa y socializada (o diversas formas de tenencia, aprovechamiento y disposición de los inmuebles), derecho del individuo a la asistencia y a la seguridad social, matrimonio y familia, derecho y deber de educación e intervención constante del poder público en la vida económica y social.[11]

Ahora bien, con el propósito de clarificar aún más el sentido y alcance que tiene el constitucionalismo social, cabe citar, al distinguido jurista mexicano de reconocimiento universal don Héctor Fix-Zamudio, quien expresa lo siguiente: la Constitución Federal mexicana de 5 de febrero de 1917 debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar de 1919, y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social.[12]

Además, deben incluirse las cartas fundamentales de España de 1931 —que tanta influencia tendrá en América Latina— de Austria y Checoslovaquia de la primera posguerra y de la soviética de 1936.[13]

---

10 García Ramírez, Sergio, "Tres textos precursores en el constitucionalismo social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2 y 3, México, 1969, p. 472.

11 *Ibidem*, p. 473.

12 Fix-Zamudio, Héctor, "El estado social de derecho y la constitución mexicana", *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, IIJ-UNAM, 1985, p. 119.

13 García Laguardia, Jorge Mario, "Evolución del constitucionalismo social en Centroamérica y Panamá", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 20, México, mayo-agosto de 1974, p. 12.

Los movimientos sociales del siglo xix y el crecimiento acelerado que se produce en los primeros años del siglo xx, obligan a replantear la propia razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su cada vez mayor intervención en la vida social. Junto al fortalecimiento de las libertades individuales, se produce la institucionalización de las libertades-participación, que obligan al Estado a intervenir en la vida social y política en un sentido protector. Los derechos económico-sociales son aceptados y además de convertirse el Estado en árbitro de las relaciones entre el capital y el trabajo, pretende intervenir en la cultura y la familia, imprimiendo fuertes limitaciones a los clásicos derechos individuales en aras del bienestar colectivo en una gran "tentativa de racionalización de la vida pública". Así aparece una gran corriente desde la Primera Guerra, que se acentúa después de la Segunda, que tiende a la constitucionalización de los derechos sociales.

El denominado "constitucionalismo social" registra tres etapas en su evolución: en su primera etapa comprendió la inserción de cláusulas económicas y sociales en los textos constitucionales (referentes a la propiedad, a la tierra, al trabajo, etcétera), en una segunda etapa abarcó la protocolización expresa de los nuevos roles del Estado (un estado activo, intervencionista, provisor o "de bienestar"), en la última etapa —que es la contemporánea— asistimos a la consagración de un constitucionalismo social de la cultura y de la educación. La perspectiva social es lo único que hoy mantiene el sentido de la democracia para vastos sectores de la sociedad, así como los derechos sociales —incluidos los de la cultura y de la educación— pasa a desempeñar el importantísimo sentido y significado de asegurar las condiciones reales de existencia y funcionamiento de una democracia política efectiva.

Por ello, la democracia social se convierte en reaseguro de la paz en el seno de la comunidad al posibilitar el goce de los derechos por el mayor número y la reducción a su más mínima expresión de los sectores que actúan como grupos de tensión.[14]

[14] *Ibidem*, p. 184.

Al respecto, Humberto Quiroga Lavié, considera:

> Al Estado social hay que definirlo como "Estado de prestaciones" sin desmedro del "Estado de libertades". El Estado se obliga para asegurar el equilibrio y desenvolvimiento estructural de cada nación, a falta de lo cual la crisis se toma desestabilizante. Son ingobernables los países apoyados en estructuras fracturadas por la debilidad que genera el hambre, la desnutrición, el analfabetismo y las epidemias: en Latinoamérica el mapa social está dibujado por agudos desequilibrios; la mano del Estado resulta insoslayable para impulsar la generación de nuevas energías, para evitar la pérdida o la huida de sus recursos propios y el no reciclaje de tanta riqueza abandonada a su suerte, así como para impulsar el ingreso de todos aquellos bienes o recursos que faltan en nuestras tierras.[15]

Es incuestionable, la contribución de Jaime Torre Bodeti, secretario de Educación Pública, quien influyo en la reforma y redacción al artículo 3ro. Constitucional del 30 de diciembre de 1946, al hacer énfasis de la democracia material.

En efecto al referirse a los lineamientos que deben regir la educación que imparta el Estado —Federación, estados y municipios— dispone que la misma debe ser: democrática: "considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".[16]

México, país pionero de la democracia social en el continente, establece la rectoría del Estado del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y de la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (art. 25).

Los juristas mexicanos Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, al referirse al constitucionalismo social, consi-

---

15 Quiroga Lavié, Humberto, "Estudio introductorio", *El constitucionalismo social en las postrimerías del siglo XX,...*, *cit*., p. 26.

16 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.,* p. 80.

deran: es ingenua la aceptación acrítica de los argumentos del libre mercado y la economía de la oferta, que como reacción al desencanto de la intervención del Gobierno ha surgido en varios países. Ante la crisis actual de los paradigmas, se recomienda innovar, buscar la opción alternativa, que, reconociendo el papel del orden económico, también admita "sus fallas y límites frente a deseconomías externas, bienes públicos, y frente a imperfecciones de mercado, como estructuras oligopólicas y monopólicas. Así como frente a los problemas de la distribución del ingreso", por ello, ante "el dilema entre el estado mínimo y el estado máximo se propone llegar a un estado óptimo".[17]

Ahora bien, con la aplicación de las políticas económicas neoliberales, actualmente, se transita del estado de bienestar al estado de malestar; los beneficios que se habían logrado años atrás con el establecimiento del constitucionalismo social, ahora se han frenado u obstaculizado, toda vez que, el Estado interventor ha dejado de participar en beneficio de la igualdad para un mayor número de personas, ahora el Estado ha asumido un papel de guardián del crecimiento económico logrado por los menos, en perjuicio de la población depauperada. Razón por la cual, el Estado benefactor ha dejado de ser tal, ya que ahora, invierte e interviene más en la seguridad pública que en la seguridad social.

Consecuentemente, concibo a la justicia social como la expresión más humana, solidaria y racional para poder convivir con armonía con los demás. De ahí que sea necesario reforzar la cultura del respeto tanto al interés individual como al interés público en beneficio de la justicia social, a través de un ámbito más tolerante, abierto y plural que permita el desarrollo de un nuevo modelo de comunicación y de convivencia humana, que fortalezca el respeto a los derechos fundamentales del ser humano. Con el ánimo de evitar el holocausto, no podemos seguir sobreviviendo con la contaminación del agua, aire, fauna y flora. Así como de los alimentos que se obtienen a través de los transgénicos que a la larga producen enfermedades incurables, por ejemplo, el cáncer. Dicho drama ecológico en cierta forma obedece a los apetitos in-

[17] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 535.

saciables de quienes en forma egoísta solo piensan y actúan para aumentar sus riquezas materiales a costa de la vida de los demás.

A este respecto, es preocupante la consideración expresada por José francisco Paoli Bolio, quien menciona lo siguiente: "Lo grave, advierte Paoli, es que México, hundido en una crisis económica, avanza hacia un estallido social: el problema no va a ser guerrillero. Los estallidos sociales son terribles cuando los provoca el hambre".[18]

Por lo consiguiente, nos es demagógico pensar y establecer políticas públicas en beneficio de los más pobres.

Es importante remediar los desvíos a los que se ha llegado en perjuicio de los intereses y de los derechos sociales y también evitar una recaída en el autoritarismo burocrático. La responsabilidad pública consiste en remediar las deformaciones institucionales que están en el origen de la pobreza, de la violencia, de la arbitrariedad y de la corrupción. La construcción de instituciones sociales y políticas que garanticen equidad implica un nuevo tipo de equilibrios que son posibles si se utilizan, en el gran escenario del poder, los nuevos instrumentos del saber.[19]

IV. Descripción y análisis jurídico sobre la separación del cargo por incumplimiento de la responsabilidad en el desempeño de sus funciones

En todo lo ancho y largo de la República Mexicana, en términos generales se comparte de manera reiterada una opinión pública y práctica social de incertidumbre acerca del quehacer cotidiano de la seguridad pública, la procuración e impartición de la justicia, entre otras razones, porque dichas actividades se ven afectadas tanto por la falta de credibilidad, honestidad, como de la presencia de escenarios de corrupción, mentiras, ineficacia e ineficiencia.

---

18 Delgado, Álvaro (entrevistador), Paoli, Francisco José (entrevistado), "Partido pragmático, gobierno sin iniciativa", *Proceso, Semanario de información y análisis*, núm. 1713, México, 30 de agosto de 2009, p. 19.

19 Valadés, Diego, *Constitución y política*, *cit*., p. 388.

Ante ello, la intención de la presente reforma a la fracción XIII del apartado B, del artículo 123, es determinar que en caso de incumplir con las leyes que establezcan las reglas de permanencia o al incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones, los agentes del ministerio público, los peritos, y los miembros de las instituciones policiales de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios serán separados o removidos de su cargo sin que proceda, bajo ningún supuesto, la reinstalación o restitución en sus cargos por significar una falta a los valores institucionales de rectitud y alto valor ético que se requiere en el sistema de seguridad pública e impartición de justicia, que es pieza fundamental en el espíritu de la reforma.

Para definir la naturaleza de la relación, la reforma propuso que los miembros de las instituciones de seguridad pública fueran considerados como trabajadores de confianza y se rigiesen conforme a sus propias leyes, gozando de las medidas de protección al salario y los beneficios de la seguridad social.

A fin de salvaguardar los fines de la seguridad pública, contar con mejores elementos y tener la posibilidad real de adecuar conforme a derecho las estructuras policiacas en beneficio de la sociedad mexicana, la iniciativa planteó que los miembros de las instituciones o cuerpos de seguridad pública no tendrían acción de reinstalación para el caso de baja, cese, destitución, remoción, separación o terminación de los efectos del nombramiento. Con esto se pretendió dotar a las corporaciones policiacas de herramientas que les permitieran depurar a los cuerpos de seguridad pública. La reforma propuesta no anularía el servicio civil de carrera, su propósito era garantizar que la función de seguridad pública se desarrollara con estricto apego a los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.[20]

[20] Madrazo Cuéllar, Jorge, *Las reformas constituciones en materia penal,* 20 de junio de 2012, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/cl/cl11.htm,* Cámara de Senadores, LX Legislatura, Diario de los Debates, Primer Periodo de Ordinario de Sesiones del Segundo Año de Ejercicio, Diario núm. 34, 13 de diciembre de 2007, *http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=3&lg=LX_II&id=759*

Lo anteriormente expresado se considera adecuado. Sin embargo, lo que no se puede aceptar en un Estado de derecho social democrático, es lo relativo a que, sí, el servidor público es inocente no se le pueda reincorporar a sus funciones. Dicha negativa es totalmente aberrante para la cultura jurídica y para el paradigma del Estado de derecho democrático.

Por otra parte, se hace referencia de la información que se discutió en la Cámara de Senadores, respecto a la fracción XIII del artículo 123 Constitucional: "Si la autoridad jurisdiccional resolviera que la separación, remoción baja o cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificado, el Estado solo estará obligado a pagar la indemnización 51". ¿De qué se trata esta disposición? Fíjense nada más, a cualquier Ministerio Público, perito, policía se le podrá despedir, se le podrá cesar, se le podrá remover, si este policía, perito o trabajador de los órganos de justicia, de los órganos de procuración de justicia acude a la Junta de Conciliación o acude a los tribunales federales y ganan los juicios, y demuestra el trabajador que fue injustificado su despido y que el cese fue injustificado y fue falsa la argumentación que le esgrimieron para cesarlo y despedirlo, aun así el trabajador no tendrá derecho a que se le reinstale.

Por eso no puede tratarse diferente a ningún ciudadano y no puede establecerse en la Constitución una restricción de tal naturaleza.

Y ahora a nivel de rango constitucional establecen la prohibición y la restricción para que a un trabajador que fue vejado, cesado, que fue injustamente despedido, se le pueda reinstalar y restituir en su honra y en su prestigio personal. No puede establecerse eso en la Constitución, me parece delicado y me parece grave. Por eso nos oponemos y por eso quisiéramos proponerle al presidente de la Mesa Directiva de la Cámara que someta a la consideración de la Asamblea la supresión de esta disposición contenida en la fracción XIII del artículo 123.[21]

[21] *Idem.*

V. Reflexiones finales

La Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 (de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), representa una ruptura epistemológica para con el sistema penal inquisitorio mixto, eminentemente formalista. El cual, es sustituido por el paradigma del garantismo que subyace en el sistema penal acusatorio adversarial, que, además, se vincula con la corriente del realismo jurídico contemporáneo.

Ahora bien, de la lectura y análisis que se haga del contenido textual del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, identificamos que, en el artículo antes mencionado, en el apartado A, con X fracciones, se establecen los principios generales del sistema penal acusatorio adversarial-vía los juicios orales. En su apartado B, con sus IX fracciones, se regulan los derechos de toda persona imputada y en el apartado C, con VII fracciones, se mencionan los derechos de la víctima o del ofendido. Habida cuenta a lo antes expresado, se desprenden los lineamientos teóricos y metodológicos que esquematizan al sistema penal acusatorio, de naturaleza garantista, respetuoso de la dignidad humana, y demás derechos fundamentales tanto del acusador como del acusado. Además, se distingue por garantizar el principio de presunción de inocencia, del debido proceso legal, la seguridad y certeza jurídica, la objetividad, transparencia e imparcialidad en la impartición de justicia. Las características antes mencionadas son acordes a un Estado de derecho social democrático.

Ahora bien, el tema central de la presente investigación versa acerca del último párrafo de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, y que a la letra expresa lo siguiente:

> Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. [...]
>
> Apartado B [...]
>
> XIII. Los militares, marinos, personales del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

> Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado solo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho el servidor público, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.[22]

Consecuentemente, con el propósito de identificar, por una parte, el marco normativo jurídico del garantismo que sustenta a la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2008, y de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, a través de los siguientes artículos: 1, 5, 14, 16,17, 20 y 123. Lo cual, nos permite precisar las antinomias o contradicciones que fundamentan lo referente al último párrafo de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional. En dicho párrafo al negarse la reinstalación del servidor público cuando resulta inocente se rompe el esquema garantista, y por lo consiguiente, se llega a una clara expresión intolerante, autoritaria y fascista.[23]

Por la otra parte, con la existencia de los preceptos normativos que se encuentran tanto en la Declaración Universal de los

---

22 Cámara de Diputados, *Reformas Constitucionales en Orden Cronológico*, Reforma Penal Constitucional de 18 de junio de 2008, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf*

23 En psicosociología, la palabra fascismo (y su letra inicial F) ha sido utilizada para designar una escala que pretende mediar la existencia de un tipo de personalidad caracterizada por el convencionalismo, la sumisión de tipo autoritario, la agresión de estilo autoritario, la oposición a los sujetos imaginativos, sensitivos, la superstición y la estereotipia, la preocupación por el poder y la tenacidad, la tendencia a la destrucción y el cinismo Hay una interpretación que considera al fascismo italiano como una aberración pasajera, al modo de otras tantas tiranías fugaces que ha padecido Italia en su historia. (Fuenzalida Faivovich, E., "Fascismo", concepto publicado en el Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, Barcelona, Planeta-De Agostini, noviembre 1987, vol. II, pp. 869 y 870.

Derechos Humanos, como de las Convenciones Internacionales se esquematiza el fundamento jurídico internacional, que nos permite ahondar en razones jurídico políticas y éticas en contra de las expresiones autoritarias que impactan al paradigma garantista que hoy en día cuestionan las arbitrariedades que se cometen al violar los derechos fundamentales que se consagran en un Estado de derecho social democrático.

Habida cuenta lo antes expresado, y con el propósito fundamental de corregir la aberración jurídica antes mencionada, se propone una reforma de adición al último párrafo de la fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional en los siguientes términos:

> Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.
>
> Apartado B...
>
> XIII Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos
>
> Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación
>
> Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, *de acuerdo al resultado del juicio o medio defensa que se hubiere promovido, el Estado se obliga a reincorporar al servidor público al servicio de su cargo que venía ocupando, o a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho el servidor público.*

Ahora bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, en diferentes artículos expresa, por una parte, el respeto irrestricto de los derechos humanos fundamentales, entre otros, cabe mencionar, de libertad, igualdad, seguridad y certeza jurídica, lo cual, obliga a garantizar el respeto y observancia de la dignidad humana y demás derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución, así como de los tratados y convenciones internacionales. Véase los artículos: 1, 14, 16, 17, 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así como también, los artículos 7, 8, 11, 12, 22, 23, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos

7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 24, 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 47, 48, 49 y 51 de la Ley Federal del Trabajo.

La reforma constitucional del 10 de junio del 2008, en cuanto al artículo 123, apartado B fracción XIII en su último párrafo es un desatino total con el Estado de derecho, social y democrático al establecer que el servidor público que sea separado o removido de su cargo no podrá ser reinstalado en su cargo: "si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado solo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho el servidor público, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.[24]

Por último, considerando a todo lo antes mencionado, se concluye en los siguientes términos: la justicia social es una alternativa racional, objetiva y humanista que permite aminorar las asimetrías que se presentan en un mundo desigual ya que los pocos son los dueños de la riqueza los muchos son los que carecen de los mínimos vitales.

Referencias

Cámara de Diputados, *Reformas Constitucionales en Orden Cronológico*, Reforma Penal Constitucional de 18 de junio de 2008.

Carpizo, Jorge, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Ed. Jus, 2009.

Castro, Juventino, *La mutación estructural del derecho en México*, México, Porrúa, 1998.

Delgado, Álvaro (entrevistador), Paoli, Francisco José (entrevistado), "Partido pragmático, gobierno sin iniciativa", *Proceso, Semanario de información y análisis*, núm. 1713, México, 30 de agosto de 2009.

[24] Cámara de Diputados, *Reformas Constitucionales en Orden Cronológico*, *cit*.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3a. ed., México, Porrúa.

Fix-Zamudio, Héctor, "El estado social de derecho y la constitución mexicana", *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, IIJ-UNAM, 1985.

García Laguardia, Jorge Mario, "Evolución del constitucionalismo social en Centroamérica y Panamá", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 20, México, mayo-agosto de 1974.

García Ramírez, Sergio, "Tres textos precursores en el constitucionalismo social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2 y 3, México, 1969.

García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

Hayek, L.A. citado por Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Tamayo y Salmorán, Rolando, México, IIJ-UNAM, 1982.

Kaplan, Marcos, "Rectoría del Estado y desarrollo en América Latina", *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, IIJ-UNAM, 1985.

Participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la inauguración del ciclo de conferencias organizado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con motivo de la publicación de la nueva Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en el Auditorio de la misma Secretaría, en la ciudad de México, el 21 de mayo de 2002.

Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.

Valadés, Diego, "Pobreza, desarrollo y educación superior", *Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 104, México, noviembre 1999.

Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-IIJ-UNAM, 1994.

El derecho a la protección de la salud y la construcción de una democracia sanitaria en la postpandemia

***

The right to health protection and the construction of a sanitary democracy in the post-pandemic

Edgar Alán Arroyo Cisneros[*]

Resumen: en esta ponencia se pretende examinar, en un primer momento, algunos de los desarrollos recientes que ha tenido el derecho a la protección de la salud como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, específicamente a partir de los estándares interpretativos que ha diseñado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En una segunda aproximación, se reivindica el concepto de "democracia sanitaria" como una construcción jurídica y política a partir de la cual no solo es posible sino deseable entender al bienestar de las personas como una de las piedras de toque del Estado constitucional. Se argumenta que la democracia sanitaria posibilita una transformación de las y los pacientes a ciudadanas y ciudadanos sanitarios activos en la salvaguarda no solo del derecho a la protección de la salud sino de otras prerrogativas y libertades públicas fundamentales para un determinado proyecto vital. Lo dicho, definitivamente, tiene un impacto particular en la postpandemia, la cual obliga a tener un adecuado sentido jurídico

* Profesor e investigador de la Universidad Juárez del Estado de Durango, *alan.arroyo@ujed.mx*

y político de anticipación para prevenir las contingencias de salud que vendrán en el futuro.

Abstract: in this presentation, the aim is to examine, initially, some of the recent developments in the right to health protection as part of economic, social, cultural, and environmental rights, specifically based on the interpretative standards designed by the Inter-American Court of Human Rights. In a second approach, the concept of "sanitary democracy" is advocated as a legal and political construct from which it is not only possible but desirable to understand the well-being of individuals as a cornerstone of the constitutional state. It is argued that sanitary democracy enables a transformation of patients into active health citizens, safeguarding not only the right to health protection but also other fundamental public prerogatives and freedoms for a particular life project. Indeed, what has been said definitely has a particular impact in the post-pandemic era, which requires an adequate legal and political sense of anticipation to prevent health contingencies that may arise in the future.

Palabras clave: derecho a la protección de la salud, democracia sanitaria, postpandemia.

Keywords: right to health protection, sanitary democracy, post-pandemic era.

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades sobre el derecho a la protección de la salud. III. Estándares interpretativos en materia del derecho a la protección de la salud y COVID-19. IV. La necesidad de una democracia sanitaria. V. Democracia sanitaria y postpandemia. VI. Planteamiento conclusivo. Referencias.

I. Introducción

El derecho a la protección de la salud mostró de manera palmaria la importancia de reivindicar adecuadamente sus contenidos en la realidad social durante la pandemia COVID-19. Muchos sistemas sanitarios quedaron rebasados por la contundencia del entonces nuevo coronavirus, pues sus infraestructuras lucieron realmente insuficientes para afrontar una crisis de tal calado. A

casi un lustro de distancia desde que la Organización Mundial de la Salud (OMS) hizo la declaratoria de emergencia global, vivimos en una nueva normalidad o en una postpandemia en la cual es del todo necesario articular el entramado jurídico con las políticas públicas en materia de salud pública para prevenir de una manera adecuada las crisis sanitarias del futuro, las cuales llegarán invariablemente en algún momento u otro. Igual de importante que lo anterior es edificar desde este momento una ciudadanía sanitaria como piedra de toque de una democracia sanitaria en donde haya una interrelación directa entre personal de salud, empresas farmacéuticas, pacientes y ciudadanía en general, teniendo al diálogo como eje rector e idea directriz de todos estos procesos.

El objetivo de esta ponencia, al tenor de lo anterior, es exponer algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y la construcción de una democracia sanitaria en la postpandemia. Primero, entonces, se hará una referencia a la importancia de seguir adecuadamente los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica, lo cual se amplificó durante la contingencia sanitaria. Luego se expondrán elementos muy breves sobre igualdad, solidaridad y democracia a la luz de la propia pandemia, para enseguida establecer algunas viñetas en la construcción de una democracia sanitaria. Finalmente, se establece un breve planteamiento conclusivo para que las y los lectores formulen sus propias opiniones.

II. Generalidades sobre el derecho a la protección de la salud

Es indiscutible la importancia de este derecho fundamental "como garantía al derecho a la vida",[1] lo cual habla de su evidente interconexión. Es un binomio básico, no obstante que cada una

[1] Pereira Jardim, Lourdes y Heredia Martínez, Henny Luz, "Conjeturas sobre el derecho social y la salud en Venezuela", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, México, enero-junio de 2014, p. 6.

de estas prerrogativas tenga sus propias particularidades para efectos de técnica jurídica, legislativa, constitucional, interpretativa y argumentativa, siendo todas esferas de suma importancia.

La concepción del derecho a la protección de la salud debe observar una visión tanto igualitaria como libertaria.[2] Libertad e igualdad fungen como nichos en donde la salud se desarrolla en clave dialógica: el ejercicio del derecho a la salud debe darse de forma libre y su acceso tiene que presentarse de manera igualitaria, a manera de un ciclo con fases plenamente diferenciadas pero igualmente integradas en un patrón que apele a la satisfacción de las demandas sociales sin que la cuestión sanitaria sea un pretexto, impedimento u obstáculo como tal.

En México el derecho a la protección de la salud fue reconocido mediante una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983, la cual añadió un nuevo tercer párrafo al artículo 4 constitucional, para establecer lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".[3] Como es viable apreciar, lo primero que se determina es que las personas tenemos derecho "a la protección" de la salud y no una salud en términos más ambiguos, genéricos o vagos. Es decir, se busca una salvaguarda y una garantía plena de la salud en todos los sentidos posibles. La protección de la salud se refiere, pues, al derecho que tiene cualquier individuo a que su bienestar se cuide y ponga a salvo de potenciales peligros, riesgos o amenazas por parte de agentes externos.

Un segundo aspecto relevante de esta disposición constitucional que merece tratarse por separado es el relativo a la defi-

[2] Una aproximación a dichas perspectivas se puede ubicar en Montiel, Lucía, "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria", *Revista IIDH*, núm. 40, San José, julio-diciembre de 2004, pp. 291-313.

[3] Un análisis al respecto puede encontrarse en Soberanes Fernández, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, pp. 131 y ss.

nición de una serie de bases y modalidades para poder acceder a los servicios de salud, entendidos estos como toda la infraestructura, recursos, elementos técnicos y funcionales, instalaciones, fármacos, profesionales de la Medicina y todos aquellos factores operacionales para el sistema sanitario.

La tercera cuestión que hay que determinar con claridad a partir de este derecho fundamental es la inherente al federalismo sanitario. La ley de leyes puntualiza que habrá una obligación de que tanto el orden de Gobierno federal como el estatal concurran a la materia de salubridad general; mediante una interpretación extensiva, es dable agregar el resto de instancias de gobierno a este sistema de distribución de competencias, *i. e.*, a los municipios —sin dejar de tener en cuenta que la Ciudad de México es también una entidad federativa—, si bien es cierto que la Ley General de Salud pone énfasis en la distribución de competencias solo entre federación y entidades federativas. Es importante también tener en cuenta que el derecho a la protección de la salud es un caso de un derecho fundamental en el que hay que vislumbrar medidas de reparación y remedios administrativos en el ámbito no jurisdiccional.[4] Cobra pues una enorme relevancia el papel de los mecanismos no jurisdiccionales para hacer valer los derechos y de las instituciones especialmente diseñadas para tales fines, como sería en el caso mexicano la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

III. Estándares interpretativos en materia del derecho a la protección de la salud y COVID-19

Es muy conocido que la Corte IDH en el Caso Poblete Vilches[5] ha entrado al análisis del contenido, alcance y operatividad del derecho a la protección de la salud como derecho humano autónomo, a partir de diversos estándares:

[4] Véase por ejemplo Díaz Pérez, Alejandro, "Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, México, enero-junio de 2019, pp. 35-70.

[5] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 346, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf*

a) Deber de regulación: los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios públicos y privados, apuntando a una prestación de servicios de calidad.
b) Retomando lo dicho por la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU,[6] la Corte Interamericana señala que cuatro elementos esenciales e interrelacionados deben satisfacerse en materia de salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La disponibilidad implica contar con un número de establecimientos, bienes y servicios de salud, así como programas integrales, buscando en todo momento la coordinación adecuada. La accesibilidad entra que los establecimientos, bienes y servicios de emergencia de salud deban ser accesibles a todas las personas, en clave de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, acceso a la información e inclusión. La aceptabilidad tiene que ver con un respeto de la ética médica y los criterios culturalmente apropiados, incluyendo perspectiva de género, condiciones del ciclo de vida del paciente y acceso pleno a la información en términos del diagnóstico y tratamiento. La calidad, mientras tanto, se basa en contar con una infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes, abarcando cualquier tipo de herramienta o soporte vital y recursos humanos calificados.
c) Como condición transversal de la accesibilidad, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, sin discriminación alguna.
d) En el caso Suárez Peralta,[7] la Corte se refirió a que debe haber mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud públicas y privadas, lo

[6] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000.

[7] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf*

cual tiene que ver igualmente con la rendición de cuentas en un contexto democrático.

En el caso *Poblete Vilches*, la Corte entiende a la salud, no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud.

Como afirmaba el doctor Diego Valadés[8] en una entrevista durante la pandemia, el COVID-19 afectó la Constitución porque supone un proceso de desconstitucionalización y limitaciones a ciertos tipos de libertades, además de que en el futuro obligará a una reflexión sobre las formas de organización y funcionamiento de los órganos del Estado; asimismo, entraña la necesidad de pensar y repensar los problemas de inseguridad, pobreza e injusticia que se han acumulado por décadas. Por eso que el derecho debe pensarse en clave no solo preventiva sino transformadora, lo cual nos lleva al siguiente tema.

Una de las lecciones que dejó la pandemia COVID-19, sin duda alguna, fue la profundización de la desigualdad en múltiples frentes. En un planeta donde desafortunadamente la iniquidad prevalece, este tópico se ha acentuado y ha provocado que regiones enteras carezcan de un efectivo acceso y ejercicio al derecho a la protección de la salud, que junto con el derecho a la vida, son dos ejes centrales ante la crisis desatada desde hace ya prácticamente un par de años.

Según datos de la empresa de análisis científicos Airfinity, los países que integran el G-20 han recibido la escandalosa cantidad de 15 veces más dosis de inmunizaciones contra el COVID-19 per cápita que los países de África Subsahariana.[9] En octubre, apenas

[8] *El Universal*, "Por qué el Covid-19 afecta la Constitución", *https://www.eluniversal.com.mx/ciencia-y-salud/por-que-el-covid-19-afecta-la-constitucion/*

[9] UNICEF, "Los miembros del G20 han recibido 15 veces más dosis de vacunas contra la COVID-19 per cápita que los países de África Subsahariana",

15 países de este continente habían vacunado al 10% de su población, al decir de la propia OMS. Igualmente, en la mitad de los 52 países africanos, solo un 2% de sus habitantes habían recibido alguna inmunización, evidenciando un estado absoluto de injusticia y satisfacción de los derechos fundamentales antes señalados.[10]

Al final del día, la pandemia estableció varias dicotomías jurídico-políticas: vigilancia totalitaria o empoderamiento ciudadano, por un lado, y aislamiento nacionalista o solidaridad global por el otro. De cara a las pandemias que vendrán, será necesaria la reivindicación de la globalización política, pues únicamente la solidaridad, la colaboración, la fraternidad, el espíritu de comunidad y la cooperación global permitirán salir de las posibles crisis futuras.

IV. La necesidad de una democracia sanitaria

Una mejor salud global puede ser posible si se articula una institucionalidad precisamente mundial mucho más robusta en materia sanitaria, empezando por la OMS y la necesidad de que amplíe, consolide, expanda y reconfigure sus atribuciones, de tal suerte que sus determinaciones se sigan tajantemente por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas sin excepción, evitando así muchas arbitrariedades, diferencias de criterio y acciones más bien populistas que tuvieron lugar sobre todo en el punto más álgido de la crisis por el nuevo coronavirus.

Como lo ha dicho desde hace años Luigi Ferrajoli, instituciones como la propia OMS requieren ser dotadas de todos aquellos medios y poderes que sean necesarios para garantizar el cumplimiento de sus funciones de salvaguarda de las prestaciones sanitarias.[11] En esta institución, ni duda cabe, debe encabezar la gobernanza sanitaria mundial, sin dejar lugar a dudas de su auto-

https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/los-miembros-del-g20-han-recibido-15-veces-más-dosis-de-vacunas-contra-la-covid

10 *Idem*.

11 *El País*, "Luigi Ferrajoli, filósofo: 'Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata'", *https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html*

ridad en la materia. El liderazgo de la OMS no debe ser meramente ornamental. Todo lo contrario: se debe consolidar la jefatura de esta agencia incluso en el ámbito de una política en materia de salud pública mundial, en donde sus directrices se puedan aplicar con firmeza y no queden solo en el plano de las recomendaciones. Esta institución no solo no debe desaparecer o ver disminuidas sus facultades sino que, antes bien, estas últimas tendrían que potenciarse, amplificarse y robustecerse. Una OMS fuerte iría en el sentido de un *rule of law* supranacional, que tenga primacía sobre la soberanía nacional exacerbada.

Es menester hacer un breve apunte sobre la democracia sanitaria. Una ciudadanía sanitaria es aquella que asume un rol mucho más activo en la satisfacción del derecho a la protección de la salud y las prestaciones de esta índole. Se preocupa pero sobre todo se ocupa en la materialización de las garantías de tal derecho y prerrogativas conexas como el acceso a la información pública, la alimentación, la cultura física y el deporte, por mencionar solo algunas de ellas. La ciudadanía sanitaria se entiende, desde luego, en clave democrática amplia. Por ello es que la democracia sanitaria se refiere precisamente a diversificar los intervinientes en asuntos decisionales de salud pública, lo cual evidentemente se maximiza en crisis de gran calado como la que estamos viviendo. Se orienta, en este sentido, a descentralizar las determinaciones en esta materia, de tal suerte que no recaigan exclusivamente en el Gobierno, sino que fomenten la participación colectiva y el empoderamiento ciudadano, sin dejar de reconocer el papel de las y los expertos, médicos y personal que cotidianamente lidian con estas problemáticas.

V. Democracia sanitaria y postpandemia

Tanto la ciudadanía sanitaria como la democracia sanitaria deben reivindicar aspectos como un compromiso financiero mayúsculo de los Estados nacionales y de la comunidad internacional en la investigación médica y científica, el redimensionamiento de un importante tema como el cuidado, la promoción de la salud como política pública y como estrategia compartida, la precisión en la información sanitaria, la lucha por la igualdad en salud a escala global, la procuración de una alfabetización en la materia en todos los estratos, el fomento de un asociacionismo de las y los pa-

cientes, así como el ampliar la visión de una gobernanza en salud cuya convocatoria sea poderosa, solo a manera de algunas ideas.

Los siguientes elementos son sumamente importantes cuando hablemos de la democracia sanitaria en el contexto de la nueva normalidad y de la postpandemia:

1) acceder al sistema de salud en condiciones de libertad e igualdad;
2) optimizar la infraestructura sanitaria;
3) mejorar la calidad de hospitales, clínicas y centros de atención en general;
4) dignificar el desarrollo profesional de todo el personal sanitario;
5) fomentar el incremento de estudiantes de medicina;
6) sacar provecho de las tecnologías de información y comunicación;
7) configurar una red internacional de intercambio de información sanitaria e investigación sobre temas médicos y científicos de coyuntura;
8) ligar adecuadamente a la salud con la educación y el ejercicio de la información;
9) garantizar las vacunas y los fármacos esenciales más utilizados por la población —bienes fundamentales en la terminología de Ferrajoli, tal y como lo plantea por ejemplo en su propuesta de Constitución de la tierra—;[12]
10) involucrar de todas las maneras posibles al sector privado y al sector social con los principales desafíos en materia de salud pública.

Así las cosas, se observa en el horizonte un cambio de paradigma en doble vertiente: una, que ponga énfasis en la transición de las y los pacientes pasivos a las y los ciudadanos sanitarios, no solo conscientes de sus derechos sino capaces de encauzarlos con todas sus letras; la otra, no menos importante, que vaya en sintonía con la emergencia de una dimensión sanitaria de la democracia de calidad como modelo de convivencia en la contemporaneidad. La pandemia fue una prueba mayor de ciudadanía y debemos articular nuestro presente y nuestro futuro con base en ello.

[12] Véase Ferrajoli, Luigi, *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2023.

VI. Planteamiento conclusivo

El derecho a la protección de la salud es uno de los derechos fundamentales de naturaleza social vitales para el desarrollo armónico de las personas, por la sencilla circunstancia de que sin salud no hay una vida digna. En este sentido, protegerlo, dimensionarlo y potenciarlo adecuadamente luce como algo obligatorio en nuestra contemporaneidad, sobre todo cuando observamos que el bienestar de la humanidad también entra en juego, como quedó demostrado con el COVID-19.

La Corte IDH ha desarrollado diversos estándares interpretativos cuando hacemos alusión al derecho a la protección de la salud, los cuales son un marco de referencia obligado para que los Estados desplieguen sus respectos marcos normativos y sistemas de políticas públicas, involucrando desde luego a los miembros de la sociedad civil organizada.

La pandemia COVID-19 constató que el derecho a la protección de la salud, en muchas latitudes, es solo una quimera o una promesa constitucional de difícil realización. La endeble infraestructura sanitaria global quedó rebasada por una enfermedad que tomó al mundo por asalto, lo cual trae consigo el imperativo de diseños institucionales mucho más sólidos al respecto.

Una democracia sanitaria es una de las mejores cosas que podemos edificar, construir y perfeccionar de cara al futuro cercano, pues se trata de una articulación del diálogo y de las acciones conjuntas entre personal médico, empresas farmacéuticas, gobiernos y pacientes, los cuales deben convertirse en ciudadanas y ciudadanos sanitarios cuyos derechos fundamentales se ejerzan a cabalidad.

El escenario postpandémico que vive el mundo, lejos de relajarnos en cuanto a las preocupaciones sanitarias, debe ser un motor de propulsión en aras de estar preparados para las crisis futuras que, en un momento u otro, habrán de llegar, incluso con diferente nivel de intensidad y letalidad a comparación de lo que sucedió con el COVID-19. Aunque algunos sectores poblacionales pudieran haber quedado mentalmente agotados a causa de las restricciones que se vivieron por la contingencia, lo cierto es que no hay que bajar la guardia; tal circunstancia, ni más ni menos, es uno de los mejores ejercicios de ciudadanía sanitaria que podemos llevar a cabo.

Referencias

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Seire C, núm. 346.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

Díaz Pérez, Alejandro, "Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, México, enero-junio de 2019.

El País, "Luigi Ferrajoli, filósofo: 'Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata'".

El Universal, "Por qué el Covid-19 afecta la Constitución".

Ferrajoli, Luigi, *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2023.

Montiel, Lucía, "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria", *Revista IIDH*, núm. 40, San José, julio-diciembre de 2004.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Observación general núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000.

Pereira Jardim, Lourdes y Heredia Martínez, Henny Luz, "Conjeturas sobre el derecho social y la salud en Venezuela", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, México, enero-junio de 2014.

Soberanes Fernández, José Luis, *Derechos humanos y su protección constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

UNICEF, "Los miembros del G20 han recibido 15 veces más dosis de vacunas contra la COVID-19 per cápita que los países de África Subsahariana".

Derecho a la salud y su financiamiento

***

The right to health and its financing

*Mariana Campos**

Resumen: el marco legal reconoce el derecho a la salud en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales. Estos comprometen al Estado mexicano a aplicar medidas para hacerlo efectivo. No obstante, hoy en día tales medidas en pro de este derecho no han sido suficientes. Debe haber mayores esfuerzos en este rubro, y deben plasmarse en el presupuesto.

Los recursos públicos destinados a la salud están lejos de la recomendación internacional. Esto afecta el ejercicio de este derecho, así como el gasto en los hogares, dado que no hay cobertura para toda la población. México tiene el mayor índice de muertes evitables de la OCDE, y los hogares mexicanos cada vez destinan más recursos de su bolsillo para la atención médica. Esta situación obliga a impulsar medidas que amplíen el financiamiento a la salud pública, que es clave para gozar de una adecuada calidad de vida.

Abstract: the legal framework recognizes the right to health in our Constitution and several international treaties, which commit the mexican Government to implement measures to make this right effective. However, the health situation reveals

* Es analista y evaluadora de políticas públicas, especializada en finanzas públicas y gobernanza. Es economista y maestra en Políticas Públicas. Actualmente, es directora general de México Evalúa.

that current measures are not sufficient. To improve the exercise of the right to health, there must be greater efforts, which must be reflected in the budget.

Public expenditure on healthcare is far from the international recommendation. This affects the right to health, as well as household expenses for families: there is no coverage for the entire population. Mexico has the highest rate of avoidable deaths on OECD, and Mexican households are increasingly allocating more out-of-pocket resources for medical care. This situation requires the promotion of measures that expand public financing for public health, key to enabling an adequate quality of life.

Palabras clave: salud, derecho humano, Constitución, gasto público, evaluación, presupuesto per cápita.

Keywords: health, human rights, Constitution, public spending, evaluation, per capita budget.

Sumario: I. El acceso a la salud en México: el estado de cosas. II. ¿Qué compromete el derecho a la salud en México? III. Gasto público en salud. IV. Financiamiento de la salud de las personas con y sin seguridad social. V. ¿Cómo reforzar el marco presupuestal para dar más garantías al cumplimiento del derecho a la salud? Referencias.

I. El acceso a la salud en México: el estado de cosas

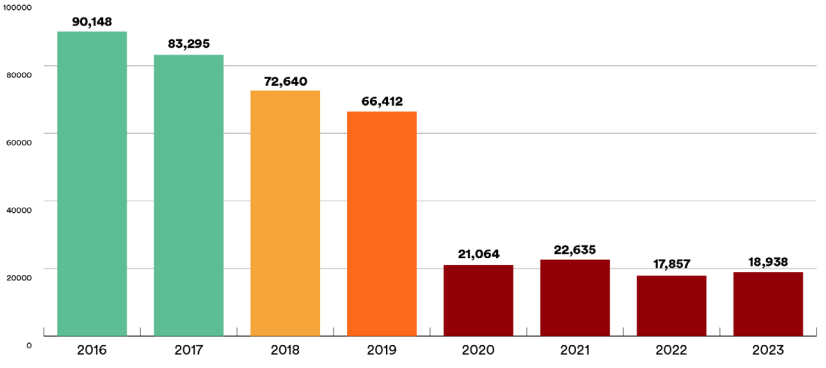
El acceso a los servicios de salud muestra retrocesos importantes en los últimos años. En 2022, el número de personas sin acceso a este derecho llegó a 50.3 millones (39.1% de la población), un incremento de 151% (30.3 millones) frente a 2018.[1] Esto se debe, en gran medida, a la caída en la afiliación de las personas sin seguridad social al Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular). En 2018, 42.1% de las personas reportaron estar ins-

[1] Coneval, Medición de pobreza 2022, 2023, *https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2022.aspx*

críticas a este seguro, mientras que en 2022 solo 13.1% reportó su afiliación al programa que lo sustituyó: el Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI).[2] Esto ha reducido drásticamente las consultas médicas para las personas sin seguridad social. En su último año de operación (2023), el INSABI otorgó 18.9 millones de consultas, 74% (53.7 millones) menos que en 2018. (Gráfica 1)

El desmantelamiento del Seguro Popular, seguido de la malograda implementación del INSABI, vigorizó la ya de por sí alta demanda por servicios privados de atención a la salud. En 2022, el 59.9% de las personas que recurrieron a atención médica lo hicieron en el sector privado, 13.3% más que en 2018. (Gráfica 2)

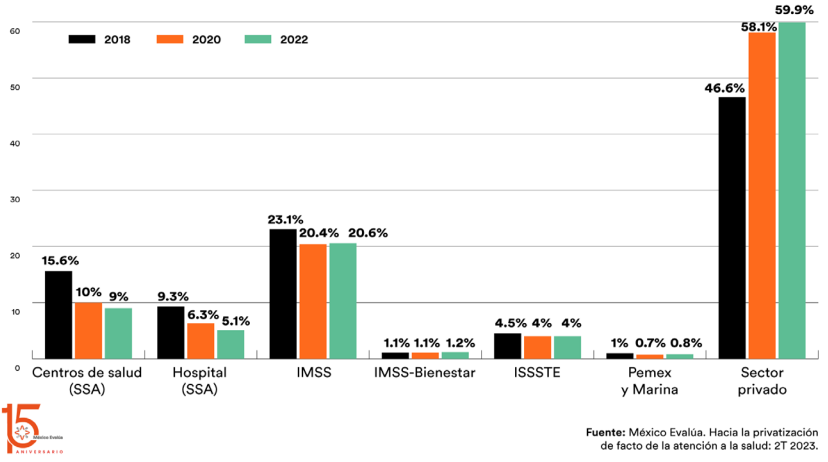
Gráfica 1. **Consultas en instituciones de salud para las personas sin seguridad social** (miles)



Fuente: El costo del ajuste fiscal en 2023: recortes a la salud.

[2] México Evalúa, Hacia la privatización de facto de la atención a la salud: 2T 2023, 2023, *https://numerosdeerario.mexicoevalua.org/2023/08/17/el-remedio-a-la-enfermedad-se-ve-aun-mas-lejos-2t-2023/#:~:text=Al%202T%20de%202023%20el,ha%20tenido%20un%20respaldo%20presupuestal*

Gráfica 2. **Lugar de atención de las personas que recurrieron a atención médica**



Fuente: México Evalúa. Hacia la privatización de facto de la atención a la salud: 2T 2023.

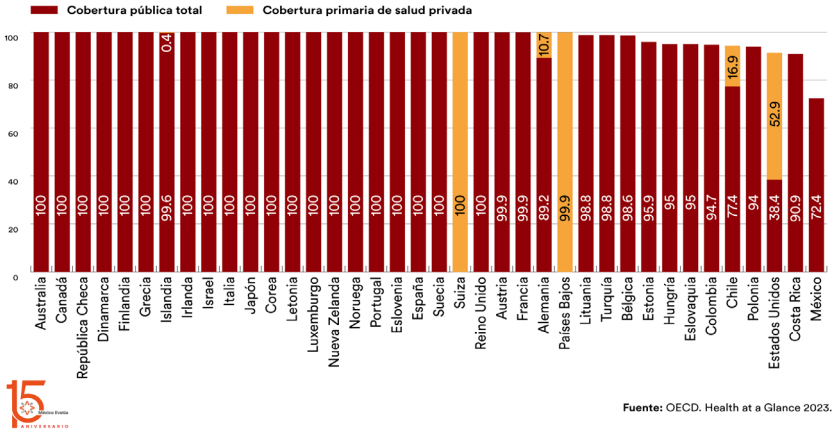
La capacidad limitada de los sistemas públicos de salud incrementa la demanda de privados. Por lo anterior, las familias mexicanas gastan más en servicios de salud. Los hogares más afectados han sido los de menores recursos.

El decil 1 —la población en condición socioeconómica más vulnerable— dedicó el 4.2% de su ingreso a obtener servicios de salud en 2022. Esto es superior al 2.9% observado en 2018. Si nos enfocamos en los gastos catastróficos de toda la población, es decir cuando más del 30% de los ingresos disponibles se destinan a enfermedades crónicas o para financiar algún tratamiento complejo, 1 millón de hogares (2.7% del total) incurrieron en estos gastos catastróficos en 2022, más de 340 mil hogares más que en 2018.[3]

¿Cómo se compara México frente a otros países en materia de acceso a la salud? Mientras la mayoría de los países de la OCDE ha logrado una cobertura universal o casi universal para un conjunto básico de servicios de salud (consultas, pruebas y exámenes, y atención hospitalaria), nuestro país es el único que se encuentra lejos de esta cobertura pública total. (Gráfica 3)

[3] *Idem.*

Gráfica 3. **Cobertura de salud para la población sobre un conjunto básico de servicios, 2021** (o año más cercano)



Fuente: OECD. Health at a Glance 2023.

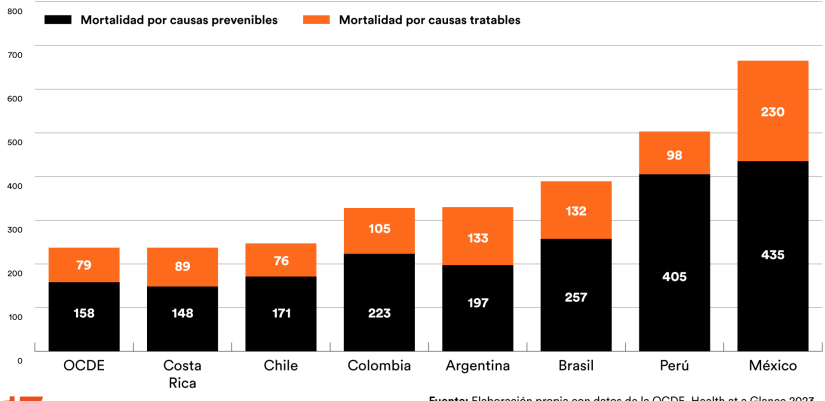
A la falta de cobertura universal, hay que agregar que México es el país de la OCDE con el menor número de consultas médicas presenciales al año por persona: 1.5, tres veces menos que el promedio de la OCDE y nueve veces menos que el país que registra el número de consultas más alto. A esta preocupación se suma el retroceso en este indicador a lo largo de los años: el promedio de consultas anuales por persona en México era 2.2 en 2019 y 2.7 en 2011.[4]

Adicionalmente, mientras que la tasa de mortalidad por causas prevenibles fue de 158 muertes por cada 100,000 personas en los países de la OCDE, en México fue 435 (último lugar de la OCDE). A su vez, la tasa de mortalidad por causas tratables en los países de la OCDE fue de 79 por 100,000 habitantes, pero en México fue de 230.[5] Incluso frente a otros países latinoamericanos, el país se sitúa en una situación bastante crítica. (Gráfica 4)

4 OECD, Health at a Glance 2023.

5 *Idem.*

Gráfica 4. **Tasas de mortalidad por causas evitables por cada 100 mil habitantes**



Fuente: Elaboración propia con datos de la OCDE. Health at a Glance 2023. Datos de 2021 o año más cercano.

II. ¿Qué compromete el derecho a la salud en México?

La protección de la salud para todas las personas está definida en varias legislaciones del Estado mexicano, por lo que el Gobierno está obligado a garantizarla. En nuestra Constitución, el derecho es reconocido en el artículo 4, que también establece que se definirá un sistema de salud para quienes carezcan de seguridad social (CPEUM, art. 4). De acuerdo con la Ley General de Salud, la protección de este derecho implica, entre otras cosas, prolongar y mejorar la calidad de la vida humana, disfrutar de servicios médicos y hospitalarios que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población, y promover los hábitos saludables y la prevención de las enfermedades (Ley General de Salud, art. 2).

Además, derivado de sus resoluciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado criterios que deben ser observados por las autoridades sanitarias. Estos criterios son:[6]

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de prensa núm. 221/2021, *https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6529*

- Debe brindarse asistencia médica y tratamiento de forma oportuna, permanente y constante.
- Se deben adoptar las medidas necesarias —hasta el máximo de los recursos que se dispongan—, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud.
- Se deben valorar criterios (subjetivo, objetivo, temporal e institucional) que garanticen el derecho humano a la salud.

No menos importantes son los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud y a los que México se adhiere. Entre ellos se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; o el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Estos tratados exigen que el Estado mexicano emprenda medidas para garantizar este derecho.

Por ejemplo, el protocolo de San Salvador compromete de manera particular a los países a la inmunización total contra las principales enfermedades infecciosas o la satisfacción de las necesidades sanitarias de los grupos de más alto riesgo (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988). En México, estos instrumentos pueden ser invocados por los individuos al acudir a los tribunales a reclamar una potencial violación del derecho humano a la salud.

La administración federal anterior, a cargo de Andrés Manuel López Obrador, promovió medidas legislativas sobre este particular. En 2019, el Gobierno presentó una iniciativa de rango constitucional en materia de bienestar que incluía la creación del Sistema Nacional de Salud para el Bienestar. Sin embargo, la iniciativa se presentó sin una evaluación de impacto presupuestario —pese a que lo obliga la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria—, y fue aprobada por el Congreso en 2020. No contar con esta evaluación resta efectividad al cumplimiento de ese derecho y dificulta la materialización del mandato constitucional. Identificar las necesidades presupuestales era un pri-

mer paso para la correcta implementación de esta iniciativa, pues hubiera ofrecido información a los legisladores para conocer los recursos fiscales presentes y futuros que deberán autorizar.

En febrero de 2024, el expresidente López Obrador presentó una iniciativa de reforma constitucional para la atención médica integral, universal y gratuita. La propuesta consiste en reconocer en la Constitución que el Estado debe garantizar esta atención médica, incluyendo estudios médicos, intervenciones quirúrgicas y medicamentos. Sin embargo, la iniciativa volvió a carecer de una evaluación que cuantificara los costos de hacer esos derechos accionables para todos los mexicanos.[7]

Si esos derechos que buscan establecerse en la Constitución no son metodológicamente transparentes y no se acompañan de un presupuesto objetivo (es decir calculado por número de afiliados), su inclusión en la Constitución solo podrá ser aprovechada por las personas que puedan judicializarlos ante los tribunales federales. Mientras tanto, el grueso de la población, especialmente las personas sin seguridad social seguirán padeciendo un acceso limitado a la atención médica integral, universal y gratuita.

Por último, el derecho a la salud se fortalecería si la legislación definiera un paquete de prestaciones sanitarias básicas y comunes —el ideal de salud universal para todos los mexicanos— financiado con recursos públicos, que pueda utilizarse en cualquier sistema de sanidad, incluidos los del sector privado. Esto presupone la interoperabilidad de los sistemas, que permitiría eficientar la atención al identificar el servicio que tenga la disponibilidad de atender al paciente en el menor tiempo posible. Sería una manera de priorizar el derecho a la salud de cada persona por encima de trabas y procedimientos burocráticos.

III. Gasto público en salud

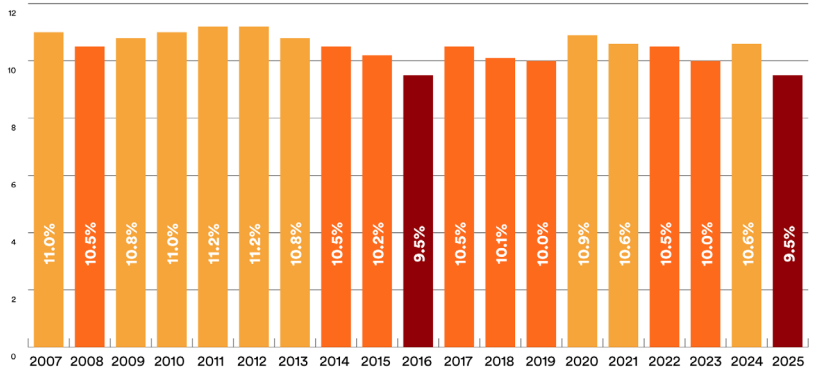
Dado que los recursos presupuestarios son limitados, la Administración Pública y el Congreso deben asignar los recursos a di-

[7] Al 8 de enero de 2025, la iniciativa no se ha aprobado y continúa en trámite legislativo.

versas funciones públicas con base en las prioridades y visión de país que buscan. En esto, algunas funciones se ven más beneficiadas o perjudicadas que otras, de modo que la salud compite con otros programas públicos para su financiamiento.

Como porcentaje del gasto total, en el Presupuesto de Egresos de la Federación 2025, el monto destinado a salud representará solo el 9.5%: el más bajo desde 2016.[8] Esto indica que otros conceptos del gasto han desplazado en importancia a la salud, como lo son las pensiones no contributivas o el pago del servicio de la deuda. (Gráfica 5.)

Gráfica 5. **Gasto público en salud como porcentaje del gasto total**



Fuente: México Evalúa. Cinco Evidencias de las Finanzas Públicas en el Paquete Económico 2025. El monto de 2024 corresponde al presupuesto aprobado y el de 2025 al proyectado.

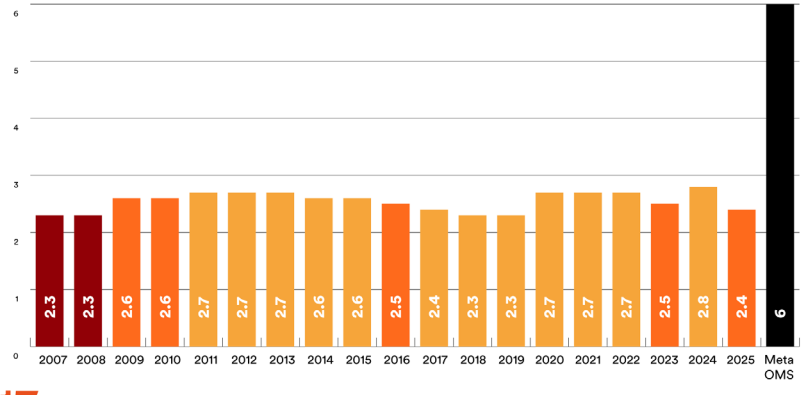
En términos nominales, el gasto funcional en salud en 2025 será de 881 mil millones de pesos (mmdp), 12.2% menos o 122 mmdp de recorte frente a lo aprobado en 2024. La caída se debe a que el presupuesto para las personas sin seguridad social formal será de 298 mmdp, es decir una caída de 22% (84 mmdp) contra lo que se autorizó en 2024. Estas reducciones colocarán al gasto público en salud en 2.4% del PIB, el nivel más bajo desde 2020. (Gráfica 6)

8 México Evalúa, Cinco evidencias de las finanzas públicas en el Paquete Económico 2025, 2024, *https://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2024/12/5puntos-paqueteeconomico.pdf*

De acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud, los países que han logrado mayores avances hacia la cobertura universal tienen un gasto público en salud de al menos el 6% de su PIB. Si bien este porcentaje no es suficiente por sí solo, un mayor gasto en salud es un requisito previo para combatir las desigualdades y avanzar hacia la cobertura y el acceso universales en la materia.[9]

Los datos revelan que estamos lejos de ese 6% recomendado internacionalmente. Por ello es importante que el Estado mexicano dirija más recursos públicos para ampliar el acceso y los servicios públicos relativos a este derecho.

