Justicia constitucional

Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

TOMO VI

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 VI

Justicia constitucional

Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

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 VI

Justicia constitucional

Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

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 VI
Justicia constitucional. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

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 VI: 978-607-642-858-0

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 VI: 978-607-8908-31-8

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 13
José Ma. Serna de la Garza

Federalismo judicial y protección multinivel de derechos humanos 17
Juan Manuel Acuña

Breves anotaciones sobre el federalismo fiscal en México 47
Enrique Aguirre Saldívar

El federalismo dual, la buena administración y el centralismo totalitario 59
Gonzalo Armienta Hernández

Las elecciones autonómicas durante los estados de excepcionalidad españoles 73
Manuel Cabanas Veiga

Modelo federal venezolano y mexicano en cuanto a la competencia para la declaratoria y emisión de medidas extraordinarias de estados de alarma por parte de órganos estadales 83
Mariana Campos Villalba

El bicentenario de la Constitución Federal mexicana de 1824. A propósito del debate federalismo vs. centralismo 95
Imer B. Flores

Federalismo cooperativo y digitalización en el SNT: cuatro casos de éxito 115
Arístides Rodrigo Guerrero García

La regla de distribución competencial desvirtuada 133
Carla Huerta Ochoa

Federalismo argentino. Aguas interjurisdiccionales 149
Marta Susana Maldonado

Propuestas para una nueva relación política con el Estado boliviano, reparto competencial y descentralización fiscal 165
Betty Carolina Ortuste Tellería

Federalismo argentino: fórmula de distribución de competencias en debate 181
Alejandro Pérez Hualde

Comprendiendo los comicios de la SCJN y el TEPJF en México 213
Guadalupe Salmorán Villar

Asimetrías territoriales en un Estado unitario. Implantando RIG fuera del contexto federal. 231
Francisco Tortolero Cervantes

Apuntes para (re)pensar el federalismo mexicano a la luz del "federalismo dúctil" 247
Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Fortaleciendo la gobernanza democrática: una lectura de control, mecanismos de participación ciudadana y política pública. 283
Hugo Alejandro Concha Cantú

Acerca de la estructura de la sentencia judicial 299
Alfredo M. Vítolo

El proceso de descentralización en el Perú y en el derecho comparado: Italia y España. 315
Gerardo Zegarra Flórez

Entre la razón democrática y el dominio de lo digital.El deconstructivismo de la democracia en el siglo xxi. 331
Asdrúbal Aguiar A.

Neuroderechos y democracia. 361
Judith Aguirre Moreno

Inteligencia artificial en la selección de jueces 379
Adrián Federico Ambroggio

Sociedad digital y democracia 399
Francisco Balaguer Callejón

Democracia digital: el declive de los partidos políticos como institución clave de los procesos políticos electorales . . . 427
Francisco José De Andrea Sánchez

Toward a charter of fundamental rights in cyberspace 449
Gianmario Demuro

En defensa de la libertad de prensa y de las redes sociales. En búsqueda de una equilibrada regulación en Brasil . . . 455
Marcelo Figuereido

La doble captura de la libertad de expresión 463
Sergio López Ayllón
Saúl López Noriega

Derechos civiles y filosofía de la tecnología. 477
Guillermo José Mañón Garibay

Control del poder y participación ciudadana: aspectos esenciales para fortalecer la democracia constitucional 485
Robert Marcial González

Inteligencia artificial, ciencia y derecho 507
Luca Mezzetti

Gobernabilidad democrática y régimen de gobierno en el Perú 535
Francisco Miró Quesada Rada

Liberalismo e inteligencia artificial. Los retos de la libertad 547
Arturo Oropeza García

En torno al derecho a la protesta 565
Miguel Revenga Sánchez

El reconocimiento facial para preservar la seguridad: el nuevo marco del reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea 583
Ma. Josefa Ridaura Martínez

La libertad de expresión y la "infocracia" en la comunicación política: el rol de la Inteligencia Artificial (IA) en las elecciones 601
Paula S. Suárez

La democracia digital y los desafíos del derecho. 619
Jaime Arturo Verdín Pérez

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

Federalismo judicial y protección multinivel de derechos humanos

***

Judicial federalism and multilevel human rights protection

Juan Manuel Acuña

Resumen: en este trabajo se propone orientar las discusiones sobre el federalismo judicial en México hacia la construcción de un sistema multinivel de protección de derechos humanos que incluya no solo las dimensiones regional y nacional sino también el nivel subnacional. También se propone que el federalismo judicial se integra por tres dimensiones: de reparto, colaboración y comunicación, y en cada una de esas dimensiones es posible identificar diversas actividades de control constitucional y convencional que están mediadas por la interacción entre la justicia local y la federal, y que cada una de ellas presentan problemas puntuales que impiden la generación de niveles adecuados de protección de protección de derechos en el nivel estatal.

Abstract: this article proposes to focus the discussions on judicial federalism in Mexico towards the construction of a multilevel system of human rights protection that includes not only the regional and national dimensions but also the subnational level. It is also proposed that judicial federalism is made up of three dimensions: distribution, collaboration and communication, and in each of these dimensions it is possible to identify diverse constitutional and conventional control activities that are mediated by the interaction between local and federal justice, and that each of them present specific problems that pre-

vent the generation of adequate levels of protection of rights at the state level.

Palabras clave: federalismo judicial, control constitucional y convencional, justicia local.

Key words: judicial federalism, judicial review, state justice.

Sumario: I. Introducción. II. Las complejidades del federalismo judicial. III. Federalismo judicial y protección multinivel de derechos humanos. IV. La protección multinivel de derechos humanos y las dimensiones del federalismo judicial. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Las discusiones y debates con relación al federalismo judicial han estado marcadas por ciertas divergencias conceptuales generadas porque no todos hablamos de lo mismo cuando nos referimos al federalismo judicial; por otro lado, porque tenemos nuestras propias concepciones acerca de lo que el federalismo judicial debe ser. Es decir, solemos combinar los planos descriptivos y prescriptivos. Adicionalmente se entremezclan visiones diacrónicas y sincrónicas sobre lo que el federalismo judicial fue y lo que es o bien, puede llegar a ser, procurando afirmar que el federalismo judicial y sus instituciones deben ser como fueron hace tiempo. Estas combinaciones de planos diversos tienen el poder de impedirnos obtener resultados positivos cuando discutimos sobre federalismo judicial.

De modo que queremos comenzar por proponer algunas ideas que desde nuestro punto de vista permitirían generar una discusión fructífera en atención a fines y objetivos más generales del sistema constitucional considerado en su conjunto, especialmente, la configuración de un sistema más eficiente de protección jurisdiccional multinivel de derechos humanos.

En el segundo apartado de este trabajo proponemos que las discusiones sobre federalismo judicial deben considerar tres

cuestiones. En primer lugar, que es preciso considera el contexto en el que se dan esas discusiones, es decir, las características del sistema federal en cuyo marco operará el subsistema de federalismo judicial. En segundo término, sostendremos que el federalismo judicial es un fenómeno complejo que implica más que reparto que es la dimensión sobre la que normalmente se focalizan los estudios. Una discusión que pretenda ser funcional y útil, debe incluir las dimensiones de colaboración y comunicación. La identificación de estas dimensiones, permitirá amplificar nuestro análisis e identificar las múltiples actividades que deben ser incluidas en una discusión sobre federalismo judicial. En tercer lugar, sostendremos que el federalismo judicial es un instrumento que puede ser muy fructífero si es orientado a la consecución de fines y objetivos más allá del federalismo en sí. En ese sentido sostendremos que uno de esos fines puede ser la construcción de un sistema multinivel de protección de derechos más eficiente.

En la tercera sección y habiendo establecido las dimensiones del federalismo judicial, explicaremos las actividades que en cada una de ellas pueden desenvolverse en clave de protección multinivel de derechos. Intentaremos establecer que cada dimensión, favorece la operación de una actividad específica para lograr el objetivo apuntado.

En la cuarta sección, identificaremos y explicaremos algunos de los problemas que se presentan en cada dimensión para el desarrollo de un sistema de protección multinivel de derechos y ofreceremos argumentos para intentar superarlos. Por último, presentaremos las principales conclusiones de nuestro estudio.

II. Las complejidades del federalismo judicial

Desde nuestra perspectiva, las discusiones sobre el federalismo judicial deben considerar lo siguiente. En primer lugar, el contexto, es decir, las características del sistema federal en cuyo marco se estudiará al federalismo judicial, para de esa forma, evitar discutir sobre la base de una idea abstracta de federalismo. En segundo término, es preciso proponer objetivos identificables más allá de la defensa de una idea más o menos abstracta y general de

federalismo. El federalismo, en definitiva, un modelo, una herramienta que permite distribuir y controlar el poder considerando la variable territorial. Estos serían objetivos esenciales y básicos. Sin embargo, puede resultar posible y deseable orientar las reflexiones hacia otros objetivos. Por último, es necesario contemplar todas las dimensiones que son propias del federalismo y que van más allá del mero reparto de competencias. A continuación, proponemos aquello que, en atención a lo explicado, se debería considerar.

El término federal se emplea para adjetivar sistemas o países en los cuales se den estas características: primero. que existan dos niveles de gobierno que rigen al mismo país y al mismo tiempo, segundo: cada nivel tiene al menos un área en la cual es autónomo y tercero: existen garantías, normalmente constitucionales, para la autonomía de cada gobierno en su esfera.[1]

Estas condiciones pueden asumir múltiples formas, dependiendo del funcionamiento de las instituciones que típicamente dan estructura al sistema federal: el bicameralismo, las mayorías calificadas, la fragmentación o consistencia del sistema de partidos y claro, la fortaleza o debilidad del poder judicial.[2] La fuerza con la que operen estas y otras instituciones, determinarán un sistema federal más fuerte o más débil, e incluso, como en nuestro sistema sucede, un sistema federal cada vez más centralista.

En México, las discusiones sobre el federalismo en general y sobre federalismo judicial en particular, se plantean en un sistema federal inquietantemente centralista o como ha sido indicado, en un sistema federal que acusa un alto grado de centralización.[3] La discusión en torno al federalismo judicial, si pretende ser útil, debe asumir este rasgo de identidad constitucional, lo que no implica clausurar la discusión por un federalismo vivo, sino más bien pensar en un federalismo posible.

---

1 Tsebelis, G, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, México, FCE, 2006, p. 179.

2 *Ibidem*, p. 180.

3 Serna de la Garza, J, M., "La lógica centralizadora del sistema federal mexicano", en Valadés, D, Serna de la Garza, J. M., *Federalismo y Regionalismo*, UNAM, México, 2005, p. 548.

Propondría comenzar por identificar aquello que debe orientar las discusiones acerca del federalismo judicial. En ocasiones esta discusión se centra demasiado en cuestiones que rápidamente obturan el análisis o bien desvían la atención sobre lo realmente importante. Ideas tales como repensar el federalismo judicial considerando como objeto central del análisis la carga de trabajo excesiva de la justicia federal, o bien, una noción de soberanía estadual que hace tiempo no encaja en el federalismo mexicano suelen estar presentes en los análisis sobre el tema. En el primer caso, la discusión se reduce a pensar cómo limitar la procedencia del amparo directo para que la justicia federal se desahogue o bien, en que revise menos y con menor fuerza las decisiones de la justicia local pero sin indicar un beneficio claro al respecto. En el segundo caso, los análisis proponen soluciones impracticables que asumen una noción de soberanía abstracta y que conllevarían a realizar reformas estructurales que incluso son resistidas por el impacto negativo que pudieran tener en la protección de derechos.

En este sentido, consideramos que sin descuidar los aspectos indicados, puede resultar enriquecedor y más útil para afrontar las tragedias que atraviesa nuestro país, orientar la discusión sobre federalismo judicial en el marco del federalismo mexicano actual al objetivo de potenciar la construcción de un sistema multinivel de derechos humanos.

¿Qué debemos entender por federalismo judicial y cuáles son los aspectos involucrados en su análisis? Observamos que existen diferentes opiniones respecto a lo que el federalismo judicial es, o debe ser y los aspectos que deben considerarse para su comprensión. Para nosotros, en general, esas explicaciones son incompletas.

El federalismo judicial supone un sistema de doble jurisdicción en el que existen tribunales locales y federales y criterios para dividir la jurisdicción y competencias de unos y otros. Si nos concentráramos exclusivamente en este aspecto, el federalismo judicial consistiría en la adecuada relación entre esos tribunales locales y federales, o bien, en la relación entre ambos tipos de tribunales y la revisión que la justicia federal puede realizar sobre las decisiones locales.[4] Esta posición identifica reparto y en cier-

[4] Bustillos, J., *La Justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional*, México, UNAM, 2009.

ta medida, comunicación, como las dimensiones involucradas en la comprensión del federalismo judicial.

También se ha sostenido que el federalismo judicial refiere en realidad al control constitucional estadual, es decir, aquel que los jueces locales ejercen respecto a la Constitución local.[5] Esta posición parece identificar al reparto como la dimensión excluyente y su configuración se obtiene respondiendo a la pregunta sobre ¿qué es aquello que le toca al poder judicial local en materia de control constitucional local?

Cuando Barceló Rojas, al traducir un importante trabajo de Tarr sobre constitucionalismo local, explicó el desarrollo de las etapas del federalismo judicial en los Estados Unidos, aludió a las diversas comprensiones del término: así, al referirse a la primera etapa de federalismo judicial americano, la describe como una en la cual los ámbitos local y federal estaban incomunicados a propósito de la protección de derechos. Aquí, la expresión enfatizaría la cuestión de la comunicación entre ambos órdenes o más bien, la falta de ella. Una segunda etapa se caracterizaría porque ciertos derechos federales comenzaron a ser oponibles ante las autoridades locales. En este supuesto, parece aludirse a un proceso o conexión entre ambos órdenes y la conexión aquí consiste en la penetración del derecho federal en el ámbito local. Por último, la tercera etapa, denominada del nuevo federalismo judicial, consiste en que las personas pueden ahora hacer valer derechos reconocidos en las constituciones estatales y en la federal ante ambas instancias. De modo que lo que caracterizaría a este nuevo federalismo judicial es el involucramiento de los jueces locales en las labores de control para la protección de los derechos contenidos en la Constitución local pero también en la federal.[6] Este punto de vista, refiere a la colaboración que ambas esferas

[5] Collí Ek. V. M., "Lo que es el federalismo judicial. Análisis y Prospectiva. Reforma Judicial", *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 12, México, UNAM, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8730/10765*

[6] Universidad Panamericana. Ciudad de México. *ORCID: 000-0003-4330-6176*. Tarr, G.A, *Comprendiendo las constituciones estatales*, trad. de Barceló Rojas, D., Universidad Nacional Autonoma de México, 2009, nota del traductor, p. 248.

pueden desarrollar para la protección de los derechos locales y federales. La perspectiva que este punto de vista ofrece es más completa y fructífera.

Desde nuestra óptica, en el federalismo judicial se encuentran involucrados más aspectos de los que cada una de las posiciones mencionadas incluye y ello se debe a que el federalismo en general es una realidad más compleja.

Tradicionalmente, por federalismo entendemos división de funciones, es decir, reparto. Sin embargo, consideramos que involucra otras acciones, por lo menos añadiría: colaboración y comunicación. Reducir el federalismo a la idea de reparto es reducir su concepto y así su fuerza analítica.

Así las cosas, podemos asumir la complejidad de todo lo que involucra el federalismo judicial y proponer que incluye principalmente las siguientes dimensiones:

Reparto: el reparto y la división de funciones y tareas refiere a lo que a cada uno le toca. De modo que permite identificar tareas relacionadas a la aplicación de la ley por un lado y de control constitucional en cada ámbito. En materia de control constitucional y considerando el trabajo de los jueces locales, aquí se trataría de analizar aquello que a los jueces les toca en materia de control constitucional local y especialmente, de la garantía de los derechos humanos contemplados en la Constitución local.

Colaboración: la colaboración alude a aquello que los jueces de uno y otro nivel tienen como tarea común y eso es bregar por la supremacía de la Constitución Federal y del derecho convencional de los derechos humanos. Aquí incluimos el control constitucional y convencional que deben realizar tanto los jueces federales como locales.

Comunicación: ¿Cuáles son los vasos comunicantes entre ambas jurisdicciones? La comunicación es lo propio de un sistema federal de doble jurisdicción, es decir, que la justicia federal pueda revisar ciertas decisiones de la justicia local. ¿Cuáles?, sobre esto hemos discutido a lo largo de muchos años.[7] En este aspecto

[7] En México, las discusiones sobre este tema han estado concentradas desde el siglo XIX en la cuestión de la procedencia del juicio de amparocontra

se generan dos canales de comunicación diversos. El primero es el más obvio, el de naturaleza procesal. Mediante qué medios y con base en qué razones la justicia federal puede revisar las decisiones judiciales locales. El otro canal de comunicación implica a la comunicación interpretativa y argumentativa y esto se refiere no solo a los argumentos que desde la justicia federal permean al ámbito local a través de la jurisprudencia federal que es obligatoria en nuestro sistema, sino también a los argumentos que la justicia local pueda aportar al desarrollo de una narrativa constitucional común, no solo mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio, sino también mediante el desarrollo argumentativo de los derechos en el ámbito local. Esta forma de comunicación remitiría a la idea de "diálogo entre tribunales" que ha sido desarrollada para comprender la comunicación que se genera entre ámbitos jurisdiccionales diversos, como por ejemplo el que puede producirse entre tribunales constitucionales de diversos sistemas jurídicos, o entre tribunales regionales de derechos humanos y cortes supremas de los estados o también entre tribunales regionales de derechos humanos. Pensar en un diálogo entre tribunales federales y locales en México no parece tarea sencilla, no solo por la verticalidad mediada por la obligatoriedad de la jurisprudencia federal, sino también por el verticalismo con el cual se entiende la relación entre tribunales locales y federales, y los escasos espacios que los jueces locales tienen para el desarrollo de una narrativa constitucional local. Sin embargo, esto último dependerá de qué tan en serio los jueces locales se tomen su trabajo respecto al ejercicio del control constitucional local y su rol como agentes de control difuso.[8]

sentencias de los poderes judiciales locales y la configuración del denominado "amparo casación". Para un estudio pormenorizado de esta cuestión ver: Fix Zamudio, H., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, capítulo primero. González Oropeza. M., *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 2003 Capítulo VI.