Gráfica 6. **Gasto público en salud como porcentaje del PIB**

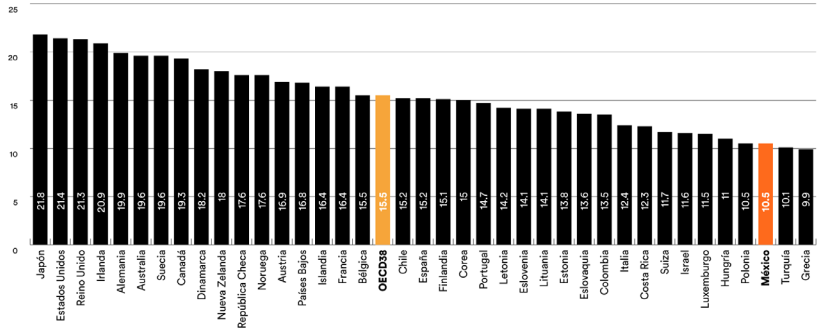


Fuente: México Evalúa. Cinco Evidencias de las Finanzas Públicas en el Paquete Económico 2025. El monto de 2024 corresponde al presupuesto aprobado y el de 2025 al proyectado.

Desde una perspectiva comparada, los niveles de gasto público en salud colocan a México en los últimos lugares de la OCDE. En 2021, México (10.5%) fue uno de los tres países de esta organización que menos gastó como porcentaje de su gasto público total. (Gráfica 7)

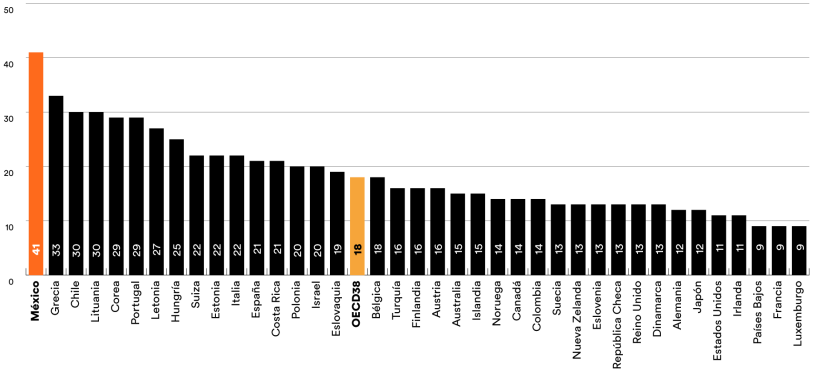
[9] Pan American Health Organization, Fiscal Space for Health in Latin America and the Caribbean, Washington, D.C., 2020.

Gráfica 7. **Gasto en salud proveniente de fuentes públicas como parte del gasto gubernamental total, 2021** (o año más cercano)



Fuente: OECD. Health at a Glance 2023.

Gráfica 8. **Gasto de bolsillo como porcentaje del gasto total en salud por país**



Fuente: OECD. Health at a Glance 2023.

Naturalmente, los bajos niveles de gasto público en salud orillan a la población a atenderse en el sector privado, y en consecuencia, destinar más recursos de sus bolsillos para este fin. De hecho, el gasto de bolsillo representa el 41% del gasto total

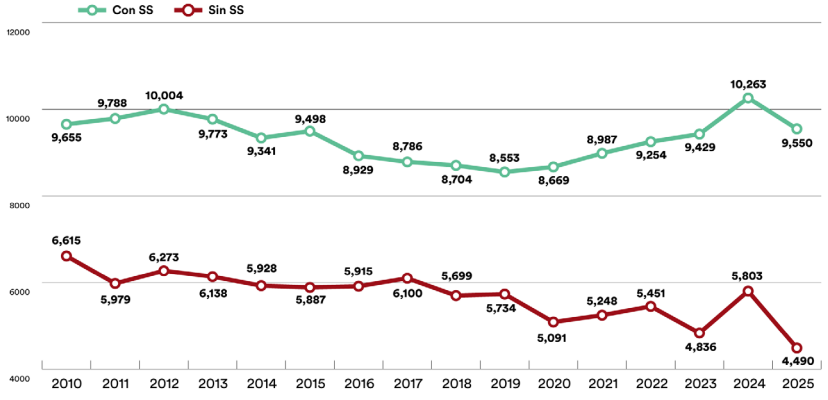
en salud en México, el más alto de la OCDE, en donde representa poco menos de una quinta parte de todo el gasto en salud en 2021. (Gráfica 8)

IV. Financiamiento de la salud de las personas con y sin seguridad social

La provisión de servicios públicos de salud se organiza en dos grandes categorías distintas: en las personas que cuentan con seguridad social, principalmente a través del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); y en las personas sin seguridad social, principalmente a través del organismo público Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social para el Bienestar (IMSS-Bienestar), que hasta 2019 se denominó Seguro Popular y, posteriormente hasta 2023, INSABI.

Debido al diseño jurídico que las ampara, el Gobierno federal no puede reducir las aportaciones al IMSS e ISSSTE. Por lo tanto, estas instituciones gozan de un financiamiento estable y actualizable. En contraste, la Ley General de Salud establece que el financiamiento de IMSS-Bienestar se determina conforme a lo autorizado en el presupuesto de egresos, por lo que la estructura de financiamiento del IMSS-Bienestar permite al Gobierno y al Congreso asignar recursos con más discrecionalidad. La consecuencia es la reducción de su financiamiento y la disparidad presupuestal entre el gasto por afiliado entre los sistemas de personas con seguridad social y sin seguridad social. (Gráfica 9)

Gráfica 9. **Gasto per cápita en salud para personas con y sin seguridad social** (pesos de 2025)



Fuente: México Evalúa. Cinco Evidencias de las Finanzas Públicas en el Paquete Económico 2025. El monto de 2024 corresponde al presupuesto aprobado y el de 2025 al proyectado.

Anteriormente, el Seguro Popular corría menos riesgo de someterse a decisiones discrecionales del Gobierno porque había más claridad sobre su fondeo. Sin embargo, esta disposición fue eliminada. (Tabla 1)

Tabla 1. **Disposición del régimen presupuestario del sistema de salud para las personas sin seguridad social**

Reformas y adiciones al artículo 77 bis 12 sobre financiamiento del sistema de salud de las personas sin seguridad social		
Reforma 2003	**Reforma 2009**	**Reforma 2019**
El Gobierno Federal cubrirá anualmente una **cuota social por cada familia beneficiaria** del Sistema de Protección Social en Salud equivalente a quince por ciento de un salario mínimo general vigente diario para el Distrito Federal. La cantidad resultante se actualizará trimestralmente de acuerdo a la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor.	El Gobierno Federal cubrirá anualmente una **cuota social por cada persona afiliada** al Sistema de Protección Social en Salud, la cual será equivalente al 3.92 por ciento de un salario mínimo general vigente diario para el Distrito Federal. La cantidad resultante se actualizará anualmente de conformidad con la variación anual observada en el índice Nacional de Precios al Consumidor.	El Gobierno Federal, **conforme a lo que se establezca en el Presupuesto de Egresos de la Federación**, destinará anualmente recursos para la prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados cuyo monto no deberá ser inferior al del ejercicio fiscal inmediato anterior, en términos de lo que se establezca en las disposiciones reglamentarias y sujeto a la disponibilidad presupuestaria.

Fuente: Diario Oficial de la Federación. 15/05/2003, 30/12/2009, 29/11/2019.

De hecho, la reforma a la Ley General de Salud de 2019 podría considerarse contraria al principio de progresividad de derechos humanos, establecido en el artículo 1 de la Constitución. En tanto que las reformas a la Ley General de Salud de 2003 y 2009 robustecieron el artículo 77 bis 12 para dar garantías al financiamiento del sistema de salud para las personas sin seguridad social (cuota social por familia y, posteriormente, por persona afiliada), en la reforma de 2019 se quitó este mecanismo que ha posibilitado la reducción de los recursos asignados a las instituciones de salud para las personas sin seguridad social.

México Evalúa ha identificado que el Gobierno contabiliza como gasto en salud transferencias entre los fideicomisos del sector salud y la Tesorería de la Federación (Tesofe).[10] Estas transacciones afectan la trazabilidad financiera, lo que hace imposible que la ciudadanía conozca el destino final de esos recursos. Es indispensable que la Cuenta Pública refleje el gasto una vez que se hayan consolidado las operaciones que llevan a cabo las cuentas de los fideicomisos públicos con la Tesofe.

V. ¿Cómo reforzar el marco presupuestal para dar más garantías al cumplimiento del derecho a la salud?

El Estado mexicano debe reconocer el derecho de los mexicanos a acceder a un conjunto de servicios de carácter preventivo, curativo, paliativo y de rehabilitación establecidos en un paquete común de prestaciones y servicios médicos, vinculantes para las instituciones públicas de salud federales y estatales. De esta manera, se fijaría un piso mínimo que cerraría las brechas en el acceso y cumplimiento del derecho a la salud. Dicho paquete sería el primer piso para materializar el multicitado concepto a la salud universal. Además, sería la base de un sistema para presupuestar los recursos por usuario.

[10] México Evalúa, Tesofe, Fonsabi y la simulación del gasto en salud: análisis anual 2022, 2023, *https://numerosdeerario.mexicoevalua.org/2023/02/22/tesofe-fonsabi-y-la-simulacion-del-gasto-en-salud-analisis-anual-2022/*

Por otro lado, demostramos que los recursos públicos destinados a la salud no son suficientes. El respaldo presupuestal de la política de salud debe descansar en un marco legal que asegure el ejercicio pleno de este derecho. Una manera, es mediante una garantía presupuestal en la ley que permita al país atender la recomendación internacional de destinar el 6% del PIB a esta materia.

La Ley General de Salud podría considerar esta disposición, acompañada de otras medidas. Por ejemplo, la suficiencia presupuestal del sistema de salud para las personas sin seguridad social debería considerar un presupuesto per cápita, con base en una estimación de la población sin acceso a sistemas de seguridad social.

Es importante reducir las amplias facultades del Gobierno para ejercer discrecionalmente el gasto sanitario. A pesar de que el presupuesto del sector transita por un proceso democrático en donde el Congreso determina los montos a gastar durante el ejercicio fiscal, no hay controles para que se cumpla el mandato legislativo plasmado en el presupuesto de egresos. Por ello, es importante que la legislación prevea restricciones para que el gasto de las entidades enfocadas a la salud pública no sea reducido libremente por el poder ejecutivo. Si el Gobierno pretende hacer recortes al gasto de esas entidades, el Ejecutivo tendrá que solicitar la autorización al Congreso, con una motivación robusta y una comparecencia pública.

El funcionamiento y la operación de fideicomisos como el Fondo de Salud para el Bienestar deben regularse en una ley especial o con disposiciones más amplias y robustas dentro de la Ley General de Salud. La nueva regulación debe considerar que los recursos del Fondo de Salud para el Bienestar (Fonsabi) que regresen a la Tesofe pueden gastarse desde la Tesofe exclusivamente en el sector salud. Además, deberán fortalecer sus políticas de transparencia para dar a conocer sus estados financieros, llevar a cabo y publicar evaluaciones imparciales del alcance de sus objetivos, y una integración plural y con miembros independientes.

Referencias

Coneval, Medición de pobreza 2022, 2023.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley General de Salud.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman los artículos 77 Bis 12 y 77 Bis 13 de la Ley General de Salud.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud.

Ley General de Salud.

México Evalúa, Hacia la privatización de facto de la atención a la salud: 2T 2023, 2023.

México Evalúa, Tesofe, Fonsabi y la simulación del gasto en salud: análisis anual 2022, 2023.

México Evalúa, Cinco evidencias de las finanzas públicas en el Paquete Económico 2025, 2024.

México Evalúa, El costo del ajuste fiscal en 2023: recortes a la salud. México Evalúa, 2024.

OECD, OECD Health at a Glance 2023, 2023.

Pan American Health Organization, Fiscal Space for Health in Latin America and the Caribbean, Washington, D.C., 2020.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, art. 10.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de prensa No. 221/2021, 2021.

Salud, atención centrada en la persona, derechos humanos y la Comisión Estatal de Arbitraje Médico

***

Health, person-centered care, human rights, and the State Medical Arbitration Commission

Rosa María Díaz López

Resumen: el derecho a la salud es uno de los derechos sociales más complejos, debido a que el bien tutelado es la vida y la calidad de esta, es por ello que resulta de vital importancia que el ejercicio de los profesionales del sector salud se vea sustentado por el individuo y por quienes lo rodean como es su familia, pasando del paradigma biomédico al bio-psico social cultural, centrado fundamentalmente en la persona y en el respeto a sus derechos humanos. Una de las formas en las que se promueve el respeto a los derechos humanos relacionados con el derecho a la salud y la atención centrada en la persona son los servicios que presta la Comisión Estatal de Arbitraje Médico, la cual busca promover los más altos estándares de calidad en la prestación del servicio de salud.

Abstract: the right to health is one of the most complex social rights, as it protects both life and its quality. Therefore, it is of vital importance that the practice of health sector professionals is supported by the individual and those around them, such as their family, transitioning from the biomedical paradigm to the bio-psycho-social-cultural paradigm, fundamentally centered on the person and the respect for their human rights. One of the ways in which respect for human rights related to the right to health and person-centered care is promoted is through the

services provided by the State Commission for Medical Arbitration, which seeks to promote the highest quality standards in the provision of health services.

Palabras clave: salud, atención centrada en la persona, derechos humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos.

Key words: health, person-centered care, human rigths, State Commission for Medical Arbitration.

Sumario: I. Atención centrada en la persona. II. El derecho a la salud en los sistemas de protección de los derechos humanos. III. El derecho a la salud en México. IV. Visión antropocéntrica, atención centrada en la persona y derechos humanos. V. Atención centrada en la persona y la Comisión Estatal de Arbitraje Médico. Referencias.

I. Atención centrada en la persona (ACP)

Para abordar este tema crucial, es esencial comenzar por establecer con precisión qué es la *atención centrada en la persona* (ACP) y luego explorar su estrecha relación con los derechos humanos, sobre todo con el que se le vincula directamente como lo es el derecho a la salud, para a su vez, mencionar los diferentes apartados que lo conforman.

La *atención centrada en la persona* se considera como una modalidad de atención o estrategia que sitúa al individuo como el principal actor en la prestación de servicios médicos. Su objetivo es reconocer la capacidad del usuario del servicio médico para gestionar su vida de manera autónoma, mientras se respetan su dignidad, sus derechos y sus decisiones. En términos generales, Martínez Rodríguez la describe como "un enfoque de atención donde la persona, desde su autodeterminación en relación con su calidad de vida, es el eje central de las intervenciones profesionales".[1] Es fundamental comprender esta definición para compren-

[1] Martínez Rodríguez, Teresa, "La atención centrada en la persona en los servicios gerontológicos, Modelos de atención y evaluación", *Fundación*

der cómo la ACP afecta directamente la experiencia del paciente y su bienestar.

Desde hace ya algunos años, dentro del ámbito nacional como internacional existe una ocupación especial en la preparación del personal de salud focalizada en la *atención centrada en la persona* la cual se ha hecho manifiesta mediante una serie de Congresos en los que se ha discutido pasar del modelo biomédico, a un paradigma bio-psico-socialcultural, en el que la atención esté orientada al individuo y a las personas que constituyen la comunidad.[2]

II. El derecho a la salud en los sistemas de protección de los derechos humanos

Ahora bien, en relación con los derechos humanos, en especial del derecho a la salud, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, dentro de sus principios reconoce que: "El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social".[3] Aunado ello, dentro del marco de la Agenda 2030, en el objetivo 3, se establece "Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades".

Dentro de la Conferencia Especializada en Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, se ha tenido

Pilares para la Autonomía Personal, núm. 3, 2016, *https://www.fundacionpilares.net/docs/2016/TeresaACP/teresaACP_web.pdf*

[2] Mezzich, J. E., "Educación médica centrada en la persona en el siglo xxi", *Diagnóstico*, vol. 58, núm. 1, 2019, pp. 29-33, *https://revistadiagnostico.fihu.org.pe/index.php/diagnostico/article/view/34/33*

[3] Organización Mundial de la Salud, Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York el del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948, *https://www.who.int/es/about/accountability/governance/constitution*

a bien definir el derecho a la salud como un derecho inclusivo,[4] debido a que concurren dentro del mismo, una serie de factores determinantes para alcanzar una vida sana, como lo son: agua potable, alimentación segura y ambiente laboral saludable, educación, etc. Es por ello por lo que al hacer mención del derecho a la salud se debe considerar otros aspectos fundamentales del mismo como lo son: accesibilidad, disponibilidad, buena calidad, participación, rendición de cuentas, libertades y derechos. En este sentido, nos ocupa principalmente la *participación*, en relación con que el usuario del servicio de salud tiene voz con respecto a opinar sobre las políticas públicas de salud que le afecten, así como libertad de decisión en cuanto al sometimiento de tratamientos.

En este sentido el derecho a la salud es un derecho humano, considerado dentro del área de los derechos sociales[5] que, como tal, encuentra protección en los diferentes sistemas de protección reconocidos en el ámbito internacional y de los cuales el Estado mexicano es parte, como lo son el Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano.

Dentro de los instrumentos que reconocen el derecho humano a la salud encontramos:

En el Sistema Universal: *i)* Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): el artículo 25 establece el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye la salud y el bienestar. *ii)* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): el artículo 12 reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. *iii)* Convención sobre los Derechos del Niño: el artículo 24 garantiza el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a recibir atención médica adecuada. En el Sis-

[4] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, Observación general núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000, p. 3, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf*

[5] Ruiz, Carlos-Enrique, "El concepto de los derechos sociales fundamentales", *Revista Aleph*, ed. 137, 2006, *https://www.revistaaleph.com.co/el-concepto-de-derechos-sociales-fundamentales/*

tema Interamericano: *i)* Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José: aunque la Convención no menciona explícitamente el derecho a la salud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado que este derecho se deriva implícitamente de varios de sus artículos, incluyendo el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. *ii)* Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador): el artículo 10 reconoce el derecho de toda persona a la protección de la salud.

III. El derecho a la salud en México

Ahora bien, en el ámbito del derecho interno tenemos que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en su artículo 4º, dentro del párrafo cuarto:

> Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.[6]
>
> Por su parte, el artículo 1º establece lo siguiente:
>
> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> [...]

[6] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.[7]

Por lo tanto, en virtud de que el derecho humano a la salud es reconocido como un derecho fundamental dentro del texto constitucional, todas las autoridades dentro del Estado tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio de este, en el ámbito de sus competencias.

IV. Visión antropocéntrica, atención centrada en la persona y derechos humanos

Una vez que ha quedado establecido lo que se entiende por *atención centrada en la persona* y la regulación de los Derechos Humanos, y en específico lo que comprende el derecho a la salud, se expondrá el punto en el que convergen estos dos aspectos.

La forma en la que se relaciona la ACP con los derechos humanos deriva de la visión antropocéntrica de los mismos, los derechos humanos ponen como punto central a la persona, un claro ejemplo de ello es la perspectiva de él gran filósofo alemán del siglo xviii, Immanuel Kant,[8] quien habla de la dignidad del ser humano como un valor intrínseco del mismo, la cual no puede ser sujeta a condiciones externas, cuyo fin principal sea la utilidad o el beneficio. De esta misma forma la atención centrada en la persona busca reconocer la participación del usuario del servicio médico para poder proporcionarle un servicio de calidad en aras de alcanzar el más alto posible nivel de salud. En este sentido, se considera que la *atención centrada en la persona*, busca reconocer

[7] *Ibidem*, art. 1.

[8] Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *Porrúa*, 1983, p. 121, *https://posgrado.unam.mx/filosofia/wp-content/uploads/2023/03/Kant_Fundamentacion_seccion1.pdf*

y hacer efectiva la dignidad del ser humano, a través de la cual la prestación del servicio médico contemple la autonomía del usuario y su capacidad racional.

El derecho a la salud comprende una serie de subderechos que se vinculan de manera directa con el mismo, es decir, no es un ente aislado, implica una serie de aspectos, tal como lo expone Gutiérrez-Zurita[9] con base en la teoría general de los sistemas, el derecho a la salud es un supra derecho que agrupa otros derechos, por lo tanto, se considera de vital importancia mencionarlos ya que revisten una especial relación con la atención centrada en la persona, tenemos: derecho a la vida, al deporte, a la educación, a decidir el número de hijos, a la familia, a la expresión, a una vida libre de violencia, a la información, a la privacidad y confidencialidad, a la autonomía y consentimiento informado, a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, a la protección durante la investigación médica; por mencionar algunos.

Como se puede observar estos derechos resultan interdependientes, característica de los derechos humanos, es decir, están interrelacionados por lo que sería complicado imaginarlos de manera aislada.

Es de vital importancia reconocer los principios que rigen los derechos humanos, y aquellos que funcionan como ejes rectores dentro del modelo de salud del Estado, para de esta forma identificar la relación que existe entre los mismos y la *atención centrada en la persona*. Por ejemplo tenemos que dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024,[10] en relación con la prestación del servicio de salud, se establece el propósito de que todos reciban atención médica y hospitalaria gratuita, de aquí se desprende el principio universalidad, el cual rige a su vez en materia de derechos humanos, y que se relaciona con la ACP de tal forma que, en

[9] Zurita, Andoni Gutiérrez, "El derecho a la protección de la salud, un derecho transhumanizado", *Revista CONAMED*, vol. 13, núm. 4, 2008, pp. 43-47, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3626666*

[10] *Diario Oficial de la Federación*, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024, 1. Política y Gobierno, II Garantizar empleo, educación, salud y bienestar, diciembre 2019, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0*

la práctica médica se enfatiza en el acceso equitativo y universal a la atención de salud, garantizando que todos los individuos, independientemente de su condición socioeconómica, tengan acceso a servicios médicos de calidad que respeten su dignidad y derechos fundamentales.

Así mismo se alude a los siguientes principios: participación social, competencia técnica, calidad médica, pertinencia cultural, trato no discriminatorio, digno y humano. Todos ellos tienen una vinculación con la *atención centrada en la persona*, sin embargo, cabe destacar el de participación tanto en su forma individual como social. En el aspecto individual se enfatiza en la importancia de involucrar activamente a los pacientes en su propio cuidado de salud, respetando su capacidad de tomar decisiones informadas sobre su tratamiento y promoviendo una relación de colaboración entre médicos y pacientes basada en el respeto mutuo y la confianza. En lo que respecta al aspecto social, radica en fomentar la participación activa de la comunidad en la planificación, implementación y evaluación de programas y políticas públicas en materia de salud, reconociendo el papel fundamental que juega la sociedad en la promoción de su propio bienestar.

Por otro lado, tenemos que los derechos humanos revisten una tutela judicial efectiva, lo que implica su justiciabilidad,[11] quedando al arbitrio del individuo promover la actividad jurisdiccional de las instancias correspondientes, tal como lo marcan los preceptos constitucionales antes mencionados, así como los tratados internacionales al respecto. En el ámbito del derecho interno podemos mencionar que los mecanismos de protección de los derechos humanos se subdividen en jurisdiccionales y no jurisdiccionales,[12] el jurisdiccional por excelencia es el juicio de

[11] Dirección General de Derechos Humanos, *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Ciudad de México, SCJN, 2021, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-02/Manual%20sobre%20justiciabilidad%20de%20los%20DESCA_Tomo%20uno%20rev.pdf*

[12] Díaz López, Rosa María, Jiménez López, J. Guadalupe, "La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), y la importancia de los derechos de los médicos ante la contingencia por COVID-19", *Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional,* vol. 37, 2020, p. 17, *https://librosoa.unam.mx/handle/123456789/3216*

amparo, y dentro de los no jurisdiccionales encontramos a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

V. Atención centrada en la persona y la Comisión Estatal de Arbitraje Médico

La razón por la cual se considera que la forma más eficaz de dar tratamiento a los requerimientos de justiciabilidad en materia de salud, es a través de los métodos alternos de solución de conflictos, obedece a que el objetivo principal de las comisiones de arbitraje médico radica en la solución pacífica[13] de los conflictos que derivan de la relación médico-paciente, así mismo, el uso de dichos mecanismos se prevé en el Programa Sectorial de Salud, 2020-2024,(2.3.8).[14] En México existe una Comisión Nacional de Arbitraje Médico y 28 comisiones estatales.[15] Ahora bien, con respecto a la forma en la que contribuye la Comisión Estatal de Arbitraje Médico (COESAMED) a la *atención centrada en la persona* y los derechos humanos podemos mencionar lo siguiente, dentro del campo de acción de esta, encontramos los diferentes servicios que ofrece y la forma en la que se relacionan con el tema que nos ocupa, por ejemplo: a través de la resolución de conflictos, la COESAMED por medio de un mecanismo para resolver las disputas y reclamos relacionados con la prestación del servicio médico, brinda una alternativa de resolución por medio de la cual se permite que los pacientes expresen sus preocupaciones y experiencias, promoviendo de esta forma la *atención centrada en la persona* y aboga por sus derechos humanos de manera justa y equitativa.

---

13 *Ibidem*, p. 22.

14 *Diario Oficial de la Federación*, Programa sectorial de salud 2020-2024, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5598474&fecha=17/08/2020#gsc.tab=0*

15 Zermeño, F. J. G., Fernández, C. J. R., y Alegría, A. R., "Modelo Mexicano de Arbitraje Médico. Edición 2023", *Revista CONAMED*, vol. 28, núm. 4, 2023, pp. 161-219, *http://www.conamed.gob.mx/gobmx/modelo/pdf/modelo_281123.pdf*

Por otra parte, por medio de la promoción de la comunicación efectiva, la COESAMED fomenta la comunicación efectiva entre los proveedores de atención médica y los pacientes al resaltar la importancia de una comunicación abierta, transparente y respetuosa en la resolución de disputas. Esto contribuye a fortalecer la relación médico-paciente y a promover una mayor participación del paciente en su propio cuidado de salud.

En este mismo sentido y mediante la educación sobre derechos y responsabilidades, la COESAMED desempeña un papel instructivo al informar a los pacientes sobre sus derechos y responsabilidades en el contexto de la atención médica. Esto incluye la difusión de información sobre el consentimiento informado, la confidencialidad de la información médica y otros derechos humanos relacionados con la atención médica.

La COESAMED, también contribuye a la promoción de la cultura de seguridad y calidad, ello al identificar y abordar problemas sistémicos y errores médicos. Lo que contribuye a mejorar la calidad de la atención médica y garantizar que se respeten los derechos humanos de los pacientes a recibir una atención segura y de calidad.

Por lo tanto, el papel que desempeña la Comisión Estatal de Arbitraje Médico de Nuevo León es fundamental, ya que contribuye al desarrollo de la *atención centrada en la persona* y al fomento de los derechos humanos en la atención médica a través del mecanismo para resolver conflictos, al promover la comunicación efectiva, al educar sobre derechos y responsabilidades, y al promover una cultura de seguridad y calidad en la atención médica. Todo ello aunado a sus servicios básicos y mediante la celebración de convenios con diferentes instituciones. Así mismo, ha impartido conferencias de capacitación al personal de la salud en hospitales tanto públicos como privados.

Ahora bien, derivado de las atenciones prestadas por este organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud del Estado de Nuevo León, se ha tenido a bien identificar las áreas de oportunidad, visualizando el sentido de las quejas más frecuentes, así como las especialidades más recurridas. Con esta información que se recaba a través del SAQMED (Sistema de Atención a la Queja Médica), se obtienen los datos para diseñar la estrategia

que permite dar respuesta con el propósito de elevar la calidad de la prestación del servicio médico, ello mediante la *atención centrada en la persona*, promoviendo el debido respeto a los derechos humanos.

Referencias

Arango, Rodolfo, "Derechos sociales. Un Mapa conceptual de los derechos sociales", *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 5.

Castellón, A. D., La atención centrada en la persona como eje de del modelo de salud, *Horizonte de Enfermería*, vol. 33, núm. 2, 2022.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, Observación general núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación, Programa sectorial de salud 2020-2024.

Diario Oficial de la Federación, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024, 1. Política y Gobierno, II Garantizar empleo, educación, salud y bienestar, diciembre 2019.

Díaz López, Rosa María, Jiménez López, J. Guadalupe, "La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), y la importancia de los derechos de los médicos ante la contingencia por COVID-19", *Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional,* vol. 37, 2020.

Dirección General de Derechos Humanos, *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Ciudad de México, SCJN, 2021.

Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *Porrúa*, 1983.

Martínez Rodríguez, Teresa, "La atención centrada en la persona en los servicios gerontológicos, Modelos de atención y

evaluación", *Fundación Pilares para la Autonomía Personal*, núm. 3, 2016.

Mezzich, J. E., "Educación médica centrada en la persona en el siglo xxi", *Diagnóstico*, vol. 58, núm. 1, 2019.

Organización de Naciones Unidas, Agenda 2030, Objetivos del desarrollo sostenible.

Organización Mundial de la Salud, Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York el del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Ruiz, Carlos-Enrique, "El concepto de los derechos sociales fundamentales", *Revista Aleph*, ed. 137, 2006.

Zermeño, F. J. G., Fernández, C. J. R., y Alegría, A. R., "Modelo Mexicano de Arbitraje Médico. Edición 2023", *Revista CONAMED*, vol. 28, núm. 4, 2023.

Zurita, Andoni Gutiérrez, "El derecho a la protección de la salud, un derecho transhumanizado", *Revista CONAMED*, vol. 13, núm. 4, 2008.

El derecho a la salud, su garantía y la política pública. Breves notas de doctrina y jurisprudencia

***

The right to health, its guarantee and public policy. Brief notes on doctrine and jurisprudence

Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra

Resumen: en este artículo pretendo exponer la posición del derecho a la salud como derecho fundamental y como derecho social desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

He elegido el derecho a la salud porque creo relevante advertir del cambio de paradigma que se ha producido por el azote de la pandemia evidenciándose, en muchos casos, que la política pública dispuesta para proporcionar protección de la salud estaba muy lejos de los mínimos aceptables en el marco de los derechos humanos.

El sometimiento de una política pública de salud (por su deficiencia o por su omisión) a la justicia constitucional en sede doméstica está más vigente hoy, más aún cuando las circunstancias límite han desfigurado al derecho y al programa constitucional de bienestar.

Abstract: in this article I intend to expose the position of the right to health as a fundamental right and as a social right from constitutional doctrine and jurisprudence.

I have chosen the right to health because I believe it is relevant to warn of the paradigm shift that has occurred due to the scourge of the pandemic, showing, in many cases, that the pu-

blic policy established to provide health protection was very far from the minimum acceptable in the human rights framework.

The submission of a public health policy (due to its deficiency or omission) to constitutional justice at the domestic level is more valid today, even more so when extreme circumstances have disfigured the right and the constitutional welfare program.

Palabras clave: derecho a la salud, política pública, jurisprudencia constitucional, derechos económicos sociales y culturales, Estado constitucional.

Key words: right to health, public policy, constitutional jurisprudence, economic, social and cultural rights, constitutional State.

Sumario: I. El derecho a la salud: concepción y posición en el sistema de los derechos humanos. II. El Estado constitucional ¿derechos fundamentales sociales o programas políticos esenciales? III. El reconocimiento constitucional y las sentencias que inciden en el establecimiento de una política pública adecuada a los estándares de concreción del derecho a la salud. IV. Conclusiones. Referencias.

I. El derecho a la salud: concepción y posición en el sistema de los derechos humanos

Lo que una persona aprecia respecto de su buena salud es considerar que su condición física, mental y espiritual están bien. Esta apreciación se verá sometida, entre otros condicionantes a, por ejemplo, los embates del tiempo, a la herencia genética, a los accidentes, al clima, al delito, y dependerá de la forma como nos interrelacionamos, nos apreciamos y cuidamos, desplegando efectos bidireccionales en nuestra relación con el medio ambiente, nuestra cultura y definitivamente con las condiciones de nuestro entorno económico y social.

La visión ideal de una buena salud está asociada al disfrute de un estado de bienestar integral, que supone, además de con-

cebirnos a partir de la autocomprensión —la mirada de uno y sobre uno mismo— apreciarnos con relación a la salud del otro, desterrando el estigma frente a la aflicción o inclusive aceptando la forma en que una comunidad se relaciona con la vida y con la muerte o con la propia concepción de enfermedad y el modo que se adopta para enfrentar las amenazas.[1]

En el documento de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se señala que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Se añade que "El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social".[2]

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos caminamos desde el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, y nos conducimos hasta la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que, en su artículo 12 profundiza en las obligaciones mínimas de los Estados respecto del derecho a la salud.

---

1 Hemos sido testigos de cómo es que se adoptaron diversos modos para enfrentar la pandemia del SARS-CoV-2. Los márgenes de maniobra de los Estados —por ejemplo, aislamiento absoluto, parcial o voluntario— se adoptarían teniendo en cuenta la capacidad de respuesta del sistema de salud para dar atención a los casos más graves en cada país o estado, estaría impregnada de retórica e ideología, las veleidades del control y de la libertad. En noviembre de 2022 se publica en la Revista *Nature* el artículo "A multinational delphi consensus to end the covid-19 public health threat", en el que 386 investigadores de 122 países presentan un documento de consenso con recomendaciones, que servirían para afrontar la amenaza del COVID y desaparecerla, reclamando a su vez la inacción o demora en la reacción de la OMS. Al momento de redactar este artículo se informa sobre los pobres avances, o el fracaso —hasta el momento— de las negociaciones para la adopción de un acuerdo para la prevención, preparación y respuesta a una pandemia; las reuniones con ese propósito se han reanudado este mes y hasta ahora hay un *draft* que se ha puesto a disposición por la OMS, *https://www.nature.com/articles/s41586-022-05398-2*

2 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Preámbulo, *https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf*

Se avanza notablemente con la Observación general 14 del 2000, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) cuando se señala que el derecho a la salud "debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud",[3] es

> [...] un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y acondiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva".[4]

Que contiene como elementos esenciales a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad "cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado estado parte".[5]

El sistema que se despliega a nivel internacional establece que las obligaciones de los estados se realizan y exigen teniendo en cuenta los recursos disponibles, de allí que se advierta que el pacto, en lo que se refiere al derecho a la salud, sería de aplicación progresiva; sin embargo se expresa, en la observación anotada *supra*, aquellas obligaciones que son de efecto inmediato: 1) la no discriminación y 2) la obligación de adoptar medidas deliberadas y concretas en aras de la realización del derecho.[6]

---

3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14, art. 9, *in fine*, *https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/2000/es/36991*

4 *Ibidem*, art. 11.

5 *Ibidem*, art. 12.

6 *Ibidem*, art. 30. Otras observaciones generales del CDESC que desarrollan los elementos del derecho a la salud son: Comité DESC, OG-No. 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 3 y 10; Comité DESC, OG-No. 4, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8; Comité DESC, OG-5, E/C.12/1994/13, 1994, párr. 34; Comité DESC, OG-6, E/1996/22, 8 de diciembre de 2015, párrs. 5 y 34; Comité DESC, OG-15, E/C.12/2002/11,

Como era de esperarse, el sistema universal ha trabajado en torno a lo que significa obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de recursos de que disponga" conforme se expone en el artículo 2.1 del PIDESC. Así el CDESC declara en el 2007 que evaluará en el examen a los Estados, entre otras consideraciones, las medidas adoptadas, los medios que se disponen, atendiendo al nivel de desarrollo del país, su situación económica, la urgencia de atención de otras necesidades, si existe participación de la comunidad y si sus decisiones son adoptadas de manera transparente.[7] En esta dirección se aprueba el Protocolo facultativo del PIDESC que dispone la competencia del CDESC para atender comunicaciones sobre vulneraciones a los derechos económicos sociales y culturales (DESC) y su evaluación y resolución de responsabilidad.

En la actualidad (mayo de 2024) solo 26 son Estados parte y 24 más son Estados signatarios (148 países no han desplegado ninguna acción).[8]

En el Sistema Interamericano se proclama el derecho a la salud en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad", y es vinculante y por tanto fuente de obligaciones internacionales respecto de los Estados que no han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin duda el sistema se fortalece a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero la con-

---

20 de enero de 2003, párrs. 3 y 8; Comité DESC, OG-16, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29; Comité DESC, OG-18, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; Comité DESC, OG-19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 13 y 14; Comité DESC, OG-20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 33.

7 *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *E/C.12/2007/1* del 21 de septiembre de 2007, *https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/e.c.12.2007.1_sp.pdf*

8 ONU, Optional Protocol to the Inernational Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *https://indicators.ohchr.org/*

cepción del derecho a la salud viene dado, ya en específico, y lejos de la generalidad expuesta en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,[9] en el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador-1988): "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

Es por esto que la Corte IDH en un inicio despliega su jurisprudencia en protección del derecho a la salud, pero de manera indirecta ya que, cuando aborda los casos, los asocia con la afectación al derecho a la vida o a la integridad física, entendiéndose la no justiciabilidad internacional directa de los DESC.

No obstante, luego se va generando una jurisprudencia que implica la aplicación directa del artículo 26 de la Convención y que resuelve declarar la responsabilidad del Estado por vulneración directa de un DESC y en especial el derecho a la salud.

El primer caso en el que se advierte la aplicación directa y judiciabilidad de los DESC es el caso *Lagos del Campo vs. Perú*[10] y en específico, para el derecho a la salud, es el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile,*[11] derivando la autonomía de dichos derechos desde la Carta de la OEA (arts. 34 y 45), la Declaración Americana y su integración para la interpretación (Opinión Consultiva

9 El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone o siguiente: "Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"

10 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párrs. 142 a 145, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf*

11 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf*

OC-10/89) y la propia Convención Americana. Así, la Corte IDH estima que:

> [...] la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.[12]

No escapa al más básico criterio de apreciación que en un entorno deshumanizado como el de la guerra o la devastación por catástrofes se produce un cambio radical del paradigma construido para abordar la definición y el contorno elemental de la concepción del derecho a la salud.

A lo dicho se agrega la condición de pobreza extrema que a muchos humanos afecta y que están lejos de contar con las condiciones necesarias para que se implante un estado de salud que provoque el desarrollo de la persona, sea física, mental y espiritualmente.

También lo es que ciertas comunidades, como por ejemplo las de aislamiento voluntario o las de contacto inicial, la trasmisión de enfermedades es una amenaza para su supervivencia y requiere un tratamiento especial de parte del Estado y la sociedad.

Vemos que la obsesiva búsqueda de definición que el derecho requiere se embriaga ante un cúmulo de componentes, condicionantes y factores. Al tratar de encontrar una definición nuclear, esta se hace esquiva, más aún si nos adentramos en concepciones que trascienden de la dimensión biológica o naturalista hacia lo social y lo cultural, es decir cuándo nos adentramos en la integralidad.

[12] *Ibidem*, párr. 1183.

Entonces ya no solo intentamos definir el contorno esencial del derecho a la salud, sino que debemos ver al derecho junto e indesligable a la protección que sobre este se despliega;

> [...] la distancia entre lo que estipula el derecho (la norma jurídica) y su ejercicio, está determinada en parte por lo que se conoce desde la filosofía del derecho como las condiciones de posibilidad, que pueden ser objetivas y subjetivas, y que aluden a aquellas condiciones que permiten que las personas ejerzan su derecho a la salud o a la protección de la salud en forma individual y colectiva.[13]

Es desde la cumbre de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados que se irradia la formación jurídica del derecho a la salud en los órdenes constitucionales internos. Para apreciar esta interrelación y ver cómo reacciona la jurisdicción constitucional respecto de las políticas públicas y la concreción de tal derecho es necesario echar una mirada a la positivación del derecho a la salud y cuál puede ser su posición en un Estado constitucional.

II. El Estado constitucional ¿derechos fundamentales sociales o programas políticos esenciales?

La conceptualización del Estado constitucional se aborda desde dos dimensiones: formal y material.

Un Estado se considera constitucional desde la perspectiva formal cuando su Constitución es reconocida como la norma jurídica suprema. Esto implica: *i)* procedimientos rígidos y límites para su reforma: la Constitución debe tener procedimientos claros y estrictos para su modificación; *ii)* división del poder: asignación clara de competencias esenciales a diferentes partes del gobierno; *iii)* sistema de control y límites: mecanismos para limitar y controlar el ejercicio del poder, y *iv)* derechos constitucionales garantizados: la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales deben ser garantizadas a través de la jurisdicción constitucional.

[13] Castro, Ana Rita, "La salud cosida con el derecho. Derecho fundamental y derecho humano, según la propuesta de Ferrajoli", *Jurídica Ibero. Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, año IV, núm. 8, México, enero-junio, 2020, p. 65.

Desde la dimensión material, la realización efectiva del Estado constitucional requiere que los preceptos y postulados de la Constitución estén integrados en el espacio y el tiempo jurídico y político de la comunidad.

Mientras la Constitución sea el trazo entre lo legítimo y lo ilegítimo, se podrá apreciar cómo se ha formado un compromiso social duradero, que es a su vez la expresión de una forma de convivencia plural. Esta convivencia supone sacrificios, concesiones y satisfacciones entre las partes que conforman el cuerpo social, convirtiendo a la Constitución en la base de una convivencia sustentada en la confianza recíproca.[14]

Mucho se ha investigado para explicar o descubrir cuáles son los factores constitutivos de la constitución material. Es importante prestar atención a estos factores, ya que la relación dinámica entre constitución formal y material en el espacio-tiempo permitirá apreciar los procesos jurídicos de reconocimiento de los derechos fundamentales, las obligaciones derivadas para la comunidad y el Estado, y la posibilidad de intervención de la jurisdicción constitucional. En estos aspectos encontraremos el mapa de la "fundamentalidad" y el campo de relación entre lo político y lo jurídico.

Goldoni y Wilkinson destacan cuatro factores que proporcionan la sustancia material y dinámica interna del proceso de ordenación constitucional: "la unidad política", "el conjunto de instituciones", "la red de relaciones sociales" y el "conjunto de objetivos políticos fundamentales".[15]

La aproximación mencionada es disruptiva respecto a la juridificación de la constitución, y revela un proceso que podría haber pasado desapercibido en las Américas: el reclamo del apego político de la constitución (constitucionalismo político). Esto destaca las limitaciones interpretativas de los jueces y desplaza

[14] Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Trotta, 2014, pp. 112-134.

[15] Goldini, M. y Wilkinson, M. A, "La constitución material", *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 187, enero-marzo 2020, p. 13, *https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.01*

la tarea interpretativa hacia las esferas del parlamento y del ejecutivo.[16]

Así, las tensiones y polémicas sobre si un derecho, un principio, una perspectiva integradora o la propia interpretación de los cánones constitucionales es de algún modo correcta u oportuna, a menudo son las que los "funcionarios" del poder estatal consideran apropiadas. En este contexto, Minkenen sostiene que, si observamos la Constitución desde el prisma de la teoría política, los enfrentamientos propiciados por las políticas gubernamentales que amenazan derechos o la constitucionalidad misma mediante reglas de excepción, o por un activismo judicial desbocado que pone en peligro el principio democrático, son propios del mundo del *polemos* y expresan la tensión dentro de la unidad en el marco de un conflicto abierto y dinámico.[17]

Es conocido que, dentro del ámbito del derecho constitucional, el desarrollo de la Constitución se produce, en primer y superior término, a través de la ley (no exclusivamente, pero si especialmente), y la validación de su aplicación está en manos de los jueces. Así, será a partir de la interpretación constitucional (judicial) que se determinará el ámbito de intervención de la jurisdicción en el proceso político, sin distorsionar el principio democrático y, en conjunto con el canon de corrección funcional, se establecerá cuán justiciable es la satisfacción de un DESC y, por ende, el derecho a la salud y su protección. Esto permitirá determinar si es posible cuestionar una política pública, ya sea por afectación o por omisión.

Con esto en mente, y con el ánimo de fomentar un debate, recurro a varios juristas del constitucionalismo que abordan la posición de los derechos sociales en la Constitución, cada uno desde su propio objeto de estudio.

Comienzo con la posición y análisis del profesor Klaus Stern y la posición de los DESC dentro del sistema de derechos funda-

16 *Ibidem*, p. 16.

17 Minkinnen, P., "Political constitutionalism vs. political constitutional theory: law, power and politics", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, Nueva York, julio de 2013, pp. 585-610, *https://doi.org/10.1093/icon/mot020*

mentales en un Estado constitucional. Claro es que Stern basa su enfoque en la ley fundamental de la República Federal de Alemania y que establece que los derechos fundamentales son de vigencia inmediata y no meros enunciados programáticos (art. 3.1 de la Ley Fundamental de Alemania),[18] lo que implica su reconocimiento como normas jurídicas objetivas y su implementación como derechos subjetivos. Esto incluye: 1. derechos de protección frente al Estado, como libertades individuales, igualdad jurídica y participación ciudadana (derechos reaccionales o negativos); y 2. derechos de pretensión y de protección, como el derecho al sufragio, tutela judicial, asilo, acceso a cargos públicos y nacionalidad (derechos positivos).[19]

Stern señala que, aunque se han creado y ampliado nuevos derechos después de las guerras, no se han previsto adecuadamente las protecciones sociales, económicas y culturales. Estos derechos son distintos de los clásicos y dependen más del legislador y del presupuesto, lo que puede generar conflictos con los derechos negativos.[20]

Al respecto Alberto Oehling de los Reyes, sobre Stern expresa que para el jurista alemán, los derechos sociales alcanzan nivel fundamental solo en lo que respecta a lo estipulado en los artículos 6.4, 6.5, 14.2 y el 1.1, limitándose a: la asistencia a las madres e hijos extramatrimoniales, el interés social y utilidad pública de la propiedad y la aseguración de un mínimo existencial con base al principio de dignidad, compartiendo tal posición con los derechos fundamentales reaccionales y de pretensión y protección señalados; los demás derechos que se mencionan carecen de rango constitucional fundamental y por una razón práctica: los derechos fundamentales nacen para ser efectivos inmediatamente y de modo

[18] Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, *https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf*

[19] Stern, Klaus, "El Sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, setiembre-diciembre 1988, pp. 263.-264, *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35268rcec01259.pdf*

[20] *Ibidem*, p. 264.

incondicional, mientras que los derechos sociales dependen muy estrechamente del desarrollo legislativo y del presupuesto, de allí que existe un primer nivel de fundamentalidad, y lo demás está en el nivel de lo programático y disponible a la acción política.[21]

Robert Alexy, propone un modelo de derechos fundamentales sociales de mínimos y ponderación: por un lado está el principio de libertad fáctica y por el otro los "principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de división de poderes".[22] En mi concepto la pieza principal de la fundamentación del Profesor de la Universidad Christian-Albrechts, es su aproximación respecto de la libertad fáctica que implica que el ser humano aprecia la importancia de no tener que vivir en circunstancias extremadamente deficitarias para su existencia; y esta situación será más importante que superar el déficit de las libertades jurídicas, pues estas últimas serán fórmulas vacías; a ello se agrega que en tanto los derechos fundamentales tiene como objetivo el desarrollo libre de la persona humana, estos deben de asegurar los presupuestos que permita a la persona actuar realmente.[23]

La cuestión entonces se centrará en si los derechos fundamentales sociales son vinculantes y, de ser así, cuál es su contenido y si es posible determinarlo, de allí se elabora la posibilidad de la judicialización. Un ejemplo que se trae a colación es la sentencia sobre la pensión de orfandad emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1975[24] en donde se desarrolla la cláusula del Estado social y el aseguramiento de las condiciones mínimas de existencia humana acorde con la dignidad. Esta jurisprudencia luego es desarrollada con mayor amplitud en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 9 de febrero de 2010.[25]

---

21 Stern, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 26 y 27.

22 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 494.

23 *Ibidem*, pp. 488-489.

24 BVerfGE 40, 121, *https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html*

25 Tenorio Sánchez, Pedro J., *El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*, pp. 157 y ss., *https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/282/444*

Es oportuno entrar en el tema, desde otra posición. Lo hacemos a través de Ferrajoli. Para el maestro florentino, el positivismo garantista tiene su sello en los patrones que la constitución implanta hacia la producción normativa. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos sean estos de prestación o de protección, es decir son la expectativa positiva o negativa que se adscribe a un sujeto a través de una norma jurídica.[26]

El aporte transformador de Ferrajoli, y que nos sirve para el presente artículo, se encuentra en la distinción que realiza sobre derechos y garantías.

Un derecho que se recoge en la constitución no deja de ser uno fundamental porque no tenga una garantía expresa asociada a su eficacia.

> La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales adecuadas o positivas adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad.[27]

Desde una postura integracionista de los derechos fundamentales de sus contenidos Zagrevelsky con una llamada a Bobbio señala que "existe una línea continua que vincula entre si a todos los derechos, como quiera que se les califique (derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales). No hay violación de algunos de ellos que no se refleje en todos los demás".[28]

La dificultad, añade el jurista, está en el control y sus efectos, ello pues el juez constitucional que enfrenta una deficiencia o un vacío producido por el legislador, respecto del cual se le demanda acciones positivas y no solamente deberes de abstención,

---

[26] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

[27] *Ibidem*, p. 63.

[28] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, cita a Bobbio "una persona instruida es más libre que una inculta; una persona con trabajo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma", p. 234.

adopta una cobertura del vacío por la inconstitucionalidad (sentencias en su parte aditivas). En estos casos, la sentencia judicial será inamovible en la parte que expulsa la norma por inconstitucional (cosa juzgada constitucional), sin embargo, la parte de la sentencia que introduce una norma en sustitución de la que ha sido expulsada, se da dentro de una gama de posibilidades para cubrir el vacío y por tanto esta parte de la decisión, es una que está en el nivel de la ley y por tanto podrá ser modificada o sustituida por el legislador.[29]

Otra mirada es la que desarrolla Francisco J. Bastida, haciendo explicación de la Constitución española, que en su artículo 43.1 se reconoce el derecho a la protección de la salud, aun cuando sea claro que es fundamental que se garantice la protección a la salud, este no es un derecho fundamental pues la propia constitución no lo sitúa en dicha posición y además deja en total manos del legislador desarrollar su configuración jurídica, por lo que solo podrá "alegarse ese derecho en los términos dispuestos en la ley".[30]

En línea opuesta se plantea que todas las objeciones, incluyendo la no judiciabilidad de los DESC, se basan en profundos prejuicios y de un discurso que se asume como cierto: la "supuesta factibilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales", y que para los DESC siempre se requiere la intervención del legislador, aun cuando los demás derechos fundamentales siempre han requerido la intervención del legislador (la legislación civil, penal, procesal, electoral). Esta postura desarrollada por Liborio L. Hierro[31] profundiza además en el análisis que Alexy despliega respecto de los DESC y las aparen-

[29] *Ibidem*, pp. 236 y 237.

[30] Bastida J., Francisco, "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos", en Robert Alexy *et al*., *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 144, *https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_%20SOCIALES_Y_%20PONDERACION.pdf*

[31] Hierro L. Liborio, "Los Derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en Robert Alexy *et al., op. cit*., pp. 196 y ss.

tes aporías: no-definitividad, no gratuidad y no justiciabilidad y añade además una reflexión oportuna respecto de la necesidad de la ponderación para no dejar totalmente en manos del legislador a los DESC recurriendo a la concepción de "derechos fundamentales sociales mínimos", "es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica" de modo que es posible la judicialidad si se está por debajo de los mínimos.[32]

No podemos dejar de aproximarnos a aquellos juristas que en el camino para justificar la judiciabilidad y por lo tanto vinculatoriedad de los DESC, se acerquen a la "exigibilidad indirecta" es decir buscando su relación con otros derechos que tengan garantías directas y positividades en la constitución: se usa como "estrategia" de exigibilidad indirecta a la "invocación del principio de igualdad, el debido proceso, la vinculación con otros derechos civiles o políticos. Estas posiciones han sido recogidas por Abramovich y Courtis, por Luis Prieto y se ventilan en las sentencias aditivas de algunos tribunales constitucionales.[33]

Hemos recorrido brevemente la aproximación a la apreciación de la judicialización de las pretensiones que requieren acciones positivas del Estado en materia de los DESC, y el asunto no es pacífico. Pero la jurisdicción constitucional está señalada cierta ruta que permite avizorar la eficacia del derecho a la Salud en escenarios que pueden provocar la modificación o adopción de una política pública más adecuada a su concreción. Veamos algunos ejemplos, en especial en el caso de Perú.

---

32 *Ibidem*, p. 214.

33 Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel, "Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 79, 2017, pp. 277 y 278, *https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.011*

III. El reconocimiento constitucional y las sentencias que inciden en el establecimiento de una política pública adecuada a los estándares de concreción del derecho a la Salud

En Iberoamérica muchos países han reconocido en su texto constitucional el derecho a la protección de la salud de manera autónoma, otros además han incluido el derecho al acceso a un sistema de seguridad social que engloba a las prestaciones de salud.

Voy a compartir algunas sentencias que han trazado el camino a recorrer frente a la omisión o ineficacia de una política pública advertida por los jueces constitucionales respecto al derecho a la salud.

Un caso paradigmático se produce en Perú y gira en torno a la dotación de retrovirales para el VIH/SIDA y que no permitía que el demandante acceda a dichos medicamentos. Ante esta alegación de concreción del derecho a la salud del demandante, el Estado argumentó que "[...] el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto".[34]

El Tribunal Constitucional advirtió que "El derecho a la salud [...] comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido".[35] Pero además se adentra en el escabroso asunto del carácter programático de los DESC y zanja el asunto en la posición de la necesidad de su mínima satisfacción por lo que establece que "La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales".[36]

---

[34] Sentencia de Amparo 0206-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, Sala primera, Lima, 5 de octubre de 2004, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf*

[35] *Ibidem*, fundamento 27.

[36] *Ibidem*, fundamento 32.

En otro caso una "cuidadora" y curadora, y además madre de una paciente con diagnóstico de enfermedad mental, pide a la justicia constitucional que se deje sin efecto el alta que implica la salida de su hija del hospital, ello pues le resulta imposible asumir los requerimientos y cuidados que su hija necesita. En esta sentencia el Tribunal Constitucional integra en su decisión todos los instrumentos de los derechos humanos relativos a los DESC, además analiza la política del estado peruano respecto de la salud mental. De manera expresa deplora la inacción y omisión del legislativo para aprobar las normas de rango de ley sobre salud mental que en ese momento no existían, profundiza en la secuela de la violencia política que sufrió el país, las calamidades por terremotos, entre otros impactos que afectan a la salud mental, alerta sobre el escaso presupuesto asignado a la protección de la salud mental, señalando además que Perú estaba incumpliendo sus compromisos internacionales. En el caso concreto, el Tribunal, aun cuando conoció por la participación de expertos en psiquiatría de la tendencia a la desinstitucionalización, también apreció dichos informes (*amicus curiae*) que señalaron que la salida de la beneficiaria y la descontinuación inminente del tratamiento provocaría una reagudización severísima de su padecimiento.[37]

Otro momento trascendente para la jurisprudencia peruana se produce cuando se interpone un *hábeas corpus*, en el que se vincula el derecho a la salud con la libertad personal. El caso provoca que el Tribunal Constitucional señale expresamente que los derechos sociales gozan del carácter de exigibilidad directa, más aún si tal derecho está en consonancia con el derecho a la libertad individual. En este sentido compone nuevamente los criterios de exigibilidad, siendo estos: la gravedad y razonabilidad del caso, la vinculación del caso con otros derechos fundamentales, la disponibilidad presupuestal, siendo este último cedente frente a la amenaza a la vida.

La demanda, que se presenta en favor de diversas personas que se encontraban en un hospital psiquiátrico sin su consentimiento y lejos de la circunstancia precedente de la emergen-

[37] *Ibidem*, fundamentos 1 y ss.

cia fue un hito importante pues aun cuando elabora una serie de argumentos de protección del presupuesto y de derivación programática, se llama la atención de la deficiente política pública y destino del presupuesto que se ejecuta de modo tal que no se brindan espacios para el tratamiento adecuado de las adicciones y que persigan la progresión favorable de los pacientes.

En Colombia el desarrollo de la jurisprudencia sobre la judiciabilidad de los DESC es notable, y será su Corte Constitucional la que definirá un antes y un después de la política pública en salud del país a través de la sentencia T-760/08. Para el propósito de este artículo me permito tomar de tal sentencia el marco que la Corte establece que "[...] la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados".[38]

La jurisprudencia adoptada provocó cambios importantes en la legislación colombiana en materia de adopción de políticas públicas de Salud, como la Ley Estatutaria 1751 de 2015.[39]

En Ecuador, la Corte Constitucional reconoce el derecho fundamental al acceso a los medicamentos y ordena la adecuación de la política pública atendiendo al artículo 85 de su Constitución Política, estableciendo plazos para ello y un monitoreo de la implementación de su sentencia, asimismo dicta los precedentes de obligatorio cumplimiento dirigidos a los jueces para una adecuada protección jurisdiccional del derecho a la salud y el acceso a los medicamentos.[40]

---

38 Acción de Tutela, Corte Constitucional de Colombia, Segunda Sala de Revisión, 31 de julio de 2008, considerando 3.3.10 y ss., *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm*

39 Ley Estatutaria No. 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula l derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, Congreso de Colombia, *https://www.dssa.gov.co/index.php/descargas/1496-ley-1751-de-2015-estatutaria/file*

40 Acción de Protección, Sentencia 679-18-JP/20, Corte Constitucional de Ecuador, Pleno, 5 de agosto de 2020, *https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-679-18-jp-20-y-acumulados/*

En México, que tiene una jurisprudencia que va a desarrollando cuales son los puntos de ejecutabilidad inmediata y otros que pueden ser parte del programa de salud, la Corte Suprema dicta la sentencia 82/2022, en un caso en el que se suspende el otorgamiento gratuito de un medicamento esencial para seguir su tratamiento por falta de abastecimiento. El paciente tuvo que recurrir al mercado privado y con el riesgo de no poder seguir solventando el costo del medicamento esencial para su salud. La Corte dictaminó que se vulneró el derecho humano a la salud por el retraso en la entrega del medicamento (disponibilidad) y además por realizar los esfuerzos para solucionar tal omisión, y ordena además de la entrega inmediata y continuidad de su abastecimiento el reembolso de los gastos en los que incurrió el paciente y reclamante del amparo.[41]

En Perú, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional ha debatido un caso en que el amparista pide a la justicia constitucional la provisión de unos medicamentos específicos para el tratamiento de una dolencia degenerativa. En dicha sentencia se evidencia el debate del alcance de las decisiones del alto tribunal y sus efectos en el presupuesto de la república y se manifiestan en los fundamentos singulares que se plantean en el caso, que finalmente opta en mayoría porque se declare fundada la demanda y se ordene la entrega de un medicamento especial para el tratamiento que se solicita, recorriendo la forma como las autoridades han evaluado o no el asunto de su eficacia especifica. Valga anotar que, en dicha sentencia, en línea de principio se señala que:

> Los derechos sociales fundamentales, en tanto posiciones jurídicas subjetivas a acciones positivas por parte del Estado, representan obligaciones concretas para este respecto a sus titulares. En ese sentido, la problemática acerca de los derechos sociales fundamentales no gira en torno a si estos son derechos fundamentales vinculantes, sino respecto a la forma en que han de ser cumplidos por el Estado.[42]

---

41 Amparo en Revisión 82/2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 12 de abril de 2023, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-03/AR-82-2022-29032023.pdf*

42 Proceso de amparo, Sentencia 589/2023, Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda, 24 de mayo de 2023, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01503-2022-AA.pdf*

IV. Conclusiones

La doctrina aún hace distinciones entre los derechos individuales y políticos y los DESC, inclusive en aquellos casos en los que se reconoce su judiciabilidad.