[8] Un estudio acerca de los problemas en torno al diálogo judicial se encuentra en Bustos Gisbert, R., "XV Proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en Ferrer Mac-Gregor, E, y Herrera García, A., *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 169-218.

III. El federalismo judicial y la protección multinivel de los derechos humanos

El federalismo es un principio ordenador de tipo político que subyace a los estados federales,[9] que son formas de estado compuesto caracterizada por la integración de unidades autónomas en una unidad superior,[10] Esas unidades constitutivas son gobiernos de tipo regional porque se identifican con un espacio geográfico determinado[11] y poseen una potestad estatal propia.[12]

Esta idea general acerca del federalismo debe complementarse con otras características secundarias que, según Lijphart serían: una Constitución escrita, un congreso federal bicameral, la participación de las unidades políticas integrantes de la federación en la reforma a la Constitución Federal, la existencia de un ámbito constitucional propio que implica cierta capacidad configurativa y la posibilidad de cambiarla sin participación del gobierno central y por último, un gobierno descentralizado. La manera en la que estas características se manifiesten en uno y otro sistema, permitirán el desenvolvimiento de diversas intensidades de federalismo o mejor dicho, la configuración de estados federales de características diversas.

Aquello que las unidades integrantes de una federación pueden efectivamente hacer, será el resultado de complejos repartos de competencias entre ellas y el gobierno central. Sin embargo, existe una tarea para la cual, aunque de formas diversas según el sistema, están ambos niveles convocados y es la protección de los derechos humanos. La estructura federal de un estado, permite configurar y articular un sistema multinivel de protección de derechos humanos en el que se integran, para el caso de México, el nivel estatal, federal e internacional.

---

9 Vogel, J. J., "El Régimen Federal de la Ley Fundamental", Benda, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional, Madrid*, Marcial Pons, 2001, p. 615.

10 García Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1993, p. 216.

11 Lijphart, A., *Las democracias Contemporáneas,* Barcelona, Ariel, 1999, p. 186.

12 Vogel, J. J., *op. cit*., p. 615.

El concepto de protección multinivel de derechos humanos se integra en un marco más amplio, el del constitucionalismo multinivel, término propuesto en los años noventas por Pernice, para conceptualizar la necesidad de concebir una nueva expresión del constitucionalismo como proceso en el contexto de la integración europea, caracterizada por un sistema de gobernanza multinivel, en el cual el derecho nacional y el derecho europeo interactúan,[13] y lo hacen en el ámbito tradicional del constitucionalismo es decir, organizar y limitar a los poderes.[14]

El constitucionalismo multinivel presenta entonces por lo menos dos dimensiones, la de la gobernanza multinivel y la de la protección de los derechos humanos.[15] En la Unión Europea, la protección multinivel de los derechos humanos ofrece al menos cuatro niveles: *el subnacional*, configurado por los órdenes jurídicos subnacionales que contemplen derechos humanos, *el nacional*, contenido en las constituciones nacionales, el *supranacional*, conformado por el derecho de la Unión y *el internacional*, que en el caso europeo se integra con el sistema europeo de protección de derechos humanos.[16]

La idea de un constitucionalismo multinivel y la protección multinivel de derechos humanos, consiste en asumir un sistema integrado por distintos niveles de normatividad y diversas escalas de jurisdicción constitucional.[17]

---

13 Pernice. I., "The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in action", *Columbia Journal of European Law,* vol. 15, núm. 3, pp. 1-66, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114*

14 Della Canesa, G., "Is European Constitutionalism really multilevel?", *ZaöRV*, núm 70, Max Planck Institut für ausländisches, 2010, p. 284, *https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_2_a_283_318.pdf*

15 Ureña, René, "Luchas locales, Cortes Internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina", *Revista Derecho del Estado*, núm. 30. enero- junio de 2013, pp. 303, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3526/3414*

16 *Ibidem*, pp. 304-305.

17 Arruda Amarante de Oliveira C.J., Oliveira Moreira, T., "El constitucionalismo multinivel interamericano y el diálogo (necesario) entre el Tribunal Supremo Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva", *Estudios Constitucionales*, vol. 21, núm. 1, p. 280, *https://estudiosconstitucionales.utalca.cl/index.php/home/article/view/15/14*

Debido a que el constitucionalismo multinivel se concibió en el contexto de la integración europea, cabe preguntarse si es posible su circulación y aplicación a escenarios en los que no haya integración política, es decir, que carezcan de la dimensión supranacional, pero estén presentes algunos de los demás niveles. En nuestra opinión, si el constitucionalismo multinivel presupone la existencia de diferentes niveles de normatividad, la ausencia de algunos de ellos no clausura la noción de sistema multinivel. En todo caso, la ausencia del nivel supranacional y de autoridades de la unión, pueden anular una de las dimensiones del constitucionalismo multinivel, aquella que tiene que ver con la gobernanza, pero no elimina la otra, aquella que se refiere a la protección de los derechos humanos. De esa forma, en el ámbito americano, es perfectamente posible referir a la existencia de un sistema multinivel de protección de derechos considerando como mínimo los niveles nacional e internacional, especialmente el sistema interamericano de derechos humanos.[18] Pero en ausencia del nivel supranacional, los niveles nacional e internacional no agotan las posibilidades de existencia de un sistema multinivel, pues los estados federales permiten la inclusión del nivel sub nacional o local que, aunque de forma más limitada, si permite articular formas adicionales de protección de derechos humanos. Esta es la configuración del sistema multinivel de protección de derechos humanos para el caso de México.

El análisis de los diferentes niveles normativos de un sistema multinivel de protección de derechos humanos debe ser realizado considerando dos ámbitos, por un lado, el de la configuración de cada uno de los niveles normativos integrados y por otro, el de la manera en la que interactúan. En nuestro caso, se trataría del análisis del sistema constitucional local, el sistema constitucional federal y el sistema convencional interamericano. El análisis del ámbito estrictamente normativo comprende los espacios regulativos que cada nivel permite al otro. En este punto, procede-

[18] Acosta Alvarado, P. A., "El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña", *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, julio-diciembre de 2013, pp. 347-368, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3613/3707*

remos a separar, aunque se manera algo artificial, el análisis de las relaciones que se presentan entre el nivel internacional y el federal por un lado, y el federal y estatal por el otro.

En primer lugar, las relaciones que se plantean entre el nivel regional y los estados, se encuentran reguladas por el principio de garantía mínima. Los tratados de derechos humanos establecen un mínimo de protección que debe ser respetado y garantizado por los estados y con base en esos mínimos, los estados pueden desplegar su propia capacidad configurativa.[19] Los derechos humanos de los tratados internacionales constituyen un mínimo para todos los niveles de gobierno que se despliegan internamente en cada estado, esto aplica especialmente para los estados que asumen una forma de organización federal, cuyas partes integrantes, llámense estados o provincias, no pueden desatender las obligaciones internacionales en la materia asumidas por el gobierno federal.[20]

Las relaciones entre el estado federal y las entidades que componen la federación son algo más complejas. En primer lugar, las entidades federativas deben respetar los derechos humanos de fuente internacional, pero además, deben respetar los derechos humanos que integran el bloque de derechos configurado a nivel federal y además, en el caso de México, las regulaciones sobre derechos humanos integradas en la Ley Suprema de la Unión.[21] De esta forma, las posibilidades creadoras de las entidades federativas pueden desplegarse tomando en cuenta las obligaciones de garantía mínima del derecho internacional de los derechos humanos y los derechos humanos de fuente constitucional y además y además, será preciso considerar el reparto de competencias entre la federación y los estados. Este punto será desarrollado más adelante, sin embargo es preciso hacer notar desde ahora que las entidades federativas, aunque de forma más

19 Rodríguez Huerta, G., "Artículo 29. Normas de Interpretación", en Steiner C., Fuchs, M.C., *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* México, Konrad Adenauer Stiftung-IECEQ, 2019, p. 874.

20 Dulitzky, A., "Artículo 28. Cláusula Federal", en *ibidem*, p. 866.

21 Ver, Acuña, J.M., "El parámetro para el control de regularidad constitucional y la ley suprema de la Unión", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 42, 2020.

limitada, pueden contribuir a la formación de un nivel subnacional de derechos humanos.

El análisis normativo explicado hasta aquí, debe ser completado con el análisis acerca de las interacciones entre los diversos niveles normativos que se producen a partir del trabajo de las instancias jurisdiccionales de cada ámbito. Especialmente relevantes resultan las interacciones que se generan a partir del trabajo de las diferentes jurisdicciones locales, federales y regionales de protección de derechos humanos. Cada una de estas jurisdicciones, tienen un ámbito propio de trabajo, consistente en la protección de los derechos humanos reconocidos en su ámbito normativo específico. Pero además, tienen un trabajo común, que se desarrolla en el ejercicio del control de convencionalidad que deben llevar a cabo los jueces federales y también los jueces del nivel local en sus respectivos ámbitos de competencia y que permite el desenvolvimiento de una forma de interacción vertical. Este control de convencionalidad ya no solo debe ser llevado a cabo porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo haya determinado, sino porque los estados han incluido referencias a los tratados internacionales en sus propias constituciones[22] y sus Cortes han tomado decisiones de cambio estructural que internalizan la obligación de los jueces de realizar control de convencionalidad ex officio.[23] Hay que hacer notar que el tipo de interacción que estableció la doctrina del control de convencionalidad diseñada a lo largo de los años por la Corte Interamericana, ha producido cambios en las características generales del mismo sistema interamericano cuya naturaleza originalmente coadyuvante y complementaria, fundamentada en el principio de subsidiariedad, en cierto modo a mutado hacia un sistema integral que en opinión de algunos reclama incluso supremacía.[24] Esta idea confirma que efectivamente el sistema multinivel opera con base en reglas y principios no siempre compartidos y que requieren todavía de mayor justificación, pero ello no impide reco-

22 Vergottini, G. de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas, 2011, p. 88.

23 *Ibidem*, p. 91.

24 Dulitzky, A., *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*, México, IECEQ, 2017, p. 344.

nocer los diversos niveles que a partir de su interacción se integran y coordinan para así ofrecer a la persona diversas instancias a las cuales recurrir en busca de protección para sus derechos.

La identificación del nivel estatal o local de protección de derechos en el marco de un sistema multinivel de protección, debe integrarse a las discusiones sobre el federalismo judicial.

IV. La protección multinivel de derechos humanos y las dimensiones del federalismo judicial

En este apartado analizaremos las dimensiones identificadas del federalismo judicial y los aspectos puntuales que en cada una de esas dimensiones deben ser atendidos para la generación de un sistema multinivel de derechos eficiente.

4.1. Reparto y división de funciones. ¿qué le toca a cada quién? El control constitucional local

Con relación a la primera cuestión referida al reparto y división de funciones, me interesa abordar el tema sobre lo que los jueces locales pueden hacer en materia de control a partir de las constituciones locales.

Un interesante ejemplo de desarrollo para el federalismo judicial en la clave descrita es el caso de los Estados Unidos. El movimiento denominado "nuevo federalismo judicial" que se inició en los años setentas del siglo pasado, tuvo como detonante la toma de conciencia de los operadores jurídicos de que podían mirar hacia las constituciones locales y los derechos allí consagrados, cuando dejaron de obtener cobertura adecuada de la justicia federal. Este movimiento fue generado por el cariz conservador que asumió la Corte Suprema de aquel país bajo la presidencia de Warren Burger, y el consecuente abandono paulatino de los criterios liberales que habían caracterizado a la Corte durante la presidencia de su predecesor, Earl Warren.[25] Es decir, el letar-

[25] Tarr, G.A, *Comprendiendo las constituciones..., cit.,* p. 245.

go conservador que comenzaba a imponer la Corte Burger fue resistido desde las constituciones estatales comprendidas como verdaderas constituciones. La existencia de derechos en las constituciones estatales fue una de las condiciones para los nuevos desarrollos del federalismo judicial en aquel país.

De regreso en México, la situación no es la misma porque ni los estados tienen la misma capacidad configurativa, ni las personas parecen confiar tanto en la potencialidad del sistema constitucional local. Las constituciones estatales durante muchos años han sido claramente devaluadas debido al centralismo político y jurídico imperantes. González Oropeza explica que dicho proceso de devaluación inició durante el tercer período evolutivo del federalismo en México que se inaugura con la Constitución de 1917. En ese período, el espacio constitucional de las entidades federativas fue reducido sensiblemente y las constituciones locales fueron reconducidas en el mejor de los casos al rol de leyes reglamentarias de la Constitución Federal.[26]

A partir del año 2000, algunos estados han mostrado interesantes desarrollos constitucionales consistentes en la inclusión de derechos no contemplados a nivel federal y el desarrollo de garantías jurisdiccionales. Esta tendencia es el resultado de asumir a las constituciones locales como lo que son, o deberían ser, es decir, leyes supremas locales que como tales gozan o deberían gozar, en su medida, de las características entitativas de una Constitución: supremacía, fuerza normativa, rigidez, contenidos materiales y garantías jurisdiccionales que, en materia de derechos, pueden potenciar y superar el piso establecido por la Constitución federal en aquellos ámbitos competenciales permitidos. A la luz de esta perspectiva, el federalismo judicial en México ofrece nuevos y complejos escenarios y la piedra de toque de esta nueva situación constitucional es la asunción por parte de los estados del verdadero carácter de constituciones de sus leyes fundamentales locales.

Como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acu-

[26] González Oropeza, M., "Desarrollo del control constitucional en las entidades federativas", en González Oropeza. M. y Ferrer Mac-Gregor, E., *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006, p. 391.

muladas en las cuales se sometió a examen la constitucionalidad de la nueva Constitución de la Ciudad de México, el espacio configurativo de las entidades federativas esta limitado no solo por los mínimos convencionales y federales sino además por el reparto de materias que por su carácter residual (nuevos derechos) o bien concurrente, admiten aportaciones desde el ámbito local.

Ahora bien, en esta línea, los estados deben buscar aquello que, con base en sus particularismos, pueden sumar en pos de la defensa de los derechos. Esta es la dimensión constitucional distintiva a la que hicimos mención líneas arriba. En palabras de Tarr, el constitucionalismo estatal debe aprovechar su potencialidad y ello se lograría, trabajando en los espacios constitucionales que se configuran a partir del grado de discrecionalidad del que disponen los estados para el diseño, cambio e interpretación de la propia Constitución.[27]

Acerca de esos espacios constitucionales referidos, la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad apuntada estableció ciertas reglas con base en las que las constituciones estatales podrían establecer nuevos derechos y dichas reglas resultan relevantes para la construcción del sistema multinivel de protección de derechos. De manera resumida esas directrices son: 1. Que los derechos humanos son una responsabilidad compartida entre la federación y los estados,[28] 2. que las entidades federativas pueden ampliar derechos,[29] 3. que cuanto más desarrollado esté un derecho a nivel federal, menos espacio habrá para el desarrollo local,[30] 4. La ampliación de derechos puede consistir en: aumentar supuestos de protección, incrementar sujetos titulares e incrementar prestaciones, 5. Las constituciones locales pueden reiterar derechos, lo que podría ser superfluo, pero no inconstitucional,[31] 6. El principio de desarrollo de derechos en el ámbito

27 Tarr, G. A., "La potencialidad del constitucionalismo estatal", en *ibidem*, p. 639.

28 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 15/2017, foja 28, párr. 48.

29 *Ibidem*, foja. 25, párr. 46.

30 *Ibidem*, foja. 90. párr. 148.

31 *Ibidem*, foja. 26. párr. 48.

local está vinculado al reparto de competencias. Si se trata de una competencia exclusiva de la federación, las entidades federativas no podrían ampliar o crear derechos nuevos; si se trata de competencias concurrentes, hay espacio para el desarrollo.[32] Sin embargo, esto no siempre resulta claro, por ello, se deberá atender no solo al nombre de la ley sino a lo que se ha llamado "esencialidad de la materia". Podría no haber demasiado espacio, pero existe y debe ser potenciado.

Otra cuestión es la relativa al funcionamiento de los medios de control constitucional local para potenciar el constitucionalismo local de los derechos. Al parecer, estos medios no han sido lo funcionales que se esperaba. La justicia constitucional local es subempleada por las personas. Los números presentados por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX) en el informe de labores 2023 nos dan una idea de esto. En ese año, se abrieron 310.143 expedientes, de los cuales 225.826 fueron juicios. En primera instancia, se concluyeron un total de 161.585 asuntos. De ellos, el 54% en materia civil (87.472), 26% en materia familiar (42.334), 18% en materia penal (29.350, 1% en materia laboral (2395) y 0.02% en materia de tutela de derechos humanos (34). En segunda instancia, se resolvieron 36.174 asuntos, el 55%en materia civil (19.865), y el 0.1% en materia constitucional, es decir, 44 asuntos.[33]

Estos números se repiten en mayor o menor grado en todos los estados que cuentan con medios de control constitucional local. Las personas no sienten a la justicia constitucional local como un instrumento accesible y eficiente para la protección de sus derechos. En este sentido, parece que puede resultar más relevante lo que los jueces locales puedan hacer en materia de control a través de las formas de control incidental y ex officio, es decir, esa actividad que llamamos control difuso.