Hay una tendencia a la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas cuando se trata de afectaciones al principio de dignidad y los DESC, advirtiéndose un control jurisdiccional de mínimos.

La impronta e influencia del sistema de protección de los derechos humanos tiene una especial relevancia al momento de apreciar las afectaciones que se pueden producir en sede doméstica respecto de las políticas públicas y su aterrizaje en casos concretos.

Referencias

Acción de Protección, Sentencia 679-18-JP/20, Corte Constitucional de Ecuador, Pleno, 5 de agosto de 2020.

Amparo en Revisión 82/2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 12 de abril de 2023.

Acción de Tutela, Corte Constitucional de Colombia, Segunda Sala de Revisión, 31 de julio de 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bastida J., Francisco, "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos", en Robert Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Castro, Ana Rita, "La salud cosida con el derecho. Derecho fundamental y derecho humano, según la propuesta de Ferrajoli", *Jurídica Ibero. Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, año IV, núm. 8, México, enero-junio, 2020.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *E/C.12/2007/1* del 21 de septiembre de 2007.

Ley Estatutaria No. 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula l derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, Congreso de Colombia.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

Goldini, M. y Wilkinson, M. A, "La constitución material", *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 187, enero-marzo 2020.

Hierro L. Liborio, "Los Derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en Robert Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Minkinnen, P., "Political constitutionalism vs. political constitutional theory: law, power and politics", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, Nueva York, julio de 2013.

Organización Mundial de la Salud (OMS), Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Optional Protocol to the Inernational Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel, "Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 79, 2017.

Proceso de amparo, Sentencia 589/2023, Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda, 24 de mayo de 2023.

Sentencia de Amparo 0206-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, Sala primera, Lima, 5 de octubre de 2004.

Stern, Klaus, "El Sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, setiembre-diciembre 1988.

Stern, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009.

Tenorio Sánchez, Pedro J., *El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Trotta, 2014.

La Constitución peruana y el derecho social a la salud

***

The peruvian Constitution and the social right to health

Víctor García Toma[*]

Resumen: el tema del derecho social a la salud comprende a una etapa del desarrollo del proceso de transformación del Estado legal de derecho al Estado democrático y social de derecho. Así, a través de su reconocimiento y despliegue se intenta resolver el problema de la igualdad y el aseguramiento del libre desarrollo de la personalidad.

La Constitución peruana de 1993, tributaria en esta materia de su antecesora (Constitución 1979) aborda el tema de manera precisa. Más, sin embargo, le ha correspondido al Tribunal Constitucional abrir las puertas a la esperanza ciudadana, que se avance en su verificación práctica; ello sin mengua del desafío presupuestal y organizativo que ello conlleva.

Abstract: the issue of the social right to health includes a stage in the development of the transformation process from the legal State of law to the democratic and social State of law. Thus, through its recognition and deployment, an attempt is made to

* Profesor de la Escuela de Posgrado, en materia constitucional, de la Universidad San Martín de Porres. Expresidente del Tribunal Constitucional, ex ministro de Justicia, past presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Actual representante permanente de Perú ante Naciones Unidas.

solve the problem of equality and ensure the free development of personality.

The Peruvian Constitution of 1993 –tributary in this matter of its predecessor (Constitution 1979)– addresses the issue precisely. However, it has been up to the Constitutional Court to open the doors to citizen hope, to advance its practical verification; this without diminishing the budgetary and organizational challenge that this entails.

Sumario: I. Introducción. II. La Constitución peruana y la salud. Referencias.

I. Introducción

Los derechos sociales expresan la calidad de todos aquellos atributos que permiten resolver de un lado, la denominada cuestión social; y, del otro, garantizar una vida digna y con posibilidad real de desarrollo personal. Por ende, se sustentan en la armonización de la justicia, la libertad y la igualdad de oportunidades.

Se denominan *derechos sociales* a aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales; o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana. Por ende, se adscriben a la idea de un conjunto de necesidades *indispensables* de satisfacción. De allí que su resguardo y promoción más que establecer la abstención del Estado en las relaciones económicas, sociales y culturales le plantea el requerimiento de una acción positiva.

El Tribunal Constitucional en el caso *Basilio Paucar Romero* (exp. núm. 01417-2005-AA/TC), ha declarado que

> [...] son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por este. Sin embargo, su reconocimiento no es suficiente para dotarlos de *eficacia plena*, pues su vinculación jurídica solo queda configurada a partir de su regulación legal, lo que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución man-

tienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que en la ley se convierten en un modelo jurídico aprobatorio de un derecho social.

Rubio Correa Marcial expone que se trata de "reglas dictadas por el Estado para asegurar ciertas condiciones de los seres humanos de una sociedad entre sí; y de prestaciones que el Estado regula y en algunos casos presta directamente a las personas, generalmente cuando están en incapacidad de proveérselas por sí mismas".[1]

Estas hacen referencia sustancialmente al acceso a la educación, salud, seguridad social y condiciones materiales de vida (vivienda, vestido, alimentación, etc.).

Blancas Bustamante Carlos consigna que su constitucionalización ha sido determinante para la transformación de los fines y funciones del Estado. Así, de la inspiración liberal se ha abierto paso al Estado Social.[2]

En efecto, su inserción en los textos constitucionales ha promovido el salto cualitativo de la igualdad ante la ley a la igualdad de oportunidades; de la visión del individuo libre a los individuos coexistencialmente libres, solidarios y con derecho a la protección social y bienestar básico.

La plasmación de las ideas de igualdad y libertad demandan que el cuerpo estadual actúe positivamente; procure y despliegue acciones en el ámbito social y económico, para eliminar los obstáculos que impiden que dichos derechos se ejerzan materialmente.

Ahora bien, la plasmación de dichos derechos requiere del cumplimiento plural de deberes por parte del propio individuo, el Estado y la ciudadanía en su conjunto.

---

1 Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, t. II, p.9.

2 Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relaciones de trabajo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 20.

En primer lugar, cada persona tiene la responsabilidad de asegurarse para sí y su familia los medios necesarios para vivir dignamente; así como crear las condiciones domésticas para el ejercicio mancomunado de la libertad y la igualdad de oportunidades.

En segundo lugar, el Estado tiene la responsabilidad de integrar la deficiente satisfacción de las necesidades básicas de las personas mediante acciones prestacionales, así como crear las condiciones generales para el ejercicio mancomunado de la libertad y la igualdad de oportunidades.

En tercer lugar, la ciudadanía *in genere* debe asumir la condición de contribuyente social como expresión de un deber de solidaridad; como tal coparticipa residualmente con el Estado, en el auxilio de la satisfacción de las necesidades básicas de aquel o aquellos que se encuentran en situación de desventaja.

El Tribunal Constitucional en el caso *José Correa Condori* (exp. núm. 02016-2004-HA/TC), ha señalado que "en una sociedad democrática y justa, la responsabilidad de la atención a los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos".

Los derechos sociales están en gran medida condicionados a ciertos supuestos de orden político, jurídico o económico.

Al respecto, la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que "las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos se aplican progresivamente".

Cabe señalar, que la materialización específica de cada uno de los derechos sociales, es disímil, ya que en algunos casos su exigibilidad es inmediata; en tanto que otros quedan sujetos a la existencia de determinadas condiciones económicas; empero, ello no es óbice para demandar al Estado su "mínima satisfacción".

Por ende, las normas fundamentales con dicho contenido pueden ser observadas doctrinariamente de las maneras siguientes:

1.1. Normas programáticas o de principio

Estas son aquellas que se encuentran "atadas" para alcanzar eficacia jurídica, al cumplimiento de ciertas exigencias que puedan presentarse alternativa o acumulativamente, según sea el tipo de derecho que enuncian. Ergo, en primera instancia no contienen de manera precisa el modo de su realización jurídica.

Estas exigencias pueden consistir en la dación a través del legislador ordinario de una ley reglamentaria; en la existencia de determinados niveles de desarrollo socioeconómico; o en la conjunción de ambos requisitos.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Caja de Previsión Nacional*, Seccional de Choro (exp. SU-111/97], ha señalado que en este tipo de normas "la individualización de los derechos [...] no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado".

En aquellas circunstancias en que las normas programáticas o de principio no puedan alcanzar plena eficacia jurídica, ya sea por la no satisfacción del requisito legal o la inexistencia de las condiciones materiales, estas cumplen cuatro tareas de suma importancia, a saber:

- Informan la acción normativa del Estado; esto es, sirven para condicionar las políticas legislativas y hasta la impulsión política de un determinado tipo de materias legislables.
- Informan la elaboración y aplicación de los planes de gobierno y específicamente el diseño y ejecución de determinadas políticas sectoriales. Estas predeterminan la planificación y acción gubernativa.
- Devienen en parámetro de validez constitucional y de interpretación conforme a la Constitución.
- Devienen en fuente de inspiración en la labor integradora de los órganos jurisdiccionales.

En suma, los derechos programáticos o de principio postulan una obligación política a cargo del Estado; la cual en su momento debe derivar en una regulación normativa concretizadora; y con ello deviene en el futuro, en un derecho subjetivo pasible

de tutela jurisdiccional. Tal como dispone la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, están sujetos al principio de progresividad; lo cual implica la responsabilidad estatal de acreditar el incremento constante y sostenido de las políticas públicas.

Ahora bien, tal como planteó el Tribunal Constitucional en el caso *Alhelí Azanca Meza García* (exp. núm. 02945-2003-AA/TC), este derecho programático requiere de una "*mínima satisfacción*", pues representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Ello en el marco de una visión que busca asegurar la vigencia de la Constitución y los principios que consagra.

1.2. Normas expresivas de garantías institucionales

Estas son aquellas que plantean una exigencia constitucional dirigida al Estado, a efectos que cumpla deberes positivos de protección cualificada a determinadas instituciones jurídicas o sociales.

Mediante estos preceptos que ofrecen salvaguardas de su naturaleza o finalidad, se consolida la eficacia de un complejo normativo sistematizado; ello implica rebasar la mera protección abstracta o la simple prohibición, para ascender a la exigencia de una determinada conducta estatal, en cuanto al aseguramiento concreto y tangible de los valores, principios y finalidades coexistenciales contenidas en dicho complejo normativo. Tal el caso de instituciones como la familia, el matrimonio, la educación, la autonomía universitaria, etcétera.

En puridad, el legislador estatal en sentido lato se encuentra obligado a reglamentar una institución jurídica o social, con respeto a sus elementos constitutivos o contenido esencial, sin suposiciones, desfiguraciones, variantes de contenido o alteraciones de identidad, ya sea desconociendo su naturaleza o finalidad.

Por sus características son factibles socialmente de goce inmediato en un grado intermedio y hasta avanzado.

1.3. Normas prestacionales con determinación de facultades subjetivas

Estas son aquellas que exigen la acción positiva del Estado; vale decir, obligan a dar o hacer algo.

A nuestro entender, las prestaciones sociales deben ser concebidas como actividades obligacionales que la Constitución impone al cuerpo estadual, en el marco del Estado democrático y social de derecho.

En ese contexto, se trata de normas que regulan la actividad prestacional ya sea organizando o formalizando los procedimientos destinados al ejercicio de facultades de naturaleza social, económica o cultural. De otro lado, garantizan la protección fáctica en beneficio del titular de un derecho de la naturaleza antes descrita.

Por sus características son factibles socialmente de goce inmediato en un grado intermedio y hasta avanzado.

Al respecto, son citables la libertad de enseñanza, la gratuidad de la enseñanza en las instituciones del Estado, la libertad sindical, la negociación colectiva, etcétera.

Tal como lo hemos expuesto, en aquellos casos que las normas programáticas e inclusive las que establecen garantías institucionales no generen en sí un derecho subjetivo y, que, por ende, no sean en principio objeto de tutela jurisdiccional; ello no obsta a que en situaciones extremas se admita su concretización a través de una sentencia constitucional.

Dicha concretización en un derecho subjetivo aparece en las circunstancias siguientes:

- Acreditación de una situación fáctica que pone en peligro la vida, la integridad física y psíquica o el libre desarrollo de la personalidad.
- Acreditación de un descuido o inactividad estatal en la política prestacional.
- Acreditación del rebajamiento o desactivación de ciertas actividades estatales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso *Alhelí Azanca Meza García*, ha señalado que el derecho programático a la salud deviene en un derecho subjetivo protegible por la vía del amparo, cuando de la situación fáctica aparezca el peligro real e inminente de afectación del derecho a la vida, a la integridad o al libre desarrollo de la personalidad.

Es de verse que la accionante interpuso en proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, a efectos que no se le siga negando atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA.

El supremo colegiado declaró fundada la demanda y ordenó que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirá tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud; lo cual incluía la provisión de medicamentos, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo responsabilidad.

Asimismo, en el caso *Juan Islas Trinidad* (exp. núm. 01429-2002-HC/TC), ha consignado que, si bien el derecho a la salud no tiene en principio una connotación de derecho subjetivo, deviene en condición necesaria para el ejercicio al derecho a la vida; por ende, en determinadas circunstancias importa que esta sea objeto de una tutela mínima.

Es de verse que el accionante interpuso un proceso de *habeas corpus* contra el Ministerio de Justicia, entre otras consideraciones, a efectos que la administración penitenciaria provea lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud de los internos de los centros de readaptación social.

Finalmente, cabe señalar que en términos generales este tipo de normas es solo asignable a la persona natural; salvo los casos excepcionales como los derechos colectivos ejercitables a través de la organización sindical. En esa misma medida el sujeto pasivo de estas es en principio el Estado; excepto en situaciones residuales como la prevista en la parte *in fine* del artículo 14 de la Constitución en donde se señala que "Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural".

II. La Constitución Peruana y la Salud

Constitución Política de 1993

Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Artículo 7A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

Artículo 8.- El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales.

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

[...]

2.1. El derecho a la salud

La salud puede ser entendida como el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; lo cual es imprescindible para garantizar la calidad de vida.

Comprende la facultad que tiene toda persona de conservar un estado de normalidad orgánico funcional integral, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Implica el funcionamiento óptimo y armónico de los componentes complementarios físico-psicológicos del ser humano.

En suma, alude al estado de completo bienestar físico, mental y social.

El derecho a la salud, de alguna manera implica una condición para el cabal goce de otros derechos fundamentales.

Al respecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla expresamente el derecho a la salud; empero, en atención a que su desestimación compromete derechos esenciales como la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, este deviene en fundamental. Por ende, tiene una inescindible conexión con los artículos 1 y 2 inciso 1 de la Constitución, lo que le permite adquirir dicha condición y calidad.

Los aspectos de *condición y calidad* resultan indispensables para el desarrollo de la persona humana y un medio indispensable para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

El Tribunal Constitucional en los casos *Miguel Morales Denegri* y *Andrea Dongo Coronado* (exps. núms. 05842-2006-PHC/TC y 02034-2009-PA/TC), ha precisado que la salud debe ser considerada como un "derecho autónomo, aunque muy ligado a otros derechos y bienes que le dan contenido y permiten la mejor protección de la persona, a partir de una interpretación correcta y completa de la Constitución".

La calidad de autónoma abre la posibilidad que eventualmente pueda ser objeto de una tutela independiente.

En esa perspectiva adquiere el triple carácter de relacional, prestacional y programático.

El derecho a la salud es *relacional* porque conecta las políticas públicas con los comportamientos comunitarios. De allí que tanto el Estado como la sociedad se encuentren engarzados en el cuidado de la calidad del aire, del agua, la sanidad, etcétera.

El derecho a la salud es *prestacional* ya que obliga al Estado e incidentalmente a las entidades privadas o mixtas, a adoptar las medidas necesarias para que, bajo los principios de continuidad, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, se verifique su realización social en la praxis.

Así, en el caso *Alhelí Azanca Meza García*, reconoce que su *dimensión prestacional* exige un mínimo de actuación estatal a través de establecimientos de servicios públicos; ello sin mengua de aquella que puede obtenerse a través de entidades privadas o mixtas.

Dicho derecho comprende el cuidado de la salud personal y el acceso a condiciones mínimas de salubridad. Por ende, no solo abarca la responsabilidad de una atención oportuna y apropiada, sino el acceso a servicios y condiciones básicas (agua potable, ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, etc.).

El derecho a la salud es *programático*, en razón a que su satisfacción requiere de acciones positivas y con carácter progresivo, en función de las posibilidades del Estado y con vocación de equidad.

El Tribunal Constitucional en el caso *César Ramírez Polanco* (exp. núm. 01711-2005-PHC/TC), ha consignado que:

> [...] el derecho a la salud deviene en uno de primer orden cuya prestación y tutela es una de las obligaciones primarias que todo Estado debe implementar [...]. Comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánico funcional tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acción cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, promoviendo mediante políticas, planes y programas su correcto funcionamiento; y generando acciones positivas por parte de los poderes públicos o por quienes a su nombre lo representan.

La Defensoría del Pueblo expone que la actuación del Estado presenta dos orientaciones:[3]

La *primera* plantea la abstención de elaboración de planes o políticas que atenten o afecten la salud de las personas.

La *segunda* plantea las obligaciones a desplegar en el marco de la sociedad.

El referido derecho comprende el cuidado de la salud personal, el derecho al acceso a condiciones mínimas de salubridad y condiciones ambientales y ocupacionales saludables. En ese contexto, el acceso al agua potable, la dieta nutritiva, la vivienda,

[3] Defensoría del Pueblo, *El derecho a la salud y a la seguridad social*, Informe Defensorial núm. 87m, Lima, 2005. p. 40.

la protección del ambiente, la tranquilidad vecinal, etc., resultan componentes importantes para la afirmación de dicho derecho.

Dicho derecho involucra el acceso a una gama de facilidades, bienes y servicios, para que sus titulares vivan en estado pleno de salud.

En esa orientación, el Tribunal Constitucional en el caso *Alhelí Azanca Meza García* ha señalado que "comprende la facultad de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como mental".

Es evidente que la salud es una condición indispensable para el desarrollo personal y familiar y es un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Más aún, tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos.

El Tribunal Constitucional estima que el derecho a la salud ofrece una doble dimensión. Así, en el caso *Matilde Villafuerte Vda. de Medina* (exp. núm. 02480-2008-PA/TC), le reconoce una *dimensión subjetiva* o de libertad al declarar que se trata de la facultad inherente a todo ser humano de *conservar* un estado de normalidad orgánico-funcional, *prevenir* una situación de perturbación de dicho estado y de *restitución* de su normalidad orgánico-funcional tras sufrir un deterioro o afectación de la misma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso *Sergio Sotomayor Roggero* (exp. núm. 01711-2004-PA/TC), ha estimado que "los servicios de salud [...] cobran vital importancia en una sociedad, pues su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentra en juego la vida y la integridad de los pacientes".

La salud es un asunto de interés público. Por ende, el Estado tiene responsabilidades muy concretas en el ámbito de la organización de su prestación y promoción.

El Tribunal Constitucional en el caso *Carlos González La Torre* (exp. núm. 03425-2010-HC/TC), ha expuesto que el Estado tiene la responsabilidad de "efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, a fin de que las personas disfru-

ten del más alto nivel de bienestar físico y material, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la protección del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido".

La salud pública es de competencia originaria por parte del Estado; la atinente a la de carácter individual es de responsabilidad compartida entre el individuo, la sociedad y el Estado.

La salud pública guarda relación con la lucha contra las enfermedades infecciosas y parasitarias; las enfermedades transmisibles por insectos (paludismo); la falta de higiene; la malnutrición; la educación sanitaria; etcétera.

En ese contexto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en el caso *Sedapal/Cosapi* (exp. núm. 02064-2004-AA/TC), ha declarado que el derecho a la salud comprende además de lo referido, el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna en condiciones de higiene ambiental, lo que se logra proporcionando a los individuos educación y condiciones sanitarias básicas.

Es dable señalar que la Organización Mundial de la Salud aprobó entre el 6 y el 12 de setiembre de 1978 en Kazajistán, la Declaración de Alma Ata (*Pan-American Health Organization*), la concepción de que la asistencia médica permanente consiste en promover la salud a partir de las necesidades elementales de la población, la mejora de las condiciones de vida e higiene, el desarrollo de la construcción, etcétera.

A la luz de las concepciones más modernas para alcanzar dicho estado, el tema de la salud debe ser abordado en tres perspectivas, a saber:

- La salud de cada persona en particular.
- La salud dentro de un contexto familiar.
- La salud dentro de un contexto comunitario.

Estas tres perspectivas no se presentan aisladas, sino que se conectan de manera concordante, paralela y concomitante.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 11 de la Constitución, se establecen como derechos genéricos en los campos de la salud y la seguridad social, los siguientes:

a) *Derecho al establecimiento de políticas y medidas públicas en pro de la protección de la salud*, ello indica el atributo personal de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene la facultad de que se le aseguren medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permitan los recursos públicos y la comunidad.

La conservación y restablecimiento de la salud conlleva al acceso y goce de las prestaciones de salud.

Es evidente que la protección de la salud tiene un correlato inescindible con la satisfacción de las más elementales necesidades básicas; que por tales constituyen el *mínimum* razonable para la existencia y coexistencia social.

En buena medida, la existencia de una política social que incluye la salud pública, la prestación de servicios sociales y de salud, la educación sanitaria, la educación física y la práctica de los deportes, contribuye a la satisfacción de dicho derecho.

De conformidad con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley General de Salud de 9 de julio de 1997, el derecho a la protección a la salud es *irrenunciable*.

Andrés Solídoro señala que la población usuaria de los servicios de salud representa el grupo más desprotegido de nuestras sociedades.[4]

Por ello, plantea la necesidad de tener en consideración lo aprobado por la Asociación Americana de Hospitales sobre los "Derechos del Enfermo de 1973".[5]

Dicha organización considera que el enfermo disminuido física y emocionalmente, acude a un establecimiento de salud en búsqueda de curación o alivio de sus dolencias. En esa perspectiva hace hincapié a la teoría de las tres "A" de la lengua sajona: *Ability, Afability y Availability*.

---

4 Solídoro, Andrés, "Los derechos del enfermo", *Diario El Comercio*, Lima, 5 de mayo del 2000, p. 9.

5 Asociación Americana de Hospitales, "Derechos del Enfermo de 1973", *Boletín de la Revista ESAP*, Lima, 1973, p. 12.

La *primera* hace referencia a la idoneidad y actualización permanente del profesional médico.

La *segunda* hace referencia a la disposición de ánimo cordial y asequible del profesional médico en la atención al paciente.

La *tercera* hace referencia a la disposición de tiempo adecuado en la atención al paciente.

François-Marie Arouet (Voltaire) con sorna decía, que: "los médicos son aquellas personas que recetan medicamentos, de lo que saben poco, para curar enfermedades que no conocen, en personas de las cuales no saben nada".[6]

b) Derecho al establecimiento de políticas y medidas públicas en pro de la protección del medio familiar y de la comunidad, este indica que la atribución jurídica de llegar a un estado de plenitud física y psíquica no solo alcanza a la persona en singular, sino que abarca a la familia y a la comunidad.

Lo expuesto se explica en razón a que el hombre se inserta dentro de una familia y el conjunto de estas constituye una comunidad.

Esta concepción de unidad-totalidad encuentra su engarce en la salud familiar ya que como bien afirmara el Papa Juan Pablo II, "El bienestar de las personas y de la comunidad depende del estado saludable de las familias".[7]

En este plano juegan un rol esencialísimo la educación sanitaria, la prevención y las políticas de salud encaminadas a la atención de problemas comunes, (epidemias, enfermedades endémicas), etetcétera.

c) Derecho de las personas incapacitadas para velar por sí mismas a causa de una deficiencia física o mental, al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, dichas personas son aquellas que

---

6 François-Marie Arouet (Voltaire) citado por Quintanilla Young, Víctor y Cuba de Quintanilla, Vilma, *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*, Lima, Princeliness, 1989, p. 60.

7 Papa Juan Pablo II, *Encíclica sobre la Preocupación Social*, Lima, Salesiana,1987, p. 14.

se encuentran en una condición de deficiencia, limitación o restricción.

La *deficiencia* implica la existencia de problemas que afectan a una estructura o función del cuerpo humano.

La *limitación* implica la existencia de problemas en relación a ciertas dificultades para ejecutar determinadas actividades, acciones o tareas.

La *restricción* implica la existencia de problemas para participar adecuada o activamente en situaciones vitales.

Dichas personas gozan de un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad especial.

En suma, la incapacidad es asignada a aquellas personas con diferencias mentales, intelectuales, físicas o sensoriales a tiempo indeterminado que, frente a los obstáculos propios de la vida, se ven impedidos de participar plenamente en la sociedad.

Este determina que el Estado tiene la obligación de establecer políticas y medidas dirigidas a consolidar jurídicamente dicha acción tuitiva.

Para tal efecto, son importantísimos marcos de referencia la Declaración de Derechos del Deficiente Mental aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1971 y la Declaración de Derechos de los Minusválidos aprobada por el mismo ente en 1975.

Mediante la Ley 27050 se ha establecido un régimen legal especial de protección y se ha creado el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS).

Asimismo, mediante la Ley 29392 se ha establecido la relación de infracciones administrativas y sanciones económicas en los casos de incumplimiento de la Ley 27050.

d) Derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

e) Derecho al libre acceso a las prestaciones de salud y a las pensiones, través de entidades públicas, privadas o mixtas.

A modo de colofón, cabe señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha establecido la obligación estatal de respetar, proteger, satisfacer, facilitar y promover el derecho a la salud de sus ciudadanos.

2.2. El derecho al agua

Mediante la Ley 30588 se reformó la Constitución y se introdujo este tema como un atributo de la persona.

De manera previa, el Tribunal Constitucional en el caso *Municipalidad Distrital de Lurín* (exp. núm. 02064-2004-AA/TC), había reconocido como derecho implícito, la obligación prestacional del Estado de asegurar el acceso de las personas al consumo de agua potable y a garantizar la implementación de medidas que eviten su contaminación.

En consecuencia, existe normativa y jurisprudencialmente la obligación de concretar el acceso, la calidad, las condiciones cuantitativas de disponibilidad suficiente para atender las necesidades elementales de las personas y el consumo suficiente en pro de la salud básica y el desarrollo de toda actividad económica.

Al respecto, denominase agua potable al elemento líquido para el consumo humano.

El Estado tiene la obligación de garantizar este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos (industria, agricultura, riego de parques y jardines, etc.); ello, sin mengua de un manejo sostenible que asegure su acceso y prestaciones.

En puridad, se trata de un elemento de la naturaleza que contribuye decisivamente en la subsistencia y bienestar de las personas.

En su calidad de bien público es resguardado por el Estado, en cuanto a su satisfacción y disponibilidad general.

El agua que discurre o cae sobre nuestro territorio forma una parte del conjunto de bienes considerados como patrimonio de la Nación.

Su dominio es inalienable ya que no puede ser objeto de enajenación ni transferencia (tráfico comercial hacia otras comunidades políticas).

Señálese, además, que es imprescriptible ya que dicho dominio no pierde vigencia o validez por razón alguna.

2.3. El Estado y el combate al tráfico ilícito de drogas

Este tipo de ilícito penal se ha convertido en nuestro país en una gravísima lacra que pone en peligro la salud de la población, la seguridad ciudadana, la economía nacional e incluso la imagen internacional del Estado.

Por ende, al igual que la Constitución de 1979, la carta vigente se ha visto en la necesidad de consignar reglas sobre la materia.

Es evidente que a comienzos de la década del 70 se empieza a percibir directamente la presencia de un "problema de drogas", con especificidad nacional.

Entre los elementos gravitantes y específicos que operan sugestivamente sobre nuestra realidad, aparecen los cinco siguientes:

a) Enorme producción de hojas de coca con *fines ilícitos*, en su mayoría estimulada por una significativa demanda proveniente del mercado internacional.
b) Incremento significativo del número de usuarios de drogas ilícitas.
c) Incremento del tráfico o comercialización de drogas ilícitas.
d) Elevación sustantiva de las actividades delictivas derivadas del problema del narcotráfico; en muchos casos reconocibles en importantes círculos gubernamentales (corrupción de funcionarios, prevaricato, etc.).
e) Carácter internacional de la solución del problema de la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas. Ello implica el concierto de las naciones para una eficaz erradicación.

2.4. Las drogas

Estas pueden ser definidas como aquellas sustancias naturales o sintéticas que por su composición química alteran la estructura o la función de un organismo vivo. En nuestro caso, son de particular importancia las que tienen como materia prima la hoja de coca (cocaína, pasta básica de cocaína, etc.).

En ese contexto, el artículo 8 de la Constitución obliga a que el Estado efectúe las acciones siguientes:

a) Prevención integral del consumo de drogas ilícitas.
b) Tratamiento y rehabilitación de los dependientes de drogas ilícitas.
c) Persecución del delito de tráfico ilícito de drogas.
d) Regulación del uso de los tóxicos sociales.

En tal sentido, la lucha contra el narcotráfico implica la protección de un bien jurídico macrosocial como es la *salud pública*. Así, el artículo 296 del Código Penal sanciona al individuo que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Estas acciones punibles se verifican mediante actos de fabricación, tráfico, posesión para el tráfico, entre otros.

Igualmente se sancionan los casos de comercialización, a sabiendas, de materias primas o insumos destinados a la elaboración de las sustancias anteriormente descritas. También se castigan la receptación, el lavado o blanqueo de dinero, la siembra compulsiva, la plantación de adormideras, la coacción e instigación al consumo, etcétera.

Las *drogas tóxicas* son aquellas que causan daño a la salud. Luis Lamas Puccio señala que el término *toxicidad* no se refiere solo a aquellas sustancias que alteran el comportamiento o la percepción de la realidad.[8] Expone un daño a la salud, con prescindencia que produzcan o no produzcan dependencia.

[8] Lamas, Puccio, "Control del tráfico ilícito de drogas", *La Constitución comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, t. I, p. 625.

Los *estupefacientes* —modalidades de drogas tóxicas— son aquellos que provocan adormecimiento o deambulación generadores de pérdida de la sensibilidad (*cannabis*, heroína, cocaína, opio, etc.).

Los *psicotrópicos* son aquellos que producen un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, generando como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora del juicio, del comportamiento o del estado de ánimo (sedantes, tranquilizantes, anfetaminas, etc.).

Referencias

Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relaciones de trabajo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

Lamas, Puccio, "Control del tráfico ilícito de drogas", *La Constitución comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, t. I.

Quintanilla Young, Víctor y Cuba de Quintanilla, Vilma, *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*, Lima, Princeliness, 1989.

Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, t. II.

Declaraciones, informes y encíclicas

Organización Mundial de la Salud, Declaración de Alma Ata. Pan American Health Organization, aprobada en 1978.

Organización de Naciones Unidas, Declaración de Derechos de los Minusválidos, aprobada en 1975.

Organización de Naciones Unidas, Declaración de Derechos del Deficiente Mental, aprobada en 1971.

Defensoría del Pueblo, *El derecho a la salud y a la seguridad social*. Informe Defensorial núm. 87, Lima.

Papa Juan Pablo II, *Encíclica sobre la Preocupación Social*, Lima, Salesiana,1987.

Artículos

Solídoro, Andrés, "Los derechos del enfermo", *Diario El Comercio*, Lima, 5 de mayo del 2000.

Asociación Americana de Hospitales, "Derechos del Enfermo de 1973", *Boletín de la Revista ESAP*, Lima, 1973.

La cuestión Yanomami: crisis de salud y ambiental en una zona indígena de Brasil

***

The Yanomami issue: health and environmental crisis in an indigenous zone in Brazil

*Odilson Sampaio Benzi**

Resumen: este documento aborda la crisis de salud y ambiental que afecta a la comunidad Yanomami en Brasil. Se examina el impacto de la minería ilegal en la propagación de enfermedades, la devastación del medio ambiente y la degradación social. Además, se describen las acciones gubernamentales y humanitarias tomadas para mitigar estos problemas y mejorar la salud y seguridad alimentaria de la población Yanomami.

Abstract: this document addresses the health and environmental crisis affecting the Yanomami community in Brazil. It examines the impact of illegal mining on the spread of diseases, environmental devastation, and social degradation. Additionally, it describes the governmental and humanitarian actions taken to mitigate these issues and improve the health and food security of the Yanomami population.

Palabras clave: crisis de salud y ambiental; Yanomani; seguridad alimentaria; minería ilegal.

* Superior Tribunal Militar de Brasil.

Keywords: health and environmental crisis; Yanomani; food security; illegal mining.

Sumario: I. Introducción. II. El Garimpo. III. La crisis de salud. IV. La estructura de salud. V. La emergencia de salud pública en tierra indígena Yanomami. VI. El progreso de la acción. VII. El resultado de las operaciones de emergencia. VIII. Acciones de las fuerzas armadas. IX. Lucha contra la minería ilegal y monitoreo del espacio aéreo. X. Medidas estructurales. XI. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

La selva Amazónica ocupa una superficie aproximada de (6,700,000 km²) seis millones setecientos mil kilómetros cuadrados, el 65% de los cuales se encuentra en territorio brasileño, ocupando gran parte del noroeste de Brasil y extendiéndose por otros 8 países de América del Sur. Es el bosque tropical más grande del mundo, conocido por su biodiversidad y su inmensa cuenca fluvial, donde emerge el magnífico río Amazonas.

En la Amazonía brasileña, la región menos poblada del país, vive más de la mitad del millón setecientos mil indígenas de Brasil (1,7 millones), muchos de ellos ya mezclados con otras razas y plenamente integrados en la sociedad. Sin embargo, otras, dada la dificultad de circulación que presenta el bosque, presentan diferentes niveles de absorción de otras culturas, incluidas aquellas que se encuentran completamente aisladas, que mantienen su condición original de cultura y subsistencia heredada de sus ancestros.

Entre los pueblos amazónicos, los Yanomami son un grupo de aproximadamente 35 mil indígenas que viven en alrededor de 300 a 350 aldeas, en la frontera entre Venezuela y Brasil. Forman una sociedad de cazadores-agricultores cuyo contacto con la sociedad nacional es relativamente reciente. Su territorio abarca aproximadamente 192,000 km², ubicados a ambos lados de la frontera Brasil-Venezuela en la región interfluvial Orinoco-Amazonas.

Hasta finales del siglo XIX, los Yanomami solo mantuvieron contacto con otros grupos indígenas vecinos. En Brasil, las primeras reuniones directas de grupos yanomami con representantes de la frontera extractiva local, así como con personal militar, miembros del Servicio de Protección Indígena (SPI) o viajeros extranjeros, ocurrieron entre 1910 y 1940.

Entre 1940 y mediados de 1960, con la apertura de algunos puestos del Servicio de Protección al Indígena y, sobre todo, de varias misiones católicas y evangélicas, se establecieron los primeros puntos de contacto permanente en su territorio. Estos puestos constituían una red de centros sedentarios, una fuente regular de objetos manufacturados y de alguna asistencia sanitaria, pero también, a menudo, el origen de graves brotes epidémicos.

A partir de la década de 1970, con la búsqueda de la integración de la frontera norte de Brasil, algunas acciones gubernamentales, como el intento de implementar carreteras como la Perimetral Norte, trajeron subproductos indeseables como el aumento de las áreas mineras y amenazas a la organización social y sanitaria de los pueblos indígenas. Tales hechos enmarcaron la necesidad de protección que se materializaría con la demarcación de la tierra indígena Yanomami.

La tierra indígena fue demarcada oficialmente el 25 de mayo de 1992, luego de un proceso de evaluación y registro que duró casi 15 años, con coordinación nacional e internacional, hasta que el Gobierno brasileño aprobó la reserva. La aprobación aún no ha producido los beneficios esperados, ya que la Tierra Yanomami sigue siendo el objetivo de los mineros que buscan oro, casiterita y otros minerales. Se estima que actualmente hay 20,000 mineros explorando ilegalmente la región. Esta presencia ha sido completamente indeseada durante décadas, dados los innumerables conflictos ya ocurridos, los daños ambientales ya causados, la degradación social, la crisis sanitaria y la violación de los derechos humanos de esta población.

II. El Garimpo

La minería es directamente responsable de una serie de graves problemas entre los pueblos indígenas. En el caso Yanomami, existe una relación comprobada entre la explosión de actividad y el aumento de casos de enfermedades infecciosas, como malaria, gripe y neumonía.

También es inequívoca la asociación entre la devastación causada por la minería ilegal y la propagación de la malaria, facilitada por la multiplicación de cráteres con agua estancada, que crea condiciones más propicias para la proliferación de mosquitos transmisores de la enfermedad. Esta situación se agrava debido al contacto razonablemente reciente y al relativo aislamiento, lo que significa que los pueblos indígenas tienen menos defensas inmunológicas contra enfermedades comunes entre los no indígenas.

Además, la ocupación del territorio, la destrucción del bosque y la contaminación del agua provocada por la minería dificultan el mantenimiento y apertura de áreas agrícolas, de caza, pesca y recolección de frutas, principales fuentes de alimentación de las comunidades.

También se agrega que parte de la población indígena se ve seducida, principalmente los jóvenes, ya que son más vulnerables a las falsas promesas de prosperidad. Estos jóvenes reciben armas y alimentos para trabajar o unirse a los invasores. Muchas mujeres han sido abusadas y explotadas sexualmente. En general, hubo un aumento de la violencia y se estableció un clima de tensión permanente, hasta el punto de que los residentes se vieron asediados en sus propios pueblos.

Toda la situación empeora con el desmantelamiento de la asistencia a los pueblos indígenas. Además, los invasores se han apoderado de parte de la infraestructura de servicios, como pistas de aterrizaje y puestos de salud. La violencia provocada por la minería dificulta la presencia de equipos médicos y la distribución de medicamentos y alimentos.

III. La crisis de salud

En el pasado reciente, a medida que las áreas mineras ilegales se expandieron, se desarrolló una crisis de salud en la tierra Yanomami, que atrajo atención y se hizo conocida a nivel nacional e internacional. Según datos del Ministerio de Salud, 570 niños de hasta cinco años murieron por enfermedades evitables en el trienio 2019-2022, un aumento del 29% en comparación con el trienio 2015-2018. Según el Ministerio de Pueblos Indígenas, 99 niños de uno a cuatro años habrían muerto solo en 2022, por causas como desnutrición, neumonía y diarrea. La Secretaría Especial de Salud Indígena (Sesai) presentó datos según los cuales, en 2021, alrededor del 56% de los niños de la zona monitoreada presentaban desnutrición aguda (bajo o muy bajo peso para su edad).

Ampliando la situación a los indígenas de todos los grupos de edad, según el Sistema de Información de Vigilancia Epidemiológica (Sivep) del Ministerio de Salud, solo entre 2020 y 2021, la tierra Yanomami registró más de 40 mil casos de malaria entre una población de alrededor de 30 mil personas.

Es importante señalar que la tierra Yanomami es la más grande del país, con alrededor de 96 mil km² (superando el tamaño de Portugal), y existen diferencias entre sus aproximadamente 350 comunidades. Las regiones más alejadas de las invasiones presentan condiciones sanitarias más favorables, aunque la precariedad de la atención sanitaria impacta a todo el territorio.

IV. La estructura de salud

En un período anterior, el apoyo a la salud en la tierra indígena siempre presentó deficiencias y desafíos para su adecuado funcionamiento, dadas las dificultades generadas por su situación geográfica, alejada de zonas donde se concentran equipos y mano de obra especializada, entre otros factores. El transporte aéreo es el principal medio de transporte de personas y todo tipo de suministros, dada la ausencia total de carreteras y la casi nula navegabilidad de los ríos. Este tipo de transporte es el más caro, el menos adecuado para suministros voluminosos y

el más sensible a las condiciones atmosféricas. Cabe señalar que la pandemia de Covid-19 empeoró la situación. Además, los casos de mala gestión de recursos y el nombramiento de personas sin conocimientos y experiencia para puestos importantes crearon una situación de desorganización, escasez de equipos, mano de obra, medicamentos y otros insumos.

Pueblos indígenas y profesionales de la salud denunciaron el cierre o abandono de puestos de salud y la reducción de servicios en aquellos que seguían funcionando. El problema fue documentado por informes de organizaciones de protección Yanomami, tales como la Asociación Hutukara Yanomami y la Asociación Wanasseduume (VANASEDUME) Ye'kwana (IEKIVANA) y auditorías de la propia administración federal confirmaron varias fallas en el Distrito Sanitario Especial Indígena Yanomami (DSEI — Y).

El Ministerio Público Federal y la Policía Federal investigan posible fraude en la compra de medicamentos, así como la posibilidad de que algunos de los medicamentos hayan sido desviados hacia minas dentro del propio territorio indígena.

V. La emergencia de salud pública en tierra indígena yanomami

Tras el fin de la pandemia de Covid-19, que trastornó aún más la atención sanitaria a los Yanomami, y los numerosos signos de irregularidades en este apoyo, así como el aumento observado de los daños causados por la minería ilegal, el 20 de enero de 2023, el Gobierno Federal decretó emergencia de salud pública de importancia nacional en la tierra Yanomami, la cual persiste hasta el día de hoy. Esta es una situación que exigió el uso urgente de medidas para prevenir, controlar y contener riesgos, daños y perjuicios a la salud pública, en situaciones que pueden ser epidemiológicas (brotes y epidemias), desastres o falta de asistencia a la población, lo que se quedó muy claro en el caso de los Yanomami.

La administración federal también comenzó, inicialmente, a enviar equipos médicos para brindar asistencia de emergencia y diagnosticar la situación, además de instalar un Hospital de Cam-

paña de la Fuerza Aérea Brasileña en Boa Vista y activar un Centro de Operaciones de Emergencia de Salud Pública (COE), bajo la dirección de la Secretaría de Salud Indígena, para coordinar las acciones necesarias para lograr una situación que ponga fin a la crisis instalada.

También se creó un Comité Nacional de Coordinación para Combatir la Falta de Asistencia Sanitaria a las Poblaciones del Territorio Yanomami, que comenzó a discutir las medidas a adoptar, apoyar la coordinación entre poderes y estados y presentar un plan de acción para resolver la situación. Siete ministerios pasaron a formar parte de este colegiado, a saber, pueblos indígenas, salud, defensa, justicia, desarrollo y asistencia social, familia y lucha contra el hambre y gestión e innovación en los servicios públicos.

VI. El progreso de la acción

A partir de entonces, durante el 2023, y luego de que el Gobierno Federal reconociera la grave situación de salud y nutrición de la población indígena, se implementaron acciones de emergencia para combatir la situación.

En 2023 se brindaron más de 13 mil servicios de salud a indígenas que se encuentran en grave situación de abandono. Estos servicios fueron realizados por equipos en el territorio, en el Hospital de Campaña, en la Casa de Salud Indígena (CASAI) y en Unidades de Salud. Se enviaron (4,3 millones) - 4 millones trescientas mil unidades de medicamentos e insumos, y aplicadas aproximadamente 52,000 dosis de vacunas. En total, fueron movilizados 1,850 profesionales de la salud, trabajando a escala.

La Policía Federal lanzó 13 operaciones a lo largo de 2023, que resultaron en un número importante de órdenes de búsqueda e incautación, 175 detenciones en el acto y (589 millones de reales) el equivalente a 115 millones de dólares en bienes incautados. Alrededor de 400 investigaciones aún están en curso. Entre las operaciones lanzadas, un ejemplo es la Operación Buruburu, que desmanteló el esquema de logística aérea utilizado por los mineros, con la participación de empresarios, narcotraficantes,

armas, pilotos, mecánicos, distribuidores de combustible aeronáutico, entre otros. En esta ocasión, fueron ejecutadas órdenes de detención preventiva, órdenes de allanamiento e incautación y órdenes con medidas cautelares distintas de la detención, todas dictadas por la Justicia Federal de Roraima, y fueron ejecutados casi (308 millones de reales) el equivalente a 60 millones de dólares de los investigados.

Asimismo, se iniciaron investigaciones centradas en los principales patrocinadores del comercio ilegal de oro, con la Policía Federal a la cabeza, con el objetivo de romper la cadena de inserción de oro ilegal en el mercado y determinar la responsabilidad penal de los mayores financistas. La minería también fue duramente atacada con la destrucción de todo tipo de medios de transporte, campamentos y extracción de minerales.

El Instituto Brasileño del Medio Ambiente lanzó la Operación Xapiri para combatir los delitos ambientales, ocupando efectivamente el territorio y permaneciendo en el terreno. Se realizaron allanamientos a sitios mineros activos e interrupción de las principales rutas comerciales, líneas de abastecimiento y almacenes logísticos que abastecen y transportan la producción minera, bloqueo fluvial de los ríos Mucajaí y Uraricoera, acciones en pistas de aterrizaje clandestinas, fiscalización del comercio de combustibles de aviación y priorización en la sentencia de los procesos de notificación de infracción.

VII. El resultado de las operaciones de emergencia

Estas acciones de emergencia, con mayor actividad en el primer semestre de 2023, dieron como resultado una ampliación del apoyo sanitario local y la expulsión de alrededor del 82% de los mineros de la región. Sin embargo, a medida que se acercaba el final del año, el papel del personal militar empleado en acciones de emergencia se redujo, con vistas a alcanzar los (300 millones de reales) equivalentes a 58 millones de dolares de horas de vuelo contratadas por el Gobierno Federal.

Integrantes del Ministerio de los Pueblos Indígenas señalaron que hasta este retiro la minería ilegal del lado brasileño había sido

prácticamente eliminada, pero la salida de los militares terminó facilitando el regreso de las actividades ilegales y también impactó la entrega de canastas de alimentos, la seguridad, salud, entre otros. Parte de los mineros regresaron a la región, demostrando la necesidad de implementar acciones estructurales y permanentes para que los factores impulsores de la crisis en cuestión puedan ser anulados y resueltos.

VIII. Acciones de las Fuerzas Armadas

Además del trabajo de emergencia de las instituciones ya mencionadas, para responder a la emergencia, las Fuerzas Armadas estructuraron el Comando Operativo Conjunto Catrimani, para coordinar la realización de acciones humanitarias y represivas. Estas operaciones incrementaron enormemente la presencia del Estado en la tierra indígena, generando todo tipo de apoyo de otros segmentos involucrados en la acción humanitaria.

En datos de marzo de este año, se encuentran empleados alrededor de 1,400 militares, 76 medios aéreos, terrestres y marítimos y, para entonces, ya se habían registrado más de 7,000 horas de vuelo. Los militares lanzaron alrededor de 700 toneladas de carga, además de realizar alrededor de 3,000 tratamientos médicos y 200 evacuaciones aeromédicas (EVAM). El total de canastas básicas entregadas sumó 58 mil seiscientas, siendo 47 mil cien en Roraima y 11 mil quinientas en Amazonas.

Para el transporte aéreo logístico, desde Boa Vista hasta el interior de la tierra indígena, la Fuerza Aérea emplea dos aviones C-105 Amazonas de tamaño mediano, cada uno con capacidad para lanzar alrededor de 140 cestas por vuelo. Cuatro aviones C -98 Caravan transportan personal y carga, principalmente cestas de alimentos y combustible, hasta una base de apoyo a la operación, en Surucucu, donde está instalado permanentemente un Pelotón Especial Fronterizo del Ejército Brasileño.

Desde esta base, helicópteros de la Armada, el Ejército y la Fuerza Aérea distribuyen a más de 300 pueblos indígenas, designados por la Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas (FUNAI), organismo encargado de designar el lugar donde se

abastecerá de insumos. Las canastas distribuidas están compuestas por alimentos que forman parte de la dieta típica de estas comunidades.

IX. Lucha contra la minería ilegal y monitoreo del espacio aéreo

Además del apoyo humanitario brindado desde febrero de 2023, las Fuerzas Armadas estaban decididas a participar y apoyar la lucha contra los crímenes transfronterizos y ambientales en la tierra indígena Yanomami. En este sentido, el comando operacional ha contribuido con acciones de inteligencia, vigilancia y reconocimiento para que la Policía Federal (PF), el Instituto Brasileño del Medio Ambiente (IBAMA) y la Agencia Brasileña de Inteligencia (ABIN) desactiven los principales sitios mineros, se apoderen aeronaves irregulares, generadores de energía, motores hidráulicos, sierras eléctricas, antenas de comunicación satelital, entre otros.

El monitoreo del espacio aéreo en la región se intensificó en 2023 mediante la activación de la Zona de Identificación de Defensa Aérea (ZIDA) sobre el espacio aéreo suprayacente y adyacente a la tierra indígena, con el fin de incrementar las acciones de represión de la minería ilegal.

ZIDA permanece activada y autorizados los sobrevuelos previstos, siempre y cuando se complete el plan reglamentario de vuelo y se cumplan las normas de tránsito aéreo, además de las observaciones técnicas a disposición de todos los tripulantes.

X. Medidas estructurales

Desde principios de este año, con la experiencia del retroceso de finales de 2023, sin frenar las acciones de emergencia, las acciones estructurales y permanentes han ganado protagonismo para crear una estructura que dificulte la aparición de nuevas crisis.

Con el regreso del personal y la activación de las zonas mineras, ahora en mayo se inicia una nueva retirada de mineros.

Estas operaciones se producen tras la inauguración de la Casa de Gobierno, ubicada en Roraima. Inaugurada en febrero, la estructura coordinará las nuevas operaciones, que se desarrollarán simultáneamente en varios frentes. La estrategia predice que esto ocurrirá continuamente, basándose en la percepción de que los mineros regresaron a tierras indígenas durante las pausas en las acciones de emergencia llevadas a cabo durante el último año.

Inicialmente, la nueva etapa de "desintrusión" costará (1 mil millones de reales) el equivalente a 205 millones de dolares ya liberados mediante una medida de crédito adicional provisional emitida en marzo. El texto determinó la división de valores entre ocho ministerios: Justicia, Medio Ambiente, Agricultura, Defensa, Asistencia Social, Pesca y Acuicultura, Derechos Humanos y Ciudadanía, además del Ministerio de Pueblos Indígenas, que concentra la mayor parte de los recursos, con (455 millones de reales) equivalente a 90 millones de dólares.

Uno de los principales puntos de acción será buscar reprimir las actividades ilegales que permiten a los mineros acceder a tierras indígenas. Para lograrlo, una de las medidas será la construcción de "muros" transversales en las vías fluviales, estratégicos para el acceso a la región. La medida aún se encuentra en fase de estudio técnico, pero ya se ha identificado la necesidad de construir la barrera al menos en los ríos Mucajaí y Uraricoera. El objetivo es que los puntos de acceso sean monitoreados continuamente por agentes de seguridad.

También habrá acciones de la Agencia Nacional de Aviación y Petróleo para inspeccionar pistas clandestinas y puntos de abastecimiento de combustible ilegales. Ya se han identificado al menos 85 vías irregulares, además de las 27 regulares que también terminan siendo utilizadas por mineros, ubicadas dentro y fuera de la tierra indígena.

En paralelo, agentes de la Fuerza Nacional, la Policía Federal y la Policía Federal de Tráfico realizarán inspecciones y bloqueos en carreteras para impedir el acceso a puntos fluviales de acceso a tierras indígenas. El territorio solo es accesible por aire o agua.

Las acciones de la Casa de Gobierno se establecen en el trípode de desintrusión y protección; salud; y seguridad alimentaria.

El Gobierno también está trabajando para crear un mapa de seguimiento en tiempo real de las acciones en las tierras indígenas Yanomami. El objetivo es posibilitar que la población pueda monitorear el uso de recursos, acciones y resultados, como la entrega de canastas de alimentos.

También se crearán "bases interinstitucionales", que funcionarán como centro de operaciones de las fuerzas de seguridad, Ibama y Funai, involucradas en acciones de inspección y desintrusión. El espacio será utilizado para monitorear y coordinar acciones continuas, para evitar brechas en el retorno de los mineros.

El Ejército, a su vez, ampliará su presencia en la frontera con Venezuela, uno de los puntos más desafiantes para las estrategias trazadas por el Gobierno Federal. Brasil ya mantiene conversaciones diplomáticas con el país vecino para una acción conjunta en la región.

En el área de salud, el Ministerio de los Pueblos Indígenas prevé concluir este mes las obras de renovación y ampliación de la Casa de Salud Indígena (Casai), en Boa Vista, con capacidad para atender a unas 500 personas, con alojamiento, dormitorios y cocinas adaptadas a las necesidades de los pueblos indígenas. También habrá refuerzos en los hospitales de campaña e intentos de incrementar los agentes sanitarios, como aumentos salariales para facilitar la contratación.

Ya se han mapeado 286 puntos comunitarios, que son los lugares donde deben llegar los servicios de salud y alimentación. La estimación, sin embargo, es que son 320 comunidades y el plan es que el apoyo permanente llegue a todas ellas.

XI. Conclusión

Como se ha descrito, esta crisis proviene de una situación de muchos años, y por tanto exige tiempo, recursos de todo tipo y ciertamente voluntad política para que la crisis humanitaria y medioambiental no vuelva a amainar. La lejanía y complejidad del territorio y la insuficiente estructura de todo tipo de equipos y suministros enmarcan el inmenso desafío enfrentado has-

ta ahora. Varias decisiones e identificaciones de hechos futuros contribuyen a una visión prospectiva de la resolución de la crisis actual. Pero en mi opinión, la dicotomía progreso y cultura de los pueblos originarios continuará durante varias generaciones, teniendo en el centro la solución de conflictos y la preocupación constante por la seguridad ambiental y los derechos humanos.

Referencias

Agência Força Aérea, "Forças Armadas seguem empenhadas em ajuda humanitária na Terra Indígena Yanomami", Brasil.

Associação Hutukara Yanomami e Associação Wanasseduume Ye'kwana "Yanomami sob ataque: garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami e propostas para combatê-lo", Hutukara, Brasil.

Fan, Ricardo, "Forças Armadas superam 6 mil horas de voo na Terra Indígena Yanomami", Revista Defesanet, Brasil.

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. "Operação Xapiri: Relatório de atividades", IBAMA, Brasil.

Ministério da Saúde. "Relatório sobre a situação de saúde dos Yanomami (2019-2022)". Ministério da Saúde, Brasil.

Polícia Federal. "PF intensifica combate ao garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomami", Polícia Federal, Brasil.

Souza, Oswaldo Braga, "O que você precisa saber para entender a crise na Terra Indígena Yanomami", Instituto Sócio Ambiental, Brasil.

Derecho a la salud en las vejeces

***

Right to health in old age

Karla Elizabeth Mariscal Ureta

Resumen: el análisis que se presenta toma en consideración el desarrollo de la protección del derecho a la salud en México para propiciar el envejecimiento saludable como un desafío en las personas mayores, planteando el término vejeces para referirnos a la diversidad de condiciones en las cuales se puede envejecer, las que por sí mismas representan un reto en materia de salud y que requieren un andamiaje institucional integral que salvaguarde condiciones esenciales para el derecho a la salud, a través de contornos jurídicos incluyentes y programas de atención geriátrica y gerontológica eficientes que exploren alternativas de gestión efectiva respecto a la situación de salud física y mental en las personas mayores.

Abstract: the analysis presented takes into consideration the development of the protection of the right to health in Mexico to promote healthy aging as a challenge in older people, raising the term old age to refer to the diversity of conditions in which aging can occur, which in themselves represent a health challenge and require a comprehensive institutional framework that safeguards essential conditions for the right to health, through inclusive legal frameworks and efficient geriatric and gerontological care programs that explore management alternatives. Effective regarding the physical and mental health situation in older people.

Palabras clave: vejez, envejecimiento, salud, saludable, vejeces.

Key words: old age, aging, health, healthy, old ages.

Sumario: I. Introducción. II. Los derechos en la vejez. III. El derecho a la salud. IV. La salud en la vejez. V. Desafíos para un envejecimiento saludable. VI. Consideraciones finales. Referencias.

I. Introducción

En el caso de las personas mayores, el reconocimiento de sus derechos humanos permite la comprensión de las consecuencias económicas, sociales y culturales que el envejecimiento de la población tiene, al respecto, México en el año 2012 además del reconocimiento previo en el marco del artículo 4o constitucional del derecho a la salud de forma general, en la Ley de los Derechos para las Personas Adultas Mayores, consolida la protección de los derechos humanos para las personas mayores en suma congruencia con los compromisos internacionales en la materia.