Sin embargo, algunas decisiones locales sugieren que también algunos jueces locales podrían hacer más de lo que actualmente hacen en materia de control constitucional. Veamos el siguiente

[32] *Ibidem*, foja. 30. párr. 55. foja 33. párrs. 60 a 62.

[33] 2º Informe de Labores. Poder Judicial de la Ciudad de México. 2023. pp. 121 y ss.

caso. La Constitución de la Ciudad de México de 2016 estableció el derecho a votar y ser votados de las personas no residentes en la entidad. Para desarrollar este derecho, el Código Electoral local reguló la figura de las diputaciones migrantes. Pocos años después, en 2020, la Asamblea Legislativa de la Ciudad modificó el Código Electoral y eliminó la figura. La decisión al parecer se basó en cuestiones operativas y presupuestales. En contra de la derogación, se presentó un juicio de ciudadanía local por considerar los actores que, con la derogación, se violaba el derecho a votar y ser votado y así, se violaba la Constitución Local. El Tribunal electoral local se declaró incompetente y sus razones fueron en esencia dos: a). que en el caso en cuestión no se violaron derechos políticos y b). que el Tribunal cuenta con competencia para inaplicar normas inconstitucionales pero cuando hubieran sido aplicadas, lo que no sucedió en el caso, por tanto, lo que en realidad se le está solicitando es que lleve a cabo un control abstracto (sic), que solo puede ser efectuado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Ninguno de sus argumentos se sostiene. El tribunal local evidenció una pobre comprensión de los derechos políticos y de las formas de afectación concretas a las que puede dar lugar la derogación de leyes, una de ellas, es la eliminación de posiciones jurídicas. De esta forma, los actores tuvieron que recurrir a la justicia federal que eventualmente daría la razón a las demandantes. En este caso, la justicia local electoral no hizo lo que le correspondía, es decir, ejercer control constitucional.[34]

4.2. Colaboración. Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio

Respecto a esta actividad me interesa hacer algunos comentarios acerca de la labor compartida entre la justicia local y la federal, el control de regularidad constitucional y convencional *ex officio*.

[34] La resolución del tribunal electoral local recayó en el expediente TECDMX- JLDC 003/2020. La decisión fue apelada ante la Sala Regional del Tribunal Electoral de la Federación que modificó la sentencia local en el expediente SCM- JDC 27/2020. Finalmente, la cuestión sería resuelta por la Sala Superior del Tribunal Electoral en el SUP- REC 88/2020.

Lejos ha quedado ya aquella jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la cual se prohibió el control difuso en nuestro sistema. La propia Suprema Corte con ocasión de resolver el expediente varios 912/2010 mediante el cual se decidió acerca de la internalización de la sentencia condenatoria para el Estado Mexicano dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, modificó su anterior jurisprudencia y autorizó el llamado control difuso.

Si bien este cambio impuso que los jueces locales se involucren en las labores de control constitucional federal, al parecer la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantuvo algunas reservas que se manifiestan en interpretaciones que pudieran tener cierto efecto inhibitorio en las actividades de control constitucional que deben llevar a cabo los jueces locales. De regreso a la acción de inconstitucionalidad 15/2017, la Suprema Corte debió estudiar dos cuestiones: la primera, ya explicada, sobre si la Constitución de la Ciudad de México podía reconocer nuevos derechos y ampliar los ya existentes; la segunda, si la Constitución local podía referir a la existencia de un parámetro de regularidad constitucional local, integrado por la Constitución Federal, los Derechos Humanos de fuente internacional y la Constitución local, para el ejercicio de control constitucional por parte de los jueces locales. Respecto a esta segunda cuestión, la Constitución local impugnada estableció que:

> Artículo 4. 6. Las autoridades jurisdiccionales de la Ciudad ejercerán el control de constitucionalidad y convencionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, dejando de aplicar aquellas normas contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los derechos humanos reconocidos en tratados y jurisprudencia internacionales, en esta Constitución y las leyes que de ella emanen.

La SCJN ordenó modificar el artículo en cuestión para que quede redactado de la siguiente manera: "Artículo 4. 6. Las autoridades jurisdiccionales de la Ciudad ejercerán el control de constitucionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, dejando de aplicar aquellas normas contrarias a esta Constitución".

Para la Corte, la sola referencia al parámetro de regularidad constitucional es inconstitucional. A pesar de entender que la redacción original era reiterativa de la obligación que se impuso a todos los jueces de realizar control de constitucionalidad y convencionalidad con base en las normas que conforman el parámetro de regularidad constitucional, su inclusión y mención expresa es inconstitucional por dos razones: 1. porque su regulación no es materia de las autoridades locales y 2. porque su redacción induce a confusión en cuanto a si las autoridades pueden ejercer ese control respecto a las normas que integran el parámetro.[35]

Los argumentos de la Corte no son claros. Por un lado, referir no es regular, el parámetro federal no está siendo afectado, sino que se le dice al juez local que, para el desenvolvimiento de su labor de control, debe considerar además a la Constitución local; por otro, no se entiende la confusión a la que se alude pues una lectura razonable del texto no provocaría ese desenlace. Por el contrario, incluir la referencia eliminada, pudiera considerarse como un impulso relevante para que los jueces locales abandonen las resistencias e inhibiciones para el ejercicio del control incidental y ex officio en materia de constitucionalidad y convencionalidad.

En este caso, la Corte reiteró un precedente sentado al resolver la acción de inconstitucionalidad 75/2015 presentada contra la reforma a la Constitución del estado de Jalisco, específicamente contra el artículo 52 párrafo segundo: "Los tribunales garantizarán el control de convencionalidad de los derechos humanos en todas sus actuaciones, favoreciendo siempre este sobre las leyes federales o estatales salvo en caso de que existan restricciones constitucionales o jurisprudencia que manifieste lo contrario".

Según se expresó en la exposición de motivos de la reforma constitucional, la razón por la que se incluyó este párrafo fue corregir la tendencia de los jueces locales a evadir la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, de modo que la reforma tenía un objetivo desinhibidor.[36]

---

35 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 15/2017, fojas 354, párrs. 770-771, 358-360, párrs. 783-788.

36 De acuerdo a la transcripción que se realiza en el engrose de la sentencia de la Exposición de motivos. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 75/2015, pp. 21 y 22.

Sin embargo, la Suprema Corte no lo entendió así. Consideró que con esa disposición se pretendía incidir en la manera en la cual los jueces del estado conciben y ejercen el parámetro para el control de regularidad constitucional federal, lo que es ajeno al ámbito competencial del estado. Consideró que no corresponde a los estados matizarlo ni siquiera referirse a él pues de lo contrario, se generaría un esquema diferenciado.[37]

En nuestra opinión, en este caso, la Suprema Corte decidió no colaborar. Desde nuestro punto de vista, referir no es regular, simplemente se reiteran en sede interna las obligaciones que pesan sobre los jueces locales en materia de control en estricto seguimiento de lo resuelto por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo, a pesar de considerar inválidas esta clase de referencias, más adelante afirmará que: no porque se elimine del texto de la Constitución la referencia a las atribuciones de los jueces de la Ciudad de México de ejercer control difuso de convencionalidad, podrán dejar de hacerlo, simplemente porque al igual que el resto de las autoridades jurisdiccionales del país, esa obligación les resulta vinculante.[38] Cabría preguntarse que puede haber de inconstitucional en reiterar en sede interna una obligación establecida a nivel federal. Nuevamente, lo redundante no por ello es inconstitucional.

4.3. Comunicación. La revisión de la justicia federal

La comunicación entre la justicia federal y la local se actualiza a través de diversos procesos que fungen como los canales de comunicación entre ambas jurisdicciones. En un sistema federal de doble jurisdicción, resulta normal que la jurisdicción federal revise las decisiones emanadas de la jurisdicción local. Sin embargo, las modulaciones e intensidades que se generen en dicha articulación, pueden producir sistemas que permitan mayor o

[37] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acción de inconstitucionalidad, 75/2015, p. 28.

[38] *Ibidem*, foja 358, párr. 788.

menor control sobre el trabajo judicial local. En nuestro caso, por razones históricas, el control se ha extendido no solo a cuestiones constitucionales, que es lo propio para habilitar la revisión federal en otros sistemas, sino que también se ha extendido a cuestiones de estricta aplicación de la ley, dando lugar al llamado amparo casación y así a la subordinación de la justicia local a la federal.

La centralización a través del amparo ha sido severamente criticada. Sin embargo, durante muchos años carecimos de estudios serios para medir el verdadero impacto de la justicia federal sobre la local. Hace algunos años, Julio Bustillos comenzó una serie de interesantes estudios para medir el real impacto. Sus conclusiones fueron llamativas y permitieron redimensionar el verdadero impacto de la centralización judicial en el federalismo judicial, que por cierto era menor a lo imaginado o intuido,[39] sobre todo en lo que tiene que ver con la corrección de las sentencias locales por parte de la justicia federal. Los números actuales sobre procedencia del juicio de amparo directo contra resoluciones judiciales contrarían también aquellas intuiciones.

En el año 2023 y en números redondos, los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) ingresaron 208,000 amparos directos (AD). Tenían una existencia previa de 117,000 amparos directos. Egresaron 187,000. La existencia final fue de 137,000. Veamos los sentidos de las resoluciones de los 187,000 AD resueltos. En aproximadamente 58,000 es decir, el 31%, se amparó en 88,000 (44%) no se amparó. En alrededor de 12,000 (6.7%) se sobreseyó. En 14,000 (8%) se desechó y en 16,000 (9%) se declaró incompetencia o impedimentos. Los TCC entonces corrigieron a la justicia local en el 31% de los casos.[40]

Más allá de reconocer la necesidad de hacer correcciones en materia de amparo directo, sobre todo aquello que tiene que ver

[39] Bustillo, J., *Federalismo Judicial en México. Relaciones entre las jurisdicciones Federal y Locales a través del instrumento protector de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2010.

[40] Consejo de la Judicatura Federal. Dirección General de Estadística Judicial, pp. 20 y ss., *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/anexo_estadistico/2023-12/INTRO_2023.pdf*

con el amparo para efectos, los números indican que la justicia local es la instancia terminal en la mayoría de los litigios y por ello, resulta imperioso que sea más eficiente y productiva en materia de control de constitucionalidad y convencionalidad porque ese nivel parece ser el más relevante. Si el control constitucional y convencional se efectúa allí y de manera correcta, entonces estaremos más cerca de materializar una justicia pronta y expedita.

Por otro lado, dejar de lado por un momento la cuestión de los desmesurados avances de la justicia federal sobre la local a través del amparo directo y pensar las relaciones entre ambas instancias en clave de protección multinivel de derechos humanos, permite apreciar la corrección de ciertas decisiones que aunque pareciera que amplifican el trabajo de la justicia federal mediante el amparo directo sobre las decisiones locales, en realidad resultan benéficas en términos de protección de derechos. Veamos un ejemplo.

4.3.1. El control incidental en el juicio de amparo directo

Aquí plantearemos una cuestión que puede resultar paradójica, sobre todo para las posturas que consideran que la justicia federal ha avanzado demasiando sobre la justicia local. Pues bien, lo que haremos ahora es argumentar a favor de un nuevo avance, pues es necesario para que el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad se desarrolle de manera adecuada y se cumpla el objetivo de incrementar los niveles de protección en materia de derechos humanos.

Comencemos por afirmar que la internalización de la doctrina del control de convencionalidad requirió en primer lugar, un ajuste mayúsculo en nuestro sistema de control constitucional, que pasó de estar concentrado en el poder judicial federal a ser mixto o desconcentrado en todos los jueces del país. Este fue el cambio evidente. Sin embargo, hay otros cambios que este proceso de adecuación demanda y que han sido más lentos, entre ellos, que cada operador jurídico internalice estas nuevas exigencias. Pero también, es necesario que las formas procesales sean adaptadas. En este sentido, el juicio de amparo ha requerido ajustes.

Uno de ellos tiene que ver con el siguiente problema jurídico: *¿Los tribunales colegiados de circuito pueden realizar control difuso en el amparo directo, respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen, cuando estas no hubieran sido atacadas en los conceptos de violación o no procediera la suplencia de la queja?* Esta es la pregunta que debió responder la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión (ADR) 1046/2012. La pregunta así planteada es imprecisa, en realidad debería expresarse así: *¿Los tribunales colegiados de circuito pueden realizar control incidental y ex officio en el amparo directo, respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen, cuando estas no hubieran sido atacadas en los conceptos de violación o no procediera la suplencia de la queja?*

Las razones para replantear la pregunta son estas: primero: el llamado "control difuso", no es tal, difuso, es un adjetivo que se utiliza para adjetivar un sistema de control y no una forma de control; segundo: la forma de control aludida con esa expresión es el control de tipo incidental y de oficio (aunque es posible concebir una forma de control incidental a petición de parte); tercero: hay lugar en el juicio de amparo para el control incidental cuando la Suprema Corte lo concibe como un proceso que permite articular una forma de control concentrado?, la respuesta es que si y la razón es porque el juicio de amparo no permite desarrollar formas de control concentrado, sino formas directas de control. Y en realidad tampoco habilita solo formas directas de control, sino también formas indirectas o incidentales.

Entonces, volviendo a la pregunta, la Suprema Corte en este caso consideró que no, que los TCC no podían extender sus competencias de control a esas leyes, debido a que esos tribunales son competentes para ejercer control ex officio respecto a las leyes que son competentes de aplicar, es decir, la ley de amparo y el código nacional de procedimientos civiles de aplicación supletoria. En el amparo directo no hay reasunción de jurisdicción y por ello los Tribunales Colegiados de Circuito no pueden aplicar o analizar las normas sustantivas y procesales que rigen el acto recamado, que en el amparo directo es la sentencia. Además, la respuesta se justificó en la defensa de otras instituciones procesales como la preclusión y la cosa juzgada. Con esta decisión, se limitó el ejercicio del control incidental de constitucionalidad y convencionalidad y, eventualmente, se convalidó la aplicación

de las leyes inconstitucionales que motivaron el acto reclamado, cuando ello no sea atacado de manera directa. De esta forma, el control de convencionalidad en el juicio de amparo no siempre podrá ser ex oficio.[41]

Esta cuestión generó pronunciamientos contradictorios por parte de diversos tribunales de circuito, lo que motivó la contradicción de tesis 351/2014 en la cual la Suprema Corte modificaría su criterio anterior. A la luz de un nuevo estudio, consideró el Alto Tribunal que la preclusión y la cosa juzgada no se veían afectadas. La preclusión tiene que ver con las obligaciones de las partes, no con los deberes del juez, y en cuanto a la cosa juzgada, no opera porque el acto reclamado se encuentra sub judice.

La cuestión más compleja tuvo que ver con la seguridad jurídica. Si la entendemos como previsibilidad, las partes deben saber que no serán sorprendidas por planteamientos generados cuando la litis ya ha sido fijada. Sin embargo, de esto se trata el control de constitucionalidad ex officio. La seguridad jurídica no es absoluta y puede ser derrotada cuando se trata de privilegiar a los derechos humanos.[42]

De este modo, podría considerarse que esta decisión implica un avance de la justicia federal, ahora los TCC pueden alterar la litis llevando planteamientos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad. Pues si, de eso se trata el control incidental y ex officio que deben hacer los jueces en un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso.

V. Conclusiones

En este trabajo hemos propuesto que las discusiones en relación al federalismo judicial deben considerar tres aspectos relevantes.

41 Tesis P. X/2015 (10ª). Control de regularidad constitucional ex officio. Los Tribunales Colegiados de Circuito no están facultados para ejercerlo respecto a normas que rigen el juicio de origen y Tesis P. IX/2015 (10ª).

42 Tesis P/ J. 2/2022. Control de regularidad constitucional. Contenido y alcance del deber de los órganos de poder judicial de la Federación de realizarlo al conocer de juicios de amparo directo e indirecto.

En primer lugar, que el federalismo judicial debe ser pensado en el contexto del sistema federal general. De esta forma, estaremos en condiciones de obtener resultados más útiles. Las discusiones exclusivamente orientadas desde ciertas ideas preconcebidas sobre lo que el federalismo debe ser o bien desde lo que fue en algún momento, no ofrecen bases adecuadas para análisis en términos funcionales.

Consideramos que el federalismo judicial no es un fin en sí mismo y en tal sentido, sugerimos que un objetivo que debe orientar las discusiones en la actualidad es el de la construcción de un sistema multinivel de protección de derechos humanos más eficiente y que incluya, no solo la dimensión nacional y regional, sino también la local o estatal.

La aceptación del objetivo de la construcción de un sistema multinivel de protección de derechos humanos más robusto y eficiente, exige dejar de lado visiones unidimensionales en materia de federalismo judicial. El federalismo judicial se manifiesta no solo en la dimensión de reparto, en la que suelen centrarse las discusiones (qué le toca a cada uno) sino también en las de colaboración y comunicación.