En este tenor, se plantea el análisis del derecho humano a salud de las personas mayores como parte del derecho humano a la salud. En la comprensión de las problemáticas del adulto mayor desde la interseccionalidad.

Tomando en consideración que la salud de mala calidad en la persona mayor le otorga parámetros de vulnerabilidad, por lo que consideramos, a partir de un estudio cualitativo de corte teórico-documental, que hoy existe la necesidad de instrumentar una metodología para la integración de aspectos específicos en la tutela del derecho a la salud de las personas mayores a fin de minimizar la vulnerabilidad e incrementar las posibilidades de autonomía que hagan factible el envejecimiento activo y saludable.

II. Los derechos en la vejez

Envejecer puede dar paso a una invalidez parcial o total, que se traduce en la pérdida o disminución de la capacidad de hacer, es el no poder hacer algo que habitualmente se hacía.[1]

Ahora bien, la discusión sobre los derechos de la vejez surgió por el incremento exponencial de personas de 60 años o más y la composición de un nuevo escenario social en donde la vejez se convierte en una etapa muy larga por la expansión de la expectativa de vida.

Así, las personas mayores integran un grupo o sector heterogéneo y variado, aquí vemos que, por el deterioro de alguna de sus capacidades físicas o cognitivas son consideradas vulnerables, pero por sus condiciones particulares de vida y contexto son más o menos vulnerables.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido una serie de medidas entre las que destacan el Plan Internacional sobre el Envejecimiento, los Principios de Naciones Unidas a Favor de las Personas de Edad, la Proclamación sobre el Envejecimiento y la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar los derechos humanos y a establecer políticas públicas y acciones a favor de este grupo.

Los derechos de las personas adultas mayores se encuentran contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se proclama "el derecho de toda persona a un nivel de vida digna y la garantía de seguridad para la vejez".

Asimismo, la Observación General número 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en 1994, referido a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

---

[1] Piñas Mesa, Antonio, "Antropología del envejecimiento: el respeto a la autonomía del mayor. mejorar el cuidado mediante la bioética narrativa", R*evista Iberoamericana de Bioética,* núm. 12, 2020, p. 12, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7261792*

El párrafo segundo, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prohíbe claramente la discriminaciónn, incluída por supuesto aquella que puede darse por cuestiones de edad.

Para el año 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, en él se destacan tres ámbitos prioritarios: las personas de edad y el desarrollo, el fomento de la salud y el bienestar en la vejez y la creación de un entorno propicio y favorable. Se dice que fue la primera vez que los gobiernos han aceptado vincular las cuestiones del envejecimiento a otros marcos del desarrollo social y económico y de los derechos humanos, en particular los convenidos en las conferencias y cumbres celebradas por las Naciones Unidas.

Se advierte en consecuencia una especial atención sobre el riesgo que pueden llegar a manifestar las naciones ante el fenómeno del envejecimiento poblacional, con el aumento de la población mayor de 60 años de forma considerable para 2050, tomando en cuenta dichas producciones, se plantean acciones para aumentar las oportunidades de las personas, en particular las oportunidades de las personas de edad de aprovechar al máximo sus capacidades de participar en todos los aspectos de la vida, y con ello abonar a que los adultos mayores a 60 años sean en lo posible autosuficientes, gocen de los derechos humanos y no constituyan un problema para la sociedad sino por el contrario un eje de desarrollo.

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que, en caso de edad avanzada, las personas tienen derecho a la seguridad social para mantener un nivel de vida adecuado, así como la obligación de los hijos de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten. El artículo 17 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, determina los derechos de las personas mayores.

Por su parte, en la escena mexicana, los derechos humanos de la población en envejecimiento, como hemos visto encuentran protección constitucional en el artículo 1 de la Constitución,

pero, además, en el artículo 4º de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y en la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en México, reconoce de manera enunciativa más no limitativa como derechos humanos de las personas a quienes define como adultos mayores (60 años o más), los siguientes: a la integridad, dignidad y de preferencia, a la certeza jurídica, a la salud, la alimentación y la familia, a la educación, al trabajo, a la asistencia social, a la participación y al acceso a los servicios.

Lo anterior, se traduce en que se reconoce su derecho a recibir protección del Estado, las familias y la sociedad para tener acceso a una vida de calidad y libre de violencia. Asimismo, a recibir un trato digno y apropiado por las autoridades en cualquier proceso jurisdiccional en el que se vean involucrados; a recibir atención preferente para la protección de su patrimonio y a recibir asesoría jurídica gratuita.

Desde las primeras perspectivas sobre los derechos de la vejez a la fecha, la visión sobre el curso de vida ha evolucionado, y justo a partir de esa evolución hemos logrado empezar a ver en la vejez una etapa natural del ser humano pero que presenta riesgos de vulnerabilidad en ciertas circunstancias y por ello, reconocer sus derechos contribuye a preservar su autonomía y buscar el estado de bienestar.

III. El derecho a la salud

Coincidimos con apreciar, tal como se observa desde la Organización Mundial de la Salud que el derecho a la salud es o al menos debe ser, un derecho humano inclusivo, que va mucho más allá de acceso a la atención sanitaria y la construcción de hospitales, fue visto como derecho humano a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e introducido a la Constitución mexicana desde 1983 en el marco del artículo 4o.

Se puede advertir que el derecho a la salud es un derecho que depende de la concurrencia de otros satisfactorios que, determi-

nan las condiciones de salud.[2] Por ello, se dice que no se trata del derecho a estar sano, sino el acceso a condiciones, facilidades, bienes y servicios que le permitan a una persona tener las mejores condiciones posibles de salud.

Se decanta en la obligación estatal de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, en este caso la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una norma negativa; de la misma manera, hacer nacer la obligación positiva de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.[3]

En el caso del derecho a la salud de las personas mayores debe observarse el principio del trato diferenciado y de atención preferente. Al respecto la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades",[4] misma determinación que se incluye al respecto en la Ley General de Salud para México.

Así, el derecho a la salud es visto hoy como un ámbito integral de bienestar dentro del cual advertimos, el deber de "garantizar que los usuarios reciban la atención sanitaria necesaria para preservar su vida, su integridad y su dignidad y conforme a ello, implicaría la garantía del derecho al diagnóstico, a todo tratamiento necesario para la preservación de la vida, la integridad y la dignidad del usuario, y a la atención de urgencia, siempre que esta sea requerida".[5]

---

2 López Arellano, Oliva y López Moreno Sergio, *Derecho a la Salud en México,* México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, p. 14, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39646.pdf.

3 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, año LXV, núm. 119, junio de 2001, p. 16.

4 OMS, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, p. 1.

5 Corcuera R., Hidalgo, *et al*., *Exigibilidad del derecho a la salud. Acceso a la atención, tratamiento e insumos en salud sexual y reproductiva y VIH-SIDA*, Lima, Consorcio de Investigación Económica y Social, Observatorio del derecho a la salud, 2006, p. 24, *https://cies.org.pe/publicaciones/exigibilidad-del-derecho-la-salud-acceso-atencion-tratamiento/*

Tratándose de las personas mayores su aplicación es compleja y hoy se da a partir de dos grandes ramas como la geriatría y la gerontología primordialmente, tomando en cuenta que, en los servicios de salud, debe procurarse la atención médica y la prevención de riesgos psicosociales.

Por ello, el acceso y la calidad del derecho a la salud en las personas mayores determina mucho su cotidianidad y les puede permitir cuando es bien abordado mayores condiciones de autonomía que, al final, desemboquen en un estado de bienestar a pesar incluso de enfermedades, padecimiento y/o comorbilidades.

IV. La salud en la vejez

En los últimos años al disminuir la tasa de mortalidad e incrementar la expectativa de vida nuestras sociedades enfrentan nuevos retos para poder hacer posible un envejecimiento exitoso frente a la posibilidad del envejecimiento frágil.

Para un envejecimiento exitoso traducido en condiciones saludables en la población de 60 años y más deben tomarse en cuenta su nivel mínimo de acceso y disfrute de derechos como a la alimentación, a la educación, a la vivienda, al agua, al trabajo digno, a la pensión universal, a la seguridad social y por supuesto a la salud.

Por el contrario, en el envejecimiento frágil proliferan los estereotipos, la discriminación y los prejuicios que encontramos alrededor de la vejez y que pueden desembocar en un estadio de crisis en la persona mayor. El envejecimiento exitoso es aquel en el que se trabaja para mantener un equilibrio en lo emocional (mental), físico y social. Así tenemos que la salud mental es una condición fundamental para un buen estado de vejez.

De manera general podemos ver que, "cuando se llega a la etapa de la vejez se asocia a las personas adultas mayores con estereotipos negativos como la enfermedad, la invalidez e incluso la vulnerabilidad. La familia y la sociedad son factores que condicionan esta situación que predispone al adulto mayor a la depresión y otros desórdenes psicopatológicos".[6]

[6] *Ibidem,* p. 50.

Si bien es cierto que no todos envejecemos igual y que en el curso de la vida hemos crecido de maneras diferenciadas si es importante advertir cinco aspectos que detonan en nuestras condiciones de vida en la vejez:

1. Los procesos psicológicos del envejecimiento.
2. Las vivencias y experiencias a lo largo de la vida.
3. Los factores contextuales.
4. La interacción socio-política a la que se tiene acceso.
5. Las circunstancias patrimoniales con las que se cuenta.

Así tenemos que, la forma en cómo se acuña en una sociedad el concepto de vejez determina en mucho la realidad de aquellos que atraviesan por esa etapa en el ciclo de la vida; de manera informal e incluso constitucional y legal se pueden establecer pautas para reconocer a las personas mayores como sujetos de derechos humanos con un desdoblamiento particular, sin embargo, esto no es suficiente sino se trabaja en el mismo sentido en la cultura y la educación sobre la percepción de la vejez y sus efectos.

El reconocimiento de los derechos abre la puerta para una vez digna, en donde la persona mayor se define no solo como una simple categoría biológica o sociológica. Ante esta denominación deja de ser el anciano visto como un individuo aislado, recluido en el asilo o marginado en el seno familiar, para convertirse, incluso, en un sujeto social que interactúa entre sus iguales a través de asociaciones o clubes en los que se experimentan relaciones de acercamiento, reconocimiento y toma de conciencia de su situación actual. [7]

Los objetivos de desarrollo sostenible, especialmente del objetivo número 3, prevé la obligación de generar bienestar para todos a todas las edades. En congruencia es urgente impulsar el desarrollo de formas amigables, accesibles y diferenciadas para las personas mayores.

La Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, integra el concepto de enveje-

[7] García Ramírez, José Carlos, *Los derechos y los años,* México, Plaza y Valdes editores, 2006, pp. 236-237.

cimiento activo y saludable, como aquel proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. Se destaca también que el concepto de envejecimiento activo y saludable se puede aplicar tanto a individuos como a grupos de población.

El concepto de envejecimiento activo y saludable, presenta la necesidad de preservar la autonomía necesaria para seguir tomando decisiones mientras se tenga capacidad para ello y favorece un sentimiento de valía y autoestima en el adulto mayor, para ello debe de protegerse la condición de posibilidad de todo proceso personal, desde luego la salud física como mental.[8]

Ahora bien, para generar condiciones que posibiliten el envejecimiento activo y saludable, es óptimo que se plantee como una posibilidad que requiere una estrategia que lo vuelva realidad y que tiene que ver con atender lo más pronto posible de forma individual como social las siguientes cuestiones: alimentación saludable, actividad física, cuidados corporales, buena calidad del sueño, relaciones sexuales sanas, actividad mental constante, desarrollo humano y profesional, prevención de accidentes, consumo moderado de alimentos y bebidas, erradicación de conductas como el tabaquismo, vacunas, revisiones y cuidados médicos periódicos. Además de aspectos como la vigencia laboral y las relaciones sociales activas y permanentes.

Pese a que se puede llegar a estimar por algunos que, los problemas que acarreará el proceso de envejecimiento demográfico en México serán comunes y transversales, por lo tanto, las soluciones de parte de las instituciones gubernamentales, siempre serán parciales e insuficientes,[9] esto no es un obstáculo de arribar

[8] Piñas, A., *op. cit*., p. 9.

[9] Razo González, Angélica María, "La política pública de vejez en México: de la asistencia pública al enfoque de derechos", *Conamed,* núm. 19, 2014, p. 8, *Dialnet-LaPoliticaPublicaDeVejezEnMexico-4760916.pdf*.

a metas concretas de progresividad en los derechos con resultados de mayor cobertura, pues es un entorno natural que siempre, respecto de los derechos humanos, advirtamos áreas de oportunidad en tanto vamos expandiendo el contenido esencial de los mismos y la intención de su tutela efectiva.

V. Desafíos para un envejecimiento saludable

Pensar las vejeces necesariamente nos acerca a la diversidad poblacional, sin embargo, pese a las diferencias aparece un aspecto común en todos los mayores de 60 años:

> [...] la interacción entre los aspectos biológicos, psicológicos y sociales es el factor más importante para el funcionamiento óptimo, o no, a todos los niveles; para la adaptación o la inadaptación. No olvidemos que el envejecimiento ha de entenderse como un proceso que engloba múltiples cambios (bio-psico-social), perfectamente diferenciables entre sí, los cuales constituyen un todo indivisible que es importante conocer.[10]

Es importante no perder de vista que todas las observaciones y avances en la comprensión del proceso de envejecimiento, son aún insuficientes, especialmente en cuanto a permitir diferenciar el envejecimiento cerebral normal del patológico pese a que tengamos algunos acercamientos apreciativos y en ocasiones un tanto subjetivos.

Advertimos que, en el tema de la salud, los padecimientos tienen que ver con la funcionalidad de cada individuo y las afectaciones determinan la calidad de la vejez.

Existen personas con gran deterioro del funcionamiento de su cerebro, con bajo impacto en su funcionalidad y viceversa, lo que pone en evidencia que aún existe desconocimiento de estos procesos y sus resultantes finales.

[10] Barrio Del Campo, José A., "Envejecimiento saludable. Aportaciones para la activación cerebral", *INFAD Revista de Psicología,* vol. 7, núm. 1, 2014, p. 542, *https://www.redalyc.org/pdf/3498/349851791055.pdf*

Enfermedades frecuentes en el segmento de las personas mayores como la demencia y la depresión, comorbilidades y enfermedades crónicas requieren atención especial y gestión oportuna, pues en muchos casos la oportunidad del abordaje y la efectividad del mismo influyen en la calidad de la vejez.

Al respecto, las formas de tutela y procuración del derecho a la salud para personas mayores tienen mucha relación con la concepción social y jurídica a las personas en este rango etario, por ello, el reconocimiento de sus derechos, la promoción y la defensa son determinantes en el alcance del contenido esencial.

En el ámbito de la salud se avizora la importancia de cambiar nuestra forma de pensar, sentir y actuar con respecto a la edad y el envejecimiento, procurar la autonomía en el mayor grado posible de las personas mayores, que la atención sea integrada y centrada en las personas, y que los servicios de salud respondan a las necesidades.[11]

VI. Consideraciones finales

De manera formal el acceso al diagnóstico oportuno y verás, al consentimiento informado, a un tratamiento adecuado (incluyendo infraestructura requerida, medicamento – -al reembolso si no se proporcionó de manera oportuna el medicamento--), al trato digno, diferenciado y especial, a la información y el expediente clínico, son elementos del derecho a la salud de las personas mayores que constitucionalmente en México y a nivel convencional se encuentran reconocidos, sin embargo, encontramos diversos casos que dan cuenta de incumplimiento de obligaciones estatales, de responsabilidades médicas o institucionales, por lo que al menos, debe garantizarse la restitución del derecho violentado en los casos concretos y el acceso a la justicia con criterios especiales para las personas mayores como el trato diferenciado.

[11] Menéndez Jiménez, Jesús, "El decenio del envejecimiento saludable (2020-2030), una oportunidad para Cuba", *Revista Cubana de Salud Pública*, núm. 46, 2020, p. 3, *https://scielosp.org/pdf/rcsp/2020.v46n4/e2748/es*

Es sumamente prioritario que los enfoques de derechos humanos de las personas mayores, de ciclo de vida, de género y de transversalidad, se constituyan como ejes rectores de la legislación, políticas públicas, planes, programas y cualquier medida dirigida a la población en envejecimiento.

En este sentido, los principios de máximo uso de los recursos disponibles y de garantía del nivel mínimo del derecho a la salud deben ser observables, asimismo debe establecerse la progresividad en la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la salud en relación con lo que dispone la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente consideramos que es importante reconocer y realizar esfuerzos hacia la prevención y detección oportuna de enfermedades crónico-degenerativas,[12] que nos permitan menor intendencia en al futuro y mayor capacidad de atención y calidad en los servicios de salud.

Esta prevención es normalmente abordada desde programas gubernamentales de promoción a la salud en la vejez y recientemente desde la Agenda 2030 desde edades más tempranas haciéndose hincapié en la planeación hacia la vejez en cuanto al estilo de vida, lo que en términos de la agenda para el desarrollo sostenible armoniza con el concepto de envejecimiento activo y saludable.

Desde acciones básicas como el fomento a la actividad física, la alimentación saludable, el rechazo a adicciones, las acciones de bienestar emocional, el desarrollo de juegos de agilidad mental y motriz, podemos empezar a gestionar la vejez saludable. Ahora bien, desde las obligaciones estatales es imperioso planes y programas de prevención, pero también de identificación y medición de condiciones de envejecimiento en la población mexicana para una política interseccional con resultados más efectivos para la protección del derecho a la salud.

[12] García Sánchez, Sergio, "Envejecimiento y salud", *Medigraphic*, núm. 56, 2018, p. 2, *https://www.medigraphic.com/pdfs/imss/im-2018/ims181a.pdf*

Referencias

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, año LXV, núm. 119, junio de 2001.

Barrio Del Campo, José A., "Envejecimiento saludable. Aportaciones para la activación cerebral", *INFAD Revista de Psicología,* vol. 7, núm. 1, 2014.

Corcuera R., Hidalgo, *et al*., *Exigibilidad del derecho a la salud. Acceso a la atención, tratamiento e insumos en salud sexual y reproductiva y VIH-SIDA*, Lima, Consorcio de Investigación Económica y Social, Observatorio del derecho a la salud, 2006.

García Ramírez, José Carlos, *Los derechos y los años,* México, Plaza y Valdes editores, 2006.

García Sánchez, Sergio, "Envejecimiento y salud", *Medigraphic,* núm. 56, 2018.

López Arellano, Oliva y López Moreno, Sergio, *Derecho a la Salud en México,* México, UAM, 2015.

Menéndez Jiménez, Jesús, "El decenio del envejecimiento saludable (2020-2030), una oportunidad para Cuba", *Revista Cubana de Salud Pública*, núm. 46, 2020.

Piñas Mesa, Antonio, "Antropología del envejecimiento: el respeto a la autonomía del mayor. mejorar el cuidado mediante la bioética narrativa", R*evista Iberoamericana de Bioética,* núm. 12, 2020.

Razo González, Angélica María, "La política pública de vejez en México: de la asistencia pública al enfoque de derechos", *Conamed,* núm. 19, 2014.

La influencia del diseño y aplicación del presupuesto público en la libertad de investigación científica

***

The influence of the design and application of the public budget on the freedom of scientific research

*Rodrigo Brito Melgarejo**

Resumen: este texto pretende evidenciar que la asignación de recursos públicos suficientes para la investigación científica es un elemento fundamental para hacer efectivo el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Además, en él se sugiere que el enfoque de derechos humanos debe fungir como hoja de ruta en el diseño y aplicación del presupuesto público para lograr, a través del conocimiento de las obligaciones que derivan del derecho a la ciencia, que la libertad de investigación científica sea una realidad.

Abstract: this text aims to show that providing sufficient public resources for scientific research is essential to make effective the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. Furthermore, it suggests that the human rights approach should serve as a roadmap in the design and implementation of public budget to make freedom of scientific research a reality taking into account the obligations that derive from the right to science.

* Profesor titular de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Palabras clave: derecho a la ciencia, libertad de investigación científica, presupuesto público, enfoque de derechos humanos.

Keywords: right to science, freedom of scientific research, public budget, human rights based approach.

Sumario: I. El papel de la comunidad científica en el desarrollo. II. El contenido de la libertad de investigación científica. III. Libertad de investigación científica y presupuesto. IV. La necesidad de repensar el diseño y aplicación del presupuesto bajo un enfoque de derechos humanos para favorecer el desarrollo científico.

I. El papel de la comunidad científica en el desarrollo

La importancia de la ciencia en el desarrollo de las sociedades democráticas y, en consecuencia, en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que forman parte de ellas, se hizo evidente durante la pandemia que azotó al mundo debido a los contagios provocados por el SARS-CoV-2. Los trabajos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) fueron reveladores en este sentido, al referir las consecuencias que pueden derivar de la falta de apoyos al desarrollo científico.

Los datos aportados por el BID mostraron en su momento que problemas como los derivados de la pandemia por COVID-19 requerían una reacción eficaz e inmediata por parte de la comunidad científica. Este escenario puso a prueba la capacidad de respuesta de los Estados y la eficacia de su política en materia de ciencia, pues para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el coronavirus era necesario contar con sistemas científicos que permitieran desarrollar pruebas de detección rápidas y efectivas, desarrollar vacunas, buscar terapias verdaderamente eficaces, perfeccionar algoritmos predictivos de evolución de las enfermedades provocadas por el SARS-CoV-2, etc. Desde luego, para contar con este tipo de sistemas además eran indispensables condiciones habilitantes para investigar que hicieran

posible el acceso a reactivos, equipamiento, laboratorios y personal especializado.[1]

El BID, por ejemplo, desveló el impacto diferenciado que tuvieron las respuestas científicas y gubernamentales durante los primeros meses de la pandemia, pues mientras en países como Estados Unidos o China se produjo cerca del 65% del total de artículos científicos relacionados con el COVID-19, en América Latina y el Caribe, debido a los obstáculos que enfrentaba la comunidad científica (v.g. procesos burocráticos lentos y complejos), la investigación que se produjo sobre el tema representó poco menos del 4% del total de publicaciones en el mundo.[2]

Al leer estos datos quizá podría pensarse que no importa tanto el lugar en que se cree el conocimiento científico, pues finalmente los beneficios que pueden obtenerse de él son globales y, en consecuencia, no tendría sentido invertir grandes cantidades de dinero en la ciencia a nivel nacional o mejorar las condiciones en que la comunidad científica desarrolla sus labores.[3] Sin embargo, la pandemia por COVID-19, nos ofreció una lección en sentido opuesto pues, como señaló también el Banco Interamericano de Desarrollo, haber dotado de infraestructura, insumos adecuados, equipamiento y recursos humanos a sus sistemas científicos, hubiera permitido a los países absorber y decodificar los avances desarrollados a nivel global y probar si estos se mantenían en las condiciones idiosincráticas de cada uno de ellos, facilitando de esta manera el desarrollo de eventuales adaptaciones y proveyéndolos de una mejor capacidad de respuesta doméstica a la sobredemanda de bienes, insumos y servicios para responder a la emergencia.[4]

Estas referencias demuestran la importancia de la ciencia en contextos de emergencia, pero no debe olvidarse que, en situaciones de normalidad, el trabajo de la comunidad científica es también fundamental para el desarrollo y la mejora de las con-

---

1 Banco Interamericano de Desarrollo, *Respuestas al COVID-19 desde la ciencia, la innovación y el desarrollo productivo*, Washington, BID, 2020, p. 38.

2 *Ibidem*, pp. 40-41.

3 *Ibidem*, p. 50.

4 *Idem*.

diciones de vida de las personas, pues implica la comprensión de los procesos y fenómenos que ocurren tanto en la naturaleza como en la sociedad.[5] Por ello, quienes se dedican a la investigación, a través de procesos de estudio, experimentación, conceptualización y comprobación de las teorías que intervienen en la creación del conocimiento científico,[6] han tenido y tienen un rol fundamental para aumentar el bienestar cultural y material de la ciudadanía, así como para promover los ideales y objetivos de paz a través de la equidad, la comprensión mutua y la cooperación.[7]

De hecho, en la segunda mitad del siglo xx comenzó a darse un impulso significativo en el ámbito internacional a la investigación científica. La Asamblea General de la ONU, por ejemplo, a través de la *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad*, señaló en su momento al progreso científico y tecnológico como uno de los factores más importantes del desarrollo de la sociedad humana y consideró, además, que a través de él se crean posibilidades cada vez mayores de mejorar las condiciones de vida de los pueblos y las naciones.[8]

Es evidente entonces que, de la misma forma que la enseñanza, la investigación se encuentra en la base del desarrollo de la so-

---

5 En el párrafo 1 de la *Recomendación relativa a la situación de los investigadores científicos,* adoptada por la Conferencia General de la UNESCO se define a la ciencia como: "el proceso en virtud del cual la humanidad actuando individualmente o en pequeños o grandes grupos, hace un esfuerzo organizado mediante el estudio objetivo de los fenómenos observados, para descubrir y dominar la cadena de causalidades; reúne de forma coordinada los resultantes subsistemas de conocimiento por medio de la reflexión sistemática y la conceptualización, a menudo ampliamente expresada bajo forma de símbolos matemáticos; y con ello se da a sí misma la posibilidad de utilizar, para su propio progreso, la comprensión de los procesos y de los fenómenos que ocurren en la naturaleza y en la sociedad".

6 De esta forma se define a la investigación científica por parte de la UNESCO, en la *Recomendación* que desarrolla la situación de las y los investigadores científicos.

7 *Ibidem*, párr. 4.

8 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad*, Res. 3384 (XXX), 10 de noviembre de 1975, *passim*.

ciedad y, por tanto, tiene que ser protegida en función del interés social.[9] Y es que, si bien el moderno Estado social reconoce en la ciencia un elemento fundamental del desarrollo, para ampliar sus competencias en esa dirección el propio Estado depende de la información que le brinda el sistema científico.[10] Frente a esta necesidad adquiere gran valía que, siempre dentro de los límites que establecen las normas jurídicas, la comunidad científica tenga la libertad de cuestionar y someter a prueba el conocimiento científico, para proponer nuevas ideas y sostener opiniones que incluso puedan ser incómodas para el Estado. De esta forma, la libertad de investigación científica adquiere un papel fundamental en la búsqueda de los cambios que permiten que la sociedad avance.

II. El contenido de la libertad de investigación científica

La libertad de investigación científica debe entenderse como un derecho complejo con facetas diversas que comprende la actuación de quienes integran la comunidad científica en lo individual, pero también una serie de acciones a cargo de los poderes públicos que se relacionan con actividades de fomento que deben desarrollarse a favor de la sociedad.[11] Dada la importancia que tiene el ejercicio de esta libertad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 15.3 que los Estados parte se comprometen a respetarla como un elemento del derecho que tienen todas las personas a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

De hecho, en la Observación general 25 del Comité de Dere-

[9] Cippitani, Roberto, "La libertad de cátedra e investigación en el ámbito de los derechos humanos", en Buenrostro Ceballos, Alfredo Félix (coord.), *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos,* Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2014, p. 141.

[10] Rodríguez de Santiago, José María, "Libertad de investigación científica y sexenios", *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 44, 2012, p. 233.

[11] Ahumada Canabes, Marcela, "La libertad de investigación científica. Orígenes de este derecho y configuración constitucional", *Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 10, vol. 1, enero-junio de 2008, p. 12.

chos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se hace referencia a la necesidad de una sólida protección de la libertad de investigación para que la ciencia florezca y se desarrolle. Esta libertad, de acuerdo con lo señalado por el Comité, comprende varias dimensiones, entre las que se encuentran:

> la protección de los investigadores contra la influencia indebida en su juicio independiente; la posibilidad de que los investigadores establezcan instituciones autónomas de investigación y definan los fines y los objetivos de la investigación y los métodos que se hayan de adoptar; la libertad de los investigadores de cuestionar libre y abiertamente el valor ético de ciertos proyectos y el derecho de retirarse de esos proyectos si su conciencia así se lo dicta; la libertad de los investigadores de colaborar con otros investigadores, tanto en el plano nacional como en el internacional; y el intercambio de datos y análisis científicos con los encargados de formular políticas y con el público siempre que sea posible.[12]

El Comité DESC señala, además, que los Estados no solamente deben abstenerse de interferir en la libertad de las personas e instituciones para desarrollar la ciencia y difundir sus resultados, sino también "adoptar medidas positivas para el avance de la ciencia (desarrollo) y la protección y la difusión de los conocimientos científicos y sus aplicaciones (conservación y difusión)".[13] Esas medidas son fundamentales en un contexto como el actual, pues en este siglo sería inconcebible pensar "en la creación de trabajos decentes, en el combate a la pobreza y en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática sin usar ciencia de forma extensiva, aplicar las tecnologías adecuadas localmente, introduciendo el concepto de innovación en todos los niveles de vida de la sociedad y mejorando la enseñanza de la ciencia".[14]

---

12 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, *Observación general núm. 25 relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* aprobada en el 67º periodo de sesiones realizado del 17 de febrero al 6 de marzo de 2020, párr. 13.

13 *Ibidem*, párr. 14.

14 Chaimovich, Hernán, "Presentación", en Scwartzman, Simon (ed.), *Universidad y desarrollo en Latinoamérica: experiencias exitosas de centros de investigación*, Caracas, UNESCO-IESALC, 2008, p. iii.

Esto evidencia que la investigación es fundamental para el avance de la sociedad, pero a pesar de ello, las tensiones entre la comunidad científica y el Estado pueden existir y, de hecho, han existido, debido a que en ocasiones las autoridades pueden tener la intención de proteger ciertos intereses políticos, económicos o de otra índole que ocasionalmente son criticados, cuestionados o señalados por quienes forman parte de la comunidad científica. Mauricio Schoijet señala, por ejemplo, que en los años 80 se liquidaron algunos proyectos científicos e incluso un centro de investigación, probablemente porque ciertos sectores pertenecientes a la burocracia pretendían limitar la investigación relacionada con ciertos temas dentro del ámbito de los aparatos estatales, o bien, porque algunos empresarios no querían que se investigaran aspectos relacionados con contaminación o daño ambiental para no verse perjudicados.[15]

En escenarios como este, los elementos que permitan el ejercicio efectivo de la libertad de investigación científica se vuelven fundamentales pues, como mencionó en su momento Conrad Russell, en un país libre, deben existir códigos de valores y sistemas de creencias antitéticos a los sostenidos por el Gobierno del momento.[16] La existencia de fuentes de ideas objetivas e independientes que planteen retos intelectuales a los diversos órganos de gobierno para examinar sus propias creencias en forma crítica se vuelve, consecuentemente, un presupuesto para la mejor toma de decisiones. Es verdad que ciertos planteamientos críticos pueden molestar en principio a las autoridades, pero si estos se encuentran bien sustentados, es mejor que el Gobierno lo

[15] Schoijet Glembotzky, Mauricio, "Libertad académica y represión: una ojeada histórica", *Alegatos,* núm. 84, mayo-agosto de 2013, p. 626. Este autor refiere como ejemplo el Proyecto Lázaro Cárdenas dirigido por el profesor John Saxe Fernández de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, que se ocupaba de aspectos relacionados con recursos energéticos y minerales. Dicho proyecto recibía financiamiento por parte de Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad y se extinguió, precisamente, por el retiro de estos apoyos en 1983 debido a la incomodidad que causaron en las autoridades las actividades de investigación que en él se realizaban.

[16] Russell, Conrad, *La libertad académica*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2009, pp. 56 y ss.

descubra antes y no después de actuar.[17] Por ello es fundamental que la investigación científica mantenga los apoyos financieros por parte del Estado, pues las autoridades requieren del trabajo de personas que, con disciplina intelectual, les digan, qué es lo que puede y no puede hacerse.

III. Libertad de investigación científica y presupuesto

La asignación de recursos públicos suficientes para la investigación científica es, como se ha visto, un presupuesto fundamental para hacer efectivo el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. Esa asignación, desde luego, debe ser permanente, pero también tiene que tomar en cuenta las metas que la comunidad científica se plantea a largo plazo y, por tanto, debe estar encaminada a fortalecer los centros de investigación, permitiendo que quienes en ellos trabajan actúen con libertad para alcanzar sus propios objetivos, pues estos son críticos para que la ciencia pueda reaccionar frente a situaciones imprevistas o de crisis.[18]

Por estos motivos, el Comité DESC a través de las observaciones que realizó en sus informes, ha recomendado a México que incremente la asignación presupuestaria destinada a la investigación científica.[19] Pero a pesar de esta encomienda, el porcentaje del Producto Interno Bruto destinado a Investigación y Desarrollo (R&D) en el país es de los más bajos entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

17 *Idem*.

18 Banco Interamericano de Desarrollo, *op. cit.*, p. 51. De hecho, la Recomendación relativa a la situación de los investigadores científicos es clara al determinar que, en su planteamiento sobre ciencia y tecnología, los Estados deben considerar el financiamiento con recursos públicos de la investigación científica como una forma de inversión cuyo rendimiento es, en su mayor parte, a largo plazo. Véase al respecto el párrafo 5 de este instrumento internacional.

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México", E/C.12/MEX/CO/5-6. Ginebra, Naciones Unidas, 2018.

(OCDE) pues, mientras en los últimos años el promedio de dichos Estados ha sido mayor al 2%,[20] en México la cifra fue mucho menor y, además, los recursos asignados a este rubro también fueron fluctuantes. En el año 2010, por ejemplo, el porcentaje del PIB asignado a R&D fue del 0.495%, mientras que en el 2017 fue solamente del 0.327%.[21]

Ahora bien, si se toman en cuenta las partidas del Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) que se han asignado a la ciencia considerando las sumas destinadas a este sector desde que se creó el Ramo 38,[22] las cosas no son muy distintas. Las cifras contenidas en la tabla que se presenta a continuación evidencian que la tendencia en lo que se refiere a asignaciones presupuestarias fue al alza hasta el 2016,[23] pero después de ese año se hicieron recortes importantes en los montos que se destinaron al Ramo 38 en los presupuestos de los años 2017 y 2019. Después de este último año, se dieron incrementos sostenidos, pero estos no fueron suficientes para llegar al monto que se le asignó a este Ramo ocho años antes.

Asignaciones en el PEF al Ramo 38 (2003-2024).

Año	*Presupuesto Aprobado*	*Gasto neto total en el PEF*
2003	7,935,843,636	1,524,845,700,000
2004	7,705,976,355	1,650,505,100,000
2005	8,143,312,760	1,818,441,700,000

[20] En el 2021, último dato con el que se cuenta en el sitio Web de la OCDE, el promedio del porcentaje de los países que pertenecen a esta organización destinado a Investigación y Desarrollo fue del 2.718%. Véase *https://data.oecd.org/rd/gross-domestic-spending-on-r-d.htm*

[21] *Idem.*

[22] Este ramo presupuestal en México se creó para las asignaciones que se harían al entonces Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología como entidad no sectorizada.

[23] Es verdad que en el año 2004 hubo un ajuste a la baja, pero este no fue tan significativo como los que se realizarían a partir del año 2017. Además, ese ajuste podría comprenderse debido a que las asignaciones presupuestales no sectorizadas al Conacyt se habían implementado el año anterior.

Año	*Presupuesto Aprobado*	*Gasto neto total en el PEF*
2006	8,859,247,600	1,973,500,000,000
2007	9,330,648,958	2,260,412,500,000
2008	11,876,003,700	2,569,450,200,000
2009	15,474,732,726	3,045,478,600,000
2010	15,946,592,413	3,176,332,000,000
2011	17,619,011,554	3,438,895,500,000
2012	21,872,176,958	3,706,922,200,000
2013	25,245,962,047	3,956,361,600,000
2014	31,086,324,134	4,467,225,800,000
2015	33,706,667,621	4,694,677,400,000
2016	34,010,260,421	4,763,874,000,000
2017	26,963,512,279	4,888,892,500,000
2018	27,225,876,510	5,279,667,000,000
2019	24,764,719,642	5,838,059,700,000
2020	25,658,798,449	6,107,732,400,000
2021	26,573,104,028	6,295,736,200,000
2022	29,564,150,670	7,088,250,300,000
2023	31,655,085,408	8,299,647,800,000
2024	33,170,745,272	9,066,045,800,000

Esos altibajos presupuestales y las insuficientes asignaciones de recursos a la ciencia han causado y siguen provocando enormes preocupaciones a las personas que forman parte de la comunidad científica, ya que este tipo de acciones hacen más difícil que quienes llevan a cabo labores de investigación, realicen sus actividades a fin de contribuir al ejercicio efectivo del derecho a gozar del progreso científico y de sus aplicaciones.

No debe olvidarse que el marco institucional relacionado con la ciencia necesita, para funcionar de manera adecuada, de apoyos económicos de carácter público pues, aun cuando la libertad de investigación científica es en primer lugar un derecho *frente* al Estado, es innegable que se ejerce también, en buena medida,

dentro del Estado (tanto en las universidades como en organismos públicos de investigación), *en* y *a través de* organizaciones estatales.[24] Por tanto, los mandatos relacionados con el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones que derivan del propio texto constitucional y de diversos instrumentos internacionales, deberían traducirse en acciones concretas a través de las cuales el Estado no solamente cree, sino también mantenga e incluso, siempre que sea posible, aumente de manera sostenida los presupuestos asignados a la ciencia.

No puede pasarse por alto que los efectos de los recortes al gasto en materia de ciencia inciden en la actuación de las instituciones públicas dedicadas a la investigación, cuyos integrantes pueden ver coartada —o al menos disminuida— su libertad para realizar las actividades que tienen encomendadas a fin de participar en el progreso científico. El Instituto de Investigaciones "Dr. José María Luis Mora", por poner solamente un ejemplo, al tener que realizar en el año 2019 ciertos ajustes presupuestales como resultado de una instrucción del titular del Ejecutivo Federal dictada a través de un memorándum en el que se señalaron medidas de cumplimiento obligatorio que afectaron el gasto operativo de dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, se vio obligado a cancelar el Observatorio de Cooperación Internacional para el Desarrollo, además de reducir la producción editorial, reducir en más de la mitad la asistencia de los investigadores a presentaciones de libros, conferencias y coloquios, así como limitar los horarios de atención de su biblioteca.[25] Estas decisiones evidencian que los recortes al presupuesto público asignado al Instituto Mora pueden afectar las condiciones en las que ejercen sus funciones quienes integran su comunidad y, como consecuencia, también el progreso científico y los beneficios que de este derivan para las personas interesadas en su campo de estudio.

---

24 Rodríguez de Santiago, José María, *op. cit.*, p. 231.

25 Instituto de Investigaciones "Dr. José María Luis Mora", *Respuesta a la solicitud de acceso a la información número 1128000003419,* 15 de julio de 2019.

IV. La necesidad de repensar el diseño y aplicación del presupuesto bajo un enfoque de derechos humanos para favorecer el desarrollo científico

Los insuficientes recursos que se destinan a la ciencia en México y los vaivenes en las asignaciones presupuestales enfocadas a este rubro son muestra de la falta de enfoque de derechos humanos en el diseño y aplicación del presupuesto público. Estos contextos erosionan el binomio que debería formarse a partir de la asignación apropiada de recursos y el ejercicio efectivo de las libertades que derivan del derecho a la ciencia. Para restaurar esa relación es necesario repensar el ingreso y el gasto bajo el enfoque de derechos humanos a fin de lograr la definición de políticas y acciones públicas que permitan modificar los esquemas e instrumentos que inciden en la materialización de la libertad de investigación científica. Lo anterior, pues no debe olvidarse que las obligaciones que se desprenden del derecho a gozar del progreso científico y de sus aplicaciones articulan estándares que tienen implicaciones en la forma en que el gobierno recauda ingresos, asigna y gasta fondos y evalúa y audita el presupuesto para hacer posible el ejercicio de las libertades que se relacionan con la investigación científica.[26]

El *Scientific Advisory Board* de Naciones Unidas, en un informe que contó con el respaldo de la UNESCO, pidió a los Estados —incluso a los más pobres— que invirtieran al menos el 1% de su Producto Interno Bruto en investigación e instó a los más avanzados a que gastaran, por lo menos, el 3% en investigación y desarrollo.[27] Dicha solicitud atiende a los compromisos que derivan, entre otros estándares internacionales, de los contenidos del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

[26] *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas-International Budget Partnership, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales,* Nueva York, ACNUDH-IBP, 2017, p. 39.

[27] Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, París, UNESCO, 2009, párr. 51.

Sociales y Culturales. Es verdad que existen otros fondos de carácter privado que financian la investigación científica y, aunque esta práctica no es *per se* contraria a los instrumentos normativos que protegen el derecho a la ciencia y las libertades que de él derivan, si los recursos que respaldan la investigación proceden de la iniciativa privada, eventualmente podrían condicionarse las actividades realizadas por la comunidad científica, ya que en ocasiones los donantes pretenden imponer condiciones a sus regalos que invaden las libertades de quienes generan conocimiento científico.[28]

El Comité DESC ha señalado en este sentido que "la privatización a gran escala de la investigación científica sin ninguna otra consideración podría tener a veces efectos negativos en el disfrute [del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones".[29] Lo anterior pues:

> En algunos casos, las investigaciones científicas realizadas o financiadas por agentes privados pueden crear conflictos de intereses, por ejemplo, cuando las empresas apoyan investigaciones relacionadas con el tipo de actividades económicas en las que participan, como ocurrió en el pasado con algunas empresas tabacaleras.[30]

Para evitar que se presenten estas prácticas y frenar sus consecuencias, el Comité señala que deberían establecerse "mecanismos para la divulgación de esos conflictos de intereses reales o percibidos".[31] Pero además de estas medidas, una manera de reducir estas prácticas es destinar un presupuesto adecuado a los ramos que involucran a la ciencia a fin de permitir que los investigadores puedan ejercer sus actividades con libertad y sin condicionamientos perjudiciales para su labor. Por ello, el enfoque de derechos humanos debe fungir como hoja de ruta en el diseño y aplicación del presupuesto público para lograr, a través

---

28 Bok, Derek, *Más allá de la torre de marfil. La responsabilidad social de la universidad moderna,* Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2008, p. 284.

29 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, *Observación general núm. 25*, *op. cit*., párr. 58.

30 *Ibidem*, párr. 59.

31 *Idem*.

del conocimiento del contenido obligacional que deriva del derecho a la ciencia, hacer de la libertad de investigación científica una realidad.

Referencias

Ahumada Canabes, Marcela, "La libertad de investigación científica. Orígenes de este derecho y configuración constitucional", *Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 10, vol. 1, enero-junio de 2008.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad*, Res. 3384 (XXX), 10 de noviembre de 1975.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Respuestas al COVID-19 desde la ciencia, la innovación y el desarrollo productivo*, Washington, BID, 2020.

Bok, Derek, *Más allá de la torre de marfil. La responsabilidad social de la universidad moderna,* Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2008.

Chaimovich, Hernán, "Presentación", en Scwartzman, Simon (ed.), *Universidad y desarrollo en Latinoamérica: experiencias exitosas de centros de investigación*, Caracas, UNESCO-IESALC, 2008.

Cippitani, Roberto, "La libertad de cátedra e investigación en el ámbito de los derechos humanos", en Buenrostro Ceballos, Alfredo Félix (coord.), *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos,* Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California, 2014.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, Observación general núm. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada en el 67º periodo de sesiones realizado del 17 de febrero al 6 de marzo de 2020.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, "Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México", E/C.12/MEX/CO/5-6. Ginebra, Naciones Unidas, 2018.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas-International Budget Partnership, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales,* Nueva York, ACNUDH-IBP, 2017.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Recomendación relativa a la situación de los investigadores científicos,* adoptada por la Conferencia General de este organismo en su 18ª reunión, celebrada en París del 17 de octubre al 27 de noviembre de 1974.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, París, UNESCO, 2009.

Rodríguez de Santiago, José María, "Libertad de investigación científica y sexenios", *Revista catalana de dret públic,* núm. 44, 2012.

Russell, Conrad, *La libertad académica*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2009.

Schoijet Glembotzky, Mauricio, "Libertad académica y represión: una ojeada histórica", *Alegatos,* núm. 84, mayo-agosto de 2013.

Derecho constitucional e idoneidad del servicio educativo

***

Constitutional law and suitability of the educational service

*Eddy Chávez Huanca**

Resumen: el presente texto relata cómo se ha ido implementando la agencia de competencia encargada de defender los derechos de los consumidores en cuanto a servicios, y en el caso particular los de carácter educativo; asimismo, describe las dimensiones desarrolladas por el Tribunal Constitucional respecto del derecho a la educación y su problemática social, de igual modo tiene como objetivo manifestar que las reformas que se han realizado a la Constitución en el ámbito educativo resultan populistas y sin sustento económico, concluyendo que la voluntad jurídica tiene que ir a la par con el papel de los gobernantes y de la ciudadanía.

Abstract: the present text relates how the competition agency in charge of defending the rights of consumers in terms of services, and in the particular case those of an educational nature, has been implemented; in addition, it describes the dimensions developed by the Constitutional Court with respect to the right

* Abogado, maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Publicaciones y Documentación en el Tribunal Constitucional del Perú, editor de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, director de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

to education and its social issues, In the same way, it has the purpose to show that the reforms that have been made to the Constitution in the educational field are populist and without economic support, concluding that the legal intention has to go hand in hand with the role of government and citizenship.

Palabras clave: Estado constitucional, derecho a la educación, servicio educativo, reforma constitucional, populismo constitucional.

Keywords: constitutional State, right to education, educational service, constitutional reform, constitutional populism.

Sumario: I. Antecedentes. II. Educación ¿derecho o servicio? III. Vehículos de movilidad social. IV. El Estado peruano y los padres de familia. V. Freno a las reformas populistas. VI. Constitución e idoneidad del servicio educativo. VII. Conclusiones. Referencias.

> 31. Egoísta. —Tú, siempre a "lo tuyo". —Pareces incapaz de sentir la fraternidad de Cristo: en los demás, no ves hermanos; ves peldaños.
>
> Presiento tu fracaso rotundo. —Y, cuando estés hundido, querrás que vivan contigo la caridad que ahora no quieres vivir.
>
> *Camino*
> Josemaría Escrivá de Balaguer

I. Antecedentes

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) tiene dentro de sus funciones la defensa de los derechos de los consumidores ya sea en el ámbito de la adquisición de productos o cuando terceros hayan prestado servicios, esto último abarca a la prestación de servicios educativos ya sea por entidades públicas o privadas. En relación a ello, las razones fácticas de las denuncias que más recibe Indecopi por parte de los consumidores son: falta de ido-

neidad en el servicio, posibles actos de discriminación, incumplimiento de los deberes de información, cláusulas abusivas, entre otras razones que no son tan numerosas como las mencionadas.

Los orígenes de Indecopi van de la mano con la última reforma estructural del Estado peruano —a inicios de los años 90—, donde uno de los ejes principales era reformar la administración de justicia, se había puesto en boga —una vez más (asunto atávico)—, a todos los niveles; décadas antes ya se venía hablando de una "nueva reforma", la desjudicialización de los problemas en el país, divorcio *express*, masificación del arbitraje, modernización de la infraestructura judicial y un sinfín de temas entre los cuales se establece que la defensa de los derechos del consumidor se deben desarrollar a través de una agencia de competencia (Indecopi).

Al mismo tiempo en 1993 se aprueba nuestra actual Constitución (Indecopi es fundado en 1992, resulta una entidad preconstitucional), que en sus inicios (a la par con sus fundadores en mayoría economistas y civilistas) venían desarrollando de manera institucional una forma aun "novedosa" para estos lares, de interpretar el derecho utilizando el *análisis económico del derecho* (en adelante AED) en su vertiente norteamericana. Muestra de ello que fueron ingresando en el razonamiento jurídico, herramientas de la microeconomía como por ejemplo la del consumidor razonable, individuo optimizador, *free-rider,* costo de oportunidad y muchas otras.

En ese ínterin, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que hace su aparición en la Constitución peruana de 1979, se instala en noviembre de 1982. Ya con la Constitución de 1993 pasa a denominarse Tribunal Constitucional que se instala en 1996. En esta oportunidad, la mención a las fechas antedichas hay que vincularlas con la evolución de los controles de constitucionalidad, desarrollo de los principios que limitan la interpretación, el bloque de constitucionalidad, los límites al ejercicio del poder público, privado o generado por nuevos fenómenos híbridos, el desarrollo de los principios que resultan el *elam* de la Constitución, el posicionamiento jurisdiccional y su influencia en todo el sistema jurídico peruano, que finalmente se debe traducir en una constitucionalización del mismo.

Ante ese escenario, desde la instalación del tribunal ¿cuánto se ha avanzado en los temas referidos en el párrafo anterior? ¿la resolución de conflictos en el fuero de Indecopi toma en consideración el razonamiento constitucional? ¿se ha logrado un equilibrio entre el razonamiento funcionalista promovido por el AED y la defensa de los derechos fundamentales? 42 años después de instalado el Tribunal constitucional ¿Indecopi viene desarrollando en sus criterios la defensa de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad? al brindar las respuestas a estas interrogantes podremos entender mejor el estado de la cuestión de cuál es el mensaje que le está dando Indecopi a la sociedad peruana al resolver problemas vinculados a la idoneidad de los servicios educativos.

De ese cúmulo de conflictos de intereses, en relación a la idoneidad en el servicio se abre un panorama donde se cuestionan diversos temas, en principio debemos prestar atención a cómo es que Indecopi viene resolviendo el aparente conflicto entre derecho a la educación y derecho a la libertad de empresa, este último haciendo referencia a los centros educativos privados, no son los únicos, pero si los más evidentes. En el caso de los estudiantes menores de edad se suma por ejemplo el derecho y deber de los padres de educar y al mismo tiempo cumplir con las obligaciones económicas que implica educar a los hijos.

II. Educación ¿derecho o servicio?

Desde un punto de vista exegético en la que acontece a la educación, en la Constitución peruana de 1993 explícitamente se encuentra entre el artículo 13 al 19, donde se señala la plataforma constitucional para el desarrollo de las políticas educativas, las mismas que se encuentran establecidas como derechos. A la postre, se irá desarrollando en repetidas sentencias del tribunal constitucional el carácter binario del derecho a la educación, reconociendo que además es un servicio. Está precisión no es un tema menor como veremos más adelante.

En la discusión social aún se mantienen relatos antagónicos señalando por un lado que la educación es un derecho y por el otro, por su propia naturaleza y manera de acceder a ella, se re-

conoce que es un servicio, dichos debates no han estado ajenos al populismo y factores mediáticos. Desde el ámbito constitucional, el tribunal constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades reconociendo el carácter binario de la educación, es decir que además de ser derecho es un servicio.

¿Quién hizo más por concretizar los vínculos *Estado-derecho-sociedad*? Previamente debemos señalar que la Constitución como cultura es una de las facetas menos conocidas y practicadas por parte de la ciudadanía (gobernantes y gobernados), en esa línea, una de las facetas del derecho a la educación es instruir, formar y cultivar a las personas. El debate se desarrolla discutiendo a quien le corresponde brindar todo ese cumulo de actividades que engloba el arte de educar. A pesar del auge contractualista en la mentalidad de la mayoría de la población (sin desconocer que hay contractualismos que reconocen a la familia como la base de la sociedad y del Estado), compartimos una visión que al día de hoy se puede ver hasta conservadora y tradicional, la familia y en particular los padres son los que tienen que educar a sus hijos y no el Estado. Ese reconocerse como parte del algo (Estado), respetar el mandato de la autoridad (basado en el derecho) son labores que han ido construyendo espontáneamente gracias a la familia, por ende, esta primero y luego el Estado.

Ello en la práctica dista mucho de ser realidad, lo que más concurre en la sociedad peruana son las familias disfuncionales. Con los altos índices de embarazo adolescente, embarazos no deseados, se suman incluso factores culturales de diversos lugares del territorio nacional, en algunos casos vinculados al machismo, en otros a una suerte de —podemos llamarlo por ahora— mentalidad agraria, que se traduce en la creencia de que a mayor cantidad de hijos, mayores posibilidades de trabajar mejor y más tierras de las que uno posee, los altos índices de abandonos de hogar y otros fenómenos, ocasionan el debilitamiento de la familia, que es la base de la sociedad. Ello ocasiona la existencia de una multitud de niños y jóvenes que son enviados a los diferentes niveles educativos sin una identidad familiar en los aspectos de la ética, con índices de desnutrición, incluso con cuadro de violencia intrafamiliar, hasta con relativización de la propia identidad.

Otra de las criticas permanentes que se hace al sistema educativo es, que aún mantiene su formato decimonónico con todo lo que implican sus características, a destacar: una formación de corte memorístico, empeñada en la imposición de la disciplina incluso mezclada con violencia, cerrarle el paso a ideas nuevas y el énfasis en materias clásicas y religiosas, se suma a ello el cuestionable nivel de preparación de la gran mayoría de la plana docente que no logra separar dentro de sus elementos a los recursos humanos perniciosos, muy marcados por el activismo político y labor mediática, que transitan las aulas más enfocados en el adoctrinamiento con énfasis en propuestas gramscianas.

III. Vehículos de movilidad social

Aún se discute cuál fue la institución que más hizo para introducir en el mundo civilizado, en la convivencia social, en la idea de ciudadanía, en ser parte de una nación a aquellos seres humanos que nacieron en un territorio (país *in fieri*) expuesto a la anarquía y el despotismo. Tres son las instituciones que se disputan dicha responsabilidad y protagonismo: *escuela*, *iglesia católica*, *fuerzas armadas*, cuál de ellas formó para enfrentar la vida diaria y donde cada uno de sus participantes pueda decir que aquello que aprendió le ha servido para su desenvolvimiento personal en el ámbito académico, laboral, social, etc. ¿Cuál de esas tres instituciones brindó mayores herramientas para que las personas puedan desenvolverse en sus diferentes ámbitos?

Algunos autores señalan que ha sido la institución castrense a través del servicio militar la que mejor tendió los puentes hacia la integración social del hombre peruano, una integración que no deja de tener sus espacios cuestionables como relata a modo de denuncia Mario Vargas Llosa en *La ciudad y los perros* sobre aquellos rituales de violencia que se desarrollan en esas estructuras sociales del Colegio Militar Leoncio Prado, o aquel relato andino lleno de crudeza realizado por Ciro Alegría en *Los perros hambrientos* o la pentalogía de Manuel Scorza donde destaca la importancia que podía llegar a tener un licenciado del ejército cuando retornaba a sus comunidades campesinas, en ese sentido también una inacabable andanada de relatos de la literatura

indigenista que pinta al hombre del ande, el servicio militar y su penetración en la vida sindical, política, hasta educativa de aquel que había hecho servicio militar como evento que le había dejado muchas cosas útiles.

La iglesia y la palabra de Dios expresada a través de los párrocos era transmitida a las mujeres (madres esposas, hijas) y mujer la primera en educar a los varones le transmitía los valores cristianos, el temor a Dios y demás doctrinas del evangelio que debían servir como principios para fortalecer la familia, el trabajo y demás. Habría que advertir cuantas de las mujeres que recibían la doctrina del evangelio cristiano sabían leer, escribir y tenían las condiciones mínimas para transmitir dicha información a sus hijos, el número era reducido.

La instrucción básica debe servir para combatir el analfabetismo, generar que el escenario de posibilidades de cada una de las personas sea mayor, combatir la ignorancia es construir democracia, los ciudadanos que no conocen sus derechos mucho menos van a poder defenderlos o exigir los límites al ejercicio del poder por parte de la autoridad o de privados. También, la carencia de maestros y de infraestructura idónea ha generado un estancamiento en el desarrollo educativo, el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución peruana vigente señala lo siguiente: "Artículo 14°. La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad".[1]

Ello no será posible si no se ejecuta de manera institucional una partida económica de impacto nacional. Resulta importante construir y desarrollar infraestructura educativa, la misma que reúne características propias, no es solamente una construcción para el desarrollo, tiene que incluir también características de esparcimiento, y dicha calidad educativa en torno a la infraestructura tiene que ser implementada a tres niveles. A saber: primario, secundario y terciario, el primero de ellos orientado a contar con la infraestructura con una naturaleza a corto plazo, con la segunda característica se suma la posibilidad de darle mantenimiento

[1] Constitución Política del Perú, art. 14°.

y la tercera además permite una evaluación cuantitativa y cualitativa respecto de su uso, medir el impacto de la infraestructura es tan importante como de la capacitación y calidad del perfil docente, La Constitución del 93 señala la finalidad de la educación: "Artículo 13°. La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo".[2]

Se han ido construyendo establecimientos educativos para todos los niveles (algunos con ambientes adaptados a los ya existentes, prefabricados, grandes unidades, colegios emblemáticos, etc.) la mayoría de ellos programados con una visión primaria, es decir orientados a la duración del Gobierno de turno y con las consecuencias que el próximo Gobierno no continue dichas políticas educativas.

IV. El Estado peruano y los padres de familia

Los avances del acceso a la educación habría que medirlos porcentualmente, por ejemplo, con la tasa de analfabetismo y como esta se ha ido reduciendo gradualmente. Uno de los grandes temas nacionales ha sido y sigue siendo la lucha contra el analfabetismo —en sus diversas manifestaciones, como ocurre en la actualidad con el analfabetismo digital— y el acceso a educación de calidad. No están distantes las épocas donde la meta del Estado peruano a largo plazo era hacer llegar a la población una instrucción básica enfocada en aprender a leer y escribir, la problemática va de la mano con otros factores, hay que medir el índice poblacional, cuantas mujeres, varones en edad escolar no pueden ir a la escuela y cuáles son las razones, cuantos niños tienen padres analfabetos, cuantos otros tienen que caminar varias horas para llegar a un centro educativo, cuantos adultos mayores no saben leer ni escribir; y así, esos indicadores serán importantes conocerlos.

[2] *Ibidem*, art. 13°.

En ese escenario, a diversos actores sociales le ha resultado políticamente correcto señalar que "la educación es gratuita" y avalado más aún bajo una interpretación literal de nuestro texto constitucional vigente que así lo enfatiza en el siguiente artículo:

> **Artículo 17°.** La educación inicial, primaria y secundaria son **obligatorias.** En las instituciones del Estado, la educación es **gratuita.** En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse **gratuitamente** a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.
>
> Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de **subvencionar la educación privada** en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.
>
> El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.
>
> El Estado garantiza la **erradicación del analfabetismo.** Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.[3] (énfasis agregado)

No hay costo cero, nada absolutamente puede darse o recibirse a un costo nominal de cero, aquí se insiste en un error de apreciación en el que el costo de las cosas y de los servicios solo pueden ser medidos en términos económicos, mas no es así, puede darse que el costo que uno asume a causa de recibir un servicio o haber realizado la adquisición de un producto sea realizada la contraprestación a través de tres variables, una de ella sin duda es el *costo económico*, sin embargo se debe considerar que otra forma de asumir el costo de un servicio recibido o una acción realizada, además existen el *costo moral* y el *costo social*.

Una de las interrogantes que se suma al presente artículo es la siguiente, ¿Quién debe hacerse cargo de la educación de los hijos? La respuesta aparece como muy evidente: los padres o tutores según corresponda a la realidad social de cada niño, ello en

[3] *Ibidem*, art. 17°.

correspondencia constitucional con el segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución: "[...] Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. [...]" sin embargo, en el último párrafo del artículo 16 se señala: "La educación es un derecho humano fundamental que garantiza el desarrollo de la persona y la sociedad, por lo que el Estado invierte anualmente no menos del 6 % del PBI",[4] (párrafo incorporado el 29 de diciembre de 2020) (énfasis agregado).

¿De dónde provienen los ingresos para darle sentido de realidad a ese *no menos del 6% del PBI*? ¿Será aplicado bajo una *política de gobierno* o una *política de Estado* la ejecución de ese porcentaje que debe invertir el Estado peruano en educación? el 70% de la población económicamente activa en el Perú (PEA) es informal, los mercados paralelos dominan la dinámica económica del país, ese seis por ciento resultaría fruto del 30% de la economía formal que tiene que alcanzar para cubrir las necesidades de aquellos estudiantes de escasos recursos económicos, o donde los padres prefieren que sus hijos estudien en entidades educativas públicas, tienen que cubrir todo ese espectro del 100% que abastecerá todos los niveles educativos. Esa reforma a la Constitución donde establece el referido porcentaje es una medida populista, mientras la estructura económica tenga ese nivel de informalidad y la voluntad política sea a corto plazo, prevalecerá el *gatopardismo*, es decir, cambiar las cosas para que nada cambie.

V. Freno a las reformas populistas

Esa reforma ya fue implementada y se encuentra vigente en nuestro sistema jurídico, ¿Qué hacer? desde el ámbito constitucional se debe desarrollar una *voluntad jurídica* integradora (el margen positivo de sus resultados dependerá del funcionamiento en conjunto con las otras dos voluntades: *cívica* y *política*),[5] y para ten-

[4] *Ibidem,* art. 6°.

[5] Valadés, Diego, "Remirar las constituciones", en García Belaunde, Domingo y Eto, Gerardo, *Constitución peruana. Historia y Dogmática*, 2a. ed., Lima, Adrus, 2016, p. 7.

tar resultados favorables la sala de máquinas constitucional tiene que seguir fortaleciendo su tradición jurisprudencial en estricta atención a aquellos principios que limitan la interpretación constitucional. Si bien la aplicación tiene que ser en conjunto para el presente artículo, destacamos uno de ellos:

> *Criterio de unidad de la Constitución*: de acuerdo con el Tribunal Constitucional, este "principio" implica considerar a la Constitución como un todo armónico y sistemático, entendiendo que es "un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido". Así, se señala que dentro de la Constitución no pueden existir contradicciones, como incongruencias o antinomias.[6]

No se trata de hacer una reforma y establecer porcentajes, como se ha hecho en el artículo 6 de la Constitución, si del derecho a la educación se trata, para entender este derecho —como cualquier otro— y buscar su eficiencia, se le tiene que asociar a los demás derechos, a los principios constitucionales, al *elam* constitucional y sobre todo al modelo económico y de esa manera desarrollar en el extremo de los casos con las mínimas de la dignidad. Se suma a ello —una probabilidad latente y posible— que sufra una derogación tacita por fuerza de la costumbre, es decir que no se haga nada.

VI. Constitución e idoneidad del servicio educativo

Hasta el párrafo anterior se ha llegado a explicar el escenario en el que se encuentra el marco normativo constitucional del derecho a la educación ¿Qué problemática se suma en la actualidad? La respuesta es, la idoneidad del servicio educativo, en el caso peruano como es común en otros países, el desarrollo del derecho a la educación se da a través del sector público y también del privado, al respecto el Tribunal Constitucional viene desarrollando y reconociendo la múltiple dimensión del derecho a la educación proyectada en sus sentencias:

---

6 Sosa, Juan M., "Criterios de interpretación constitucional", en AA.VV., *Acceso a la jurisdicción constitucional y medios impugnatorios*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 63-83.

> La educación es un **derecho humano** y un deber social fundamental; es, asimismo, democrática, y obligatoria. El Estado la asume como función indeclinable y está obligado a invertir en todos sus niveles y modalidades. La educación es un **servicio público** y se sustenta en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de la identidad nacional, enmarcada en una visión latinoamericana y universal.[7] (énfasis agregado)

Conforme a la sentencia 04232-2004-AA/TC se va dando el desarrollo de que el derecho a la educación es reconocido como un servicio público, de esa forma se materializa el espectro de que esta puede estar encomendada y apoyada a través de instituciones educativas privadas, se establecen acuerdos de colaboración entre el Estado y los privados para así lograr la materialización de uno de los requisitos de la educación como servicio, su *universalidad*, esto es, llegar a todos aquellos lugares donde el Estado no puede o aún no ha llegado.

Con todo ese espectro abierto surgen nuevos problemas (ya acompañando a los atávicos que son infraestructura y personal idóneo, ambos a nivel terciario) para brindar el servicio, esos nuevos problemas son: la naturaleza de contratación del servicio público, los controles y estándares de calidad del servicio, la diversificación en la atención al estudiantado, políticas de inclusión social, medidas de protección de base de datos, alcance y límites de la regulación estatal, protagonismo de los padres de familia y de la sociedad en monitorear los contenidos curriculares, acompañamiento y otros en la educación de sus hijos.

Como se mencionó a los inicios de este artículo, principalmente, es en el fuero de Indecopi donde se están debatiendo jurídicamente estos problemas, ese debate tiene como centro teórico al AED, se suma el derecho administrativo económico y poco a poco va ganando terreno un enfoque *pro consumidor* —cargado de

[7] Jurisprudencia 4232-2004-AA/TC, segundo párrafo del fundamento núm. 10, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf*

polémicas ciertamente—. Y, el pretexto para el presente artículo es la necesidad de un enfoque constitucional a desarrollar en los pronunciamientos de Indecopi en lo concerniente a la defensa de los derechos del consumidor, entre los que se encuentran los estudiantes, los padres de familia, gestores públicos y empresarios dedicados a la oferta educativa.

Las relaciones de consumo en materia de servicio educativo abarcan cuestiones sustanciales como por ejemplo que el derecho a la educación necesita que los términos contractuales en que se brinda el servicio esté libre de ambigüedades, o de asimetrías que perjudiquen los derechos de los padres de familia o pongan el riesgo las inversiones relacionadas por el Estado o los privados en el ámbito educativo. Se debe evitar en todos los extremos para ambas partes medidas proteccionistas que generen costos sociales que finalmente serían trasladados a los consumidores finales, por otro lado, evitar un mercado educativo que no tenga en cuenta la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes, así como la certeza hacia los padres de que el servicio que se está brindando es el idóneo. De ocurrir causas de litigio sobe los temas mencionados, el desafío constitucional aquí es hacer énfasis —sin dejar de lado los otros ocho criterios hasta la fecha desarrollados— en el siguiente criterio interpretativo:

> *Criterio de concordancia práctica*: A través de esta pauta interpretativa pretende dotarse de eficacia a bienes jurídicos en apariencia enfrentados, procurando que sean satisfechos al máximo (es decir, "optimizados"), sin sacrificar a ninguno de ellos. En este sentido, el contenido de los bienes garantizados por la Constitución deberá ser determinado en coordinación (o "equilibrio") con los otros bienes también consagrados allí, sin que quepa sacrificar algunos de estos ("menos valiosos") en defensa de otros.[8]

Llevar a nivel constitucional el servicio educativo permite establecer garantías mínimas donde el derecho/principio de la dignidad este presente en todas las etapas del servicio para las partes involucradas, tanto en la calidad educativa, la posibilidad de ampliar la oferta y la demanda para darle vida a la libertad de

[8] Sosa, Juan M., *op. cit*., pp. 63-83.

elegir, hacer posible que el contrato de servicios educativos no contenga cláusulas abusivas ni promuevan situaciones asimétricas.

VII. Conclusiones

Desarrollar una política pública donde se haga efectiva la garantía de que el Estado de una educación de calidad enfatizada en aquellas personas que mantengan un rendimiento académico optimo y que no cuenten con recursos económicos que puedan solventar el tiempo que permanezcan en uno de los niveles educativos.

Promover la implementación gradual de la educación en el hogar (*homeschool*) en aquellos lugares donde el escenario de integración familiar y el ecosistema digital sea el idóneo.

Las metas del gasto público o los porcentajes de uso al que va destinado el PBI deben de ir en normas *infra* constitucionales, de otro modo se advertirá que "constitucionalizar" dichas metas solo reflejaran una suerte de apariencias legales de lo que no se quiere hacer y dar el aspecto de que se está haciendo, el problema sigue estando en la falta de voluntad política para el desarrollo de las políticas educativas y en la capacidad de ejecución del presupuesto, entre las más importantes variables.

Las reformas constitucionales realizadas a la Constitución peruana de 1993 tienen un saldo de inmadurez, cortoplacismo y populismo, metodológicamente incluso, "reglamentar" una Constitución, tratar de explicar sus objetivos, es desnaturalizarla y estacionarla en la coyuntura, la interpretación nomofiláctica de la Constitución tiene que estar orientada al desarrollo. Para que funcione la Constitución y todo lo que ello implica la sala de máquinas debe desarrollar la mejor interpretación acorde a los tiempos, y sin duda el ejercicio en conjunto de las tres voluntades jurídica, política y cívica y así no desviarse hacia el egoísmo y retomar el *camino* de que la defensa de la persona humana y su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado tal como señala el artículo uno de la Constitución peruana de 1993.

Referencias

Alegría, Ciro, *Los perros hambrientos*, Lima, Planeta, 2009.

Cotler, Julio, *Clases, Estado y nación en el Perú*, 3a. ed., Lima, IEP, 2005.

Eto Cruz, Gerardo, *La transversalización del derecho constitucional*, Lima, Grijley, 2022.

García Belaunde, Domingo y Eto, Gerardo, *Constitución Peruana. Historia y Dogmática*, 2a. ed., Lima, Adrus, 2016.

Graham, Summer, *Lo que las clases sociales se deben unas a otras*, trad. de Isabel Palomo, Madrid, Unión Editorial, 2014.

Kresalja, Baldo y Ochoa, César, *Derecho constitucional económico*, Lima, PUCP, 2009.

Matos Mar, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, 3a. ed., Lima, IEP, 1986.

Rubio, Marcial, *El sistema educativo peruano*, Lima, PUCP, 2021.

Vargas Llosa, Mario, *La ciudad y los perros*, Lima, Peisa, 2001.

Vidal, Carlos, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Cimientos ético-valorativos y caracteres pedagógicos de las libertades fundamentales en la democracia constitucional

***

Ethical-valuation foundations and pedagogical characteristics of fundamental freedoms in constitutional democracy

*Isidro de los Santos Olivo**

Sumario: I. Introducción. II. Iusnaturalismo y positivismo en la concepción de los derechos fundamentales. III. El Paradigma de los derechos fundamentales y su desnaturalización. Banalización exponencial. IV. La dignidad humana como fundamento de las libertades y su carga ético-valorativa. V. Educación y pedagogía como presupuestos inexorables para una paideia constitucional. Referencias.

I. Introducción

A partir de la modernidad —que es cuando emerge el Estado constitucional que supera el *ancien régime*— inicia la construcción del concepto o noción, de los derechos fundamentales, mediante la instauración de un conocimiento de la filosofía de los

* Profesor-Investigador adscrito a la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT.

derechos fundamentales, que apunta a edificar postulados científicos con pretensiones de objetivar su realidad. Antes de esta etapa no puede hablarse, en términos teóricos, de una construcción epistemológica de los derechos, sino de precedentes.[1] Se propicia así, una corriente del pensamiento doctrinal para concientizar y, concebir, científicamente, que los derechos fundamentales están al servicio de la humanidad, mediante el reconocimiento y resguardo de la dignidad humana.

Ahora bien, si admitimos que, *prima facie,* el conjunto de las libertades fundamentales ha adquirido una condición paradigmática en la democracia constitucional, se puede colegir que, su preeminencia normativa e institucional, resulta evidente en el reciente constitucionalismo mexicano y, consecuentemente, comparado.

Si, por otra parte, nos percatamos que los derechos humanos están en crisis, a nuestro juicio, por su reciente creación exponencial y excesiva proliferación que, de forma recurrente se manifiesta, al soslayar, en esa intensificación, su teleología y su fundamentación ética, así como su carga axiológica que les debe informar.

Si, consecutivamente, inquirimos en este estudio una magnitud filosófico-descriptiva, que tenga la teleología de realizar una reflexión crítico-valorativa, que refiere y admite como prenotado inexorable, el contenido axiológico y ético, en la manufactura de las libertades públicas y, con arreglo, desde luego, a la dogmática constitucional, podemos anticipar que, en buena medida, estas consideraciones aquí proyectadas, constituyen la causa principal de la crisis que franquean, lo que conduce a su proceso de desnaturalización.

II. Iusnaturalismo y positivismo en la concepción de los derechos fundamentales

No podemos desarrollar en este espacio, la realización de amplias consideraciones en relación a los planteamientos ius-filosóficos y técnico-jurídicos que, han sostenido, las dos principales escuelas

[1] *Cfr.* Peces -Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 25.

sobre el origen y/o la naturaleza de los derechos fundamentales. No obstante, con la pretensión de superar las dos corrientes que postulan sus respectivas tesis posiciones epistemológicas y, para que se intente construir, con pretensiones científicas, un concepto —que contenga en su aspecto nuclear elementos axiológicos— de los derechos humanos, es importante referir la tesis dualista[2] que supera la polémica iusnaturalismo-positivismo sobre la cuestión de los derechos humanos. Con ello, se proscribe la fundamentación voluntarista estatal de los derechos fundamentales y, permite admitir, ahora, un origen ético-filosófico de las referidas libertades. Esta propuesta de los derechos propende integrar una concepción que supere el carácter antagónico y excluyente de los modelos iusnaturalista y positivista. En esta línea, podemos convenir que, los derechos humanos derivan de la síntesis de la formalidad y/o subjetivismo del Estado, en su positivización y, a su vez, del reconocimiento de su objetividad, su fundamento filosófico y su esencia ético-axiológica.

Una consideración terminológica de los derechos humanos, que sea susceptible de objetivarse en la realidad jurídico-política, debe tener presente una *síntesis gnoseológica* de las dos tendencias, lo que deviene en su composición dual, *técnico-valorativa*: "[...] los derechos fundamentales —escribe Peces-Barba— no son Derecho, si son solo valores, sin incorporar al Derecho positivo como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco derecho fundamental cualquier Derecho válido, sea cual sea su contenido, como pretenden los positivistas voluntaristas".[3] Esto explica la transición diacrónica de los derechos fundamentales, que supera su consideración iusfilosófica, al estimar, a su vez, de manera complementaria, su positivización. De esta forma, el iusnaturalismo conjuntó corrientes ideológicas, tendencias valorativas, estimaciones éticas en la cimentación de los derechos humanos. Consecutivamente, correspondió armonizarlas y, convertirlas, en derecho positivo, que no es otra cosa que compaginar ambas

[2] Gregorio Peces-Barba expone su modelo dualista sobre el *concepto* de los derechos fundamentales, el cual "[...] tiende por consiguiente a superar esas dos versiones unilaterales —iusnaturalismo y positivismo voluntarista—". Peces -Barba, Gregorio, *op. cit.,* p. 24.

[3] *Ibidem*, p. 25.

escuelas del pensamiento, en la erección de los derechos fundamentales y que se traduce en la teoría o concepción dualista de dichos derechos.

Probablemente, la tensión derecho natural vs. derecho positivo, se mantendrá como una cuestión abierta. Sin embargo, el iusnaturalismo ejerce una función crítica que, empuja, al sistema de normas positivas (en este caso, derechos fundamentales), a incorporar esos valores que postula, para que tengan concreción jurídica, es decir, positividad. Dichos valores confluyen, de manera concomitante, con un discernimiento ético, cuya teleología es asimilar y, dotar de significado, el principio de la dignidad humana, el cual concierne, con una concepción del mundo y de la vida, inherente a la cultura jurídico-política euroatlántica.

III. El paradigma de los derechos fundamentales y su desnaturalización. Banalización exponencial

El Estado constitucional se cimienta en unos presupuestos, intercambiables, en cualquier organización político-democrática euroatlántica. En este sentido, los Derechos fundamentales, al ser consubstanciales a la más acabada estructura jurídico-política de la convivencia humana, han adquirido carta de naturaleza, pues, forman parte, asimismo, de esos prenotados inexorables. Esta es la razón por la cual podemos afirmar que constituyen unos paradigmas. Si consideramos que los derechos humanos se pueden adjetivar de modélicos, conformando un conjunto de *arquetipos* en los ordenamientos jurídicos es porque, ante todo, tienen un asidero ético, que se *sustancializa*, para formar un solo *corpus*, lo que define su naturaleza. Ética y derecho (fundamental, humano) conforman un binomio inescindible, que responde a un comportamiento, a una manera de entender el mundo, para la convivencia política, lo que muestra su carácter y, por consiguiente, con esta composición *bipartita* de los derechos, que corresponde a su inmanencia, devienen en modelos o prototipos (paradigmas). Si los derechos humanos evidencian una fundamentación filosófico-axiológica, a partir de incorporar un conjunto de principios superiores y objetivos, se colige que, resulta pertinente establecer un fundamento de validez ecuménico e intercambiable,

lo que da cuenta de los grandes principios, en tanto presupuestos sustanciales, de los derechos cardinales, conformando la materia esencial de la Constitución, en el adjetivado Estado constitucional de derecho.

En todo caso, la fundamentación que esencializa, e identifica, la *ratio* y el *telos*, de la carga ético-valorativa que debe informar a los derechos humanos, como parte dogmática de la Constitución, es lo que explica que pueden aplicarse y valer, en todo tiempo y lugar, al margen del momento histórico que se viva. Lo anterior cuadra con la concepción dualista de los derechos fundamentales, referida anteriormente.[4] Con este argumento teórico, se estará en posibilidad de dotar de vigencia efectiva a los derechos del hombre, a partir de la consideración de su doble contenido, filosófico-valorativo (iusnaturalismo) y técnico-jurídico (positivismo).

Como se puede apreciar, establecer una noción de lo que es un paradigma y, específicamente un paradigma jurídico, esto es, del derecho, resulta una tarea científica compleja. No obstante, tendríamos que intentar desarrollar una definición que atienda ciertas premisas medulares, para comprender este constructo epistémico.

En el espacio jurídico, la idea de paradigma se nos presenta como un modelo, según la posición metodológica de los teóricos, juristas o usuarios de la fórmula teórica-reglamentaria, a la que hacen referencia, lo que responde a una forma de asimilar el mundo y la existencia. De ello resulta una cierta visión social o, modelo general, perceptible en una explícita ordenación preceptiva. El modelo o arquetipo que conforma el paradigma jurídico, deriva en un componente de estereotipos que se certifican y preponderan, en la diligencia comunitaria. La formación jurídico-política occidental, al instaurarse en una visión del mundo, establece los patrones jurídicos o paradigmas que se presentan

[4] Gregorio Peces-Barba comenta una transición y/o evolución en la asimilación de la locución dualista de los derechos fundamentales. "Solamente el paso —afirma— del momento filosófico o axiológico al momento normativo, y por consiguiente solamente la plenitud de un Derecho fundamental, se producirá si el Poder que fundamenta ese sistema de Derecho positivo tiene la *voluntad* de positivizar ese valor". Véase *Ibidem,* p. 54.

como un conjunto de conocimientos y afirmaciones que se construyen en la sociedad política y que, no es otra cosa, que una percepción para relacionar el sistema jurídico. Como corolario de lo anterior, un paradigma jurídico generalmente es estable a través del tiempo y, también permanece inmutable o, evidentemente, difícil de modificar.

Las libertades fundamentales, sobre todo a partir de la segunda posguerra, específicamente en el último cuarto de siglo, han logrado un copioso despliegue no solo en los estados soberanos, en su constitucionalismo doméstico, sino, a su vez, en el contexto internacional. El tratamiento técnico jurídico de las libertades públicas ha sido muy significativo en su manifestación sistémica. Algunos profesores que trabajamos científicamente el ámbito del derecho constitucional, encontramos preocupaciones epistemológicas y teóricas que advierten la desmesurada proliferación de derechos cardinales y, de fórmulas jurídicas, no solo a nivel constitucional, sino también en leyes constitucionales secundarias. En la confección de los derechos fundamentales es manifiesto un crecimiento exponencial, pudiéndose apreciar que, en no pocas ocasiones, su contenido esencial, no tiene un asidero en los grandes valores y principios que dieron lugar a las cartas de derechos fundamentales, como la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras.

En estos momentos, podemos observar la dilatada banalización de las normas en las que se concretan los derechos humanos, lo que acarrea, a todas luces, el mayor de los peligros, porque hay una afectación del contenido ético y del subsuelo axiológico que deben informar a esos derechos. Esa naturaleza moral de los Derechos Humanos es lo que permite distinguirlos del resto de las normas que conforman el orden jurídico de todo Estado.

En este sentido y, en esta parte de nuestra exposición, no olvidemos considerar, apremiantemente, lo proclamado con anterioridad, pues, el reciente período al que se asiste en la construcción de las libertades públicas, en no pocas ocasiones, se concibe un proceso de desustancialización del subsuelo ético y estimativo, que determina, e identifica, a los derechos humanos, produciendo una peligrosa banalización al desarrollarse una expansión

ilimitada y, acrítica, del catálogo cada vez más exponencial de los reiterados derechos. Al no distinguirse entre, por un lado, auténticas necesidades humanas, mediante legítimas, justificadas, pero, sobre todo, éticas y razonadas pretensiones y, por el otro, las reivindicaciones arbitrarias, inmotivadas y, en algunos casos, hasta inicuas y despóticas; lo que sin duda se propicia, es un menoscabo perentorio, cuestión obvia, en la eficacia de los pretendidos derechos y, lo que es más grave aún, se revela, un alarmante despropósito político.

IV. La dignidad humana como fundamento de las libertades y su carga ético-valorativa

Desde los orígenes de nuestra civilización, vamos, desde los griegos, se puede hablar de una interconexión entre, la moral de la llamada dignidad humana y, lo que se entiende, en una fase embrionaria, asimismo, de los incipientes derechos humanos. Esa noción de dignidad, que obedece a una concepción del universo, del espacio euroamericano, y que arranca desde antiguo, adquiere una dimensión más humana e intercambiable, a partir de la afirmación del cristianismo en el viejo mundo. Se puede asentir con certeza que, los derechos humanos tienen un precedente y un fundamento ético filosófico. Desde luego, el Estado, realiza una función cardinal al formalizar los derechos humanos y, positivarlos, en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Ni duda cabe que, el fundamento ético y la concepción filosófica de las libertades públicas han generado una concepción sustancial de los derechos humanos. Por otra parte, para hablar de cimientos, es necesario referirnos a un punto de partida, a un origen y un fundamento en el que se empieza a edificar un constructo.

En principio, se puede afirmar que, los derechos humanos tienen una fuente, esto es, una plataforma o podio, que soporta el concepto de dignidad humana, del cual derivan todos los derechos básicos, por un lado y, por otro, también es el toque de piedra para sustentar la indivisibilidad que les determina. Esto no significa, de ninguna manera, que no se admita la evolución o progresión de dichos derechos, como se puede advertir en las llamadas generaciones o clasificaciones y/o categorías de dere-

chos humanos. Los derechos fundamentales comparten un común denominador nuclear y, por consiguiente, una unidad, cuya quintaesencia responde a una manera de entender, éticamente, la estructura político-constitucional euroatlántica. En esta línea, es evidente que, su edificación, se corresponde con una fundamentación lógica, ontológica, deontológica y axiológica.[5]

Por consiguiente, hay que tener presente dos grandes principios que abraza, el propio cristianismo, no solamente como religión, sino como un sistema filosófico de vida y que, trascienden y, se incorporan, en el sistema jurídico euroatlántico: la dignidad humana y la igualdad. Podemos afirmar, diáfanamente que, en virtud de estos dos *umbrales*, el concepto o idea de la dignidad humana, inicia como un portal, a partir del cual, se puede hablar de una interconexión de este binomio: moral y el derecho, con la finalidad establecer un concepto de derechos humanos, que revele, ese bastimento axiológico en la norma jurídica; que no olvida los valores en su contenido esencial y en su subsuelo. Esto último, encaja con la consideración de Jürgen Habermas, al manifestar que "[...] *la dignidad humana* no es únicamente una expresión clasificatoria, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío, que agrupa una multiplicidad de fenómenos diferentes".[6]

---

[5] En otro trabajo referimos que, en la confección de la ley, resulta un imperativo, vigilar su técnica, a través de los cuatro *criterios* mencionados. "[...] se trata que la ley colme —afirmamos— las necesidades colectivas imperiosas y mediatas, pues toda norma debe apuntar a unos fines de justicia social. Es menester velar, racionalmente, la construcción de la norma, mediando una correspondencia entre el ser, como realidad sociológica objetiva, y el deber ser, en cuanto regulación técnico-legislativa de conducta social; en el campo del derecho, las disposiciones jurídicas indican prescripciones del actuar humano, esto es, de un proceder o comportamiento a seguir por los destinatarios de las mismas; **las normas tienen un basamento moral, pues apuntan a unos objetivos ético-sociales y regulan valores**". (destacamos, esto último). Véase Santos Olivo, Isidro de los, "La crisis del estado social y democrático de derecho en un mundo globalizado", en Molina Betancur, Carlos Mario (coord.), *Bicentenario constitucional colombiano. La ingobernabilidad del Estado colombiano: dos siglos*, Bogotá, Universidad de Medellín, 2013, t. IV, p. 160.

[6] Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia*, vol. 55, núm. 64, Ciudad de México, pp. 3-25, mayo 2010, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001&lng=es&nrm=iso>*

La dignidad humana, por el contrario, sigue sosteniendo el pensador alemán, "[...] *constituye la fuente moral* de la que todos los derechos fundamentales *derivan su sustento*".[7]

Todo académico que se precie de serlo debe convertirse en un apologista de los valores que, no son de hoy, sino que tienen su más remoto limen, en nuestra primigenia tradición formativa, en la cultura helénica, en la Grecia clásica y, asimismo, en la epopeya latina. ¿Qué hubiera pasado si nuestra actual civilización no hubiera despegado con los clásicos, si no se hubiera construido en torno a la más egregia y destacada cultura, la greco-latina? ¿Seríamos mucho mejores que hoy en día? En principio, pudiéramos responder el interrogante con cierta seguridad, pues, como afirma José Vasconcelos, "Desde que aparecemos en el panorama de la historia universal, en él figuramos como una accesión a la cultura más vieja y más sabia, más ilustre de Europa: la cultura latina".[8] Y por lo que hace a nuestra historia, de manera específica la de nuestro México, "Ingresamos a las filas de la civilización —sigue afirmando el que fuera rector de la UNAM— bajo el estandarte de Castilla que a su modo heredaba el romano y lo superaba por su cristiandad".[9]

Hay que convenir que, los derechos humanos son producto de la cultura, y de la civilización, que arranca desde antiguo, en tanto orden social y político. Este se establece a partir del sometimiento consciente de los hombres, a normas jurídicas, las cuales son necesarias para el desarrollo de la convivencia política, mediante el equilibrado y armonioso ejercicio de la libertad.

La realización de valores morales en las libertades, implica, necesariamente, la consecución del bien, específicamente, humano. En el binomio moral y derecho, se establecen dos categorías que definen y, explican, perentoriamente, la sociedad política desde los clásicos, como se ha afirmado. Habría que decir, según Maquiavelo que, la separación entre la ética y la política

---

7 *Idem*.

8 Vasconcelos, José, *Breve Historia de México*, México, Continental, 1956, p. 16, *https://cursosluispatinoffyl.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/01/josc3a9-vasconcelos-breve-historia-de-mc3a9xico.pdf*

9 *Idem*.

será lo más apropiado para buscar el fin superior del Estado. La tesis de Maquiavelo se desvirtúa, muy anticipadamente, por el pensamiento filosófico político de Platón[10] y, específicamente de Aristóteles, quien afirmaba que, toda actividad humana, específicamente, la convivencia política, se inclina al bien.[11] Otro tanto habría que decir de El anti-Maquiavelo, de Federico de Prusia.[12] Aristóteles ha distinguido, egregiamente, al hombre, en la esca-

[10] El filósofo ateniense, preocupado por las declinaciones políticas de su tiempo, se ocupó en desarrollar, como parte central de su pensamiento político, la idea del bien, en la confección teórico-cualitativa de su morfología política. Sus principales aportaciones filosófico-políticas se contiene en *La República*, *Las leyes* y *El político*. Así, el político u hombre de Estado (*polis* griega), tenía que formarse en la ciencia de la virtud. En este sentido, en otro estudio, hemos referido, concisamente, su propuesta *antropo-epistémica*. "De esta guisa, en la confección categorial de las formas de gobierno, muestra un inexorable propósito: dar continuidad a la comunidad política, no obstante, advertir, la gran descomposición de las estructuras del poder, a partir del análisis del *genotipo cultural* que lo produce. Por otro flanco y, atendiendo a esa *teleología* que le caracteriza, *el idealista* sostiene como hilo conductor de su tesis medular, el siguiente empeño: preservar la existencia de la *polis*, a partir de la cimentación del modelo ideal del hombre dirigente o político, en la *politeia*". Véase Santos Olivo, Isidro de los, "Fundamentos de la teoría clásica de las formas de gobierno y Estado de derecho. Avatares en la construcción del Estado constitucional en México", en Uribe Arzate, Enrique *et al.*, *Las mutaciones constitucionales en tiempos de transición*, México, Tirant lo Blanch, 2001, p. 108.

[11] El estagirita inicia su obra Ética Nicomaquea indicando que "Todo arte y toda investigación científica, lo mismo que toda acción y elección parecen tender a algún bien". De esta forma, para el fundador del Liceo, lo bueno y lo justo son aspectos de los que se ocupa la ciencia política, puesto que "[...] legisla sobre lo que debe hacerse y lo que debe evitarse [...]. Es cosa amable hacer el bien a uno solo; pero más bella y más divina es hacerlo al pueblo y las ciudades". *Cfr.* Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2016, p. 3.

[12] Federico II de Prusia endereza una crítica o, refutación, a la obra del Príncipe, de Nicolás Maquiavelo, fundamentalmente por adolecer su obra de armonía entre virtud y razón, justicia y bien común. Para Maquiavelo, la *virtú* política, en no pocas ocasiones, no se obtiene actuando con justicia, pues, como se puede observar en desarrollo del trabajo del florentino, la razón de Estado se defiende y se logra con acciones éticamente transgresoras. Consúltese Federico II de Prusia, *Antimaquiavelo o Refutación del Príncipe (editado en 1740 por Voltaire)*, estudio introductorio, versión castellana y notas de Roberto Aramayo, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

la zoológica de la creación. Ese *zoon politikón* o, viviente social, no se puede explicar si no inca toda acción y proceder, en una conducta virtual y racionalmente correcta. Si virtud es perfección, en términos generales, el estagirita, distingue entre virtudes éticas, es decir, el *ethos*, de las virtudes dianoéticas, esto es, las virtudes intelectuales. Aristóteles distingue, para enlazar y comprender, dos conceptos: el *logos* y el *ethos*, en tanto virtudes del ciudadano.

Para el filósofo las virtudes intelectuales no deben de entenderse como complemento o cuestión consecutiva de las virtudes morales, puesto que, aquellas, tienen un rango muy superior. La vida intelectual, a la que llama vida contemplativa, es para el hombre su primera e inmediata felicidad y, su segunda dicha, se desenvuelve en el ámbito de las virtudes morales. De esta forma la superposición de las virtudes intelectuales sobre las virtudes morales, es, asimismo, una supremacía de mando y orientación. El concepto de mediedad o, justo medio aristotélico, solo aplica a las virtudes morales, pudiéndose deducir que, no corresponde, a las virtudes intelectuales. De lo anterior se desprende que la prudencia funciona como agente de enlace entre, la inteligencia y, el carácter.

Como se puede apreciar, la filosofía, la filosofía política, la ética política son asignaturas con las que contamos para advertir las primeras exigencias de la persona humana y sus correspondientes derechos fundamentales y, denunciar con toda su fuerza, cuando amerite el caso, sus violaciones más execrables y feroces.

V. Educación y pedagogía como presupuestos inexorables para una *paideia* constitucional

El Estado como institución suprema de derecho ha tenido una evolución cronológica. Desde aquella estrecha concepción del Estado policía, hasta el Estado de bienestar, podemos advertir dos funciones esenciales: la educación, en lo general, para la vida política por una parte y, en lo específico, para la confección de una adecuada legislación. La función asistencial y la función educativa junto con la justicia social encuentran su más fuerte asidero racional en las tesis aristotélicas. La educación (crianza,

entreno), mantiene una relación etimológica con el concepto de pedagogía (guía del niño). Hay que hacer énfasis en la función educativa pues, en la ciudad antigua griega, la *polis*, era ante todo la educadora y, la *paideia*, se convertía en una formación del individuo, del ciudadano para la correcta vida de la *politeia*, lo que conformaba una comunidad autosuficiente para la vida perfecta. Fue Platón el primero en proponer en las leyes un ministerio de la educación, que no es otra cosa que un ministerio para el bien. La educación era considerada como el más elevado ideal en la *polis* o estado. Por consiguiente, se concibe la pedagogía, como educación, conocimiento y formación cardinal, en las libertades públicas, lo que vendría a conformar un presupuesto inexorable, para la realización, del Estado constitucional de derecho.

En esta ulterior etapa de nuestra narrativa, nos surge el gran interrogante a resolver: ¿Cómo se resuelve la disputa entre la concepción, la conformación de los derechos fundamentales, conforme a una ideología humanista y su respectiva carga ético-valorativa que registra e, identifica, su contenido esencial y, por otra parte, la participación democrática que genera, mediante la legislación respectiva y atendiendo al momento histórico que se vive, su concreción jurídica, es decir la producción normativa e institucional de los derechos humanos?

Esta problemática que ha suscitado este gran cuestionamiento, esta gran incógnita, debe ser respondida, no solo desde la academia, no solo por el estudioso de la ciencia de la libertad, sino, antes que nadie, quizás, por todo aquel que se precie de ser buen ciudadano.

Antes que nada, hay que convenir que, un fidedigno Estado constitucional implica, ante todo, un constructo epistémico, una teoría restriccionista, limitativa, acotadora, del ejercicio del poder público. También este juicio científico, alcanza, a los derechos humanos, que no pueden ser absolutos y, en esa línea, las libertades públicas deben ejercerse de forma mesurada, racionalmente, respetuosamente, con prudencia, pero, sobre todo, con responsabilidad. Para este alto cometido, consideramos que la acción pedagógica tendría muchas posibilidades de superar las dificultades aquí planteadas.

Si no ponemos toda la atención que el caso amerita, una sociedad que no recupere los valores, estará irremediablemente condenada a las puertas del infierno. Un buen comienzo para empezar a revertir esta situación que de manera apremiante estamos viviendo todos los mexicanos es fomentar la educación en todos sus niveles, la concientización de la sociedad en los valores, la conformación en la conciencia colectiva del hombre de bien del concepto del deber. Podemos hablar ahora, de una *paideia* constitucional, una ardua y perentoria labor pedagógica de enseñanza en los derechos humanos, la ética y la educación son los únicos caminos para obtener la verdadera libertad. En este sentido, el multicitado Aristóteles, en su obra *Política*, nos señala que "Toda familia es parte de la ciudad [...] y como además la virtud de la parte, debe mirar a la del todo, es menester que le educación de los hijos se haga mirando a la Constitución política, si es que importa a la ciudad virtuosa, el que nuestros hijos sean virtuosos [...]".[13] En el pensamiento republicano de Aristóteles se manifiesta una teleología principal. La *polis* es una forma de asociación política conforme al ideal de vida de cada ciudadano. En el espacio público griego, ya se manifestaba una preocupación por la enseñanza de la *politeia*, de la República, en definitiva, de la Constitución. En este sentido el estagirita, nos sigue recordando que "[...] la ciudad, al ser una pluralidad, es por la educación como hay que darle unidad y solidaridad".[14]

No es suficiente que la nación mexicana tenga una Constitución. En cualquier organización política arreglada a una Constitución, está contenido un proyecto, implícitamente, de pedagogía constitucional. La amenaza constante del Estado de derecho, indica la fragilidad de nuestro régimen constitucional. Por ello, es necesaria, la enseñanza de la Constitución, desde los niveles básicos de educación. Así, al promover una cruzada, en la nación, de la *paideia* constitucional, entendida como obra creadora del mundo antiguo, puesta en acción en la conciencia de comunidad, lo que posibilita viabilizar y mantener su existencia, se estará en la perspectiva de vigorizar, desde los inicios de la formación de la conciencia de los estudiantes en su niñez y adolescencia que,

[13] Aristóteles, *Política*, México, Porrúa, 2016, pp. 228 y 229.

[14] *Ibidem*, p. 236.

la Constitución vertebra, normativa e institucionalmente, los valores esenciales e indispensables de la convivencia político-social, en términos pacíficos. La civilidad constitucional, consiste, como nos recordaba en clase mi entrañable profesor y amigo Pedro de Vega García, en un adecuado *vivere civile* y *vivere libero*. El proyecto de Estado y, el de la formación de los ciudadanos mexicanos, españoles y, de cualquier sociedad que se precie de ser constitucional, constituye una tarea pedagógica impostergable. La función de la autoridad política conexionada a la labor educativa, son dos ámbitos inseparables para la materialización del Estado de derecho, que no es otra cosa que, el Estado constitucional por antonomasia.

Referencias

Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2016. Aristóteles, *Política*, México, Porrúa, 2016.

Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia*, vol. 55, núm. 64, Ciudad de México.

Peces -Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

Santos Olivo, Isidro de los, "La crisis del estado social y democrático de derecho en un mundo globalizado", en Molina Betancur, Carlos Mario (coord.), *Bicentenario constitucional colombiano. La ingobernabilidad del Estado colombiano: dos siglos*, Bogotá, Universidad de Medellín, 2013, t. IV.

Santos Olivo, Isidro de los, "Fundamentos de la teoría clásica de las formas de gobierno y Estado de derecho. Avatares en la construcción del Estado constitucional en México", en Uribe Arzate, Enrique *et al.*, *Las mutaciones constitucionales en tiempos de transición*, México, Tirant lo Blanch, 2001.

Vasconcelos, José, *Breve Historia de México*, México, Continental, 1956.

Acceso a la educación y autonomía universitaria: situación en Uruguay

***

Access to education and university autonomy: situation in Uruguay

*Eduardo G. Esteva Gallicchio**

Resumen: presentaré las grandes líneas del acceso a la educación según la evolución constitucional y desarrollo legislativo de Uruguay y expondré sintéticamente la evolución del derecho constitucional uruguayo en materia de autonomía y de cogobierno universitarios, tomando como punto de partida las situaciones fácticas y normativas imperantes al momento de ser expedido el Manifiesto de 1918 de la reforma universitaria de Córdoba, Argentina, para luego procurar señalar los hitos resultantes de las Constituciones formales que rigieron en Uruguay y el desarrollo legislativo ordinario que se produjo durante sus respectivas vigencias.

Abstract: I will present the main lines of access to education according to the constitutional evolution and legislative development of Uruguay and I will synthetically explain the evolution of Uruguayan constitutional law in matters of university autonomy and co-government, taking as a starting point the

* Profe emérito, Universidades Católica del Uruguay y de Montevideo. Investigador del S.N.I., director general, Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay. Presidente de la Sección Uruguay y miembro del Consejo Asesor del I.I.D.C. *https://orcid.org/0000-0003-3738-1575 dircedecu@gmaI.com*

factual and normative situations prevailing at the time of be issued the 1918 Manifesto of the university reform of Córdoba, Argentina, and then try to point out the milestones resulting from the formal Uruguayan Constitutions and the ordinary legislative development that occurred during their respective enforcement periods.

Palabras clave: acceso a la educación, autonomía universitaria, cogobierno universitario por los tres órdenes, modelo constitucional uruguayo e igualdad.

Key words: access to education, university autonomy, university co-government by the three orders, Uruguayan constitutional model and equality.

Sumario: I. Introducción. II. Acceso a la educación en las Constituciones uruguayas. III. Autonomía universitaria en las Constituciones uruguayas. IV. Conclusiones sobre ambos modelos de regulación. Referencias.

I. Introducción

Precisiones. Mi participación en este Congreso tomará como ineludible punto de partida, el reconocimiento de la trascendencia del bicentenario de la Constitución mexicana de 1824. Ello no tiene por qué requerir coincidencias de fórmulas expresadas literalmente, siendo suficiente con advertir la comunión con principios también recogidos por el constitucionalismo uruguayo, que hunden sus comunes raíces en la Carta gaditana de 1812, sin olvidar los mentados por su artículo 50.1 como facultades del Congreso y de las Legislaturas estatales en materia de educación[1] pública.

Y también especialmente, el reconocimiento de la influencia sobre el tema de la Constitución de Querétaro, justamente

[1] Utilizaré en esta ponencia, en forma indistinta, los vocablos educación y enseñanza, no obstante las diferencias conceptuales (por todos: Brito, Mariano R. y Frugone Schiavone, Héctor, *Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1973, *passim*.).

considerada como primera Constitución social del mundo, con señeras previsiones sobre enseñanza pública.

II. Acceso a la educación en las Constituciones uruguayas

Gratuidad y obligatoriedad. Uno de los factores involucrados para el acceso, la gratuidad de la enseñanza pública primaria fue instituida en Uruguay, originalmente por ley ordinaria y fue arraigándose como un principio, destacado por José Pedro Varela, considerado el artífice de la reforma educativa decimonona a partir de la publicación de su obra axiomática.[2]

Tras resaltar la conveniencia de amalgamar la igualdad —artículo 132 constitucional de 1830 y concordantes de las reformas constitucionales posteriores—, con la gratuidad de la enseñanza, concluía que "la escuela gratuita es el más poderoso instrumento para la igualdad democrática".[3]

Por ello y con toda lógica, el Decreto Ley 1.350, llamado de Educación Común, de 1877, que, aunque con ciertos ajustes, fue elaborado en base al documento que presentara Varela, preceptúa la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria pública.

Constitucionalización de la gratuidad y alcance. Varela demostró en su obra conocer la existencia de disposiciones en las Constituciones formales de España de 1869 y de Prusia,[4] pero no llegó a sugerir la inclusión de alguna previsión en la *lex legum* uruguaya. La materia recién se incorporó a la Constitución formal en 1934, en mi opinión, por influencia del artículo 3 de la insigne Constitución de Querétaro de 1917.[5]

---

2 Varela, José Pedro, *Obras pedagógicas. La educación del Pueblo*, 1874, Sociedad de Amigos de la Educción Popular, p. 92.

3 *Ibidem*, p. 95; Ardao, Arturo, *Etapas de la inteligencia uruguaya*, Montevideo, Universidad de la República, 1968, p. 129, *https://anaforas.fic.edu.uy/jspui/handle/123456789/57304*

4 Varela, José Pedro, *op. cit*., p. 93.

5 Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Influencia de la Constitución de México de 1917 en la Constitución y el constitucionalismo de Uruguay", *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional (Derecho Comparado)*, Fix-Zamudio y Ferrer- MacGregor (coords.), 2017, p. 208.

El artículo 62 de la Constitución uruguaya de 1934 —que concuerda con el igualmente numerado de la de 1942, con el 71 de la de 1952 y de la vigente de 1967—, dispuso: "Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares".

La fórmula uruguaya puede considerarse modélica para la época, al preceptuar la gratuidad no solamente para la primaria —coincidiendo con el texto original de la de Querétaro—, sino a los otros niveles, dispuesto en México, por la reforma constitucional de diciembre de 1947.

2.1. Naturaleza jurídica de la fórmula constitucional: declaración de utilidad social

Se consideró doctrinalmente, sin mayor análisis justificativo, desde el siglo XIX por Varela, como un principio, conclusión que es reiterada en forma pacífica, según la doctrina vernácula de varias especialidades, caso de un ilustrado laboralista,[6] así como en la constitucional contemporánea.[7]

Originalmente, en opinión del máximo constitucionalista uruguayo, se trata de una disposición programática, "que recomienda el mantenimiento del régimen de la gratuidad [...]".[8]

Desde la incorporación de Uruguay en 1969 al Pacto ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no podría haber duda sobre la calificación como principio, conclusión reiterada al ratificarse en 1994 el Protocolo de San Salvador.

---

6 Barbagelata, Héctor-Hugo, "El principio de gratuidad de los estudios universitarios", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 27, 2014, pp. 13-18, *https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/140*

7 Risso Ferrand, Martín J., *Derecho Constitucional*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1998, t. III, pp. 195 y ss.; Risso Ferrand, Martín J., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Konrad Adenauer Stiftung, 2004, t. II, pp. 506-508.

8 Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, *La Constitución Nacional*, Montevideo, Medina, 1946, t. II.

Es claro que la gratuidad de la enseñanza es una condición necesaria aunque no suficiente para la accesibilidad.

2.2. La gratuidad en las leyes ordinarias anteriores a la Constitución de 1934

El referido Decreto Ley 1.350, de 1877, procuró afirmar la gratuidad de la enseñanza pública primaria. La Ley 5.383, de enero de 1916, artículo 1, eliminó el pago de derechos de matrícula y de exámenes a los estudiantes reglamentados de enseñanza secundaria y facultó al poder ejecutivo, cuando las rentas universitarias lo permitieren, a exonerar del pago de derechos universitarios.

2.3. La gratuidad en las leyes ordinarias posteriores a la declaración constitucional de interés social de la misma

La ley Orgánica de la Universidad de la República, 12.549, de 1958, artículo 66, preceptúa:

> Gratuidad de la enseñanza:
>
> La enseñanza universitaria oficial es gratuita. Los estudiantes que cursen sus estudios en las diversas dependencias de la Universidad de la República no pagarán derechos de matrículas, exámenes, ni ningún otro derecho universitario. Los títulos y certificados de estudio que otorgue la Universidad de la República se expenderán gratuitamente, libres del pago de todo derecho.

Sin embargo, la ley 16.226, de 1991, artículo 407 dispuso: "Facúltase a la Universidad de la República a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla". Con base a dicha autorización, se ha reglamentado el cobro de ciertos posgrados.

En otro orden, se ha instituido un Fondo de Solidaridad mediante becas, por ley 16.524 de 1994 y modificativas, que configura una suerte de pago *a posteriori* por los egresados de la Universidad de la República y de otros entes de enseñanza pública.

En la evolución normativa uruguaya, la ley 14.101, de 1973, artículo 6, preceptuó que "la educación impartida por el Estado será gratuita". La ley 15.739, de 1985, artículo 6-2, mencionó la reafirmación de principios, entre ellos el de gratuidad. Actualmente, la llamada Ley General de Educación, 18.437, de 2008, por el capítulo IV, fija los "principios de la educación pública estatal".

Su artículo 15 reza: "La educación estatal se regirá por los principios de gratuidad, de laicidad y de igualdad de oportunidades, además de los principios y fines establecidos en los títulos anteriores. Toda institución estatal dedicada a la educación deberá velar en el ámbito de su competencia por la aplicación efectiva de estos principios".

Y el artículo 16 preceptúa que "el principio de gratuidad asegurará el cumplimiento efectivo del derecho a la educación y la universalización del acceso y permanencia de las personas en el sistema educativo".

2.4. Otros elementos del sistema constitucional y legal

Caso del artículo 40, inciso 2 de la Constitución de 1934: "quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios siempre que los necesiten", que es la base del régimen de asignaciones familiares, para satisfacer, entre otras, necesidades educativas, desarrollado originalmente por la ley 10.449 de 1943 y modificativas.

Además hay disposiciones legales estatales y hasta departamentales (Uruguay es un Estado unitario estructurado territorialmente en diecinueve Departamentos), relativas a beneficios para el uso del transporte público de pasajeros por estudiantes, que también operan como instrumentos para mejorar la posibilidad de acceso a la educación.

La obligatoriedad, impuesta por el artículo 61 de la Constitución de 1934 para la enseñanza primaria, se complementa por el inciso 2: "El Estado dispondrá lo necesario para su cumplimien-

to", fue extendida a la secundaria, media o industrial, por el artículo 70 de la reforma constitucional de 1967, agregando por el inciso final, que "La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones".

2.5. La incidencia de los instrumentos internacionales ratificados por Uruguay

Entre ellos destacan los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Uruguay por ley 13.751, de 1969 y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, aditivo al Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Uruguay por ley 16.519, de 1994.

Las disposiciones constitucionales uruguayas son plenamente compatibles con ellos y al superar sus previsiones, que son mínimos, no facultan, en principio, invocar la progresividad que esos instrumentos prevén.

Y posibilitan cumplir con las cuatro A de la educación —asequibilidad (o disponibilidad), accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad—, mentadas por el Comité DESCAS, Observación general 13.[9]

En un Estado como Uruguay, cuya Constitución no fue actualizada mediante la recepción en las diversas formas posibles del derecho internacional de los derechos humanos, como sucedió en general en los otros Estados Iberoamericanos (*verbi gratia* Colombia desde 1991, Argentina desde 1994, México desde 2011, etc.) todo pasa por la nueva interpretación y hasta sobre interpretación de algunos artículos constitucionales, básicamente el 72, relativo a enumeración no taxativa de derechos y garantías y su aplicabilidad inmediata vía artículo 332.

[9] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13), 1999, *https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/1999/es/37937*

III. Autonomía universitaria en las Constituciones de Uruguay[10]

L*a Constitución de 1830: un sistema unitario centralizado*. La primera Constitución rígida y codificada de Uruguay entró en vigor tras su juramento de julio de 1830, y consagró un régimen institucional unitario fuertemente centralizado.[11]

Sin embargo, la realidad, dentro del marco de un interesante debate sobre si se estaba ante soluciones constitucionales, inconstitucionales o extraconstitucionales, fue mostrando la admisión de cierta descentralización funcional que llegó a la creación de personas jurídicas denominadas Entes Autónomos.[12]

De la Universidad Mayor a la Universidad de la República. El proceso de creación se inició con la ley de 1833, propuesta por el Vicario Apostólico Larralaga, seguida por el decreto de 1838, expedido por el presidente Oribe, que convirtió a la Casa de Estudios Generales en Universidad Mayor de la República.

El Reglamento Orgánico fue aprobado por decreto de 1849, conforme al tipo de universidad napoleónica, por lo que comprendía la instrucción pública primaria, secundaria y superior. Hasta que por el Decreto Ley 1.350 de 1877, fue separada la enseñanza primaria.

La inicial desconcentración o descentralización en grado mínimo. No obstante, la Constitución, la ley 1825, de 1885, configuró un importante hito. Jiménez de Aréchaga,[13] destacó que "adquie-

[10] Sobre el capítulo III, véase, con mayor desarrollo, Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Uruguay", en Palomino Manchego y Eto Cruz (coords.), *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica: a Propósito de los 100 años del Grito de Córdoba,* Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2020, pp. 613-640.

[11] Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, *La Constitución Nacional, cit*., pp. 11 y 12.

[12] Esteva Gallicchio, Eduardo G., *Historia Constitucional del Uruguay. Lecciones de Derecho Constitucional 2*, 2a. ed., Montevideo, 1993, Ingranusi Ltda., t. I, pp. 149 y 150; Gros Espiell, Héctor y Esteva Gallicchio, Eduardo, *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 57.

[13] Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, *La Constitución Nacional, cit*., p. 12.

re ya un estatuto que la caracteriza como persona de Derecho Público con ciertos poderes propios de decisión".

La influencia de José Enrique Rodó. En febrero de 1900, se publicó la obra "Ariel. A la juventud de América", del talentoso ensayista y político uruguayo, que ejercitó singular influencia en los ámbitos estudiantiles de "nuestra América", a comienzos de ese siglo. Considerado uno de los Maestros de la Juventud de América, su trascendencia está acreditada en el Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos celebrado en Montevideo en 1908, con postulados que anteceden la Reforma de Córdoba de 1918. Y su aporte para comprender el alcance de la igualdad en Uruguay es innegable.[14]

El Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos. Celebrado del 26 de enero al 2 de febrero de 1908, según la Relación Oficial publicada en el periódico "Evolución"[15] es justo destacar la participación activa de:

Baltasar Brum, después presidente de la República (1919-1923) por el Partido Colorado Batllismo —simbólicamente, asumió dicho cargo en el Paraninfo de la Universidad de la República— y miembro dentro del poder ejecutivo bicéfalo instituido por la Constitución de 1918, del órgano pluripersonal colegiado, el Consejo Nacional de Administración (1931 y hasta su suicidio, horas después del golpe de Estado de 1933.[16]

Justino Eugenio Jiménez de Aréchaga Vargas, que fuera Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de la República y Senador por el Partido Colorado.[17]

---

14 Gros Espiell, Héctor, "La idea de igualdad en Rodó", *Los 100 años de Ariel. Boletín de la Academia Nacional de Letras*, núm. 8, Montevideo, 2000, pp. 75.

15 *Periódico Estudiantil Evolución*, "Relación Oficial del Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos, en periódico estudiantil", núms. 21, 22, 23 y 24, t. III, año III, marzo, abril, mayo y junio de 1908, *http://www.periodicas.edu.uy/o/Evolucion/pdfs/Evolucion_03_t03_n21_a_24_marzo_a_junio_1908.pdf*

16 *Ibidem*, pp. 98 y 152.

17 *Ibidem*, p. 12.

Clotilde Luisi, primera mujer uruguaya que estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y primera integrante del cuerpo docente en calidad, según la terminología de la época, de catedrática sustituta,[18] autora de la fundamentación sobre una liga de Estudiantes Americanos.[19]

La influencia del pensamiento de José Batlle y Ordóñez. El por entonces principal dirigente del Partido Colorado, fundador del Batllismo, con notoria recepción del pensamiento de Krause y de Ahrens, fue decisivo en el proceso de transformación de la Universidad durante su primera presidencia (1903-1907), coincidente con el Rectorado de Eduardo Acevedo (1904-1907), que había sucedido al positivista Alfredo Vázquez Acevedo (1880-1882; 1884-1993, 1895-1899).[20]

El trascendente año 1908: la representación estudiantil. Por ley 3.425, de 1908, se introdujeron importantes modificaciones a la ley de 1885. Se crearon los Consejos Directivos de las Facultades, compuestos de diez miembros; uno de ellos sería elegido por los estudiantes. Fue una decisión pionera en el contexto latinoamericano, "un paso clave en la dirección del pleno cogobierno universitario".[21]

En el Congreso de Estudiantes de Montevideo de 1908 hallamos el germen de la representación estudiantil, expuesto en el Informe que produjo Brum, en nombre de la Asociación de los Estudiantes de Montevideo, sobre *Representación de los estudiantes en los Consejos Directivos de la enseñanza universitaria*, que se concretó en una moción, que fue votada y aprobada por aclamación.

Este Congreso aceptó como una aspiración, que es de desearse sea llevada pronto a la práctica, la representación de los estu-

---

18 Cestau, Saúl D., "Noticia sobre las primeras 'adelantadas' en el área de la Universidad. Con especial referencia a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1974, t. 60, p. 125 y ss.

19 *Periódico Estudiantil Evolución*, *op. cit*., p. 148.

20 Ardao, Arturo, *op. cit., pp. 83-84;* Markarian, Vania, *et al*., *1908 El año augural*, Montevideo, Aniversarios 2008-Universidad de la República, 2008.

21 *Idem*.

diantes en los Consejos Directivos de Enseñanza Universitaria por medio de delegados, nombrados directamente por ellos y renovados con la mayor frecuencia posible.[22]

Supresión de toda enseñanza y práctica religiosas en las escuelas públicas. Por ley 3.441 de 1909, fue "[...] suprimida toda enseñanza y práctica religiosa en las escuelas del Estado" (art. 1). Fue uno de los antecedentes del modelo de Estado laico que habrá de instituir, para la segunda república uruguaya, la reforma constitucional de 1918.