De esta forma, es posible enriquecer el espectro de funciones que los jueces de los diversos niveles involucrados deben llevar a cabo y la comprensión del federalismo judicial se amplía y se vuelve más compleja. Así, en clave de protección multinivel, la dimensión de reparto nos exige centrar nuestro análisis en aquello que los jueces locales deben hacer en materia de control constitucional local y por tanto, como actores principales en el nivel subnacional de protección de derechos. En esta dimensión, identificamos dos tipos de problemas. Primero, que la justicia constitucional local no logra despegar. Las autoridades estatales no parecen estar muy interesadas en el desarrollo de estos mecanismos locales de control. La consecuencia directa es que las constituciones locales parecen permanecer en el letargo. Consideramos indispensable que las entidades federativas activen el funcionamiento de la justicia constitucional local y así, de narrativas constitucionales propias. Eso es lo propio de un sistema reamente federal, incluso, puede resultar una herramienta relevante ante tendencias centralistas.

En cuanto a la dimensión de colaboración. hemos identificado que el desarrollo de aquello que ambas jurisdicciones tienen en común, el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio, resulta en ocasiones afectado por un lado, porque la justicia local no asume su rol de actor relevante para el desarrollo de esta actividad. Por otro lado, la justicia federal y especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no está dispuesta a brindar los incentivos necesarios para que los jueces locales lleven a cabo esta función.

Por último, en materia de comunicación, existe cierta tendencia a considerar que el control que la justicia federal lleva a cabo sobre la justicia local, particularmente por medio del amparo directo, es nocivo para el desarrollo del federalismo judicial. Nosotros no compartimos esa opinión sin más. El juicio de amparo directo tiene problemas que deben ser solucionados. Sin embargo, hemos intentado hacer notar que no todo avance del amparo directo sobre la justicia local es perjudicial para la generación de un sistema multinivel de protección de derechos. Particularmente indicamos que la aceptación del control incidental y ex officio que deban ejercer los tribunales colegiados en amparo directo sobre las leyes aplicadas en el juicio de origen implicó un desarrollo positivo del control de constitucionalidad y convencionalidad en México, sobre todo considerando que el desarrollo del control en el ámbito local todavía requiere ser fortalecido.

Referencias

Acosta Alvarado, P. A., "El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña", *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, julio-diciembre de 2013.

Acuña, J.M., "El parámetro para el control de regularidad constitucional y la ley suprema de la Unión", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 42, 2020.

Arruda Amarante de Oliveira C.J., Oliveira Moreira, T., "El constitucionalismo multinivel interamericano y el diálo-

go (necesario) entre el Tribunal Supremo Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva", *Estudios Constitucionales*, vol. 21, núm. 1.

Bogdandy, Armin von, *Transformaciones del Derecho Público, fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*, México, IECEQ, 2020.

Bustillos, J., *La Justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional*, México, UNAM, 2009.

Bustillo, J., *Federalismo Judicial en México. Relaciones entre las jurisdicciones Federal y Locales a través del instrumento protector de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2010.

Bustos Gisbert, R., "XV Proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en Ferrer Mac-Gregor, E, y Herrera García, A., *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

Collí Ek. V. M., "Lo que es el federalismo judicial. Análisis y Prospectiva. Reforma Judicial", *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 12, México, UNAM.

Della Canesa, G., "Is European Constitutionalism really multilevel?", *ZaöRV*, núm 70, Max Planck Institut für ausländisches, 2010.

Dulitzky, A., *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*, México, IECEQ, 2017.

Dulitzky, A., "Artículo 28. Cláusula Federal", en Steiner C., Fuchs, M.C., *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* México, Konrad Adenauer Stiftung-IECEQ, 2019.

Fix Zamudio, H., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2003.

García Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1993.

González Oropeza. M., *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 2003.

González Oropeza, M., "Desarrollo del control constitucional en las entidades federativas", en González Oropeza. M. y Ferrer Mac-Gregor, E., *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

Lijphart, A., *Las democracias Contemporáneas,* Barcelona, Ariel, 1999.

Pernice. I., "The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism in action", *Columbia Journal of European Law,* vol. 15, núm. 3.

Rodríguez Huerta, G., "Artículo 29. Normas de Interpretación", en Steiner C., Fuchs, M.C., *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* México, Konrad Adenauer Stiftung-IECEQ, 2019.

Serna de la Garza, J, M., "La lógica centralizadora del sistema federal mexicano", en Valadés, D, Serna de la Garza, J. M., *Federalismo y Regionalismo*, UNAM, México, 2005.

Tarr, G. A., "La potencialidad del constitucionalismo estatal", en González Oropeza. M. y Ferrer Mac-Gregor, E., *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

Tarr, G.A, *Comprendiendo las constituciones estatales*, trad. de Barceló Rojas, D., Universidad Nacional Autonoma de México, 2009.

Tsebelis, G, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, México, FCE, 2006.

Ureña, René, "Luchas locales, Cortes Internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina", *Revista Derecho del Estado*, núm. 30. enero- junio de 2013.

Vergottini, G. de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas, 2011.

Vogel, J. J., "El Régimen Federal de la Ley Fundamental", Benda, E., *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional, Madrid*, Marcial Pons, 2001.

Breves anotaciones sobre el federalismo fiscal en México

***

Brief notes on fiscal federalism in Mexico

*Enrique Aguirre Saldívar**

Sumario: I. Introducción. II. Notas sobre el modelo fiscal vigente. III. Puntos conclusivos.

I. Introducción

Sin desconocer la implementación de competencias en materias coincidentes (concurrentes)[1] dentro de los más avanzados modelos federalistas cooperativos, el auténtico federalismo en materia fiscal exige como condición necesaria que cada uno de los Estados tenga la posibilidad de regular, organizar y sancionar sus procesos locales de recaudación, conforme a su propia normativa, singular contexto, necesidades específicas y autoridades competentes. Así, valorando posibles ajustes al modelo establecido

* Miembro del IIDC-Sección México

1 Si bien en la literatura mexicana se alude a la concurrencia, se estima que en estricto sentido la figura aplicable es de coincidencia, en tanto que la concurrencia implica competencias de la federación que ante su no ejercicio pueden temporalmente ejercer los estados, siempre que no les estén prohibidas ni impliquen intereses nacionales.

sobre la materia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM o Constitución), se hace necesario actualizar y aplicar en la especie el imprescindible reconocimiento al pluralismo inherente al régimen federalista: unidad en la diversidad.

En ese sentido, el federalismo fiscal representa sin duda una asignatura prioritaria e imprescindible en la agenda de nuestro constitucionalismo. En el México actual se hace indispensable replantear con claridad y precisión esta decisión fundamental, no solo de índole económico-financiera sino también política y jurídica, tendente a proveer de mayor justicia, eficiencia y cohesión a la Unión. De hecho, se sugiere asumir una visión más amplia e integral que no solo se constriña a la materia fiscal en estricto sentido, para abarcar una visión genérica de alcance hacendario e incluso financiero del Estado.[2]

II. Notas sobre el modelo fiscal vigente

Si bien en el Estado federal mexicano conviven distintos ámbitos de competencia, en principio: federal, local y municipal,[3]

[2] Conforme precisa Sergio Francisco de la Garza, el ámbito hacendario no se limita a los tributos propios de tipo fiscal (impuestos, derechos o tasas y contribuciones especiales) pues incluye otras modalidades de obtención de caudales por la vía del crédito público, las obligaciones y los empréstitos (deuda pública); en tanto que el universo financiero del Estado comprende los tres grandes momentos o fases del proceso integral de los recursos públicos: obtención de ingresos (Derecho Fiscal); gestión y administración (Derecho Patrimonial); erogación y gasto (Derecho Presupuestario). *Cfr*. De la Garza, Sergio Francisco, *op. cit*., pp. 17-20.

[3] Sobre esta diversidad de esferas competenciales coexistentes en el federalismo mexicano se habla de hasta cinco órdenes conforme a los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN): federal, local, de la Ciudad de México, municipal y constitucional. *Cfr*. Arenas Bátiz, Carlos Emilio, "Por un federalismo judicial sin violaciones 'indirectas' a la Constitución", en *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social* (José María Serna de la Garza. Coordinador), México, IIJ-UNAM, 2022, pp. 177 y 178. El referido autor señala "[...] en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha identificado cuatro y hasta cinco ámbitos normativos u órdenes de gobierno: 1) El

para efectos de la presente colaboración únicamente se aludirá al régimen competencial existente entre los dos primeros (Federación y Estados). De igual manera, específicamente se alude a los Estados y no a la Ciudad de México, que no obstante ser también una entidad federativa, mantiene una condición *sui géneris* y diferenciada en su condición de ciudad capital (sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos).[4]

Conforme al texto de la Constitución, el modelo vigente en materia hacendaria implica un sistema complejo y se compone primordialmente de 3 grandes vertientes: *i)* Coincidencia de Federación y Estados en la mayoría de materias gravables, en términos de los artículos 73, fracción VII y 124; *ii)* Facultades exclusivas de la Federación previstas preferentemente en el artículo 73, fracción XXIX —está a debate considerar también la fracción X—, y *iii)* Prohibiciones expresas a los Estados conforme a los artículos 117 y 118.[5]

Una primera y obligada observación a dicho modelo constitucional radica en que, con excepción de ciertas precisiones como las contenidas en los anteriores incisos *ii)* y *iii)*, existe en México un modelo de coincidencia de la Federación y los Estados en materia fiscal. Para destacados especialistas, esta trascendente

---

orden normativo local, que es el origen teórico-histórico de los otros. 2) El orden normativo federal, integrado por atribuciones delegadas por los estados, pero solo aplicable a las materias federales. 3) El orden normativo de la Ciudad de México (CDMX), sede de los poderes federales. 4) El orden normativo municipal, delimitado por el artículo 115 constitucional. 5) El orden normativo constitucional, que es el fundamento jurídico de los anteriores y que tiene una vigencia nacional y suprema.".