La Constitución de 1918 consagró la descentralización y la autonomía. El Pacto "de los ocho". El perfeccionamiento de la reforma constitucional —mediante el plebiscito celebrado en octubre de 1917 y promulgación del resultado en enero 1918—, fue precedido de un pacto político alcanzado por ocho ciudadanos, cuatro representantes del Partido Colorado y cuatro del Partido Nacional, el llamado Pacto de los Ocho,[23] entre ellos, Brum (Partido Colorado, Batllismo). Uno de los puntos centrales refirió a la descentralización territorial y por servicios. También se consagró el abandono de la confesionalidad del Estado: "El Estado no sostiene religión alguna", dispone desde entonces el artículo 5.

El artículo constitucional 100. En ejecución del mencionado Pacto, respecto de la descentralización por servicios, se incluyó este trascendente artículo:

> Los diversos servicios que constituyen el dominio industrial del Estado, la instrucción superior, secundaria y primaria, la asistencia y la higiene pública serán administrados por Consejos autónomos [...]. Por tanto, las instituciones de enseñanza pública pasaron a ser, por el nuevo acto constitucional, Entes Autónomos de enseñanza o culturales.

Martín C. Martínez, constituyente por el Partido Nacional y partícipe del Pacto fue el autor del proyecto del que finalmente se consagró como artículo 100 de la nueva Constitución.[24]

---

22 *Periódico Estudiantil Evolución, op. cit*., p. 98-106.

23 Esteva Gallicchio, Eduardo G., *Historia Constitucional del Uruguay..., cit.,* p. 119.

24 *Actas de la Comisión de Constitución (1916-1917)*, Montevideo, 1918, 43 y ss., 72-81, *Diario de Sesiones de la H. Convención N. Constituyente de la República Oriental del Uruguay*, vol. III. Montevideo, 1918, pp. 407-410 y 435.

3.1. Las Constituciones de 1934 y de 1942

El golpe de Estado de 1933. Después del golpe de Estado concretado por el presidente constitucional de la República, Gabriel Terra, el 31 de marzo, fue acordada por los sectores liderados por él dentro del Partido Colorado y por Luis A. de Herrera en el Partido Nacional, la reforma constitucional que entró en vigor en 1934.

El artículo 100 constitucional de 1918 fue sustituido por una sección, titulada "De los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados" (arts. 181-183), que comenzaba con el artículo 181, que en lo que me ocupa preceptuó: "[...] la Instrucción Superior, Secundaria y Primaria y Normal, serán administrados por Consejos o Directorios Autónomos".

Restablecida la regularidad constitucional, por ley 9.523, de 1935 fue separada la Enseñanza Secundaria de la Universidad de la República al crearse por el artículo 1 el ente autónomo respectivo.

El golpe de Estado de 1942. El presidente constitucional de la República disolvió las Cámaras del Poder Legislativo, concretando el segundo golpe de Estado, del siglo xx en Uruguay, el 21 de febrero.

Tras el acuerdo político entre el sector batllista del Partido Colorado y el Partido Nacional Independiente, fue aprobada la Constitución de 1942, que respecto del tema conservó en lo sustancial (arts. 178 a 190), las disposiciones de la Constitución de 1934.

En el procedimiento de *facto* de elaboración de esta Constitución, por iniciativa de Juan Andrés Ramírez Chain fue adicionado como artículo numerado 282, el que resultará decisivo para el tema en 1943, que preceptuó:

> Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Disposiciones infraconstitucionales expedidas en el período de vigencia de la Constitución de 1942 que reafirmaron el principio autonómico. Fueron dos decretos del Poder Ejecutivo: el de 13 de abril de 1943 declaró "[...] que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 178 y 282 de la Constitución no corresponde al Poder Ejecutivo nombrar a los empleados de la Universidad [sean administrativos o docentes], entendiendo que esa materia compete a las autoridades superiores del ente [...]".

Y el de 29 de mayo de 1943:

> atento a que la firma por el Ministro de Instrucción Pública [...] de los títulos y diplomas expedidos por entes autónomos culturales constituye una práctica administrativa que no se ajusta al principio autonómico vigente y que solo se explica como resabio de una legislación dictada bajo el imperio de la Constitución de 1830, que jerarquizaba toda la Administración Pública bajo la dependencia del Poder Ejecutivo y [...] a que procede adaptar la expedición de dichos títulos y diplomas al derecho positivo (artículos 168 [...*sic*, debió decir 178...] y 282 de la Constitución) [...], dispuso declarar que los títulos y diplomas otorgados por los entes autónomos culturales serán expedidos por las autoridades directivas de los mismos, sin intervención del Ministerio de Instrucción Pública [...].

Se trata de dos actos jurídicos significativos, expedidos con la firma del presidente de la República Juan José de Amézaga —jurista reconocido—, que hace aplicación expresa directa de los artículos 178 y 282 de la Constitución que había entrado en vigor en 1942.

3.2. La Constitución de 1952

Grado de descentralización y de autonomía. Implicó una modificación fundamental en la regulación de los entes autónomos culturales o de enseñanza pública, al otorgarles el máximo grado de descentralización (no existe vínculo jerárquico con el poder ejecutivo, sino un control tenue confiado a los tres poderes del gobierno y a los tres sistemas orgánicos de control de regularidad jurídica, encabezados por el: Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral y Tribunal de Cuentas) y de au-

tonomía (potestad del ente de expedir su propio ordenamiento jurídico).[25]

Eduardo J. Couture (s/d, 32) destacó que en el seno de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes que analizó el proyecto de reforma constitucional, "tuvieron activa participación todos los órganos afectados por la reforma". Destacó:

> la reacción de la Universidad de la República que, ante la intención de incluir en sus órganos directivos representantes que serían un reflejo de los poderes políticos, con la necesaria participación de la mayoría y de la minoría electorales, reclamó el mantenimiento de su autonomía total.
>
> La justicia de su reivindicación y el tono enérgico con el cual fue formulado aseguran a la Universidad el respeto de sus concesiones y la Comisión reconoció la legitimidad del reclamo, (la traducción libre del francés al idioma español es de mi autoría).

Lo esencial lo hallamos en el Capítulo II de la Sección XI, titulada "De los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados". La individualización del Capítulo II surgió en virtud de observaciones formuladas básicamente por la Universidad de la República, para aventar posibles interpretaciones del proyecto original, que podían afectar la autonomía.

Dispone el artículo 204 que "La Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística, serán regidas por uno o más Consejos Directivos Autónomos". El texto posibilita, pues, que "las distintas ramas de la enseñanza pública estén cada una a cargo de un ente autónomo, que dos o más de ellas estén confiadas a un mismo ente, e incluso que todas constituyan un ente único".[26]

"Los demás servicios docentes del Estado, también estarán a cargo de Consejos Directivos Autónomos, cuando la ley lo determine por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara".

---

25 Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho* Público, 3a. actualización, Montevideo, F.C.U., 2009, pp. 163 y 164.

26 Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, *La Constitución Nacional, cit.,* p. 93.

Conforme al artículo 205 constitucional: "Los Consejos Directivos de los servicios docentes serán designados o electos en la forma que establezca la ley sancionada por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara".

"El Consejo Directivo de la Universidad de la República será designado por los órganos que la integran, y los Consejos de sus órganos serán electos por docentes, estudiantes y egresados, conforme a lo que establezca la ley sancionada por la mayoría determinada en el inciso anterior".

Por tanto, la Universidad de la República es un Ente Autónomo creado por la Constitución, lo que lo hace necesario; no suprimible por ley ordinaria; los Consejos de las Facultades, etc., son electos por docentes, estudiantes y egresados, lo que significa que el cogobierno por los tres órdenes está garantido por la Constitución uruguaya desde 1952 y el órgano jerarca, el Consejo Directivo Central es designado por los órganos que integran la Universidad, sin participación de los Poderes políticos del Gobierno.

La Ley Orgánica de la Universidad de la República. Durante la vigencia de esta Constitución fue expedida la Ley o Carta Orgánica de la Universidad de la República, 12.549, de 1958.

Tuvo origen en el anteproyecto elaborado por la propia Universidad, que fue profundamente debatido en el seno de sus diversos órganos. El 7 de abril de 1958 el Rector Cassinoni, presentó al texto al Ministerio de Instrucción Pública, el que lo remitió al poder legislativo.

Fue acompañado con una exposición de motivos en la que se destacaron aspectos como la sustitución por un instituto armónico de la federación de facultades entonces existente desde la ley de 1908; la incorporación de las Asambleas de los Claustros no reguladas previamente por ley, que surgieron en las Facultades desde 1918, como "reuniones consultivas de profesores, egresados y estudiantes, a las que los Consejos Directivos confiarán una misión de asesoramiento en las materias universitarias más importantes, tales como la estructuración de los planes de es-

tudio";[27] sobre los fines de la Universidad; se precisa que no es solo formar profesionales sino extender la cultura a la población, expandiendo el conocimiento público; la democracia interna con participación del mayor número en la dirección y orientaciones, con integración de los tres órdenes (docentes, estudiantes y egresados); amplias atribuciones asignadas al Consejo Directivo Central con reconocimiento de la autonomía técnica de las facultades en la elaboración de planes de estudios y selección de docentes; etcétera.

Tras intensos debates legislativos y en un ambiente de severa confrontación de sectores de la universidad con los poderes políticos, de enfrentamientos callejeros, de una prolongada huelga de las autoridades universitarias y de los estudiantes, y de la ocupación de edificios de la universidad, el proyecto de ley fue aprobado con algunas modificaciones.

Surge de la Ley o Carta Orgánica de la Universidad de la República que desarrolló, al decir de Cortiñas,[28] la recepción de los postulados del "movimiento de renovación, casi revolucionario a veces, tendente a obtener esencialmente tres cosas":

a) *La más amplia autonomía universitaria*, a un mismo tiempo administrativa, pedagógica, financiera y de gobierno;
b) *La participación de todos los sectores directamente interesados* (profesores, egresados y estudiantes) en la elección de los titulares de los órganos universitarios, y en el ejercicio mismo de la administración universitaria, excluyendo absolutamente la menor injerencia de los poderes políticos (principio del Gobierno de los tres órdenes o tripartito);
c) *La apertura creciente de la cultura superior a las capas populares de la población*, apertura realizada en un doble sentido: en primer lugar, ampliando las facilidades de acceso a la cultura mediante la gratuidad total, sistemas cada vez más perfectos de becas y de prestaciones familiares de

[27] Cortiñas Peláez, León, "La nueva estructura administrativa de la Universidad del Uruguay: el cogobierno de los estudiantes", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* núms. 8-9, Montevideo, 1962, t. 58, p. 187.

[28] *Ibidem*, pp. 184 y 185.

> educación, facilidades para los estudiantes que trabajan, etc.; en segundo lugar, actuando no ya sobre las consecuencias sino sobre las causas, una tentativa para hacer de la Universidad un instrumento eficaz de la renovación institucional y del desarrollo político y socioeconómico".

3.3. La Constitución vigente de 1967 y sus enmiendas

Cambios menores. La Constitución vigente mantuvo en lo sustancial las previsiones anteriores, con algunos ajustes en el artículo 207 y las reformas parciales perfeccionadas en los años 1989, 1994, 1997 y 2004, no afectaron las fórmulas consagratorias de la descentralización y autonomía de los Entes culturales.

En el artículo 202 (204 de 1952) se adicionó como inciso final que "la ley dispondrá la coordinación de la enseñanza" y en el artículo 204, inciso 2, se sustituyó "y" (artículos 58 y 61) por "a" 58 a 61), lo que implica la aplicabilidad a los Entes Autónomos de Enseñanza pública del nuevo inciso 1º del artículo 60 que creó el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

En base al inciso 1º del artículo 202, existen actualmente como entes autónomos de enseñanza pública: la Universidad de la República (UdelaR) (ley orgánica 12.549 de 1958 y modificativas), la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) (desde la ley 15.739 de 1985 y modificativas) y Universidad Tecnológica (UTEC) (ley 19.043, de 2012 y modificativas).

El golpe de Estado de 1973. El presidente constitucional de la República en ejercicio, por decreto de 27 de junio de 1973, disolvió las Cámaras del Poder Legislativo, formalizando la tercera ruptura del orden constitucional "a la uruguaya" del siglo xx.

En lo que refiere a la Universidad de la República, a diferencia de lo sucedido en los Gobiernos de *facto* de 1933 y 1942, fue intervenida por Decreto 921/973, que cometió su administración al Ministerio de Educación y Cultura, lo que se extendió hasta 1985.

Las enmiendas constitucionales parciales posteriores a la reinstitucionalización democrática de 1985: 1989, 1994, 1997 y 2004.

Solo guarda relación con la autonomía universitaria la de 1997, porque la reafirma, al regular el nuevo instituto de declaración por el presidente de la República que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario, lo que le faculta a sustituir uno a varios Ministros, que expresamente, dice en el inc. final: "Dichas facultades tampoco podrán ejercerse respecto de las autoridades de la Universidad de la República".

IV. Conclusiones sobre ambos modelos de regulación

Sobre acceso a la educación: el derecho a la educación, que incluye lógicamente el acceso a la misma, ha sido amparado por las Constituciones de Uruguay, vía el actual artículo 72, originalmente incorporado por la Constitución de 1918 como artículo 173, en tanto inherente a la personalidad humana pero también, derivado de la forma republicana de gobierno.

Uno de los instrumentos preceptuados constitucionalmente es la gratuidad en todos los niveles de la enseñanza pública (artículo 71), como manifestación específica del concepto de igualdad recibido en Uruguay (Constitución, artículos 8, 72 y 332, conjugados), tanto con perspectiva política por Rodó[29] como jurídica, según "un modo singularmente amplio de entender la igualdad entre los hombres", que incluso la extiende a los extranjeros.[30] La Constitución también prevé otros instrumentos que, en lo pertinente, se relacionan con el acceso a la educación (artículo 41, inc. 1º).

El derecho uruguayo reconoce las posibilidades de acceso con mayor nivel que los pactos internacionales de derechos humanos, a diferencia de otros ordenamientos que deben acudir al bloque de constitucionalidad.

[29] Gros Espiell, Héctor, "La idea de igualdad en Rodó", *cit*.

[30] Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, "Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo xx", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1949, t. XLVII, pp. 217-227.

La ley ordinaria 18.437, de 2008 regula actualmente al derecho a la educación como un derecho humano fundamental y múltiples disposiciones anteriores y posteriores lo mencionan particularizado: para personas mayores, enfermos mentales, discapacitados, etc. La fórmula vernácula de derecho humano fundamental no coincide con las modélicas de los órdenes constitucionales de otros Estados americanos y europeos.

Sobre autonomía universitaria y cogobierno, al momento de expedirse el Grito de Córdoba, el orden jurídico constitucional y legal uruguayo había asignado, desde 1885), por ley ordinaria, un grado mínimo de descentralización y de incipiente autonomía a la Universidad de la República, aunque no existían previsiones constitucionales expresas que ampararan tales fórmulas.

La conjunción en Uruguay del pensamiento de Batlle y Ordóñez, con la prédica de Rodó, así como los acontecimientos internacionales, fueron inspirando transformaciones en la juventud universitaria uruguaya.

El Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos celebrado en Montevideo, a comienzos de 1908 abogó por soluciones que caracterizarían al Movimiento Estudiantil Americano Reformista, destacándose el reclamo de extensión de la autonomía, de participación directa de estudiantes en los órganos directivos de los entes de enseñanza; la separación de la enseñanza religiosa; las máximas posibilidades de acceso y la función social de la Universidad.

La peculiaridad del sistema uruguayo resulta de haber conferido rango constitucional desde 1918, a la autonomía de los entes autónomos de enseñanza pública; desde 1934 a la consideración de utilidad social de la gratuidad de la enseñanza pública en sus diversos niveles y desde 1952 asegurado el máximo grado de descentralización y de autonomía, así como constitucionalizando el cogobierno de la Universidad por los tres órdenes (docentes, estudiantes y egresados).

La Ley Orgánica de la Universidad de la República de 1958 asumió y reglamentó prolijamente, cuarenta años después, los postulados del Grito de Córdoba, especialmente la función social de la enseñanza.

Los actuales desafíos refieren a precisar cuáles son los controles constitucionalmente admisibles frente a posicionamientos amparados, *prima facie*, en la libertad de cátedra y su precisa delimitación de posibles supuestos de discurso de odio (por ejemplo, en los últimos días, relacionados con la situación en Gaza tras el genocidio de Hamas de octubre de 2023).

Los tiempos actuales parecerían hacer posible evaluar, a más de 70 años de la constitucionalización y a más de 65 años de la Ley Orgánica, si son o no, necesarios o convenientes ajustes al funcionamiento del sistema.

Montevideo, 14 de junio de 2024.

Referencias

Actas de la Comisión de Constitución (1916-1917), Montevideo, 1918.

Ardao, Arturo, *Etapas de la inteligencia uruguaya*, Montevideo, Universidad de la República, 1968.

Barbagelata, Héctor-Hugo, "El principio de gratuidad de los estudios universitarios", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 27, 2014.

Brito, Mariano R. y Frugone Schiavone, Héctor, *Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Notariado, 1973.

Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho* Público, 3a. actualización, Montevideo, F.C.U., 2009.

Cestau, Saúl D., "Noticia sobre las primeras 'adelantadas' en el área de la Universidad. Con especial referencia a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1974, t. 60.

Constituciones de Uruguay de 1830, 1918, 1934, 1942, 1952 y 1997 y enmiendas de 1989, 1994,1997 y 2004.

Cortiñas Peláez, León, "La nueva estructura administrativa de la Universidad del Uruguay: el cogobierno de los estudian-

tes", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración,* núms. 8-9, Montevideo, 1962, t. 58.

Couture, Eduardo J., *La Constitution uruguayenne de 1952*, "Cahiers de Législation et de Bibliographie Juridique de l´Amérique Latine", núms. 11-12, Paris, Imp. Ozanne et. Cia.

Diario de Sesiones de la H. Convención N. Constituyente de la República Oriental del Uruguay, vol. III, 1918, Montevideo.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., *Historia Constitucional del Uruguay. Lecciones de Derecho Constitucional 2*, 2a. ed., Montevideo, 1993.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Influencia de la Constitución de México de 1917 en la Constitución y el constitucionalismo de Uruguay", *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional (Derecho Comparado)*, Fix-Zamudio y Ferrer- MacGregor (coords.), 2017.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Uruguay", en Palomino Manchego y Eto Cruz (coords.), *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica: a Propósito de los 100 años del Grito de Córdoba,* Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2020.

Gros Espiell, Héctor, "La idea de igualdad en Rodó", *Los 100 años de Ariel. Boletín de la Academia Nacional de Letras*, núm. 8, Montevideo, 2000.

Gros Espiell, Héctor y Esteva Gallicchio, Eduardo, *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, México, IIJ-UNAM, 2005.

Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, *La Constitución Nacional*, Montevideo, Medina, 1946, t. II., t. III, t. VII.

Jiménez de Aréchaga MacColl, Justino, "Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo xx", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1949, t. XLVII.

Leyes y Decretos de Uruguay.

Markarian, Vania, *et al*., *1908 El año augural*, Montevideo, Aniversarios 2008-Universidad de la República, 2008.

Martínez, Martín C., *Ante la nueva Constitución,* 2a. ed., vol. 48, Montevideo, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13), 1999.

Periódico Estudiantil Evolución, "Relación Oficial del Primer Congreso Internacional de Estudiantes Americanos, en periódico estudiantil", núms. 21, 22, 23 y 24, t. III, año III, marzo, abril, mayo y junio de 1908.

Risso Ferrand, Martín J., *Derecho Constitucional*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 1998, t. III.

Risso Ferrand, Martín J., "La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Konrad Adenauer Stiftung, 2004, t. II, .

Rodó, José Enrique, *Ariel. La vida nueva III. A la juventud de América*, Montevideo, 2024.

Varela, José Pedro, *Obras pedagógicas. La educación del Pueblo*, Sociedad de Amigos de la Educción Popular, 1874.

Acceso a la educación y autonomía universitaria

***

Access to education and university autonomy

*Luis Raúl González Pérez**

Resumen: el texto aborda la importancia del derecho a la educación para las personas y la sociedad, a partir del desarrollo normativo que ha tenido en su reconocimiento expreso y propósito de lograr la universalidad en su cobertura, junto con el principio de gratuidad que, al ubicarse dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, debe buscarse su cumplimiento de manera progresiva. De igual forma, se destaca que la autonomía de las instituciones de educación superior es considerada una garantía institucional necesaria para el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades que tienen asignadas dentro del fin de alcanzar el desarrollo óptimo del derecho a la educación superior.

Abstract: the text addresses the importance of the right to education for people and society, based on the legislative development that it has had in its express recognition and purpose of achieving universality in its coverage, together with the principle of free education that, at be located within the economic, social and cultural rights, their fulfillment must be sought progressively. Likewise, it is highlighted that the autonomy of universities and higher education institutions is considered a

* Doctor en Derecho por la Universidad de Educación a Distancia de España, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialista en Derechos Humanos.

necessary institutional guarantee for fulfilling their assigned functions and responsibilities to achieve the optimal development of the right to higher education.

Palabras clave: derechos humanos, derecho a la educación, universidad, autonomía.

Keywords: human rights, right to education, university, autonomy.

Sumario: I. Introducción. II. El derecho humano a la educación. III. Marco jurídico de la educación. IV. Principios constitucionales de la educación. V. Universidades autónomas. VI. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

La educación es uno de los factores que más influye en el avance y progreso de personas y sociedades. Además de proveer conocimientos, la educación enriquece la cultura, el espíritu, los valores y todo aquello que nos caracteriza como seres humanos.

También la educación es un bien básico indispensable para la formación de autonomía personal y, por ende, para ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de ahí su carácter de derecho humano. Precisamente, la Constitución General y los tratados internacionales señalan que el objetivo de la educación debe ser el desarrollo de las capacidades del ser humano y el fomento de los derechos humanos y otros valores democráticos.

II. El derecho humano a la educación

El derecho humano a la educación se ha incluido dentro de los de segunda generación, que se denominan "derechos económicos, sociales y culturales", respecto de los cuales el Estado tiene la ineludible obligación de garantizar su efectivo ejercicio.[1] No

[1] Es pertinente recordar el dialogo entre el TEDH y la Corte IDH que, al citar esta la emblemática sentencia *Airey vs. Irlanda* de 1979, señaló la interdepen-

se trata de cualquier tipo de educación, sino una educación que sirva a ciertos fines consecuentes con la dignidad de la persona y el desarrollo de la humanidad en su conjunto.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de las Naciones Unidas que más ha avanzado en la definición del derecho a la educación a través de la adopción de sus Observaciones generales, en su Observación número 13, señala que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos. Asimismo, toda enseñanza debe orientarse al pleno desarrollo del sentido de la dignidad de la persona humana y atender, entre otros principios, al del interés superior de los alumnos. El Comité ha establecido cuatro criterios a los que debe ajustarse la educación que proporcione el Estado: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.[2]

III. Marco jurídico de la educación en México

En nuestro sistema jurídico el derecho humano a la educación está reconocido tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en diversos instrumentos internacionales.

3.1. Marco constitucional

El derecho a la educación ha sido columna vertebral del sistema educativo nacional desde cuando menos 1857, en lo que se refiere al texto constitucional, pues ya antes de ello, se luchó por este

dencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, a partir de los cuales estos "deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello". Véase Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 101.

[2] ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

importante derecho. Al respecto, Benito Juárez, siendo presidente de la República, designó a Gabino Barreda para presidir una comisión encargada de elaborar un Plan General de Instrucción Pública que incluyera todos los niveles. Esa comisión dio al país las leyes Orgánicas de Instrucción Pública de 1867 y de 1869. En esos ordenamientos se hizo de la educación una responsabilidad pública, se suprimió la enseñanza religiosa y se incorporaron los principios de obligatoriedad, laicidad y gratuidad de la enseñanza primaria. En la Ley de 1867 también se estableció uno de los más importantes acontecimientos para la educación pública en México, la organización de la Escuela Nacional Preparatoria. Esta institución, 43 años después, sería parte del basamento sobre el cual Justo Sierra organizaría el proyecto educativo, cultural y científico más importante de nuestro país: la apertura de la Universidad Nacional de México.[3]

Al analizar los textos originales de las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917, se observa que, en ambos casos, el principio inicial del artículo 3º, era precisamente reconocer la libre enseñanza, y es que las primeras cuatro palabras de dichos textos eran exactamente los siguientes: "La enseñanza es libre".

La Constitución de 1917 ratificó el carácter libre, laico y gratuito de la educación pública en México en su artículo 3° y, más importante aún, se convirtió en la base jurídica para un amplio proyecto educativo que extendió la cobertura a todos los rincones del país. Desde entonces, el derecho a la educación ha sido progresivo, siendo el artículo 3° constitucional el que determina los criterios que deben normar la educación impartida por el Estado —Federación, entidades federativas y municipios—, así como los particulares, y por las instituciones de educación superior autónomas por ley.

3.2. Principales reformas constitucionales

El contenido del artículo 3° constitucional ha tenido una interesante evolución, a través de las once ocasiones en que ha sido re-

[3] Narro Robles, José y Moctezuma Navarro, David, "Hacia una reforma del sistema educativo nacional", *https://www.planeducativonacional.unam.mx/PDF/completo.pdf*

formado: 1934; 1946; 1980; 1992; 1993; 2002; 2011; 2012; 2013; 2016, y 2019. Expondremos de manera panorámica algunos aspectos de ellas:

Reforma constitucional de 1934.[4] Precisó la función social del Estado para impartir educación, con el carácter de servicio público, y se dispuso que debería tener un enfoque socialista; extendió su laicidad, la dirigió hacia el combate del "fanatismo y los prejuicios" y la orientó hacia la ciencia; amplió la obligación del Estado para impartir educación primaria, secundaria y normal, y las reglas para impartir educación privada; expresamente señala que la educación primaria será obligatoria y el Estado la impartirá gratuitamente.[5]

Reforma constitucional de 1946,[6] imprime una visión educativa más integral, al incorporar a la democracia, la nación y la convivencia social como criterios rectores. Se sustituyó el adjetivo "socialista" de la educación por el de democracia, nacional y promotora de la convivencia humana, así como "con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad [...]". Se establece la obligatoriedad de la educación primaria, pero agregando que toda la educación que el Estado imparta será gratuita.

Reforma constitucional de 1980.[7] Esta reforma introdujo la fracción VIII, que elevó a rango constitucional la autonomía que se había concedido en las leyes a diversas instituciones de educación superior.[8]

---

4 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 1934.

5 Sánchez Vázquez, Rafael, *El derecho constitucional a la educación en México,* en Serna de la Garza, José María (coord..), "Contribuciones al derecho constitucional", México, IIJ-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, p. 14 y ss.

6 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1946.

7 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de junio de 1980.

8 Algunos antecedentes son: en 1917 se le reconoció algunos aspectos autonómicos a la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; 1923 la legislatura local expidió la ley de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; a la Universidad Nacional de México le fue reconocida su autonomía en la Ley Orgánica de 1929; a la Universidad de Puebla se la otorga su Ley Orgánica en 1941.

Reforma constitucional de 1992.[9] Esta reforma hizo precisiones sobre el laicismo en la educación impartida por el Estado y, en aspectos relacionados con la educación que imparten los particulares que podrán hacerlo en todos sus tipos y modalidades, siempre y cuando se sujeten a los criterios que establece el propio artículo 3o., salvo el criterio del laicismo que no las rige.

Reforma constitucional de 1993.[10] Se estableció con toda nitidez a la educación como derecho humano y la obligación del Estado de impartir educación preescolar, primaria y secundaria conforme con la organización política federal que nos rige (Federación, estados, Ciudad de México y municipios); en atención a una posterior reforma se agregó también el bachillerato. La educación primaria y la secundaria son obligatorias.[11] Toda la educación que el Estado imparta será gratuita.

Reforma constitucional de 12 de noviembre de 2002. Se establece la obligatoriedad de la educación secundaria; que junto con la preescolar y primaria conforman la educación básica para el desarrollo de la sociedad mexicana.

Reforma constitucional de 2011.[12] La reforma constitucional de junio de 2011 incorporó al segundo párrafo del artículo 3o. una referencia expresa al respeto de los derechos humanos dentro de los valores que la educación que imparta el Estado deberá tender a desarrollar, considerando que los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, en donde la dignidad humana, el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, son constitucionalmente reconocidos.[13]

---

9 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992.

10 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo de 1993 y Fe de Erratas publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de marzo de 1993.

11 González Contró, Mónica. Comentario al artículo 3° de la Constitución. En: Cossío Díaz, José Ramón (coordinador), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada", Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 105.

12 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1º de junio de 2011.

13 Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit,* p. 19.

Reforma constitucional de 2013.[14] Se estableció la universalidad del derecho a la educación, con la consecuente obligación del Estado a impartir y garantizar educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior, y superior, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica: es decir, se incorporaron los niveles inicial, preescolar y superior de la educación y los mismos atributos bajo los cuales debe impartirla obligatoriamente el Estado. Se agregaron contenidos educativos, orientación y contextos sociales para elaborar planes y programas. Se reconoció al magisterio y su derecho a ser parte de un sistema de formación, capacitación y actualización evaluado, además de la creación de un organismo y el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE, Organismo Autónomo), para realizar esas funciones. Se reconoció el derecho humano a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Reforma constitucional de 2016.[15] Esta reforma dispuso que, para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción II, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República. Adicionalmente, el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos con funciones de dirección o de supervisión en la educación básica y media superior que imparta el Estado, se llevarán a cabo mediante concursos de oposición que garanticen la idoneidad de los conocimientos y capacidades que correspondan.

Reforma constitucional de 2019.[16] Entre las modificaciones más significativas están que desaparece el INEE, que será sustituido por el Centro Nacional para la Revalorización del Magisterio y la Mejora Continua de la Educación. Se crea un Sistema para la Carrera de las Maestras y Maestros, en el que Federación tendrá la rectoría, y un Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. No habrá evaluaciones punitivas ni obligatorias para los maestros, quienes tendrán derecho a un sistema de formación gratuito. Busca garantizar la educación desde el nivel inicial has-

[14] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de febrero de 2013.

[15] Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016.

[16] Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de mayo de 2019.

ta el superior, que esta debe ser obligatoria, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica, así como contar con un enfoque en derechos humanos e igualdad sustantiva.

3.3. Marco jurídico internacional

Existe una serie de instrumentos internacionales y regionales, tanto de carácter general, como específicos, que recogen el derecho a la educación. Sería extenso reproducir una a una todas las referencias existentes. Baste con enunciar algunos de esos instrumentos, como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26); por lo que hace a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, el derecho humano a la educación está reconocido en: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 18.4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 13-15); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 7); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 28-30). En el ámbito del sistema interamericano se alude al derecho a la educación en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (arts. 3, 30-31, 34, 47-50, 52 y 95) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XII, y XXX-XXXI), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 12 y 26); el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 13-14).

La enunciación anterior pone en evidencia que el derecho a la educación goza de un amplio reconocimiento, a través de numerosos instrumentos que permiten a cualquier persona interesada trabajar a favor de su plena realización, teniendo la posibilidad de acudir a una gran batería de herramientas para su protección.

IV. Principios constitucionales de la educación

Respecto a las obligaciones del Estado en materia del derecho a la educación, el orden jurídico mexicano establece las siguientes:

Universalidad. El derecho a recibir educación es universal, es decir debe ser asequible a todas las personas sin discriminación quedando prohibido imponer condiciones de acceso, permanencia y condiciones discriminatorias. La evolución legislativa del artículo 3° constitucional permite comprender de mejor manera los alcances del derecho a la educación reconocido expresamente a partir de la reforma constitucional de 1993, en que claramente se dijo "toda persona tiene derecho a la educación", así como las implicaciones concretas en cuanto a su efectividad haciéndolo explícito al beneficiario del derecho y al obligado de garantizarlo.

Educación obligatoria. La obligatoriedad de la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior, para quienes deben recibirla, debe entenderse no necesariamente como un deber jurídico inherente a cada persona, sino más bien, como un deber jurídico articulado o coordinado, entre los padres de familia o tutores y el Estado. Esto es, los padres de familia o tutores, como lo prevé el artículo 31, fracción I, de la Constitución, son responsables de que sus hijas, hijos o pupilos menores de dieciocho años concurran a las escuelas, para recibir la educación obligatoria, así como participar en su proceso educativo, al revisar su progreso y desempeño, velando siempre por su bienestar y desarrollo.

Educación de excelencia. El artículo 3o. constitucional incorpora una nueva vertiente inherente al derecho a la educación, consistente en que esta debe ser de excelencia (antes se decía de calidad), entendida como el mejoramiento integral constante que promueve el máximo logro de aprendizaje de los educandos, para el desarrollo de su pensamiento crítico y el fortalecimiento de los lazos entre escuela y comunidad. La educación de excelencia implica para el Estado la obligación de contar con personal docente idóneo e infraestructura adecuada. La excelencia en la educación debe ser tomada en cuenta en la exigibilidad de este derecho y por los indicadores con los que se dé seguimiento a su cumplimiento, manteniendo siempre el mejor estándar posible.

Educación laica. Referido a la laicidad de la educación que imparta el Estado, el artículo 3° incluye el respeto implícito al derecho de libertad de religión, en el sentido de que el derecho a la educación que gozan las personas no podrá ser interferido en for-

ma alguna con contenidos religiosos impuestos por el Estado, garantizándose a la vez, una separación entre la Iglesia y el Estado.

Educación gratuita. La vertiente de gratuidad de la educación ha tenido también en México una evolución histórica relevante, incluso, en el presente, dicho concepto es aplicable también a la educación superior que presta el Estado, merced a la reforma en 2019 al artículo 3°, fracciones VII y X.

Para su implementación el artículo décimo quinto transitorio de la reforma dispuso que

> para dar cumplimiento al principio de obligatoriedad de la educación superior, se incluirán los recursos necesarios en los presupuestos federal, de las entidades federativas y de los municipios, en términos de las fracciones VIII y X del artículo 3o. de esta Constitución; adicionalmente, se establecerá un fondo federal especial que asegure a largo plazo los recursos económicos necesarios para garantizar la obligatoriedad de los servicios a que se refiere este artículo, así como la plurianualidad de la infraestructura.

El Pleno Regional en Materia Administrativa de la Región Centro-Norte, con residencia en la Ciudad de México, al resolver una contradicción de tesis explica en la justificación que

> Las reformas constitucionales una vez publicadas surten efectos de manera inmediata, sin embargo, existen supuestos en los que el propio reformador establece que puedan implementarse en fecha posterior. En ese sentido, la reforma sobre la gratuidad en el derecho a la educación superior a que se refiere el artículo 3o. de la Constitución General de la República, que ya se encuentra vigente y surtiendo sus efectos pero como lo determinó el artículo transitorio primero de la correspondiente reforma, debe implementarse siguiendo las reglas establecidas en los artículos transitorios primero, sexto, octavo, décimo cuarto y décimo quinto, para su plena exigibilidad, supuesto que se encuentra previsto en la Ley General de Educación Superior, en donde se establece que será de manera gradual y progresiva la efectividad del citado sistema de gratuidad en el derecho a la educación superior y la armonización de las Legislaturas de los Estados al marco constitucional.[17]

[17] Tesis PR.A.CN. J/61 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación,* Undécima Época, febrero de 2024, DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR

De esta manera, se resuelve el tema de la gratuidad de la educación en las Instituciones de educación superior.

V. Universidades Autónomas

La Constitución en el artículo 3°, fracción VII, no establece la autonomía de las universidades. Este principio se reconoce en la ley que crea y regula a cada universidad al quedar sujeta al principio de reserva de ley, motivo por el cual solo puede establecerse a través de un acto formal y materialmente legislativo.

De acuerdo con la Ley General de Educación Superior,[18] las instituciones públicas de educación superior con autonomía constitucional y legal, son las universidades y demás instituciones de educación superior autónomas que cuenten con la facultad de autogobierno o de gobernarse a sí mismas, derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una Constitución de una entidad federativa o de una ley en sentido formal y material (artículo 6, fracción IX).

5.1. La autonomía universitaria

La autonomía universitaria es el principio establecido en la carta magna, para otorgar una protección constitucional especial a la universidad pública, a fin de que pueda cumplir con la obligación constitucional y la responsabilidad de proveer a los estudiantes universitarios de una educación superior de excelencia.

La constitucionalización de la autonomía es el establecimiento de un ámbito de ejercicio protegido de atribuciones constitu-

GRATUITA. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE GRATUIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 3o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ CONDICIONADA A LA EJECUCIÓN DE LAS REGLAS QUE EL PODER REFORMADOR ESTABLECIÓ EN LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS DEL DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 15 DE MAYO DE 2019.

[18] Ley General de Educación Superior, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de abril de 2021.

cionales a favor de las universidades, dicho ámbito es susceptible de ser oponible frente a intromisiones de otros órganos y de un ámbito que la propia ley debe garantizar y preservar. Con tal referente las conductas o normas que violente tal ámbito son en principio posibles de ser calificadas de inconstitucionales.[19]

Para Jorge Carpizo la autonomía universitaria es la facultad que poseen las universidades para autogobernarse —darse sus propias normas dentro del marco de su Ley Orgánica y designar a sus autoridades—, para determinar sus planes y programas dentro de los principios de libertad de cátedra e investigación, y para administrar libremente su patrimonio.[20]

En este sentido, la autonomía comprende la posibilidad de determinar sin injerencias externas los planes y programas de estudio, fijar los términos de ingreso, permanencia y promoción de su personal académico, así como administrar su patrimonio. Todo ello se deberá realizar siempre respetando la libertad de cátedra e investigación, y el libre examen y discusión de las ideas. Dicho en otras palabras, es el principio establecido en la carta magna, para otorgar una protección especial a la Universidad pública, a fin de que pueda cumplir con la obligación constitucional y la responsabilidad social de proveer a los estudiantes universitarios de una educación superior de calidad.[21]

5.2. Blindaje de la educación pública universitaria: la autonomía

La autonomía universitaria es una garantía constitucional y/o garantía institucional establecida en la Constitución, a favor de las

[19] Roldan Xopa, José, "La autonomía de la Universidad pública. Un estudio jurídico", en Valencia Carmona, Salvador, *Educación, ciencia y cultura. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 254.

[20] Carpizo, Jorge. Voz, "Autonomía Universitaria", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, t. A-C, pp. 23-65.

[21] González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López Enrique, *Autonomía Universitaria y Universidad Pública. El autogobierno universitario*, México, UNAM, Oficina del Abogado General, 2009, p.17.

universidades públicas, a fin de que cuenten con el blindaje jurídico-constitucional necesario para maximizar el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades asignadas en las materias de docencia, investigación y difusión de la cultura, dentro del fin superior de alcanzar el desarrollo óptimo del derecho a la educación.[22]

El concepto de garantía institucional no es novedoso, surge en Alemania y ha tenido influencia en países como España[23]. Decimos que puede ser de utilidad para identificar el caso de la autonomía universitaria ya que su significado más inmediato es brindar protección jurídica a determinadas instituciones y en contrapartida a establecer limitaciones tanto al legislador como a actuaciones de otros sujetos.

En México, la SCJN se ha ocupado del tema, señalado lo siguiente:[24]

> La autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior, es decir, tiene un carácter exclusivamente instrumental y no conforma, per se, un fin en sí misma, por lo que es valiosa si y solo si -y en la medida en que- maximiza el derecho humano a la educación superior. En este sentido, no debe confundirse la autonomía universitaria, en cuanto garantía institucional que se predica de una persona jurídica de derecho público -la universidad autónoma-, con los derechos fundamentales de las personas físicas que la integran: el derecho a la educación superior y sus distintos haces normativos, como el derecho a la libre investigación y discusión de las ideas, el derecho a la libertad de cátedra, entre otros. Esto es, el hecho de que la autonomía universitaria

22 *Idem*, p. 39.

23 Torres Muro, Ignacio, *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 34 y 35. Destaca la sentencia STC 26/1987, emitida por el Tribunal Constitucional Español, en el cual, se reconoce que la autonomía universitaria se configura constitucionalmente como un derecho fundamental, expresándose a la vez, que "derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan".

24 Sobre el tema de la autonomía universitaria como garantía institucional nos ocupamos en el libro *Tópicos de Derecho Universitario*, México, UNAM, 2010, pp. 96-112.

> tenga una relación instrumental con la maximización de derechos individuales no implica que esta sea a su vez un derecho humano de una persona jurídico-colectiva que deba ponderarse con los derechos humanos de sus miembros. La autonomía universitaria, en definitiva, está subordinada a la maximización del derecho a la educación, por lo que, por regla general, el ejercicio legítimo de aquélla no puede incluir la restricción de aspecto alguno del derecho a la educación.[25]

Reiteramos que la constitucionalización de la autonomía es el ámbito de ejercicio protegido de atribuciones a favor de las universidades, dicho ámbito es susceptible de ser oponible frente a intromisiones de otros órganos y de un ámbito que la propia ley debe garantizar y preservar.

5.3. Voluntad universitaria

Una de las vertientes de la autonomía es el autogobierno, entendido como la posibilidad de darse sus propias normas en aspectos como su administración, desarrollo, sostenimiento y en cualquier aspecto que permita la plena libertad institucional para el cumplimiento de sus fines, funciones y responsabilidades constitucionalmente asignadas.

La facultad normativa se traduce en la aptitud de expedir normas generales que permitan regular todas las actividades relacionadas con el servicio educativo y la promoción de la investigación y la cultura; y se complementa con la facultad ejecutiva, referida al desarrollo y ejecución de los principios constitucionales, de las leyes expedidas por los órganos legislativos y las normas que las universidades emiten.[26]

---

25 Tesis 1a./J. 119/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2017, AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, POR LO QUE NO PUEDE SER UTILIZADA PARA RESTRINGIRLO.

26 Tesis 1ª./J.20/2010, *Semanari*o Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXI, marzo de 2010, UNIVERSIDADES PUBLICAS. COMPETENCIAS QUE DERIVAN DE SU FACULTAD DE AUTOGOBIERNO.

Respecto a la facultad de autorregulación se debe decir que la misma no extrae a la institución del orden jurídico nacional, pero le permite actuar con amplitud regulatoria dentro de este a través de las autoridades universitarias facultadas para ello (por ejemplo, al Consejo Universitario, instancia normativa en la UNAM) y contener las tentaciones externas que pretendan invadir el espacio de lo que pudiera caracterizarse como vida interna.

Por otra parte, cuando se pretenda legislar sobre las universidades e instituciones de educación superior, como son las Leyes Orgánicas, los órganos del Estado facultados para llevar los procesos legislativos deben consultar a la comunidad universitaria. Solo la universidad tiene el pulso y sensibilidad del momento en que su texto fundamental requiere ser reformado, en qué aspectos, cómo hacerlo y hasta dónde hacerlo.[27] De esta manera se dispuso en la Ley General de Educación Superior, artículo 2°, que "Cualquier iniciativa o reforma a las leyes orgánicas referidas en este artículo deberá contar con los resultados de una consulta previa, libre e informada a su comunidad universitaria, a los órganos de gobierno competentes de la universidad o institución de educación superior a la que la ley otorga autonomía, y deberá contar con una respuesta explícita de su máximo órgano de gobierno colegiado".

El reconocimiento de la ley a una consulta previa, libre e informada es vinculante para las autoridades, debiendo cumplir el deber de consultar a la comunidad universitaria mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.

5.4. Acceso a la educación universitaria

La autonomía proveerá mecanismos de acceso igualitarios a la educación superior, pero en ejercicio de su capacidad autonómica, serán las universidades quienes establezcan los mecanismos de ingreso, permanencia y egreso, respetando los derechos humanos de igualdad, de no discriminación, de perspectiva de género, de pluralidad y diversidad, de libertad religiosa a partir

[27] González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López, Enrique, Tópicos de Derecho Universitario, *cit*., p. 68.

de la laicidad de la enseñanza, mediante ajustes razonables para personas con discapacidad. Si bien el Estado es quien debe garantizar el acceso a la educación superior, son las instituciones de educación superior autónomas las que establezcan los requisitos de acceso a dichas instituciones (artículos 3° de la Constitución, fracción X, y 4° de la Ley General de Educación Superior).

5.5. Zonas de riesgo de la autonomía universitaria

Por otro lado, la autonomía alcanzada legalmente y blindada constitucional no está exenta de riesgos, entre otros los que se abordan a continuación:

Asignación presupuestal. Si bien el subsidio que el Estado otorga a la universidad pública debe ser el suficiente para que la institución cumpla con sus fines y responsabilidades que tiene asignados, es una realidad que año con año las universidades públicas sufren desgaste de la negociación y la incertidumbre del monto presupuestal a autorizar. Lo anterior se ha buscado resolver vía el artículo 119 de la Ley General de Educación, que dispone que el financiamiento que brinde el Estado a la educación no será menor al 8% del PIB nacional. De este monto, al menos el 1% del PIB se destinará a educación superior e investigación científica y humanística, así como desarrollo tecnológico e innovación, en las instituciones públicas de educación superior.

Rendición de cuentas. La autonomía es perfectamente compatible con la rendición de cuentas, siendo un aspecto indispensable para robustecer el principio de autodeterminación y autogestión que la Constitución les otorgó para asegurar el libre desarrollo de sus tareas, tanto académicas, como culturales. Se ha dicho que la autonomía no está reñida con rendición de cuentas, sino más bien un motivo para rendirla; sin embargo, es un límite para las pretensiones fiscalizadoras y sus consecuencias políticas o, en su caso, jurídicas. No sería admisible que aquellas se llevaran al punto de alterar la conducción de la Universidad, afectar sus funciones, disminuir sus libertades.[28]

[28] García Ramírez, Sergio, *La autonomía universitaria en la Constitución y en la ley*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2023, pp.128 y 129.

Confusión entre ámbito laboral y ámbito académico. Existe la confusión de tribunales y Juntas de Conciliación y Arbitraje al no distinguir con claridad la vinculación jurídica de reciprocidad obligacional existente entre la universidad y la autoridad jurisdiccional como nexo al personal académico.

Esta confusión se presenta a pesar de que la jurisprudencia ha sido clara al establecer que las autoridades laborales deben tener presente al momento de resolver una controversia entre una universidad y un miembro de su personal académico, tanto las normas constitucionales y las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, en particular las normas de la legislación universitaria en materia de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico.[29]

Precedente de la Suprema Corte de Justicia en designación de autoridades. La Suprema Corte ha resuelto que el mecanismo conforme al cual una institución de educación superior lleva a cabo el nombramiento de rector constituye u procedimiento interno que deriva de la facultad de autogobierno y autonomía de la que goza la universidad. Por tanto, no puede tenerse como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, pues atendiendo a la naturaleza jurídica del nombramiento del rector se llega a la conclusión de que aquella autoridad, a través de sus actos, no ejerce un poder público que afecte de manera unilateral la esfera jurídica del quejoso, máxime que la posición del aspirante a ese encargo no es la de gobernado para efecto del juicio de garantías, ya que se trata de una decisión derivada precisamente de la autonomía de que se encuentra investido dicho órgano.[30]

VI. Conclusión

Concluyo señalando que la autonomía y la voluntad general universitaria son un binomio inseparable. La autonomía se ve re-

[29] Solís Sánchez Renan, "Las relaciones laborales en las Universidades Autónomas", (en prensa).

[30] Amparo en Revisión 1264/89, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IV, julio de 1989, p. 568, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. LA ELECCION DE SUS FUNCIONARIOS NO PUEDE SER CUESTIONADA POR EL ESTADO.

flejada en la democracia académica, que es la participación de la comunidad universitaria plural, autónoma y disímbola en los múltiples órganos colegiados de la universidad pública que son los tomadores de decisiones, junto con las autoridades administrativas unipersonales, desde donde se pueden diseñar nuevos proyectos que den certidumbre y confianza a todos, siempre con miras a preservar la excelencia en la educación, la investigación y difusión de la cultura.

Referencias

Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo xxi Visión y Acción, Educación Superior y Sociedad, vol. 9, núm. 2.

Carpizo, Jorge. Voz, "Autonomía Universitaria", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, t. A-C.

Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo xxi, Visión y Misión. Preámbulo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios Interamericanos sobre Libertad Académica y Autonomía Universitaria. Adoptados por la Comisión durante el 182º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 6 al 17 de diciembre de 2021.

García Ramírez, Sergio, *La autonomía universitaria en la Constitución y en la ley*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2023.

González Contró, Mónica. "Comentario al artículo 3° de la Constitución. En: Cossío Díaz, José Ramón (coordinador), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada", Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017.

González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López, Enrique, *Tópicos de Derecho Universitario,* México, UNAM, 2010.

González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López, Enrique, *Autonomía Universitaria y Universidad Pública. El autogobierno universitario*, México, UNAM, Oficina del Abogado General, 2009.

Narro Robles, José y Moctezuma Navarro, David, "Hacia una reforma del sistema educativo nacional".

ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

ONU, Observación general núm. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14), 1999.

Roldan Xopa, José, "La autonomía de la Universidad pública. Un estudio jurídico", en Valencia Carmona, Salvador, *Educación, ciencia y cultura. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAMM, 2002.

Sánchez Vázquez, Rafael, *El derecho constitucional a la educación en México,* en Serna de la Garza, José María (coord..), "Contribuciones al derecho constitucional", México, IIJ-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.

Torres Muro, Ignacio, *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Valadés, Diego, *Derecho a la Educación*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1997.

Protección y salvaguarda del principio constitucional de autonomía universitaria

***

Protection and safeguarding of the constitutional principle of university autonomy

Jorge Carlos Herrera

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusión.

I. Introducción.

El término "Constitución" es usado en el lenguaje jurídico con una multiplicidad de significados, entre los que se destacan para los efectos de la presente ponencia, los siguientes: a) todo ordenamiento político de tipo "liberal", en el sentido de verdadero límite al poder político; b) cierto conjunto de normas jurídicas: que caracterizan e identifican todo ordenamiento, en el sentido de normas fundamentales;[1] c) documento normativo que tiene ese nombre; y d) un particular texto normativo dotado de ciertas características "formales", o sea de un peculiar régimen jurídico.[2]

[1] No se pasa por alto lo difícil que resulta concordar en cuáles normas deben ser consideradas fundamentales. En general, se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada "forma de Estado"; b) las que determinan la "forma de gobierno"; y c) las que disciplinan la producción normativa.

[2] Guastini, R. "Sobre el concepto de Constitución", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1999, *https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.1999.1.5566*

No se pasa por alto lo difícil que resulta concordar en cuáles normas deben ser consideradas fundamentales. En general, se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada "forma de Estado"; b) las que determinan la "forma de gobierno"; y c) las que disciplinan la producción normativa.

La Constitución entendida como conjunto de normas fundamentales es llamada a su vez Constitución en sentido "sustancial" o "material". Al concepto "material" de Constitución se conectan las nociones de "materia constitucional" y de "norma materialmente constitucional".

Se llaman *materialmente constitucionales* las normas "fundamentales" de todo ordenamiento jurídico. Por otro lado, se llama *materia constitucional* al conjunto de objetos que son disciplinados por tales normas.

II. Desarrollo

En términos generales, las constituciones escritas son fuentes del derecho. Se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no solo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son por tanto susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no solamente por parte del juez constitucional).[3]

En este orden de ideas, la reforma a la constitución implica un poder constituido que debe limitarse para evitar que una supuesta reforma constitucional sea una instauración constitucional, o sea, de la emanación de una nueva Constitución.

Todas las ideas anteriores rondan en torno al principio constitucional de autonomía universitaria, uno de los valores ético-políticos de nuestra constitución, cuya identidad material descansa precisamente en el conjunto de valores —o principios

[3] *Idem*.

supremos— que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución. Este principio, en diversos momentos de la historia, pasada y reciente de nuestro país, ha resistido aún la tentación de su modificación-eliminación.

El principio de autonomía universitaria es un elemento sustancial para la democracia mexicana y de trascendental importancia por encima de cualquier otro interés para la vida universitaria.

Tal y como ha expresado en múltiples ocasiones don Sergio García Ramírez, La autonomía constituye, el "oxígeno" que respiramos los universitarios, y una noción esencial para el desarrollo de la nación y la república, el imperio de sus libertades y la garantía individual y social que favorece a la sociedad en la medida en que ampara el progreso de México y su juventud[4].

La Universidad Autónoma de Yucatán es referente en el tema de la autonomía universitaria, pues ha pasado por varias etapas desde su fundación, habiendo nacido autónoma, hasta lograr lo que hoy es, una institución educativa con plena autonomía en la toma de decisiones.

La historia de nuestra universidad ha estado pintada con varios matices, como el tránsito que representó el año 1922, donde la enseñanza superior de estar a cargo del Instituto Literario de Yucatán, dependiente del Gobierno del estado. Esto cambia al entrar la administración del gobernador Felipe Carrillo Puerto, quien percibió los inconvenientes para tener una plena efectividad en la educación, representa el que la dirección de la misma esté en manos de la burocracia.

Derivado de los acuerdos realizados por el propio Carrillo Puerto con el entonces secretario de Educación, el licenciado José Vasconcelos, inició ante la Legislatura del Estado el proyecto de creación de la Universidad Nacional del Sureste de México, la cual el 24 de febrero de 1922 vio expedida su propia ley, habiendo nacido autónoma.

---

[4] García Ramirez, Sergio, "De nuevo, sobre la autonomía universitaria: un tema para la nación", Revista Abogacia, octubre de 2023, *https://www.revistaabogacia.com/de-nuevo-sobre-la-autonomia-universitaria-un-tema-para-la-nacion/*

Para 1979 había madurado la opinión de instalar la autonomía universitaria en la norma constitucional, con un doble propósito: *a)* de proclamación normativa y programática de una decisión fundamental superveniente, ya que no primordial, y *b)* de protección frente a las vicisitudes de la vida política y los arbitrios del poder.

El presidente José López Portillo presentó al Constituyente Permanente, por conducto de la Cámara de Diputados, una iniciativa de adición al artículo 3º constitucional, el 10 de octubre de 1979, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de junio de 1980.

En la exposición, el presidente: a) fijó un marco de filosofía educativa que rechaza "postulados cerrados a toda posibilidad dialéctica" y supone un sistema "ajeno a fanatismos y prejuicios, abierto a todas las corrientes del pensamiento universal y atento a la convicción del interés general, a la comprensión de nuestros problemas y al acrecentamiento de nuestra cultura"; *b)* recodó que la autonomía deriva de la ley; *d)* la resume como facultad de organización, administración y funcionamiento libres de las instituciones de cultura superior, que les permita ser "sustento de las libertades" y centros de formación de "individuos que contribuyan al desarrollo del país"; *f)* reafirma el compromiso estatal de "respetar irrestrictamente la autonomía"; *g)* declara que las instituciones autónomas se hallan "obligadas con la colectividad nacional"; *h)* subraya la responsabilidad que aquéllas tienen "del cumplimiento de sus planes, programas, métodos de trabajo y de que sus recursos han sido destinados a sus fines", *i)* manifiesta ante quiénes existe esa responsabilidad: "primeramente ante las propias comunidades, y en última instancia ante el Estado".[5]

La reforma se propuso liberar a las instituciones autónomas del asedio del Estado, llevando sus defensas al plano de la Constitución misma; "Se consagra la autonomía universitaria como una garantía más para el pueblo mexicano, poniéndola, [...], fuera del alcance de los tiranos y de los necios".[6]

[5] *Idem*.

[6] *Idem*.

La reforma constitucional de 1980 viene de las universidades en primera instancia, y solo en segunda, casi por encargo o encomienda, del presidente de la República, siendo dos los temas encomendados por las universidades públicas al Ejecutivo federal, conforme a la exposición de motivos: garantizar la autonomía y precisar, con arreglo a esta, las relaciones laborales.

Hoy día, el marco normativo de la autonomía universitaria parte del contenido del artículo 3o. de la Constitución Federal, de la Ley General de Educación, publicada el 30 de septiembre de 2019, la Ley General de Educación Superior, publicada el 20 de abril de 2021 y de ahí a las leyes de cada una de las instituciones de educación superior públicas y autónomas.

De la fracción VII del artículo 3° constitucional se desprendieron garantías autonómicas que posee la universidad, es decir, aquellas atribuciones que corresponden a la asignación de ciertos deberes y facultades.

Estas dimensiones y aspectos esenciales de la autonomía universitaria integran un conjunto de decisiones político-jurídicas fundamentales,[7] que además del sustento constitucional por lo general constan, con distintos alcances y contenidos, en sus leyes orgánicas, las cuales se relacionan con lo siguiente:

- la autonomía universitaria y sus cuatro vertientes, autogobierno, autodeterminación académica, autonomía y gestión administrativa y presupuestal;
- el conjunto de libertades académica, cátedra, investigación y pensamiento;
- la actuación a través de los órganos colegiados universitarios para decisiones académicas, y
- los valores universitarios como tolerancia, igualdad, respeto, autonomía, identidad y compromiso social.[8]

---

7 González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López, Enrique, *Tópicos del derecho universitario*, México, UNAM, Oficina del Abogado General, 2010, pp. 25 y 26.

8 González Pérez, Luis Raúl, "Por la defensa de la autonomía universitaria", en Franco Martín del Campo, María Elisa *et al.*, *Aportes de Sergio García Ramírez al derecho y al humanismo*, IIJ-UNAM-IECQ- el Colegio de Jalisco, México, 2022, vol. IV, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6838/7.pdf*

La Ley General de Educación en el segundo párrafo de su artículo 1º resuelve que "la función social educativa de las universidades y demás instituciones de educación superior a que se refiere la fracción VII de la CPEUM, se regulará por las leyes que rigen a dichas instituciones". En este sentido, regula el denominado "tipo de educación superior" e invoca la fórmula constitucional sobre autonomía universitaria.

De la Ley General de Educación Superior, es particularmente relevante el artículo 2º, que reconoce la facultad reguladora de las propias universidades para su vida interna; dispone un régimen de consulta a la comunidad universitaria cuando se pretenda modificar la ley orgánica universitaria, y reitera la atención a la autonomía a propósito del régimen de relaciones laborales.

Se trata de una autonomía calificada e íntimamente vinculada a la democracia desde la perspectiva mexicana: "Sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".[9]

La idea de una universidad cifrada en el interés del pueblo, es decir, una institución que responde al concepto sustancial de democracia y que concurre, por lo tanto, al "mejoramiento económico, social y cultural" anunciado por el artículo 3º de la Constitución, implica que la universidad ofrezca a quienes concurren a ella el acceso a una educación que garantice ese mejoramiento en toda circunstancia.

Lo anterior impacta en el quehacer y el objetivo de quienes tienen a su cargo la educación: "Enseñar para la democracia, para la reafirmación del ser nacional y para la mejor convivencia humana. La verdad por medida, la libertad por instrumento, la democracia por objeto, esta es la caracterización constitucional del magisterio".

Sin embargo, no hay verdadera autonomía universitaria si las condiciones en las que se establece no permiten el despliegue

[9] Latapí, Pablo, "El pensamiento educativo de Torres Bodet: una apreciación crítica", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, México, vol. XXII, núm. 3, pp. 13-44, *https://cee.edu.mx/rlee/revista/r1991_2000/r_texto/t_1992_3_02.pdf*

de sus funciones ni aseguran la posibilidad de cumplir sus propósitos.

La autonomía, en muy amplio sentido, es un derecho que esgrimen los individuos para acceder a la educación superior, un derecho de la sociedad para disponer de instituciones que le sirvan en este ámbito esencial y como derecho de la institución universitaria para realizar sus fines, favorece a todos y asegura que la universidad pueda cumplir su encargo social.

Ahora bien, en los tiempos que nos toca vivir se pueden vislumbrar múltiples situaciones de riesgo, entre ellas:

1. La tutela de la autonomía y las características que tiene la relación laboral universitaria, la exclusión de ciertos temas con respecto a la colectiva.
2. La hostilidad presupuestal. Como se sabe, la mayor porción del presupuesto asignado a todas las universidades públicas procede del Estado, sea el federal, sean los locales. En todo caso, la "hostilidad" presupuestal pesa sobre las universidades como "espada de Damocles", que a veces pende y en ocasiones cae sobre las instituciones con efectos devastadores. La más notoria reversión de la autonomía, *de facto*, ya que no *de jure*, es el abandono presupuestal.[10]
3. Las inquietudes reformadoras. Son legítimas y pueden ser provechosas. Hay el riesgo de que se desmonte la autonomía o se mediatice o se condicione en la ley secundaria que reglamentara las disposiciones constitucionales que echen por la borda el patrimonio jurídico universitario, que ha sido, baluarte de la autonomía, resguardo de la libertad académica.

[10] El artículo 119 de la vigente Ley General de Educación, de 2019, señala que el financiamiento que brinde el Estado a la educación no será menor a 8% del PIB nacional. De este monto, al menos 1% del PIB se destinará a educación superior e investigación científica y humanística, así como a desarrollo tecnológico e innovación, en las instituciones públicas de educación superior. Esta disposición es consecuente con la norma constitucional que establece en favor de todas las personas el derecho a "gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica", y con ese objetivo ordena al Estado apoyar dicha investigación proveyendo "recursos y estímulos suficientes" (art. 3º, fracc. v).

Sin embargo, la ilusión reformadora pudiera llevar a destinos inciertos, y hasta sombríos, sobre todo cuando todavía no existe madurez democrática; pacto nacional en puntos fundamentales, y serenas coincidencias en torno al interés superior de la nación.[11]

Con relación a la tercera situación de riesgo, surge la pregunta siguiente: ¿cómo defender la autonomía universitaria?, especialmente cuando alguna autoridad incurre en una violación a los derechos humanos, pues se afecta el derecho a la educación y formación de la sociedad, cómo se defiende y al mismo tiempo se puede fortalecer la institución que da vida a nuevas generaciones dedicadas a proponer en las áreas científicas, intelectuales y culturales un nuevo ímpetu.

La Ley General de Educación Superior, en su artículo 2°, párrafos segundo y tercero manifiestan acciones protectoras de la autonomía universitaria en donde dispone que ante cualquier acto legislativo en donde se vea involucrada la universidad, esta deberá ser previamente consultada, con la finalidad de no ser afectada en cualquiera de sus atribuciones o facultades.

Si bien la consulta previa, representa un mecanismo de protección para las instituciones de educación superior, se enfoca únicamente en el menoscabo que pudieran sufrir en sus leyes orgánicas, a pesar de que es una protección a dicha garantía, aún no se ha establecido una protección a la garantía constitucional de la autonomía universitaria.

[11] Hace tiempo, Gastón García Cantú planteó esta cuestión al rector Barros Sierra, quien repuso "Creo que después de un poco más de 25 años, la Ley Orgánica sigue siendo un instrumento eficaz para la vida universitaria. Evidentemente es perfectible como toda ley; sin embargo, siempre que se piense en modificarla hay que recordar que esto no depende de la voluntad de los universitarios, que, como toda ley, debe ser discutida y aprobada por las cámaras del Congreso; por consiguiente, hay siempre la duda de si cualquier iniciativa de reforma que mejorara este instrumento legal, no pudiera dar lugar a que prevalecieran puntos de vista distintos a los puramente universitarios. Entonces la ley resultará, en vez de mejorada, deteriorada en ese proceso de discusión y aprobación parlamentarios. Creo —concluyó— que puede mejorarse en algunos aspectos, pero si todavía sigue siendo un instrumento mayormente eficaz, creo que vale la pena no correr el riesgo".

¿Qué mecanismos de protección constitucional tienen las universidades públicas para defenderse? Sin lugar a duda se cuenta con un instrumento jurídico de nivel excepcional como lo es el juicio de amparo contra la entrada en vigor de normas de observancia general o en contra del primer acto de aplicación. Sin embargo, se ha estimado que puede fortalecerse este esquema de protección, sumando una herramienta jurídica al arsenal del que se dispone actualmente.

El mecanismo al que se hace referencia se encuentra previsto en el Capítulo IV de la Constitución Política del Estado de Yucatán, denominado "Del Control Constitucional Local", y se denomina acción de control previo de constitucionalidad.

Es importante precisar que el artículo 70 de la Constitución del Estado de Yucatán, establece que el control de constitucionalidad local estará a cargo del Pleno del Tribunal Superior de Justicia quien actúa en funciones de Tribunal Constitucional.

Asimismo, precisa los casos que puede conocer dicho Tribunal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, las acciones de constitucionalidad, acciones contra la omisión legislativa o normativa.

En la fracción IV del referido dispositivo constitucional, establece:

> IV.- De las cuestiones de control previo respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del Estado y hasta antes de su promulgación y publicación; que podrán promover, el Gobernador; el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; el Fiscal General del Estado; los Titulares de los organismos públicos autónomos y los presidentes Municipales en el ámbito de su competencia, en términos de Ley.
>
> Las decisiones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del Estado, serán obligatorias para este.
>
> La ley determinará los procedimientos para la substanciación de las Cuestiones de Control Previo de Constitucionalidad.

La acción de control previo de la constitucionalidad de proyecto de ley, es un medio para la conservación del orden constitucional, ya que analiza la constitucionalidad de aquellas disposiciones jurídicas que, previo a su promulgación y entrada en vigor; posean una presunción de inconstitucionalidad. Su naturaleza es contener aquel acto, para que no produzca efectos negativos en el sistema jurídico por su mera aplicación.

En este orden de ideas se estima que la protección y salvaguarda del principio constitucional de autonomía universitaria, bien pudiera fortalecerse con la inclusión de este medio de control en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política del Estado de Yucatán prevé dicho control constitucional, pero no es la única, ya que subsiste en Coahuila de Zaragoza (artículo 90 de la Ley de Justicia del Estado de Coahuila), Nayarit (artículo 53 constitucional) y Oaxaca (106 B, fracción IV constitucional).

Actualmente, algunos países aplican dicho medio de control constitucional, sobre todo en los europeos como control preventivo o constitucional respecto a tratados internacionales. Este control se utiliza en el derecho internacional para validar la constitucionalidad de los tratados internacionales, ante la posible incompatibilidad de una disposición constitucional con el tratado internacional. Los Estados, al momento de manifestar su intención de ser parte de un tratado internacional, deben verificar si su normativa interna —incluida su Constitución— no muestra ninguna contradicción con él.[12]

La propuesta versaría en concreto, en el sentido de incorporar en la constitución federal así como en las constituciones de los estados, el mecanismo jurídico consistente en el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, de las legislaturas estatales o inclusive del Congreso de la Unión, que pongan o representen un riesgo o peligro para el principio de autonomía universitaria a fin de que puedan ser revisados y controlados constitucionalmente, de forma previa, conforme al contenido de

[12] Basterra Diaz, Aurora, *El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional*, México, SCJN, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/128aurora-basterra-diaz.pdf*

la fracción VII del artículo 3° constitucional, en consonancia con el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley General de Educación, así como del artículo 2° de la Ley General de Educación Superior, otorgando legitimación a las universidades públicas para accionar esta clase de mecanismo de control constitucional.

III. Conclusión

La propuesta de un modelo de protección constitucional beneficiaría a las comunidades educativas de las universidades públicas del país, favoreciendo la continuidad de la labor educativa, pero sobre todo fortaleciendo un elemento sustancial para la democracia mexicana y de trascendental importancia por encima de cualquier otro interés para la vida universitaria.

Y concluyo citando de nueva cuenta al doctor Sergio García Ramírez, La autonomía constituye, el "oxígeno" que respiramos los universitarios, y una noción esencial para el desarrollo de la nación y la república, el imperio de sus libertades y la garantía individual y social que favorece a la sociedad en la medida en que ampara el progreso de México y su juventud.

El control constitucional que se necesita fortalecería nuestra existencia como personas, como universidades públicas.

La autonomía financiera de las universidades públicas estatales en México: una revisión genérica

***

The financial autonomy of state public universities in México: a general review

*Marisol Luna Leal**

Resumen: la constitucionalización del derecho humano a la educación superior, realizada en 2019, trajo aparejada la obligación de legislar en la materia y con ello determinar, de manera formal, el sistema de educación superior en el estado mexicano, sus fines, sus criterios, su configuración, así como la manera de financiarlo. Lo anterior genera, inevitablemente, una revisión de la situación actual de los diferentes subsistemas que integran el mencionado sistema.

Con base en lo anterior, en la presente colaboración, se realiza una revisión genérica de la situación financiera de las universidades públicas estatales, con el propósito de señalar los puntos críticos y las áreas de oportunidad para que estas instituciones de educación superior coadyuven en la tutela efectiva del derecho humano a la educación superior, al cumplir de manera oportuna con los fines y funciones también constitucionalmente establecidos.

Abstract: the constitutionalization of the human rights to higher education, carried out in 2019, brought with it the obliga-

* Profesora en la Universidad Veracruzana.

tion to legislate on the matter and thereby formally determine the higher education system in the Mexican State, its purpose, its criteria, its configuration, as well as the way to finance it. The above inevitably generates a review of the current situation of the different subsystems that integrate the mentioned system.

Based on the above, in this collaboration, a generic review of the financial situation of state public universities is carried out, whit the purpose of pointing out the critical points and areas of opportunity for these higher education Institutions to contribute to the effective protection of the human rights to higher education by complying in a timely manner with the purpose and functions also constitutionally established.

Palabras clave: educación superior, universidades, autonomía financiera

Keywords: higher education, universities, financial autonomy.

Sumario. I. Un binomio indisoluble: el derecho humano a la educación superior y universidades. II. De las insuficiencias al déficit. III. La ruta a seguir. Referencias.

I. Un binomio indisoluble: el derecho humano a la educación superior y universidades

La reforma al artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 2019, y la expedición de la Ley General de Educación (LGE) publicada en el *DOF* el 30 de septiembre del mismo año, por virtud de las cuales formalmente se reconoció el *Derecho a la Educación Superior* (DES), impuso al Estado la obligación de garantizarlo, expedir la legislación secundaria de conformidad con las mencionadas reformas, asimismo, y de manera indirecta, fijar la atención en el sistema de educación superior,[1]

[1] El que en términos generales se integra de tres subsistemas, a) Subsistema de Universidades Públicas, en el que encontramos a las públicas fe-

derales, las públicas estatales conocidas también como UPES, las públicas estatales con apoyo solidario (UPAES), las tecnológicas, las politécnicas y las interculturales (UI); b) el Subsistema de institutos tecnológicos; c) el Subsistema de educación formal; d) Los centros públicos de investigación, y una última categoría denominada, otras instituciones públicas en la que se ubican las Universidades para el Bienestar Benito Juárez García. Las *Universidades Públicas Federales*, de conformidad con su Ley Orgánica, se subclasifican en organismos descentralizados o desconcentrados del Estado mexicano, por ello, su financiamiento corresponde exclusivamente a la federación, entre las que encontramos a la UNAM, el IPN, la UAM, la Universidad Autónoma Agraria Antonio Narro, la Universidad Autónoma de Chapingo, la Universidad Abierta y a Distancia de México, la Universidad Pedagógica Nacional, El Colegio de México y el Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. Por su parte, las UPES como las UPEAS son organismos públicos descentralizados de los gobiernos estatales; el financiamiento de ambas se determina en el decreto que las crea, y se integra por recursos provenientes tanto de la federación como de la entidad federativa en la que se asienta; la diferencia entre ambas radica en que las primeras gozan de autonomía, las segundas carecen de esta. En la primera clasificación encontramos a la Universidad Veracruzana, la Universidad de Guadalajara, la Universidad Autónoma de Baja California, la Universidad Autónoma de Coahuila, la Universidad Autónoma de Occidente, la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo, la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, la Universidad de Sonora, la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, el Instituto Tecnológico de Sonora, la Universidad Autónoma de Chihuahua, la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, la Universidad Autónoma de Tamaulipas, la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, la Universidad Autónoma del Carmen, la Universidad Autónoma de Querétaro, la Universidad de Guanajuato, la Universidad Autónoma de Aguascalientes, la Universidad Autónoma de Chiapas, la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, la Universidad Autónoma de Campeche, la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, la Universidad Autónoma de Sinaloa, la Universidad Autónoma de Guerrero, la Universidad Autónoma de Nuevo León, la Universidad Autónoma de Baja California Sur, la Universidad Autónoma de Zacatecas "Francisco García Salinas", la Universidad de Colima, la Universidad Juárez del Estado de Durango, la Universidad Autónoma de Nayarit, la Universidad Autónoma de Tlaxcala, la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y la Universidad Autónoma de Yucatán. Entre las UPEAS encontramos al Instituto Campechano, El Colegio de Chihuahua, El Colegio de Morelos, El Colegio de Sonora y las Universidades de la Sierra Sur, del Mar, Tecnológica de la Mixteca, del Istmo, del Papaloapan, de la Cañada, de la Sierra Juárez, Interserrana del Estado de Puebla-Ahuacatlán, Interserrana del Estado de Puebla-Chilchotla, del Caribe, Estatal de Sonora, de la Sierra, Popular de la

en otros términos, en las instituciones de educación superior[2] (IES) y la situación de estas.

Por lo anterior, y toda vez que nuestro país es parte de los más importantes tratados en materia de derechos humanos que reconocen el DES,[3] tenía la obligación de legislar para protegerlo; de ahí que la reforma al artículo 3º constitucional y la aprobación de una nueva LGE implicaron dos hechos jurídicamente relevantes:

a) El reconocimiento formal de la educación superior como un derecho fundamental, y
b) Cumplir con el deber de legislar en materia de educación superior, entendida esta como un derecho humano.

La educación superior nunca había recibido, legislativamente, el estatus jurídico de derecho humano en México, incluso después de la asunción de obligaciones internacionales, en especial con la adhesión en 1981 al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). Y, aunque en 1978 se promulgó la *Ley para la Coordinación de la Educación Superior*, dicho dispositivo no estableció las directrices y medios para garantizar el mencionado DES, se limitó, con base en el sistema federal existente en nuestro Estado mexicano, a determinar los ámbitos de competencia de los tres niveles de gobierno, con la correspondiente previsión de las aportaciones económicas.

Ahora bien, la mencionada reforma a la LGE no solo busca una tutela efectiva del derecho humano a la educación reconoci-

Chontalpa, de Oriente, de Ciencias y Artes de Chiapas, Estatal del Valle de Ecatepec, Estatal del Valle de Toluca, Mexiquense del Bicentenario y de la Ciénega de Michoacán de Ocampo.

[2] Entendiendo por tales, de conformidad con la LGES, a las instituciones públicas de educación superior, a las instituciones del Estado que imparten el servicio de educación superior en forma directa o desconcentrada, los organismos descentralizados no autónomos, las universidades y demás instituciones de educación superior autónomas por ley, así como otras instituciones financiadas mayoritariamente por el Estado.

[3] Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 13.2; artículo 26 de la; Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 13.

do en el artículo 3º de la Constitución general y en los tratados internacionales de los que México es parte, también al cumplimiento de otras determinaciones relevantes vinculadas de manera directa con las universidades, entre otras:

a) Que la obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado, el cual debe garantizarla, así como la gratuidad de esta mediante la creación del *Fondo federal especial para la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior*, para lo que las diversas autoridades educativas de los ámbitos federal, de las entidades federativas y de los municipios deben concurrir;
b) La obligación de cada orden de gobierno de participar en el proceso educativo y aplicar los recursos económicos que se asignan a esta materia por las autoridades competentes para cumplir con los fines y criterios de la educación establecidos en la propia LGES;
c) Que, a la educación superior, la investigación, el desarrollo tecnológico e innovación en las IES públicas se le debe destinar, por lo menos, el 1% del producto interno bruto.

Determinaciones que como se observa, implica la necesidad de recursos económicos, sobre los cuales la LGES[4] determina dos propósitos, primero, *establecer las bases para dar cumplimiento a la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del derecho a la educación superior;* segundo, los *criterios para el financiamiento correspondiente al servicio público de educación superior*.

Por lo anterior, en su título sexto denominado "del financiamiento de la educación superior", con su capítulo único, relativo a la concurrencia en el financiamiento, se determina que tanto la federación como las entidades federativas concurrirán en el cumplimiento progresivo, de conformidad con la disponibilidad presupuestaria, del mandato de obligatoriedad de la educación y de gratuidad; ahora bien, en la concurrencia del Estado para el financiamiento de las IES se deben considerar las necesidades nacionales, regionales y locales de la prestación del servicio de educación superior y sujetarse a las disposiciones de ingreso, no obstante, también se determina que el monto anual que el Estado

[4] *Diario Oficial de la Federación,* 20 de abril de 2021.

destine a la educación superior, no podrá ser inferior a lo aprobado en el ejercicio inmediato anterior.

En dicho contexto, el artículo 64 de la ley en mención establece que en el Proyecto y Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio fiscal que corresponda se establecerá el mencionado fondo federal especial destinado a asegurar a largo plazo los recursos económicos suficientes para la obligatoriedad, de manera gradual, de los servicios de educación superior; los criterios para la asignación de los recursos del fondo referido, de conformidad con lo establecido en el artículo 65, entre otros, son:

- alinear los programas de trabajo al Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Sectorial de Educación y a los Programas Nacional y Estatales de Educación Superior;
- mantener un ejercicio financiero responsable y transparente;
- una visión de inclusión y equidad para proporcionar la prestación del servicio educativo;
- buscar la cobertura educativa en la entidad federativa y las necesidades financieras derivadas de la ampliación de la población escolar atendida, de la oferta educativa y la desconcentración geográfica, y
- las necesidades para garantizar el fortalecimiento académico y el cumplimiento de las funciones de docencia, investigación, extensión, difusión del conocimiento, la cultura y gestión institucional.

Bajo dichas disposiciones podríamos afirmar que la LGES, frente a los principios de aplicación de los DDHH,[5] específicamente los relativos al de la *prohibición de regresión*;[6] y al de *máxi-*

[5] Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos,* 2a. ed. corregida y aumentada, México, FLACSO, 2021.

[6] Se refiere a que, *una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado, salvo en ciertas circunstancias* [...], *los contenidos no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se evalúa a quién beneficia la medida, a quién perjudica, cuánto cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía.* Principio que se adminicula con el avance progresivo de la gratuidad, esto es, de acuerdo con el artículo 6 fracción VIII de la LGES, *a las acciones que promueva el Estado para*

mo uso de recursos disponibles,[7] con la salvedad de que no existe previsión alguna para la implementación de un sistema nacional de becas que genere condiciones de igualdad en el acceso a la educación superior para los grupos desfavorecidos; en términos generales desarrolla las categorías esenciales de protección del DES, mismas que logran un importante grado de armonización con los estándares internacionales aplicables a la educación superior como derecho humano.

II. De las insuficiencias al déficit

No obstante, en nuestra opinión, no se establecen los mecanismos o vías necesarias y efectivas que concreticen una concurrencia real y efectiva de los diversos ámbitos de gobierno, especialmente de las entidades federativas, en el financiamiento de las diversas IES; dicha afirmación pese a que el diverso 65 señalado, en su párrafo final establece que, *la Secretaría y las autoridades educativas de las entidades federativas establecerán procedimientos para asegurar una participación equitativa en el financiamiento de la educación superior, a efecto de alcanzar de manera gradual las aportaciones paritarias estatales respecto a los recursos federales que se destinen a las instituciones de educación superior de las entidades federativas;* dado que las hipótesis generales o situaciones que generen o den pauta a dichos *procedimientos,* aún con carácter genéricas, por el tipo de ley en la que se establecen, esto

eliminar progresivamente los cobros de las instituciones públicas de educación superior a estudiantes por conceptos de inscripción, reinscripción y cuotas escolares ordinarias, en los programas educativos de técnico superior universitario, licenciatura y posgrado, así como para fortalecer la situación financiera de las mismas, ante la disminución de ingresos que se observe derivado de la implementación de la gratuidad. Ibidem, p. 216.

[7] *Supone el uso del máximo de los recursos que el Estado tiene a su disposición* y comprende no solo los recursos económicos, sino también los tecnológicos, institucionales y humanos. Una declaración sobre la evaluación de la obligatoriedad de tomar medidas hasta el máximo uso de recursos de que disponga emitida en 2007 por el Comité DESC, *especifica que la adopción de medidas debe incluir todos los mecanismos apropiados, lo que abarca las medidas legislativas, judiciales (u otros mecanismos de exigibilidad), así como las administrativas, financieras, educativas y sociales. Ibidem*, p. 223.

es, que no se trata de un reglamento, no se especifican. Por otra parte, la amplitud de la disposición puede dar pauta a la discrecionalidad o incluso, negativa de alguna de las partes, las posibilidades de efectividad, de concreción quedan en el ámbito del *control político*.

En dicho contexto, la tutela efectiva del DES entra en riesgo dado que, materialmente, las Universidades —federales, UPES, UPEAS y UI— requieren de autonomía financiera por la dimensión del servicio que el estado les delega, esto es, los fines constitucionalmente señalados de *educar, investigar y difundir la cultura*.

Las gráficas 1 y 2 evidencian que la principal fuente de financiamiento de las UPES se encuentra a cargo de la federación, las entidades federativas no asumen la responsabilidad que, por virtud de la concurrencia de facultades, establecida en la fracción XXV del artículo 73, existe. Ver gráfica 3.

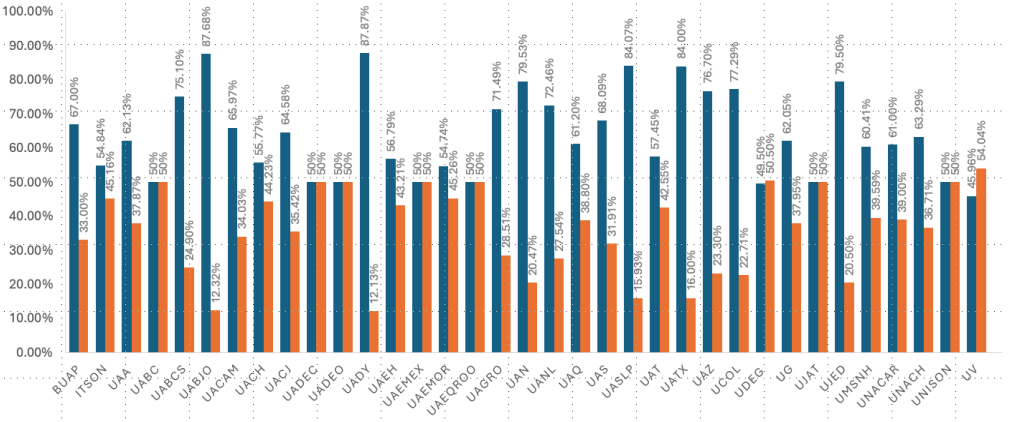
Si bien es cierto que se viene gestando una especie de moda entre las entidades federativas para *garantizar la autonomía presupuestaria*, tal como Veracruz,[8] Morelos[9] y recientemente Jalisco[10] establecen en sus respectivas Constituciones locales un

[8] La fracción penúltima del artículo 10 de la Constitución Política del Estado de Veracruz determina que, "[...] El presupuesto asignado a la Universidad Veracruzana no podrá ser menor al cuatro por ciento del total del presupuesto general del Estado, previsto para el ejercicio anual respectivo, el cual deberá ministrarse conforme al calendario autorizado en los términos que establezca la legislación aplicable y, en ningún caso, el monto del presupuesto asignado será inferior al otorgado en el ejercicio inmediato anterior".

[9] El último párrafo del artículo 121 de la Constitución Política del Estado de Morelos establece que, "[ ] Con relación al segundo párrafo del artículo 32 de la presente Constitución, el Gobernador remitirá al Congreso del Estado para su examen, discusión y aprobación el Presupuesto de Egresos del Estado para el ejercicio fiscal siguiente, en el que establecerá como base para la Universidad Autónoma del Estado de Morelos el tres punto cinco por ciento del total del Presupuesto de Egresos del Estado. El Congreso del Estado con relación a la fracción V del artículo 40 de esta Constitución garantizará en la autorización del presupuesto de egresos ese porcentaje mínimamente para la Universidad Autónoma del Estado de Morelos".

[10] La fracción IV del artículo 15 de la Constitución Política del Estado de Jalisco dispone que, IV. [ ] La Universidad de Guadalajara contará con

porcentaje de sus correspondientes presupuestos generales, no obstante, también es cierto, que dicha constitucionalización no garantiza, por si sola, el cumplimiento de la disposición, tal como acontece en el estado de Veracruz.[11]

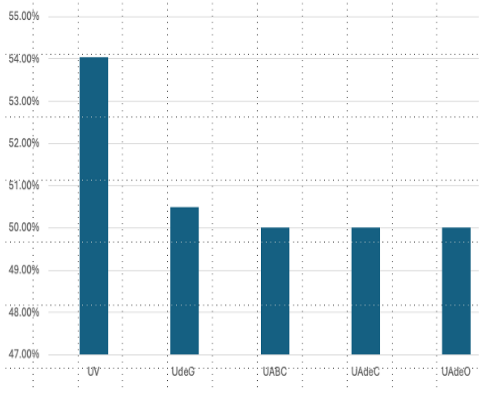


Gráfica1. Porcentaje de aportación a las Universidades Públicas Estatales (UPES) 2024.

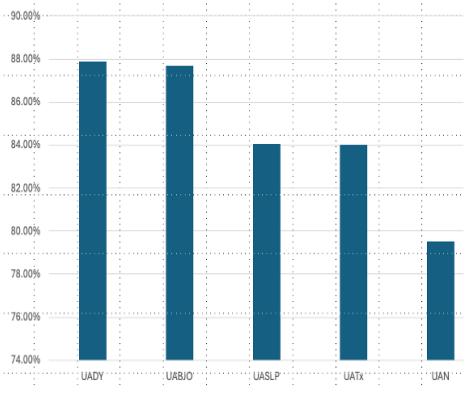
una aportación estatal para conformar su presupuesto anual equivalente, al menos, al cinco por ciento del Presupuesto de Egresos del Estado para el ejercicio fiscal de que se trate. Esta aportación representa la parte proporcional del subsidio que corresponde al Estado conforme al esquema de financiamiento establecido con la Federación para la Universidad de Guadalajara. Adicionalmente, podrá acceder al equivalente, al menos, al punto tres por ciento del Presupuesto de Egresos del Estado para la realización de proyectos específicos de mejoramiento de infraestructura educativa y su equipamiento, mismos que deberán estar alineados con el Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Sectorial de Educación y los Programas Nacional y Estatales de Educación Superior, anexando a su proyecto de presupuesto la documentación que lo justifique.

11 Consejo Universitario General de la Universidad Veracruzana aprueba acciones para reclamar al Gobierno estatal, el cumplimiento del 4% del Presupuesto General del Estado, véase *https://www.uv.mx/prensa/general/cug-uv-aprobo-primera-fase-de-acciones-para-lograr-el-4/*
Campaña por el cumplimiento del 4%, véase *https://www.uv.mx/prensa/banner/uv-lanzo-campana-publica-por-el-4-por-ciento/#:~:text=Martín%20Aguilar%20compartió%20que%20desde,al%204%20en%20el%202024*
Es propicio señalar que si bien el Gobierno del Estado de Veracruz, es el único Gobierno, de las 32 entidades federativas, que aporta el mayor subsidio estatal a su UPE, también es cierto que el monto que otorga no representa el 4% que por disposición constitucional debe aportarle.

Fuente: elaboración propia con información de la Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural de la Subsecretaría de Educación Superior.[12]



Gráfica 3. UPES que reciben mayor porcentaje de recursos estatales. Elaboración propia con información de la DGESUI

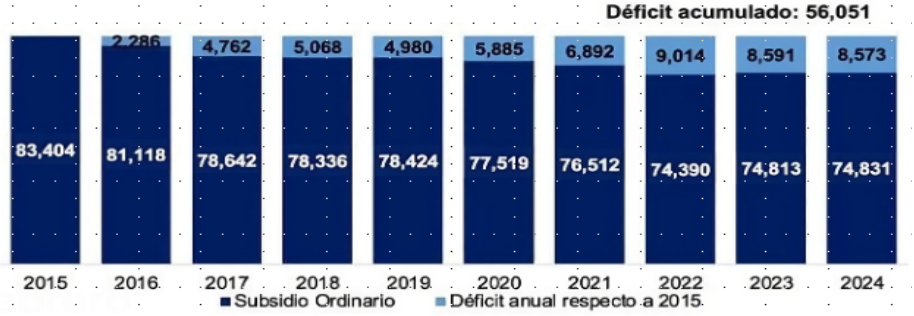


Gráfica 2. UPES que reciben mayor porcentaje de recursos federales. Elaboración propia con información de la DGESUI

No obstante, en los últimos años la federación ha disminuido el subsidio a las UPES, UPEAS y UI —ver gráfica 4—. El Presupuesto de Egresos de la Federación 2024 no consideró un aumento del subsidio en términos reales respecto al ejercicio 2023, la cantidad otorgada únicamente ajusta el presupuesto para cubrir

[12] Subsidio Ordinario 2024, *https://dgesui.ses.sep.gob.mx/sep.subsidioentransparencia.mx/2024/subsidio-ordinario/UPE*

la *inflación estimada*, que en realidad termina siendo menor a la *inflación observada* a final de año;[13] según expertos, se genera una pérdida acumulada de 56,051 millones de pesos para estas instituciones educativas desde el 2015.[14]



Gráfica 4. Evolución del subsidio ordinario para UPES, UPEAS y UI.

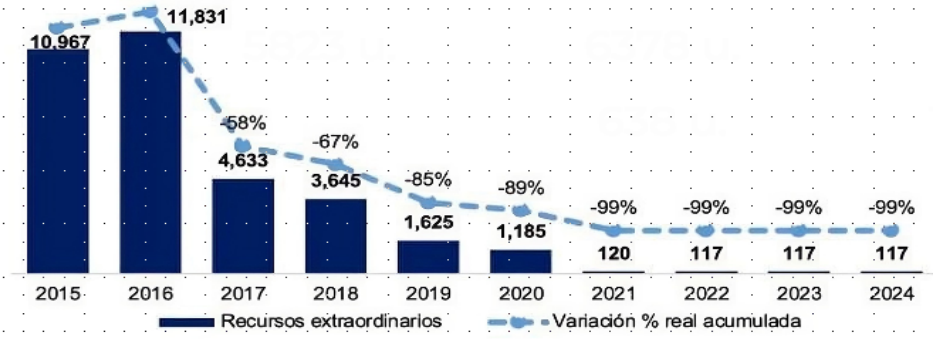
Por otra parte, prácticamente se han eliminado todos los fondos de financiamiento extraordinario dirigidos al fortalecimiento de la educación superior; a partir de 2016, los recursos extraordinarios dirigidos a programas de los diversos subsistemas (UPES, UPEAS y UI), han experimentado una disminución constante, se han reducido de 11,612 millones de pesos en 2016 a 117 millones en el presente ejercicio (2024), en otros términos, se ha concretizado un recorte del 99% en términos reales.[15] Situación que, aparejada al peso financiero del sistema de pensiones y jubilaciones del personal universitario, el costo de los contratos colectivos de trabajo, las prestaciones otorgadas y no reconocidas o que exceden lo autorizado en los Convenios de Apoyo Financieros (CAF), firmados entre la federación, las entidades federativas y sus respectivas UPES, las plantillas de personal académico y administrativo no reconocidas en el CAF, entre otras situaciones, han generado déficit en diferentes universidades. Ver gráficas 5 y 6.

---

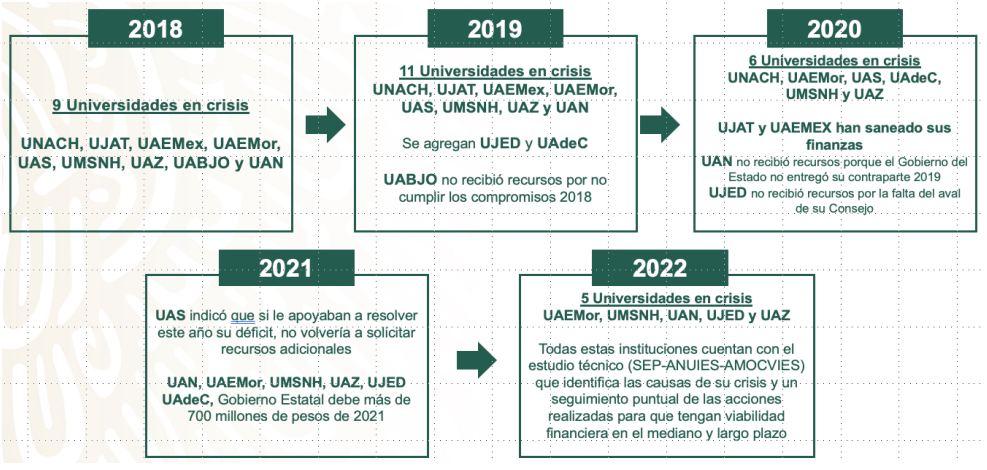
13 Moreno, Carlos Iván y Cedillo, Diego, "PPEF 2024: crisis y precarización de la educación superior y la ciencia", *https://educacion.nexos.com.mx/ppef-2024-crisis-y-precarizacion-de-la-educacion-superior-y-la-ciencia/*

14 *Idem.*

15 *Idem.*



Gráfica 5. Reducción de Fondos Extraordinarios para UPES, UPEAS y UI.



Gráfica 6. Evolución de UPES en crisis.[16]

Los factores que influyen en la crisis de las UPES son diversos, entre otros, la precarización del trabajo universitario, esto es, plazas que perciben por debajo del salario mínimo, incremento salarial no incluido en la aportación ordinaria, divergencia entre la evolución de la matrícula y el subsidio federal que se recibe, subestimación del crecimiento del subsidio, adeudos o retrasos en la entrega del subsidio estatal.[17]

16 Exposición relativa a las *Modificaciones al Anexo de Ejecución al Convenio Marco de Colaboración para el Apoyo Financiero*. Directora General de la DGESUI, Tijuana, UABC, noviembre 2022.

17 *Idem*.

Así, para atender la situación financiera crítica en las UPES correspondientes, en septiembre de 2018 la Subsecretaría de Educación Superior integró la *Comisión Especial para la reestructura de las universidades en crisis*, la cual nombró un Comité Técnico constituido por la Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural; la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) y, la Asociación Mexicana de Órganos de Control y Vigilancia en Instituciones de Educación Superior (AMOCVIES), cuyos objetivos fundamentales fueron, formular una estrategia para la solución estructural del déficit; realizar un diagnóstico integral sobre la situación financiera, identificación de causas y, generar compromisos específicos, recomendaciones y acciones correctivas.

III. La ruta a seguir

El mencionado Comité Técnico identificó una serie de acciones a realizar por cada una de las universidades en crisis, dichas acciones coincidentes con las propuestas realizadas en otros estudios[18] sobre el particular; las cuales deben ser valoradas en las políticas públicas de los ámbitos federal y estatales, por la ANUIES, y desde luego por las propias IES, a saber, las siguientes:

- diseñar e implementar un mecanismo de gestión Federación-entidades federativas y UPES, con el propósito de saldar los pasivos institucionales;
- implementar una estrategia que permita incrementar a corto y mediano plazo el subsidio estatal ordinario;
- determinar un esquema objetivo, con indicadores -desempeño, eficiencia terminal, transparencia, eficacia en el uso de los recursos, etc.- y, fórmulas precisas para la asignación de los recursos federal y estatal;
- limitar el pago de prestaciones por encima de la ley con fondos de recursos ordinarios;
- eliminar, o en su defecto disminuir, las prestaciones superiores a lo establecido por la ley dentro de los Contra-

[18] Ugalde, Luis Carlos (coord.), *Planeación, programación y rendición de cuentas del presupuesto de las Universidades públicas en México: razones, resultados y retos,* México, Integralia Consultores.

tos Colectivos de Trabajo; para los académicos eliminar, por ejemplo:
  a) fondo de ahorro;
  b) servicio de ayuda y guardería;
  c) ayuda para la adquisición de útiles e instrumentos;
  d) canastilla de maternidad;
  e) bono de previsión social útiles, y
  f) bono docente, entre otras.
- Implementar programa que regularice y optimice las horas de los profesores de tiempo completo, para evitar contratación de más personal;
- implementar el programa de austeridad;
- fiscalizar a través de un ente externo la plantilla de la Universidad;
- diseñar mecanismos ágiles y flexibles para fomentar la mayor recaudación de ingresos propios por parte de las IES, esto mediante convenios, alianzas estratégicas y contratos con sectores y órdenes de gobierno diversos;
- diseñar e implementar un esquema de pensiones y jubilaciones que permitan el peso relativo de los sistemas en vigor; en el cual se analice incrementar la edad y los años de servicio para acceder a la jubilación;
- fomentar la aportación de los empleados y de las UPES al fondo de pensiones; eliminar las pensiones dinámicas;
- limitar la creación de nuevas UPES en tanto no se resuelvan los problemas estructurales de las actuales;
- valorar la implementación de un programa de retiro voluntario;
- implementar una supervisión y detección de dobles plazas con los Gobiernos federal, estatal y municipal, con el fin de optimizar los recursos de la institución;
- diseñar un Programa de Renovación Académica, con la finalidad de afrontar el relevo generacional;
- consolidar la eliminación al subsidio al ISR;
- optimizar el gasto operativo, que no tengan relación directa con el desempeño de las funciones sustantivas de la Institución;
- los funcionarios con vehículo oficial no se les paga la gasolina o el mantenimiento de este y,
- adoptar el uso de paneles solares para el ahorro de energía eléctrica.

Referencias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado de Jalisco.

Constitución Política del Estado de Morelos.

Constitución Política del Estado de Veracruz.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas 1948.

Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural. Causas que conducen a la crisis financiera de las UPES.

Jongitud Zamora, Jaqueline, "El derecho humano a la educación superior en México", Revista de la Educación Superior, ANUIES, 2017.

Ley General de Educación Superior.

Ley General de Educación.

Moreno, Carlos Iván y Cedillo, Diego, "PPEF 2024: crisis y precarización de la educación superior y la ciencia".

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas 1966.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador 1988.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos,* 2a. ed. corregida y aumentada, México, FLACSO, 2021.

Subsidio Ordinario a Instituciones de Educación Superior 2024.

Ugalde, Luis Carlos (coord.), *Planeación, programación y rendición de cuentas del presupuesto de las Universidades públicas en México: razones, resultados y retos,* México, Integralia Consultores.

UNESCO-IESALC, "Perspectivas sobre el financiamiento de la educación superior", *Educación Superior y Sociedad*, año XVI, núm. 1, 2011.

UNESCO-IESALC, *El derecho a la educación superior: Una perspectiva de justicia social*, Caracas, Venezuela, 2022,

Derecho a la educación y discapacidad: desafíos en Perú después de la pandemia

***

The right to education and disability: challenges in Peru after the pandemic

*José F. Palomino Manchego**
*Dante Paiva Goyburu***

Resumen: el presente trabajo analiza la situación originada a partir de la pandemia por la COVID-19 y su relación con la actividad educativa, con especial énfasis en los casos de los estudiantes con discapacidad. En este sentido, se parte realizando un diagnóstico de las medidas generales adoptadas por las autoridades, las cuales se prolongaron entre 2020 y los primeros meses de 2023, asumiéndose como remedio inmediato el implementar la educación virtual.

Discutiendo la naturaleza de la educación como derecho humano, así como sus componentes de acceso y calidad, se ha podido establecer en el presente estudio que los estudiantes con discapacidad en Perú afrontaron una adversidad mayor, debido a las particularidades que se presentaban con la metodología de la enseñanza virtual, la cual, incluso, había sido bastante limitada por la ley universitaria vigente.

Al respecto, y como reflejan las estadísticas, la población con discapacidad en el Perú es un sector perfectamente identifica-

* Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
** Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

do, y se han venido desarrollando políticas públicas por las autoridades para su debida atención, destacando la educación inclusiva, y tras el final de la pandemia es importante establecer aquellos aspectos a mejorar para asegurar que los estudiantes con discapacidad sean respetados en su dignidad y derechos, siendo clave el papel de las escuelas, universidades y docentes.

Abstract: this paper analyzes the situation arising from the COVID-19 pandemic and its relationship with educational activity, with special emphasis on the cases of students with disabilities. In this sense, we begin by carrying out a diagnosis of the general measures adopted by the authorities, which lasted between 2020 and the first months of 2023, assuming the implementation of virtual education as an immediate remedy.

Discussing the nature of education as a human right, as well as its components of access and quality, it has been possible to establish in this research that students with disabilities in Peru faced greater adversity, due to the particularities that were presented with the methodology of virtual teaching, which had even been quite limited by current university law.

In this regard, and as the statistics reflect, the population with disabilities in Peru is a duly identified sector, and policies have been developed by the authorities for their due attention, highlighting inclusive education, and with the end of the pandemic, it is It is important to establish those aspects to improve to ensure that students with disabilities are respected in their dignity and rights, with the role of schools, universities and teachers being key.

Palabras clave: discapacidad, derechos fundamentales, igualdad, acceso a la educación, pandemia.

Keywords: disability, fundamental rights, equality, access to education, pandemic.

Sumario: I. Introducción. II. La COVID-19 y la emergencia establecida en Perú. III. El derecho a la educación en la pandemia. IV. Las personas con discapacidad. V. Limitaciones en el ámbito educativo para las personas con discapacidad. VI. Hacia la consolidación de la educación inclusiva. VII. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La pandemia producto de la COVID-19 (de acuerdo con la OMS, desde el 11 de marzo de 2020 hasta el 5 de mayo de 2023) tuvo un gran impacto en diversas facetas a nivel global. En estas circunstancias, el ámbito educativo enfrentó desafíos complejos con las medidas que tenía a su disposición, siendo el más exigente ¿cómo continuar el desarrollo del aprendizaje y la enseñanza ante el confinamiento? En este sentido, la metodología encontró un reto complejo que en algunas circunstancias no dejó más lugar que a la improvisación.

Dentro de estas medidas, la implementación de las clases remotas (a distancia, no presenciales) fue el recurso inmediato; no obstante, pudieron notarse las falencias que la educación virtual presentaba para la continuidad de la enseñanza, sobre todo por implementarse sin el acompañamiento y metodología adecuada, operando su actuación tanto en el nivel básico como superior.

Y bajo estos hechos es donde nos centramos, en el particular caso de las personas con discapacidad. Si bien se realizaron grandes esfuerzos para evitar los contagios, fomentar la vacunación y reducir la fatalidad de la COVID-19, las personas con discapacidad afrontaron un contexto bastante perjudicial en el ámbito educativo, que, a nuestro parecer, se había adecuado con mecanismos para la enseñanza presencial, y, como tal, adaptarlos al espectro virtual no había sido más que una perspectiva incipiente para el caso peruano.

Para tal efecto, en esta ponencia analizaremos y discutiremos las dificultades que han tenido que enfrentar los estudiantes del nivel básico y universitario, que padecen alguna discapacidad, en la continuación de sus estudios, para lo cual se hará un repaso de la estadística recolectada en el contexto de pandemia y la confrontación de estas cifras con la práctica de la enseñanza en época de pandemia, a efectos de que se tenga en cuenta lo pendiente por mejorar y se adopten las medidas necesarias para un respeto cabal del derecho fundamental a la educación de las personas con discapacidad.

II. La COVID-19 y la emergencia establecida en Perú

En el marco del avance de la pandemia originada por la COVID-19, sería el 6 de marzo de 2020 que en Perú se reportó la presencia del "paciente cero", es decir, el primer caso de un infectado con la COVID-19 en suelo nacional. La presencia de este caso se dio cuando en gran parte del mundo ya el virus había llegado a decenas de países, y se daba cuenta de un creciente número de víctimas mortales.

A partir de esta situación, el Gobierno central, vía decretos supremos estableció dos medidas: la emergencia sanitaria y el estado de emergencia. Al respecto, es pertinente diferenciarlas debidamente para comprender sus propósitos y efectos.

Tabla 1.
Medidas adoptadas por el Gobierno peruano frente a la COVID-19.

Factores	*Emergencia Sanitaria*	*Estado de Emergencia Nacional*
Norma que lo declara y fecha de publicación.	Decreto Supremo núm. 008-2020-SA, 11 de marzo de 2020.	Decreto Supremo núm. 044-2020-PCM, 15 de marzo de 2020.[1]
Periodo	Inicialmente, por 90 días calendario, prorrogado en mérito a los decretos supremos núms. 020, 027 y 031-2020-SA; 009 y 025-2021-SA; 003 y 015-2022; y Decreto Supremo núm. 003-2023-SA. Finalizando el 25 de mayo de 2023.	Inicialmente, por 15 días calendario, pero sujeto a sucesivas prórrogas, siendo la última hasta el 31 de octubre de 2022.
Motivo	"Que, la Organización Mundial de la Salud ha calificado, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote de la COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea".	

[1] Derogado mediante el Decreto Supremo núm. 184-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2020, en el marco de la gestión asumida por el presidente Francisco Sagasti luego de la vacancia de su predecesor Martín Vizcarra. Sin perjuicio de ello, mantenía el estado de emergencia nacional que venía rigiendo.

Factores	*Emergencia Sanitaria*	*Estado de Emergencia Nacional*
Principales consecuencias	Aplicación de medidas para la prevención y control para evitar la propagación de la COVID-19 en: puertos, aeropuertos y puestos de entrada terrestres; Centros educativos; espacios públicos y privados; transporte; centros laborales.	Suspensión del ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito. Imposición del: - "aislamiento social obligatorio" (cuarentena). - "inmovilización social obligatoria" restringiéndose el tránsito en horas de la noche y los días domingo, especialmente.

Fuente: elaboración propia.

Con relación a la emergencia sanitaria, la misma fue decretada por el sector salud sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Legislativo número 1156, estableciendo medidas para evitar la propagación del virus en ciertos ámbitos, como los centros educativos, comerciales y el transporte.

Sin embargo, para el caso del estado de emergencia se estableció la cuarentena de la población, con el nombre de "aislamiento social obligatorio", permitiéndose solo el funcionamiento de los servicios esenciales, así como el tránsito para la adquisición de alimentos, medicinas, fondos bancarios y atención médica de emergencia. Semanas después, el Gobierno añadió el toque de queda, con el nombre de inmovilización social obligatoria, pero con distintos horarios de acuerdo con el grado de contagios de la región en particular.

El optimismo inicial que mostraba el Gobierno poco a poco fue decayendo, sobre todo porque el mensaje primigenio era que la pandemia sería rápidamente controlada, pero al final la situación de emergencia se prorrogó y aunque con los años se logró controlar, sobre todo mediante la vacunación de la población, el final de la emergencia nacional en octubre de 2022 nos dejó la cifra de 4,145,301 contagiados y 216,596 fallecidos; números realmente escalofriantes.

III. El derecho a la educación en la pandemia

3.1. La educación como derecho fundamental

Las tendencias globales, con el gran impulso surgido de la sociedad de la información, deparaban grandes expectativas toda vez que se contaba con mejores condiciones, inéditas, para poder difundir el saber, sumándose ahora los canales virtuales y alcanzar, así, lugares remotos, superando las usuales barreras geográficas. Así podía accederse al contenido actualizado sobre diversos tópicos y categorías.

Todo este ámbito redimensiona el derecho a la educación. Al respecto, debemos recordar que el concepto actual del derecho a la educación implica que todo ser humano debe contar para sí, obligatoria y gratuitamente, con educación primaria y también accesibilidad para la secundaria y la educación universitaria. Esto es producto de movimientos civiles y políticos, que se encuentran refrendados legislativamente, a través de normas nacionales y acuerdos multilaterales. Esto va de la mano con la necesidad de erradicar el analfabetismo a nivel mundial y que por medio del conocimiento puedan revertirse la pobreza y las desigualdades sociales. El derecho a la educación se concreta en tres aspectos fundamentales: un marco regulatorio, objetivos educacionales y la prestación de un servicio, sobre lo cual se precisa lo siguiente: "El derecho a la educación se constituye hoy, en países como el nuestro, en una exigencia concomitante del principio de legitimidad democrática del Estado y en una condición imprescindible para la efectividad del derecho al libre desarrollo de la personalidad".[2]

Sin embargo, si bien contamos en Perú y América Latina con un sistema jurídico basado en instituciones romanísticas, germánicas, el respeto y exigencia de este derecho no se da uniformemente en todos los países con el mismo sistema. En el caso peruano, hay condiciones que vician en gran medida que el derecho a la educación se cumpla a cabalidad conforme a las condiciones que se esperan; en ese sentido, se afirma:

[2] García Toma, Víctor, *Los derechos fundamentales en el Perú*, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 380.

> Toda la opinión al respecto sugiere que a pesar de que el país cuenta con una sólida plataforma legal sobre el derecho a la educación y que por lo tanto es un deber de los ciudadanos exigirlo al Estado, no queda del todo claro qué es lo que se debe reclamar. Por otro lado, a pesar de que en el ámbito jurídico se ha reconocido el derecho a la educación, ese acto no ha tenido el impacto esperado. Esto último ha sido atribuido tanto a factores externos al sistema educativo, de corte más estructural, como a factores internos del sistema y a la manera como se ha enunciado el derecho a la educación en las políticas educativas peruanas.[3]

Hay que rescatar la verdadera trascendencia e importancia del derecho a la educación, el cual es un derecho humano, de carácter universal, debiendo adoptar las acciones para su respeto en todo el mundo, así:

> Garantizar la vigencia del Derecho Humano a la Educación significa que todos los involucrados (niños, jóvenes, adultos) tengan posibilidad de acceder a lo que la Unesco, en la Reunión de Ministros de Educación de Todo el Mundo, realizada en Tailandia, definió como las Necesidades Básicas de Aprendizaje.
>
> Esta definición hace referencia a un conjunto de herramientas esenciales para el aprendizaje y de los contenidos básicos de aprendizaje (conocimientos prácticos y teóricos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo (Declaración Mundial sobre una Educación para todos, UNESCO, 1990).[4]

Precisamente, la garantía sobre este derecho se encuentra prevista en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Constituciones de los diversos países del mundo (entre ellos

---

[3] Cuenca, Ricardo, *Desencuentros entre el discurso del derecho a la educación y las políticas educativas en el Perú de la década del 2000*, Lima, IEP-Clacso, 2012, p. 26.

[4] Nicoletti, Javier, "La educación como derecho universal", *EDUCATIO Revista Regional de Investigación Educativa*, año IV, núm. 7, México, 2009, pp. 73-85, *http://www.educacion.ugto.mx/educatio/educatio4_num7.html*

Perú). En este sentido, dentro de las implicancias del derecho fundamental a la educación, se considera:

a) El reconocimiento y garantía por parte del Estado de la libertad de enseñanza.
b) La educación no debe ser exclusiva del Estado, ni de la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país.
c) La obligatoriedad y gratuidad (en las instituciones del Estado) de la educación inicial, primaria y secundaria; y
d) La obligatoriedad, por parte del Estado, de coordinar la política educativa.[5]

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado aportes sobre el contenido constitucionalmente protegido dentro del derecho a la educación, señalando que este corresponde a:

> [...] el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como a un buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).[6]

En otra sentencia posterior, el Tribunal Constitucional ha prescrito las manifestaciones que se producen de este derecho, a saber:

> a) El acceder a una educación, la cual tiene dos aristas fundamentales: a.1) Cobertura educativa y a.2) El acceso a la educación en sentido estricto; b) La permanencia y el respeto a la dignidad del escolar [art. 15.° segundo párrafo], y c) La calidad de la educación [art. 15.° primer párrafo y 16.° segundo párrafo]; asimismo, precisará que estas tres manifestaciones conforman la estructura básica del derecho a la educación.[7]

---

5 Chanamé, Raúl, *La Constitución comentada*, 6a. ed., Lima, Editorial ADRUS, 2011, pp. 334-335.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente núm. 0091-2005-PA/TC, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html*

7 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente núm. 4646-2007-AA/TC, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04646-2007-AA.pdf*

De esta forma, podemos advertir que la educación es una actividad indispensable para el progreso y subsistencia en sí de la sociedad misma, y como tal su condición de derecho humano, de derecho fundamental, resulta incuestionable.

3.2. Problemas para el ámbito educativo derivados de la pandemia

Dentro del principal impacto de las medidas impuestas a partir de la COVID-19, advertimos que la situación en el ámbito educativo adquiere complejos matices debido a que se involucra a distintos agentes, prácticas e intereses. Teniendo en cuenta que la educación es un derecho humano y en gran medida se enfoca en niños y jóvenes, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran hace que los cambios realizados tengan efectos que deben analizarse con sumo cuidado.

Al respecto, a partir de las medidas de la emergencia decretadas por el Gobierno, el desarrollo de las clases presenciales, para todo nivel, tanto en el sector público como privado, quedaron suspendidas desde el mes de marzo de 2020. Semanas después, y con el propósito de que la continuidad de los estudios en escuelas, institutos y universidades no sufriera retrasos considerables, el Gobierno dispuso que se habilitaran mecanismos de enseñanza a distancia o remota.

Cabe señalar que en el Perú la educación a distancia era, hasta antes de la pandemia, sumamente reducida y limitada, sobre todo al nivel superior de estudios (de carácter técnico en institutos o profesiones en las universidades). Incluso, se venía cuestionando la modalidad de aprendizaje a distancia desde el mismo ámbito normativo, estando limitada en la Ley Universitaria peruana (Ley núm. 30220) al precisarse en el artículo 47° de la misma "Los estudios de pregrado de educación a distancia no pueden superar el 50% de créditos del total de la carrera bajo esta modalidad. Los estudios de maestría y doctorado no podrán ser dictados exclusivamente bajo esta modalidad".

De manera amplia y tradicional, la forma de enseñanza en Perú, tanto en el sector público como privado, en todos los nive-

les, era desarrollada de forma presencial previo a la pandemia. La educación virtual, que ya se venía desarrollando en algunos puntos, estaba pensada más para jóvenes y adultos.

Sin embargo, con el impedimento de continuar con las clases presenciales, en el ámbito escolar no quedó más opción que implementar clases bajo entornos virtuales o a distancia (valiéndose de la televisión para aquellos hogares que no contaban con acceso a internet por ejemplo); mientras que a partir del 11 de mayo de 2020, se modificó el artículo 47° de la Ley Universitaria antes mencionada, precisándose en adelante que la SUNEDU (organismo supervisor en el ámbito universitario) determinaría el porcentaje de créditos presenciales que correspondería en programas de estudios a distancia.

Asimismo, y con el propósito de que los estudiantes del nivel escolar no se perjudicaran, el Gobierno promulgó la Resolución Viceministerial núm. 193-2020-MINEDU, mediante la cual se dispuso que para el año 2021 todos los estudiantes serían promovidos al grado superior siguiente, procurando brindar oportunidades de nivelación a aquellos estudiantes que no pudieron ser evaluados ni acceder a la educación virtual.