4 Artículo 44 de la Constitución.

5 Así lo ha sentado la SCJN en diversos criterios. *Cfr*. De la Garza, Sergio Francisco, "Estado actual del Poder Tributario Federal", *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 1988, pp. 221-226. Asimismo, *Cfr*. Serna de la Garza, José María, "Aspectos constitucionales del federalismo fiscal mexicano", *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, IIJ/UNAM, 2008, pp. 214-216, quien al respecto cita las tesis de rubro: Facultad impositiva de la federación y los estado (amparo en revisión 310/53); impuestos. Sistema constitucional en materia de (amparo en revisión 1568/65), e impuestos. Sistema constitucional referido a la materia fiscal. Competencia entre la federación y las entidades federativas para decretarlos (amparo en revisión 3368/65).

decisión del Constituyente originario siguió el sistema adoptado en los Estados Unidos de América que deliberadamente evitó definir las competencias expresas y específicas que corresponderían a la Federación y a los Estados en tan delicadas atribuciones tributarias. Esto es, en vez de optar por un modelo constitucional que desde un inicio definiera en forma explícita y diferenciada las atribuciones fiscales para uno y otro ámbito de competencias (federal y local), se optó por un modelo de coincidencia donde ambas esferas pueden incidir sobre una misma fuente impositiva para cubrir sus respectivos presupuestos.[6]

En relación con lo anterior, el mencionado marco constitucional presenta serias ambigüedades, imprecisiones y retos interpretativos que impactan los ámbitos fiscal, hacendario y financiero del Estado mexicano, por ejemplo: definir si en las citadas fracciones VII y X del artículo 73 constitucional, respectivamente, se otorgan atribuciones ilimitadas a la Federación para fijar todos los impuestos que estime necesarios para cubrir los gastos federales, y si el hecho de legislar sobre ciertas materias también incluye el poder de gravarlas.[7]

Durante las primeras décadas del siglo pasado, dicho modelo generó incertidumbre, problemas técnicos y fenómenos de doble o múltiple tributación.[8] Estos tópicos propiciaron la celebración

---

6 *Cfr*. Flores Zavala, Ernesto, "El problema de la concurrencia de impuestos en la República Mexicana", *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, México, Porrúa, 1984, pp. 363-364.

7 En las referidas disposiciones constitucionales se señala lo siguiente: "Artículo 73. El Congreso tiene facultad: [...] VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto; [...] X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123."

8 "La doble imposición se presenta cuando una misma fuente es gravada con dos o más impuestos, ya los establezca una misma entidad, o bien porque concurran en esa fuente dos o más entidades diversas.", "[...] El problema de la doble imposición se puede presentar bajo los siguientes aspectos: [...]" "3°. Cuando en los Estados Federales gravan la misma fuente la Federación y los Estados que la integran.", "En los Estados Federales y concretamente en los Estados Unidos Mexicanos, se presenta la doble imposición porque

de distintas convenciones nacionales en que participaron -entre otros- representantes de órganos de gobierno y legislativos de orden federal, estatal y municipal, con el propósito de resolver esos retos. Como resultado de tales reuniones nacionales surgió, en suma, un sistema nacional de coordinación fiscal.[9]

De esta manera, a través de disposiciones legales y convenios identificados con el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, los Estados delegaron a la Federación buena parte de sus atribuciones impositivas,[10] lo cual ha llevado a un modelo recaudatorio

concurren, gravando la misma fuente, tres entidades que tienen capacidad para cobrar impuestos, es decir, tres sujetos activos que son: la Federación, los Estados y los Municipios; los dos primeros tienen órganos legislativos con el poder suficiente para establecer los impuestos que estimen necesarios para cubrir su presupuesto y solo los Municipios dependen de las Legislaturas de los Estados que son las que fijan por medio de leyes los arbitrios municipales." *Cfr*. Flores Zavala, Ernesto, "La doble tributación", *op. cit*., pp. 331 y 363.

9 Se trata, en concreto, de tres Convenciones Nacionales Fiscales celebradas en 1925, 1932 y 1947, siendo presidentes de la República, respectivamente, Plutarco Elías Calles, Pascual Ortiz Rubio y Miguel Alemán Valdés. Como corolario de dichos trabajos se puede citar la expedición de la Ley de Coordinación Fiscal entre la Federación y los Estados de 1953 (sustituida posteriormente por la Ley de Coordinación Fiscal de 1978). *Idem*, pp. 374-397. Asimismo, *Cfr*. Rhi Sausi G., María José y Ávila Peña, Marco Antonio, "Diseño constitucional y sistema tributario: un recorrido por el siglo XX", *Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, IIJ/UNAM-Instituto Belisario Domínguez/Senado de la República LXIII Legislatura, 2017, t. 3. Estudios económicos y sociales, pp. 307-322.

10 Uno de los ejemplos más desarrollados, complejos y técnicos en materia de coordinación es precisamente el existente en el ámbito fiscal. Dicha coordinación se encuentra prevista en una ley (Ley de Coordinación Fiscal) y se debe concretar en un convenio publicado tanto en el *Diario Oficial de la Federación* como en el órgano oficial local, donde consten la anuencia de las partes y los términos del acuerdo (en la especie, la Federación por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las entidades federativas). En suma, a través de la delegación por coordinación se trasladan o transfieren atribuciones de un ámbito de competencia a otro, con la consecuencia de inhibir al órgano delegante y habilitar al órgano delegado en su ejercicio. *Cfr*. Roldán Xopa, José, "Leyes de coordinación" y "La delegación entre órdenes jurídicos distintos (coordinación)", en *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, pp. 107 y 194-196.

marcadamente centralizado, que desconstitucionalizó[11] la figura de coincidencia en materia tributaria e inhibió a los Estados para la obtención de ingresos propios;[12] lo anterior, reforzado con un rígido control del gasto a través del carácter etiquetado de aportaciones federales y la subsecuente revisión de la cuenta pública, donde los Estados son fiscalizados por la federación sobre el uso y destino de los recursos federales recibidos.

Adicionalmente, podemos destacar dos importantes esfuerzos que tuvieron como objetivo replantear nuestro federalismo fiscal: *a)* El Programa para un Nuevo Federalismo 1995-2000 inserto en el Plan Nacional de Desarrollo de ese mismo periodo, que tuvo como propósito fortalecer la autonomía financiera de los Estados mediante el traslado a estos de funciones federales en distintos sectores, incluidos la atribución de determinar su financiamiento y política fiscal y los temas de gasto y deuda pública, a fin de transitar a un modelo de coordinación hacendaria con el perfeccionamiento y homologación de los sistemas normativos federal y locales de contabilidad, información, control y evaluación, y *b)* La Primera Convención Nacional Hacendaria del año 2004, que bajo un contexto republicano, democrático y participativo propició un diálogo entre los ámbitos federal, estatal y municipal sobre la imposición fiscal, el endeudamiento, el patrimonio público y las demás fuentes de financiamiento del gasto, cuyas recomendaciones fueron recogidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.[13]

---

11 Si bien, en principio, la distribución de competencias en un modelo federal debe estar previsto en el texto constitucional, ha ocurrido en la práctica que tratándose de materias coincidentes es el legislador federal el que a través de leyes ordinarias determina dicha distribución y redistribución de atribuciones, de tal manera que la propia Federación ha asumido progresivamente tan delicada tarea de índole constitucional, esto es, la desconstitucionalización de la definición del régimen competencial. Un claro ejemplo de ello ocurre, sin duda, con el federalismo fiscal que nos ocupa. *Cfr*. Mejía Garza, Raúl Manuel y Rojas Zamudio, Laura Patricia, "La progresiva desconstitucionalización de la fórmula de distribución de facultades. De la residualidad a las leyes generales", *Federalismo(s). El rompecabezas actual*, México, FCE, 2018, pp. 83-89.

12 Ejemplos de ello son el Impuesto sobre la Renta -ISR- y el Impuesto al Valor Agregado -IVA)-; fijados, recaudados y administrados por la Federación no obstante que la Constitución no le confiere exclusividad en dichas materias.

13 *Cfr*. Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, *Devolución de facultades hacendarias*, México, IIJ-UNAM, 2012, pp. 131-268 y 269-396. Según precisa la autora,

En nuestro federalismo