IV. Las personas con discapacidad

4.1. Tratamiento general de la persona con discapacidad

Con la publicación de la Ley 29973 (Ley General de la Persona con Discapacidad), el 24 de diciembre de 2012, en el Perú se estableció un marco actualizado para el tratamiento de la persona con discapacidad. En el artículo 2° de la referida norma, se definió a la persona con discapacidad como aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Como finalidad de la norma en mención, se precisó en su artículo 1° que esta procura establecer el marco legal para la pro-

moción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica.

En atención a lo antes señalado, mediante la Ley 29973 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2014-MIMP, se establecieron derechos específicos para las personas con discapacidad, forjando una visión de accesibilidad a los servicios públicos, oportunidades laborales y toda medida que fomente un trato digno hacia las personas que afrontan una situación de discapacidad; esto incluye, además, el desarrollo de políticas públicas y el compromiso de todos los niveles de gobierno.

4.2. Cifras sobre las personas con discapacidad

A partir del último censo realizado en Perú, en el año 2017, el mismo que estuvo a cargo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se dieron los siguientes resultados que vinculaban a los peruanos que padecían alguna discapacidad:

- Población con discapacidad: 3,209,261 (equivalente al 10.3% de la población total nacional).
- Zona geográfica de residencia: 2,715,892 (zona urbana), 493,369 (zona rural).
- Discapacidad por sexo: 1,820,304 (mujeres), 1,388,957.
- Región donde reside la mayor cantidad de personas con discapacidad: Lima (concentra al 31.2% de la población total nacional que padece discapacidad).
- Discapacidad más frecuente: visual (48.3% de la población total nacional que padece discapacidad).

Es cierto que la lectura de las cifras expuestas precedentemente nos lleva a concluir que la situación de discapacidad es una realidad cotidiana para millones de personas en el Perú, concentrándose el mayor grupo en las zonas urbanas, especialmente en la capital del país.

Y de acuerdo con los reportes sectoriales, el Ministerio de Educación peruano informó que para el año 2022 se registraron 81,848 estudiantes con discapacidad matriculados en la edu-

cación básica;[8] mientras que, en el ámbito universitario, 6,972 alumnos estuvieron matriculados en el año 2021.[9]

V. Limitaciones en el ámbito educativo para las personas con discapacidad

Tal como puede notarse, el acceso a los servicios educativos se ha visto severamente diezmado a partir de la situación derivada de la pandemia, toda vez que la continuidad de los estudios quedó supeditada a la posibilidad de contar con fuentes de internet y artefactos que permitieran seguir las clases bajo la enseñanza virtual; sin embargo, considerando la precariedad de muchos hogares en lo que concierne al espectro digital, solo un reducido grupo ha podido proseguir con sus estudios bajo la enseñanza remota. Con la finalización del estado de emergencia y la reanudación de las clases presenciales, aquellos estudiantes que no contaban con acceso a los mecanismos virtuales pudieron retomar sus estudios en las condiciones previas.

Por otro lado, en lo que respecta a la calidad del servicio educativo, al haberse dado súbitamente el cambio del modelo de enseñanza, y siendo prácticamente impuesto el aprendizaje remoto producto de las circunstancias, la experiencia no puede ser alentadora. Realmente, como se ha dado cuenta bajo diversos análisis, no existía la suficiente sensibilización tanto para docentes como para estudiantes de poder llevar a cabo la enseñanza bajo estos métodos, deviniendo en gran medida una elevada improvisación ante lo nuevo, que, evidentemente, lesiona la dignidad de los estudiantes.

---

8 Ministerio de Educación, "Más de 80 mil estudiantes con discapacidad están matriculados en la Educación Básica", *https://www.gob.pe/institucion/minedu/noticias/545470-mas-de-80-mil-estudiantes-con-discapacidad-estan-matriculados-en-la-educacion-basica*

9 Defensoría del Pueblo "Defensoría del Pueblo destaca que Sunedu inicie supervisión a la calidad educativa en universidades a favor de estudiantes con discapacidad", *https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-destaca-que-sunedu-inicie-supervision-a-la-calidad-educativa-en-universidades-a-favor-de-estudiantes-con-discapacidad/*

Ahora bien, para el caso del universo de personas con discapacidad la situación resulta especialmente complicada. En el ámbito educativo se requiere una metodología especializada para la formación de las personas, tanto en el nivel básico como superior, que presentan alguna discapacidad. Desarrollar mecanismos para la enseñanza a este nivel es el resultado de décadas de esfuerzo y adaptación tanto de los docentes como de la infraestructura concebida para poder contar con una óptima experiencia.

En este sentido, advertimos que con la propagación de la COVID-19, y la imposibilidad de concurrir a los centros educativos, se configuró un severo perjuicio, tanto para el acceso a la educación como la calidad de la enseñanza, todo lo cual afecta la dignidad de la persona con discapacidad, a quien, además de los problemas usuales que podían presentarse en condiciones regulares, se le sumó la imposición de una enseñanza para la cual no se encontraba preparado.

A partir de lo antes señalado, es conveniente revisar los diagnósticos elaborados por la Defensoría del Pueblo, el *ombudsman* de Perú, contenidos en los informes especiales 36-2020-DP y 005-2021-DP, donde retrataron estas deficiencias justo cuando nos encontrábamos aún en el confinamiento.

Dentro de los informes antes referidos se encuentran cifras y evidencias que demuestran que la población con discapacidad, prácticamente, quedó postergada en su derecho fundamental a la educación. Por ejemplo, en el caso del programa televisivo "Aprendo en Casa" que fue una estrategia del Ministerio de Educación para las escuelas del sector público (imposibilitadas de clases virtuales sincrónicas), se llegó a implementar el lenguaje de señas hasta un tiempo después de iniciadas las transmisiones; sin embargo, para el público con discapacidad visual o auditiva no resultaba viable seguir este programa.

Asimismo, una observación muy grave para el caso de los docentes de las escuelas públicas, recaía en que estos no contaban con orientaciones precisas para identificar las barreras de los estudiantes con necesidades educativas especiales, imposibilitando realizar las necesarias adaptaciones curriculares en el contexto al cual se hacía frente.

Respecto del ámbito universitario, la situación de los estudiantes con discapacidad es alarmante también. En las conclusiones del Informe Especial 005-2021-DP se da cuenta de los diversos problemas que tuvieron que hacer frente los estudiantes para proseguir con sus estudios, incidiendo particulares aspectos según se trate de discapacidad visual, física, auditiva e intelectual; esta última, leve o moderada. Asimismo, la institución de la Defensoría Universitaria, creada a partir de la Ley Universitaria, se ha visto reducida en el alcance de sus funciones al no brindar espacios para la atención de los estudiantes que requerían un apoyo u orientación adicional.

Con relación a este último punto, y en una reflexión que compartimos, Pérez-Castro advirtió:

> Uno de los efectos más señalados de la pandemia ha sido la disminución de las oportunidades educativas para los grupos vulnerables; se ha puesto énfasis en los alumnos provenientes de sectores económicamente desfavorecidos y las mujeres, pero rara vez se ha discutido sobre la situación de las personas con discapacidad, como miembros de la comunidad universitaria.[10]

Y a partir de este panorama es que contemplamos la necesidad de establecer medidas efectivas para que en los próximos años se mejore la atención de los estudiantes con discapacidad, y puedan revertirse las externalidades de la pandemia, así como establecer nuevas estrategias, lo cual expondremos a continuación.

VI. Hacia la consolidación de la educación inclusiva

La educación inclusiva ha sido el mecanismo por el cual se ha buscado incorporar a personas con habilidades diferentes a los distintos niveles educativos del país. Es un esfuerzo que previo a la pandemia ya tenía sus avances en distintos espacios, y para el caso peruano, el Reglamento de la Ley de la Persona con Disca-

[10] Pérez-Castro, Judith, "La pandemia como factor de exclusión de los estudiantes con discapacidad en la educación superior", *Revista Educación Superior y Sociedad (ESS)*, vol. 33, núm. 2, Venezuela, pp. 470-495, *https://doi.org/10.54674/ess.v33i2.420*

pacidad lo contempla expresamente. No obstante, a propósito de la pandemia afrontada, consideramos que necesita perfeccionarse para subsanar aquellos aspectos no contemplados.

En este sentido, la respuesta del sector público, y específicamente de las autoridades del sector educativo (Ministerio de Educación y Sunedu) se ha ido dando progresivamente con algunas medidas que favorecerían a este grupo estudiantil.

Sobre el particular, para el caso de la educación básica, el Ministerio de Educación ha expedido la Resolución Ministerial 432-2022-MINEDU, que aprueba el "Plan Marco que oriente la implementación de la educación inclusiva con enfoque territorial, contemplando las condiciones de organización y articulación institucional e intergubernamental"; sumando a esto la Resolución Ministerial 035-2024-MINEDU con la que se aprobó la Norma Técnica denominada "Disposiciones para la ejecución del acondicionamiento de locales educativos para la mejora de condiciones de accesibilidad y para la atención de estudiantes con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad para el año 2024".

Respecto al caso de la educación universitaria, debe considerarse que, de acuerdo con el diagnóstico recogido en el Informe Especial 005-2021-DP, las universidades deben priorizar la adecuación de su infraestructura para la atención de los estudiantes con discapacidad, a fin de evitar limitaciones que restrinjan un correcto aprovechamiento del servicio educativo.

Con relación a esto último, es indispensable el rol supervisor de la Sunedu, procurando que tanto las universidades públicas como las privadas cuenten con todos los requerimientos para una atención de los estudiantes con discapacidad, tanto en el ámbito de infraestructura como de procedimientos evaluativos, siendo en este último caso necesario tener como referencia lo planteado por el Conadis en el Informe Técnico Vinculante 000003-2022-DPD,[11]

[11] Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad "Discriminación en universidades - Informe Técnico Vinculante Nº000003-2022-DPD", *https://www.gob.pe/institucion/conadis/informes-publicaciones/3212522-discriminacion-en-universidades-informe-tecnico-vinculante-n-000003-2022-dpd*

en el cual se explican los elementos adecuados para mejorar el servicio hacia el estudiante con discapacidad, y donde los ajustes razonables al servicio educativo, sobre todo en la impartición de clases y evaluación, requiere una sensibilización especial a los docentes y estudiantes.

Sin embargo, hay medidas que pueden resultar un tanto controversiales en la búsqueda de facilidades para las personas con discapacidad, como la protagonizada por Sunedu recientemente, cuando mediante la Resolución del Consejo Directivo 00006-2024-SUNEDU-CD, estableció que a partir del periodo académico 2024, las universidades se encuentran prohibidas de ofertar, crear y/o admitir estudiantes en programas de pregrado con un componente de 100% de virtualidad; medida que fue rechazada en distintos niveles por su posición extrema (recordando la redacción original de la Ley Universitaria previo a la pandemia), recibiendo una respuesta por parte de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el Oficio D000141-2024-PCM-SGP, ordenando derogar la resolución cuestionada. Sin embargo, la Sunedu se ha mostrado renuente enfatizando que su accionar es autónomo. Esto último requiere un estudio más específico para analizar las limitaciones que se configuran contra los estudiantes con discapacidad.

Tal como puede apreciarse, la atención institucional hacia la mejora del tratamiento e inclusión de la persona con discapacidad tiene medidas definidas y eso es bastante destacable. Sin embargo, subsiste también otro aspecto muy delicado a considerar: la pobreza; de acuerdo con el Conadis, para el año 2021 cerca del 40% de las personas con discapacidad se encuentra en situación de pobreza a nivel nacional, lo cual debe tenerse en cuenta para evaluar mecanismos de mayor inclusión hacia el desarrollo educativo. En este punto, es menester destacar las "Becas Inclusión", que anualmente difunde el Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo del Gobierno peruano.

Asimismo, en el entorno informático la experiencia en la pandemia ha permitido innovar en *software* para la educación de personas con discapacidad, destacando dentro de estos, los siguientes:

a. JAWS (Job Access With Speech): lector de pantalla para personas con deficiencias visuales, transformando el texto en voz.
b. Dragon NaturallySpeaking: posee reconocimiento de voz, que ayuda a quienes padecen discapacidad motora a controlar dispositivos compatibles.
c. Read&Write: brinda lectura en voz alta y diccionarios en línea, favorable para quienes tienen limitaciones para escribir.
d. CaptiVoice: programa de lectura en voz alta que ayuda al acceso de contenido digital.

VII. Conclusiones

Los efectos de la pandemia, en el caso particular de Perú, han sido devastadores en múltiples niveles, la cantidad de contagios y pérdidas humanas es significativa, además de que ha obligado a cambiar improvisadamente diversos procesos, entre ellos la forma en la cual se impartía el servicio educativo.

A las deficiencias ya conocidas del sistema educativo peruano, la pandemia terminó por sumar un tiro de gracia al acceso y calidad de la enseñanza. Prácticamente, por dos años consecutivos (2020-2021) el aprendizaje se llevó de forma virtual, con lo cual solo podían aprovechar la experiencia aquellos que contaran con acceso a los medios desde sus hogares, lo cual en Perú solo se concentra en núcleos urbanos.

Para las personas con discapacidad en Perú, se cuenta con un marco de acción y política pública en desarrollo. Principalmente, la misma ha estado enfocada en la búsqueda de inclusión en el ámbito laboral y educativo, así como dotar de más espacios para la atención en salud; no obstante, conforme dan cuenta los reportes recogidos por las autoridades, la pandemia fue una época particularmente desfavorable para el acceso a la educación de las personas con discapacidad.

A pesar de las limitaciones se pudo continuar con el servicio educativo; no obstante, los estudiantes con discapacidad estaban adecuados al entorno presencial, por lo que imponerles la edu-

cación virtual sin adecuación fue un detrimento a la calidad del servicio educativo recibido.

Producto de la situación de pandemia, se dio un reimpulso a la educación virtual con mejorar en el acceso al internet, así como a los *softwares* especializados para quienes padecen deficiencias visuales, auditivas y motoras. Estos elementos deben masificarse para la población con discapacidad.

Las escuelas y universidades deben priorizar el trato digno a sus estudiantes, lo que conlleva implementar las mejoras y adecuaciones del servicio, sensibilizando a docentes y a la comunidad educativa en general por la educación inclusiva.

Referencias

Chanamé, Raúl, *La Constitución comentada*, 6a. ed., Lima, ADRUS, 2011.

Cuenca, Ricardo, *Desencuentros entre el discurso del derecho a la educación y las políticas educativas en el Perú de la década del 2000*, Lima, IEP-Clacso, 2012.

García Toma, Víctor, *Los derechos fundamentales en el Perú*, Lima, Jurista Editores, 2008.

Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, Perfil Sociodemográfico de la Población con Discapacidad, 2017, 2019.

Defensoría del Pueblo, Serie Informes Especiales n.° 36-2020-DP - El Derecho a la educación inclusiva en el contexto de la Emergencia Sanitaria por el COVID-19. Alcances y limitaciones en el servicio educativo no presencial para estudiantes con discapacidad y con otras necesidades educativas especiales en la Educación Básica, 2020.

Defensoría del Pueblo, Serie de Informes Especiales n.° 005-2021-DP - El derecho a la educación inclusiva en el contexto de la emergencia sanitaria por el COVID-19. Alcances y limitaciones en el servicio educativo no presencial para estudian-

tes con discapacidad y otras necesidades educativas especiales en la Educación Superior Universitaria, 2021.

Nicoletti, Javier, "La educación como derecho universal", *EDUCATIO Revista Regional de Investigación Educativa*, año IV, núm. 7, México, 2009.

Pérez-Castro, Judith, "La pandemia como factor de exclusión de los estudiantes con discapacidad en la educación superior", *Revista Educación Superior y Sociedad (ESS)*, vol. 33, núm. 2, Venezuela.

Constitución, acceso a la educación y autonomía universitaria

***

Constitution, access to education and university autonomy

Fernando Serrano Migallón

Sumario: I. Introducción. II. La historia de los centros educativos y el surgimiento de las universidades. III. El control del contenido educativo y la restricción universitaria. IV. La autonomía como principio fundamental de la educación universitaria. V. La educación como derecho humano en México. VI. La autonomía de la Universidad Nacional.

I. Introducción

La curiosidad y el deseo por entender la realidad en la que se desenvuelve son cualidades esenciales del ser humano como especie. Comprender el qué, el por qué, el cómo, el cuándo y el dónde de las cosas ha sido clave para que la humanidad logre progresar hasta los niveles que en la actualidad conocemos.

Así, con siglos de desarrollo, el ser humano fue capaz de pasar del arado de las tierras, de la generación y aprovechamiento del fuego y de la utilización de diversas herramientas a base de palos y piedras hasta conquistar los cielos, crear complejas vías de comunicación, sistemas digitales y electrónicos y hasta crear inteligencia artificial a partir de la configuración de algoritmos sobre su propio entendimiento de la realidad.

Sin embargo, por alentador que resulta el progreso y el desarrollo tecnológico y social, lo cierto es que nada de ello hubiera sido posible sin la existencia de diversos centros de enseñanza y de estudio. Las instituciones más trascendentales al efecto en la historia de la humanidad han sido, sin lugar a dudas, las universidades.

II. La historia de los centros educativos y el surgimiento de las universidades

Las universidades tienen su origen en el Medioevo, entre los años 1000 y 1200, siendo la Universidad de Bolonia, Italia, la más antigua de todas, pues data del año 1088, seguida por La Sorbona en París, Francia, fundada por el año de 1150 y la Universidad de Oxford en Inglaterra, alrededor de 1167.

Aunque las universidades fueron los principales centros educativos desde la Edad Media y hasta la actualidad, no significa que hayan sido los únicos dedicados al estudio y enseñanza de diversas disciplinas. En Grecia, por ejemplo, existía la Academia que data del siglo IV a.C., fundada por el filósofo Platón en Atenas, siendo uno de los centros de estudio organizados más antiguos reconocidos; asimismo se encontraba el Liceo, fundado por Aristóteles, que era un centro de investigación y enseñanza donde estudiaban desde la biología hasta la ética y la política.

Si bien Grecia se considera la cuna de la filosofía, lo cierto es que en otras regiones también surgieron centros de estudio de suma trascendencia. La Biblioteca de Alejandría, en Egipto, también fue un punto de referencia para estudiosos del mundo helenístico, particularmente reconocidos por sus estudios en astronomía, geografía, medicina y filosofía; Nalanda, en la India también fue un centro de enseñanza de gran relevancia; y, Gundishapur, cuya fundación se reconoció en el siglo III d.C., en Persia, son solo algunos de estos ejemplos.

Las universidades representaron una nueva fase dentro del desarrollo educativo de las personas, particularmente en la región europea; a la par de ellas, existieron otras instituciones que también se dedicaron al estudio, enseñanza, producción y

reproducción de grandes obras. Los monasterios contaban con escuelas en donde los residentes aprendían a leer y escribir, así como difundían y transmitían por generaciones los estudios seculares; a partir del siglo IX surgieron escuelas catedralicias que se enfocaron en la enseñanza del *trívium*[1] y el *quadrivium;*[2] de igual forma se encontraban los gremios de maestros y aprendices que se dedicaban preponderantemente a la enseñanza de oficios específicos, técnicas y artes con un enfoque más tendiente a la materialización de cierta obra o labor.

III. El control del contenido educativo y la restricción universitaria

Durante la Edad Media, el control sobre las universidades estaba dividido entre autoridades políticas de la región donde se encontraban, es decir, instancias que ejercían poder civil, e instancias eclesiásticas que dependían directamente de la Iglesia. Este control variaba en función de la universidad y de la época que se vivía.

Por ejemplo, la Universidad de París y la Universidad de Oxford, tenían fuertes vínculos con la Iglesia Católica. Debido a ello, gran parte de sus estudios estaban centrados en la teología, y el papa o los obispos locales eran los encargados de entregar los *licentia docendi*, que permitía a ciertos individuos practicar la enseñanza. Los maestros y estudiantes solían ser clérigos o aspirantes a ello, restringiendo el acceso a estos centros de forma casi exclusiva en favor de esas personas.

Asimismo, algunas universidades, como la de Bolonia, obtenían protección y privilegios de reyes o emperadores, lo que les garantizaba un grado de autonomía respecto a la Iglesia. Estos privilegios a menudo incluían la exención de impuestos, el derecho a autogobernarse y la libertad para atraer a estudiantes y profesores de todo el mundo cristiano. Sin embargo, esta protección también representaba un nivel de control por parte del monarca, que podía influir en la elección de autoridades universitarias o en las políticas de la institución.

---

1 Gramática, retórica y lógica.

2 Aritmética, geometría, música y astronomía.

Debido a la trascendencia de estos centros educativos, a lo largo de la historia, surgieron tensiones entre la Iglesia y las instancias de poder dentro de las regiones donde estas se encontraban para determinar quién tendría control sobre las universidades. Un caso emblemático fue la Universidad de París, que, aunque inicialmente estaba bajo la autoridad eclesiástica, tuvo varios conflictos con las autoridades reales de Francia, especialmente durante la Revuelta Estudiantil de 1229, que resultó en un mayor reconocimiento de la autonomía de la universidad por parte del rey, limitando la influencia de la Iglesia en temas esenciales como lo era la definición de los tópicos susceptibles de investigarse y enseñarse en ella.

Con el desarrollo del periodo conocido como La Ilustración, la laicidad de las universidades aumentó y, con ello, la apertura a mayores contenidos en sus planes de estudio creció, fomentando, al mismo tiempo, la diversificación del conocimiento. Sin embargo, durante dicho periodo las universidades también se enfrentarían a un control mayor por parte de las instancias de Gobierno de los Estados en los que se encontraban sus sedes y que, en algunos casos, financiaban el desenvolvimiento de sus actividades.

A pesar de lo anterior, las universidades fueron obteniendo un mayor número de libertades conforme el conocimiento y su difusión; comenzaron a tratarse como temas prioritarios para las sociedades.

IV. La autonomía como principio fundamental de la educación universitaria

La autonomía universitaria es un principio fundamental que establece que las universidades deben gozar de independencia en varios aspectos clave, permitiéndoles autorregularse y autogestionarse sin intervención directa del Gobierno u otras entidades externas.

Esta independencia se traduce en múltiples aspectos esenciales del desenvolvimiento de las actividades de las instituciones universitarias. En primer lugar, las universidades tienen la liber-

tad de definir sus propios planes de estudio, programas académicos, métodos de enseñanza y criterios de evaluación. Esto les permite adaptar su oferta educativa a las necesidades y particularidades de su entorno y promover la innovación en la educación.

En segundo lugar, las universidades cuentan con autonomía administrativa, que implica la capacidad de las universidades para gestionar su propia estructura orgánica y tomar decisiones internas sin injerencias externas, que incluye la elección de sus autoridades, la creación de sus propios reglamentos y la administración de sus recursos humanos.

En tercer lugar, las universidades cuentan con autonomía financiera, que implica que tienen la libertad de manejar sus recursos y presupuesto, decidir sobre el uso de sus fondos y generar ingresos extra a través de diferentes fuentes como donaciones, investigación o servicios, sin estar sujetas a controles externos, salvo en lo que respecta a la rendición de cuentas ante el Estado por cuestiones de transparencia y fiscalización.

En cuarto lugar, las universidades tienen autonomía en el ámbito de la investigación, pues pueden determinar sus propias líneas, promoviendo la libertad académica y la generación de conocimiento sin presiones externas de corrientes ideológicas o políticas dominantes, lo que fomenta un ambiente donde la investigación puede desarrollarse de manera libre y creativa. Vinculado a ello se encuentra la libertad que tienen las universidades de definir los medios y las formas en las que harán llegar el conocimiento y los servicios que presten a la comunidad de la que forman parte.

Aunque la autonomía es un elemento clave en las universidades en la actualidad, ello no implica que no existan instituciones que ideológica o políticamente cuenten con determinada orientación o que, incluso, sean reguladas por diversas instancias políticas o eclesiásticas.

Por ejemplo, se encuentran las universidades pontificias, que son constituidas bajo la autoridad del Vaticano y son gestionadas por órdenes religiosas o por la Santa Sede. Entre las instituciones que se encuentran bajo esta configuración destacan la Pontificia Universidad Gregoriana, en Roma, Italia, gestionada por jesuitas y que sigue siendo un centro importante para la formación del

clero católico y la investigación en teología y filosofía; la Pontificia Universidad Lateranense, también en Roma, conocida como "la universidad del papa", pues está directamente bajo la autoridad de la Santa Sede y se centra en la teología, el derecho canónico y la filosofía; la Universidad Católica de Chile que a la fecha cuenta con líneas de investigación enfocadas en teología y ética; y, la Universidad de Notre Dame en Estados Unidos de América, que a la fecha sigue formalmente afiliada a la Iglesia Católica.

V. La educación como Derecho Humano en México

Si bien la educación es un tema toral dentro de cualquier Estado, lo cierto es que durante la etapa de definición de la estructura jurídico-política de México las prioridades se enfocaron precisamente en la configuración de un Gobierno estable. El tema de la educación se trataba en mayor medida a nivel local, dentro de cada una de las entidades federativas.

Sin embargo, con la entrada del siglo xx y el triunfo revolucionario las prioridades cambiaron, particularmente con la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. El derecho a la educación en México comenzó a regularse jurídicamente a nivel constitucional y federal con este documento. En este texto, el artículo 3° estableció por primera vez que la educación primaria debía ser laica, gratuita y obligatoria.

Este artículo representó un cambio significativo, ya que separaba la educación de la influencia de la Iglesia, una consecuencia lógica luego de la labor laica llevada a cabo desde las leyes de reforma expedidas durante la segunda mitad del siglo xix, promoviendo una educación basada en valores científicos, con una alta orientación positivista, y democrática.

La redacción original del artículo 3° de la Constitución de 1917 reflejaba las ideas revolucionarias de la época, buscando garantizar que todos los mexicanos tuvieran acceso a la educación como un derecho fundamental, con un enfoque en la formación de ciudadanos comprometidos con los ideales de justicia social y libertad.

Si bien la esencia de su contenido sigue siendo la misma en la actualidad, el artículo ha sufrido varias reformas para adaptarse a los cambios sociales y educativos en México; quizá una de las más relevantes fue la reforma educativa de 1993, que amplió la obligatoriedad de la educación secundaria y reforzó el carácter laico y democrático de la educación en el país.

Pero la regulación y el respaldo del derecho a la educación no se encuentra únicamente en el ámbito nacional. México ha suscrito varios tratados internacionales que reconocen y promueven el derecho a la educación. Entre estos instrumentos internacionales destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece en su artículo 26 que toda persona tiene derecho a la educación, y que esta debe ser gratuita, al menos en su nivel elemental y fundamental; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que México ratificó en 1981 y que señala en el artículo 13 el reconocimiento del derecho de toda persona a la educación y establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 que fue ratificada por México en 1981, señala en el artículo 26 la promoción de la plena efectividad de derechos como el derecho a la educación, en el marco de la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que establece en su artículo 28 el derecho de los niños a la educación y enfatiza la obligación de los Estados de hacer que la educación primaria sea obligatoria y gratuita; y, la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, celebrado por la UNESCO y ratificado por México en 1964, cuyo objetivo es eliminar cualquier forma de discriminación en la educación, promoviendo la igualdad de oportunidades en este ámbito para todas las personas.

VI. La autonomía de la Universidad Nacional

La primera universidad en ser reconocida formalmente como autónoma en México fue la Universidad Nacional Autónoma de México. Este reconocimiento se logró el 22 de septiembre

de 1929, cuando se promulgó la Ley de Autonomía Universitaria en México.

A principios del siglo xx, la Universidad Nacional de México, fundada en 1910 y que luego se convertiría en la UNAM, estaba bajo el control directo del Gobierno mexicano. Esto significaba que el Estado tenía una influencia significativa en la elección de autoridades, la organización académica y otros aspectos clave de la universidad. Sin embargo, a medida que el país vivía procesos de transformación social y política, particularmente luego de la Revolución Mexicana, surgieron tensiones sobre el papel de la universidad en la sociedad.

En 1929, las demandas por la autonomía universitaria se intensificaron, impulsadas por movimientos estudiantiles. Exigían mayor libertad académica y administrativa para la universidad, además de una separación clara entre la política gubernamental y la educación superior. Este movimiento fue liderado por la Federación Estudiantil Universitaria y contó con el apoyo de profesores e intelectuales.

La situación escaló a protestas masivas, huelgas y enfrentamientos con las autoridades, lo que llevó a una crisis en la universidad. Ante la presión social y las crecientes demandas, el presidente en turno, Emilio Portes Gil, decidió negociar con los estudiantes y profesores. Finalmente, el 22 de septiembre de 1929, se promulgó la Ley Orgánica de la Universidad Nacional de México, que le concedió su autonomía.

Con esta ley, la UNAM inicia ese largo proceso para autogobernarse y adquirir una autonomía plena, sin intervención directa del Estado. Fue esta autonomía que se forjó a lo largo del siglo xx, lo que permitió a la universidad operar de manera independiente, al tiempo que se establecieron mecanismos para la rendición de cuentas y la supervisión general por parte del Gobierno.

La autonomía de la Universidad permitió que se convirtiera en un centro de pensamiento crítico y libre, influyendo significativamente en el desarrollo intelectual y social de México y América Latina. Esto abrió las puertas a un ambiente donde las ideas podían debatirse abiertamente y donde la investigación y la enseñanza no estaban sujetas a censura o control político. La uni-

versidad se convirtió en un espacio para el desarrollo de nuevas ideas en ciencias, humanidades y artes.

No existe una sola institución universitaria a nivel mundial que pueda equipararse a la UNAM en cuanto a su trascendencia para su país. Esta ha jugado un papel clave en la vida social y política de México; sus estudiantes y profesores han sido actores importantes en movimientos sociales, reformas educativas y discusiones políticas. La autonomía permitió que la universidad mantuviera su independencia en tiempos de crisis política y represión, y ha sido un espacio de resistencia y crítica.

Múltiples universidades de diversos países intentaron inspirarse en ella y buscar lograr su autonomía. Estados como Argentina, Perú, Colombia y Venezuela adoptaron reformas que concedían mayor independencia a las universidades. Fortaleciendo con ello a las instituciones de educación superior en toda América Latina.

Asimismo, la autonomía ha fomentado el desarrollo de un alto nivel académico, convirtiéndose en una de las universidades más importantes y respetadas de América Latina. Prueba de ello se encuentra en los egresados que han recibido premios Nobel; Alfonso García Robles; Octavio Paz, y Mario Molina, así como los numerosos y destacados intelectuales, políticos, servidores públicos y profesionales que día a día desempeñan sus actividades poniendo en alto el nombre de su *alma mater*.

Actualmente existen casi 50 universidades e institutos en todo el país que gozan de autonomía. Este es un elemento necesario para desarrollar sus actividades de la mejor forma y los resultados son evidentes. Esperemos que, a pesar de los constantes ataques que sufre día a día en los últimos tiempos, la comunidad universitaria sepa mantenerse firme en la protección de sus valores, sus convicciones, su calidad, pero, sobre todo, de sus alumnos, que son el futuro del país.

El acceso a una educación de calidad

***

Acces to quality education

*Renán Ermilo Solís Sánchez**

Resumen: los principios constitucionales de autonomía y de concordancia universitarias se encuentran plasmados en el artículo 3 fracción VII de la Constitución Federal. La presencia de ambos obedece a la sensible función de la Universidad pública, la cual nunca debe suspenderse ni enfrentarse a obstáculos que pongan en riesgo el servicio público de educación.

Estos principios, debidamente conjugados, son fundamentales para que la Universidad cumpla con los fines encomendados y, en consecuencia, se traduzcan en acceso a una educación de calidad.

Abstract: the constitutional principles of university autonomy and concordance university are captured in article 3, section VII, of the Fundamental Charter.

The explanation of this prerogative is due to the sensitive function of the public University, which must never be suspended nor must it face obstacles that put the public education service at risk. Both principles, duly combined, are fundamental for university fulfills the purposes the state has entrusted to it and consequently, it translates into access to quality education.

* Profesor titular C, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, UADY.

Palabras clave: principios, constitucionales, autonomía, concordancia, universitaria, acceso, educación y calidad.

Keywords: principles, autonomy, concordance, university, access, education and quality.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes inmediatos de la actual autonomía universitaria. III. Principios constitucionales universitarios: autonomía y concordancia. IV. Acceso a una educación de calidad. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley tienen como función primordial: la impartición del servicio público de educación.

Son de las instituciones más valiosas en el país, por ser los vehículos esenciales que impulsan la transformación de la sociedad y porque contribuyen a la soberanía científica y tecnológica del país como acertadamente lo acotaba el doctor Jorge Carpizo.[1]

Estas razones son más que suficientes para otorgarles a las universidades públicas autónomas un tratamiento especial en la legislación y el reconocimiento de los principios constitucionales que permiten la realización de la vida universitaria.

Pese a que la figura de la Universidad pública tiene una presencia enorme entre los mexicanos, hasta el día de hoy se confunde su naturaleza jurídica; no se considera que algunas fueron creadas como organismos descentralizados de la administración pública y otras como organismos descentralizados del Estado.

Las instituciones de educación superior autónomas por ley descentralizadas de la administración pública, forman parte del poder ejecutivo federal o estatal; esta descentralización es de carácter administrativo.

[1] Carpizo, Jorge, *Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma*, México, Editorial UDUAL, 2009, año LIX, nueva época, octubre-diciembre, núm. 43. p. 7.

En tanto que las descentralizadas del Estado no forman parte de la administración pública; esta descentralización es de índole política.[2]

En consecuencia, la universidad pública autónoma descentralizada del Estado no es un organismo de la administración pública; es un órgano en el Estado.

Por otro lado, algunas voces, dentro y fuera del ámbito universitario, pretenden hacer creer que la Universidad pública es un órgano constitucional autónomo, lo que equivaldría a considerarla como un poder a la par de los tradicionales, lo cual carece de fundamento alguno. Más aún, sería riesgoso para las universidades ser consideradas órganos constitucionales autónomos, pues el nombramiento de sus autoridades ya no se daría en el seno universitario y la capacidad de expedir normativa quedaría restringida.

Para que una Universidad pública sea constituida en órgano constitucional autónomo, tendría que ser creada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por la de la entidad federativa que corresponda y no por decreto del poder legislativo; luego entonces, la institución educativa perdería la autonomía especial de la que goza actualmente y que es mucho más amplia y sólida.

Expresado en otras palabras, el órgano constitucional autónomo disfruta de una autonomía de menor grado de la que tienen las universidades públicas.

Son múltiples las confusiones que se generan cuando se aborda el tema de la Universidad, pues algunos afirman que la autonomía la concede el artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando en realidad ese numeral contiene el principio elevado a rango constitucional; es la legislatura federal o estatal la que confiere la autonomía mediante un acto formal y material que consta en un decreto.

---

[2] Fernández Ruiz, Jorge, "*La descentralización política y las universidades públicas de los estados*", en Astudillo, César y Manlio Fabio Casarín León (coords.), *Derecho constitucional estatal*, México, UNAM, 2010, p. 269.

II. Antecedentes inmediatos de la actual autonomía universitaria[3]

La autonomía universitaria se ha ido construyendo poco a poco, aunque es un régimen inacabado. Su antecedente inmediato se encuentra en un pasaje histórico, poco recordado: un gran número de universitarios encabezados por el doctor Guillermo Soberón, rector de la Universidad Nacional Autónoma de México en la década de los setenta, propuso la adición del apartado "C" al artículo 123 a fin de regular aspectos laborales y de seguridad social de los trabajadores universitarios.

Es prudente rememorar que el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina que el Congreso de la Unión deberá expedir leyes sobre el trabajo, y contiene solo dos apartados: el "A" concerniente a los particulares y el "B" respecto de los Poderes de la Unión y sus trabajadores.

Pues bien, la referida propuesta elaborada por los reconocidos y destacados juristas, los doctores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo MacGregor, fue entregada al presidente de la República y este le encargó al secretario de gobernación la instalación de mesas de trabajo para conocer y discutir aquel proyecto. En esencia se le planteaba la adición de un apartado "C" al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se apoyaba fundamentalmente en que las universidades no eran ni son empresas o factores de producción; en consecuencia, no encajaban en el identificado como "A" dirigido a particulares ni en el "B" destinado al personal del poder público.

Igualmente se afirmó que, en las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley, la suspensión temporal de actividades laborales como medida de presión frente al patrón solo debía tener lugar cuando existieran violaciones generales y sistemáticas; de tal modo que el derecho de huelga y el tratamiento previsto por la ley en el apartado "A" del artículo 123 constitucional para los particulares no debía tener aplicación en las universidades públicas autónomas.

[3] Tomado del libro denominado *Las relaciones laborales en las universidades autónomas,* de la autoría del ponente; actualmente en imprenta.

En síntesis, la universidad quería, en términos del proyecto presentado, que los procedimientos de ingreso, promoción y definitividad fueran de la exclusiva competencia de ella y no de los sindicatos, y que todos los demás aspectos académicos quedaran en manos del Consejo Universitario.

Lo ideal es que fuera un solo capítulo para los trabajadores, aunque con ciertas modalidades para los trabajos especiales. Pero al considerar la Constitución la existencia de solamente dos apartados en el invocado numeral 123, provoca que las universidades y las instituciones de educación superior autónomas por ley reciban un trato que no les corresponde; es decir, el de empresas.

A pesar de la claridad de lo que se expresaba, el proyecto no prosperó; sí motivó, más adelante, que el principio de autonomía universitaria se elevara a rango constitucional y se incorporara un capítulo relativo al trabajo especial universitario en la legislación laboral.

Efectivamente, el rector Soberón Acevedo en ningún momento renunció a su proyecto en cuanto a proporcionarle un marco jurídico apropiado a la universidad y él sostenía que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos era el marco legal idóneo.

El episodio tiene enorme valor histórico; motivo por el cual se reproduce lo narrado por los protagonistas de los acontecimientos, Guillermo Soberón Acevedo:

> Nuestro afán de no cejar en el empeño de que el gobierno reconociera la urgente necesidad de definir un marco jurídico adecuado para el trabajo universitario nos llevó a imaginar que nuestra Carta Magna sería el nivel adecuado que mejor cobijo estaría en la posibilidad de instrumentar para conferir la mayor garantía de la debida protección y consolidación del trabajo universitario, así como propiciar su trascendencia. Pude discutir este planteamiento con Diego Valadés, quien no solo estuvo de acuerdo con él sino que lo enriqueció y lo vinculó a la autonomía universitaria, que había sido ampliamente discutida en nuestros recintos a lo largo de aquel luminoso 1979. De inmediato Diego me solicitó incorporar a su maestro Héctor Fix y a su inseparable Jorge Carpizo en la elaboración de una iniciativa de ley para llevarla a la consideración del Ejecutivo federal. Así se hizo, habiendo consultado el proyecto con un grupo de nuestros maestros eméritos de la Facultad de Derecho y de otros distinguidos juristas universitarios. El presidente López Portillo la acogió con verdadero entusiasmo, y antes de someterla

al cuerpo legislativo recabó la opinión de Fernando Solana, secretario de Educación, y de algunos otros colaboradores suyos. Las dos Cámaras del Congreso y el constituyente permanente aprobaron la iniciativa con un amplio margen.[4]

Diego Valadés:

Era evidente que la cuestión democrática y el problema universitario estaban relacionados. El rector vio con claridad esta situación y la planteó al gobierno. Además del nuevo marco para las relaciones políticas era indispensable definir el de las universidades, Si el apartado C del artículo 123 era inviable, debería buscarse otro remedio y reformar la Ley Federal del Trabajo, en el título de trabajos especiales, para dar cabida a un capítulo sobre el trabajo universitario. La solución fue aceptada por el gobierno y también por los dirigentes gremiales. Pero habría que darle un soporte que asegurara la estabilidad del acuerdo, y con ese motivo el rector fue más allá: si se quería un marco para las relaciones justa y duraderas, el nivel adecuado era la Constitución.

Fue entonces cuando me ordenó que preparara un proyecto para adicionar el artículo 3º, uno de los preceptos más emblemáticos de nuestra carta fundamental, con el principio de la autonomía universitaria. Después de ver los primeros borradores con él y con su equipo, lo trabajé a detalle con mi maestro Héctor Fix-Zamudio, quien siempre acudió a todos los llamados de la Universidad para aportar sus luminosas ideas y sus profundos conocimientos, y con Jorge Carpizo, entonces Coordinador de Humanidades, que dedicó su fructífera vida al servicio de la Universidad.

El rector entregó el proyecto al presidente José López Portillo, quien como abogado y hombre culto introdujo observaciones y agregó la expresión "libre examen y discusión de las ideas". Luego me correspondió afinar el proyecto con el secretario de Educación, Fernando Solana, experimentado universitario que fue secretario general de la Universidad con el rector Barros Sierra, y con el secretario de Trabajo, Pedro Ojeda Paullada, quien tenía un gran conocimiento de los conflictos laborales que habíamos vivido. Ojeda involucró a Antonio Ruiz de Chávez, otro brillante abogado. Esa combinación de aportaciones se tradujo en la iniciativa presidencial, enviada en octubre de 1979, año en el que se conmemoraba el cincuentenario de la autonomía universitaria. Fue aprobada por unanimidad en el

[4] Soberón, Guillermo, *El médico, el rector,* UNAM, FCE, 2015, p. 241.

Congreso de la Unión y en los congresos de los estados y se publicó el 6 de junio de 1980.[5]

Como bien se aprecia, el presidente de la República, licenciado José López Portillo, decidió presentar una iniciativa de ley para reformar el artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adicionar una serie de numerales a la Ley Federal del Trabajo para crear una regulación especial: el trabajo universitario.

La autonomía universitaria se elevó a rango constitucional el 9 junio de 1980.[6] A partir de entonces, el texto fundamental reconoce el principio de autonomía universitaria.

Al respecto, es válido insistir, dadas las confusiones frecuentes, que la Constitución Federal no otorga la autonomía a las universidades públicas, solo la reconoce. Es a las legislaturas, federal o locales, a quienes compete conceder la autonomía universitaria mediante un acto formal y material del poder legislativo; esto es, por conducto del decreto que expida, como ha reconocido ampliamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[7]

En estas circunstancias, el artículo 3 constitucional, en su fracción VII —inicialmente VIII, pero trasladada con posterioridad en idénticos términos en razón de una modificación al propio precepto—, comprendió los principios de autonomía universitaria y de concordancia universitaria.

III. Principios constitucionales universitarios: autonomía y concordancia[8]

Durante muchos años se ha afirmado la existencia de un solo principio, el de autonomía universitaria; empero, junto a él coexiste otro: el de concordancia universitaria.

---

5 *Ibidem,* p. 141.

6 *Diario Oficial de la Federación*, 9 de junio de 1980.

7 Tesis P./J. 17/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, p. 913, AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SOLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO.

8 *Las relaciones laborales en las universidades autónomas*, *op. cit*.

Principio de autonomía universitaria: lo primero que debe destacarse de la autonomía universitaria es que esta no es absoluta, es, por tanto, limitada o especial, como acertadamente sostiene el Poder Judicial de la Federación.[9]

De la lectura del numeral constitucional se advierten cuatro grandes capacidades o fases de la autonomía universitaria: autogobierno, autorregulación, autodeterminación académica y autogestión administrativa.

La autonomía universitaria es un principio elevado a rango constitucional y, por tal razón, es una garantía institucional, indispensable para que la universidad pública cumpla sus fines con libertad y calidad, dentro del marco legal aplicable.

La autonomía universitaria es el elemento esencial que impulsa a la universidad pública y, por ende, la educación superior del país, pues permite que esta se imparta respetando la libertad de cátedra e investigación, y el libre examen y discusión de las ideas.

La autonomía universitaria no es absoluta; el Poder Judicial de la Federación ha venido desentrañando su concepto y sus alcances, de ahí que existan temas bien definidos como los concernientes a:

I. Los alcances y límites de la autonomía universitaria. [10]
II. La autonomía proviene de un acto formal y material del Poder Legislativo federal o local; no deriva del artículo 3 fracción VII de la Constitución Federal. [11] y [12]
III. La facultad de legislar y crear universidades autónomas corresponde a las legislaturas, sin que pueda ser delegada en favor del poder ejecutivo.[13]

---

9 Tesis P./J. 17/2005, *op. cit*.

10 Carpizo, Jorge, *op. cit.,* p. 239; Tesis P./J. 17/2005, *op. cit*.

11 Tesis P./J. 17/2005, *op. cit*., p. 913.

12 Tesis 2a. XXXVI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, abril de 2002, p. 576.

13 Tesis P/J 18/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t XXI, mayo de 2005, p. 913.

IV. La autonomía de la que gozan las universidades es especial.[14] y [15]

V. La autonomía impide que intervengan órganos ajenos en su gobierno.[16], [17] y [18]

VI. Los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia solamente atañen a la Universidad.[19], [20] y [21]

VII. Las juntas de conciliación y arbitraje o jueces laborales no pueden sustituir la valoración académica efectuada por la Universidad por medio de sus órganos competentes, pero sí pueden revisar si la institución cumplió su propia norma.[22], [23], [24] y [25]

---

14 Tesis P.XXVIII/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. V, febrero de 1997, p. 119.

15 Tesis P./J. 17/2005, *op. cit*.

16 Tesis 1a./J. 19/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 918.

17 Tesis 2a. CXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXX, octubre de 2009, p. 135.

18 Tesis 1a. XXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t XXXI, febrero de 2010, p. 111.

19 Tesis 2a./J. 102/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2022, p. 298.

20 Tesis I.5o.T.5L(11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, t. IV, abril de 2022, p. 2662.

21 Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. II, parte-2, tesis aislada, julio-diciembre de 1988, reg. 230735, p. 612.

22 Tesis 2a. LII/2010, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXII, julio de 2010, reg. 164197, p. 327.

23 Tesis XVI. 1o. T.62 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, t. IV, octubre de 2021, p. 3844.

24 Tesis I.5o.T.5L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, t. IV, abril de 2022, p. 2662.

25 Tesis XXI.3o.C.T.2L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, t. III, febrero de 2016, p. 2237.

VIII. La normativa universitaria integra el orden jurídico nacional.[26]

Expresadas las ideas anteriores, se propone definir la autonomía universitaria en los términos siguientes: "Es la potestad especial con la que cuenta la Universidad pública para cumplir con calidad y libertad, dentro del marco legal aplicable, los fines y funciones que el Estado le ha encomendado".

Como se advierte, la universidad pública autónoma debe impartir educación e investigar, pero con calidad y libertad; dos elementos indispensables en la educación superior.

La autonomía universitaria, para apuntarlo en términos coloquiales pero muy significativos, es *el cerebro y corazón de la universidad pública*.[27]

Principio de concordancia universitaria. El segundo principio, al que el autor ha denominado de concordancia universitaria, se extrae del mismo artículo 3, fracción VII, constitucional.

Inmediatamente después de las cuatro grandes fases o capacidades de la autonomía universitaria se advierte el aludido principio, cuando dicho precepto constitucional dispone:

> Las *relaciones laborales*, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que *concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones* a que esta fracción se refiere.[28]

Y por su parte, el artículo 353-J de la Ley Federal del Trabajo expresa que:

---

[26] Tesis 2a. XXXVII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, abril de 2002, p. 587.

[27] Solís Sánchez, Renán Ermilo, "Aniversario 90 de la Universidad Autónoma de Yucatán", *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán*, Mérida, vol. 27, núm. 260, enero-julio de 2012, pp. 14-19.

[28] Cursivas añadidas.

> Las disposiciones de este Capítulo se aplican a las *relaciones de trabajo* entre los trabajadores administrativos y académicos y las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley y tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo, de tal modo que *concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines propios* de estas instituciones.[29]

De lo anterior se advierten los elementos siguientes:

a) relaciones laborales entre el personal académico y administrativo, y la universidad;
b) concordancia de esas relaciones laborales o bien poner de acuerdo lo que no lo está, y
c) autonomía, libertad de cátedra e investigación, y los fines propios de las instituciones.

El contenido de las normas constitucional y secundaria no deja duda, las relaciones laborales son importantes, pero igualmente lo son los fines de la universidad pública autónoma por todo lo que representan y aportan.

En resumen, se observa la existencia de un *privilegio para la autonomía universitaria y los fines de la institución*.

La explicación de esa prerrogativa obedece a la sensible función de la universidad pública, la cual nunca debe suspenderse.

No es admisible, en modo alguno, que la universidad pública interrumpa sus labores al convertirse en rehén de grupos o sectores de la especie o naturaleza que fueren, gracias a conflictos laborales reales o aparentes.

Es verdad que los tribunales del Poder Judicial de la Federación en ningún momento hacen alusión al principio de concordancia universitaria con este nombre; sin embargo, es innegable que ha estado presente en las resoluciones que guardan relación con temas universitarios.

En efecto, han considerado que las actividades realizadas en el ámbito universitario corresponden a un trabajo especial, tal

[29] Cursivas añadidas.

y como se consigna en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo; esa calidad de especial es la que precisamente le da cabida al principio de concordancia, indispensable y necesario para que las instituciones de educación superior puedan cumplir cabalmente con sus fines.

En este orden y con apoyo en los principios de concordancia universitaria y autonomía universitaria, particularmente en cuanto concierne a la autodeterminación académica, se privilegian los fines de la institución con el propósito de que esta pueda cumplir absolutamente con su cometido, sin que sea obstáculo cualquier circunstancia derivada de la relación laboral, pues, como ya se ha apuntado, la universidad tiene un compromiso ineludible con la sociedad y por ello tiene que impartir educación de calidad.

Las resoluciones pronunciadas por el Poder Judicial de la Federación dan cuenta de lo que se afirma, pues en atención a la naturaleza del trabajo especial universitario y de los fines de la institución, ha considerado infundadas las reclamaciones que se han sustentado en "violación" a la estabilidad en el empleo, a la libertad de trabajo y al derecho a la no discriminación. El argumento toral de los tribunales de amparo ha sido muy claro: las universidades tienen la obligación de contratar al personal idóneo, ya que la sociedad espera que sus hijos sean formados por los mejores maestros y puedan egresar con la debida y suficiente preparación; por tanto, la capacidad de seleccionar al personal adecuado para el cumplimiento cabal de los fines de la universidad no vulneran la estabilidad en el empleo, tampoco la libertad de trabajo y mucho menos el derecho a la no discriminación.

Siempre, en este mismo orden, importa destacar que el principio de concordancia universitaria también está presente cuando el Poder Judicial de la Federación resuelve que la subsistencia de la materia de trabajo y la prórroga de contratos de trabajo no tienen cabida tratándose de personal académico, pues las instituciones de educación superior se rigen fundamentalmente por los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia, lo cual es parte primordial de la autodeterminación académica, de tal manera que no es aplicable lo previsto por la Ley Federal del Trabajo.

La razón de lo anterior tiene como apoyo el cabal cumplimiento de los fines de la institución y que, en consecuencia, se contrate al personal adecuado e idóneo; es decir, al más preparado. No podía ser de otro modo; las universidades constituyen la herramienta fundamental para el desarrollo de los pueblos y este objetivo se logra cuando la institución busca, encuentra y se enfoca en contratar calidad, la cual es condición irrenunciable para toda universidad que tiene y permanece con el compromiso firme de servir a su comunidad.

En resumidas cuentas, se han dictado resoluciones como las siguientes:

I. En el trabajo académico no se vulnera el derecho a la estabilidad en el empleo cuando se contrata al personal idóneo. [30] y [31]
II. No se viola el derecho a la libertad de trabajo cuando deja de contratarse al personal académico.[32]
III. Tampoco se viola el derecho a la no discriminación cuando se contrata al personal académico apto.[33]
IV. En el trabajo académico no tiene aplicación la prórroga del contrato de trabajo.[34] y [35]

El Poder Judicial de la Federación es sumamente claro, la subsistencia de la materia de trabajo y la prórroga de contratos del personal académico no se rigen con base en las disposiciones de la legislación laboral, sino por los procesos internos de la Universidad, conforme a lo previsto por la legislación de la propia institución de educación superior.

---

30 Tesis 2a. III/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, t. II, enero de 2014, p. 1596.

31 Tesis 2a. CX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, t. I, noviembre de 2014, p. 1193.

32 Tesis 2a. III/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, t. II, enero de 2014, p. 1597.

33 Tesis 2a. III/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, t. II, enero de 2014, p. 1598.

34 Tesis 2a. III/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, t. III, 20 de diciembre de 2022, p. 2752.

35 Tesis III 4o. T 9 L (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, t. 3, agosto de 2013, p. 1739.

En vista de lo que se ha expuesto, el principio de concordancia universitaria se definiría como sigue: *Las relaciones laborales universitarias deben armonizarse con la autonomía y los fines de la institución*.

IV. Acceso a una educación de calidad

La educación de calidad, más allá del derecho indiscutible del estudiante a recibirla, es una obligación insoslayable de la institución impartirla y precisamente por estas razones y en estricto cumplimiento de sus fines debe contratar al personal académico idóneo.

Al cumplir las universidades con los extremos anotados, fortalecen el servicio público de educación y satisfacen cabalmente las expectativas de la sociedad.

Los fines para los que fue creada la universidad y las cuatro grandes capacidades o fases de la que fue dotada, conducen en conjunto a una conclusión irrebatible: las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley fueron creadas para impartir educación de calidad y para apoyar al país para alcanzar su independencia científica y tecnológica.

Sí para cumplir con todas las funciones sustantivas que le corresponden y sí para cumplir con todas las funciones adjetivas que igualmente le atañen, pero ante todo para impartir educación de calidad y robustecer al país; es lo menos que una sociedad espera de su universidad pública. Y esa misma sociedad sueña, desea y exige que sus hijos sean formados por personal idóneo.

En la medida que una universidad desatienda el ingreso de su personal académico y, por ende, descienda su nivel, estará desviando los fines para los que fue creada la institución, estará negando la razón de su ser, estará renunciando a las facultades y obligaciones constitucionales y estará incumpliendo con la sociedad.

No es tan difícil comprender cuáles son los objetivos de las universidades; por tanto, debe erradicarse cualquier práctica que ponga en riesgo o afecte los procesos de ingreso, promoción y permanencia del personal académico.

Las universidades se crearon para formar y servir, para que las personas egresen con una preparación sólida y para que la sociedad reciba servicios de calidad.

Es fundamental el buen ambiente en las instituciones y son importantes las relaciones laborales, pero nunca deberá corromperse el cumplimiento de los fines para los que fue creada la Universidad.

Las universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley que cumplen cabalmente con su objetivo, son altamente valoradas por la sociedad y las sienten suyas; de ahí que se afirme que son patrimonio de todo un pueblo.

Y al cumplir con los fines, satisfacen igualmente las expectativas de la sociedad; el cumplir con los fines significa también estar pendientes y presentes con los estudiantes, pues en la magnitud que estos se formen adecuadamente, de ese mismo tamaño serán sus aportaciones a la sociedad.

No se olvide nunca: *la universidad pública autónoma es la cuna de las mejores causas de la patria*.

V. Conclusiones

Primera. La naturaleza jurídica de las universidades es la de organismos descentralizados; no son órganos constitucionales autónomos.

Segunda. Los fines de las universidades, en términos generales, son la impartición de educación de calidad, y contribución a la soberanía científica y tecnológica del país.

Tercera. Las universidades requieren los principios constitucionales de autonomía universitaria y de concordancia universitaria para cumplir con sus fines.

Cuarta. Las universidades están obligadas a impartir educación de calidad y coadyuvar a la independencia científica y tecnológica de México; por tanto, deben ser estrictas en la aplicación de los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y, en correspondencia con la aplicación

de los procedimientos mencionados, deben procurar en todo momento salarios y prestaciones dignos para su personal.

Referencias

Carpizo, Jorge, *Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma,* Universidades, Editorial UDUAL, México, 2009.

Fernández Ruiz, Jorge, "*La descentralización política y las universidades públicas de los estados*", en Astudillo, César y Manlio Fabio Casarín León (coords), *Derecho constitucional estatal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, 2010, pp. 253-275.

González Pérez, Luis Raúl y Guadarrama López, Enrique, *Autonomía Universitaria y Universidad Pública: El autogobierno universitario*, México, UNAM, 2009.

Soberón, Guillermo, *El médico, el rector,* México, Fondo de Cultura Económica/UNAM, 2015.

Solís Sánchez, Renán Ermilo, "Aniversario 90 de la Universidad Autónoma de Yucatán", *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán,* Mérida, núm. 260, 2012, pp. 14-19.

Ugalde Calderón, Filiberto Valentín, "Organismos constitucionales autónomos", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 29, 2010, pp. 253-26

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo I Derechos fundamentales Bienestar. De la igualdad
se terminó de imprimir en mayo de 2026,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 500 ejemplares.

ESTE TOMO INVITA A REFLEXIONAR SOBRE los grandes retos sociales contemporáneos a través de un análisis de los derechos fundamentales en distintos ámbitos. Se abordan temas esenciales como el bienestar y la alimentación digna, así como la emergencia climática y el cuidado de la energía en un mundo que exige sostenibilidad. También se explora la relación entre conocimiento, desarrollo y empleo, resaltando la importancia de generar oportunidades justas para todas las personas.

En materia de salud, seguridad y protección social, se subraya la necesidad de garantizar sistemas incluyentes que fortalezcan el tejido social. A su vez, se dedica un apartado especial al valor de la igualdad, condición indispensable para la democracia, así como al acceso a la educación y la defensa de la autonomía universitaria como pilares de la formación libre y crítica.

Con un enfoque claro y propositivo, esta obra ofrece herramientas de análisis y reflexión para comprender cómo estos derechos y principios pueden transformar la vida en sociedad y contribuir a un futuro más justo, equitativo y participativo.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-642-853-5
UNAM
ISBN 978-607-8908-27-1
IECEQ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO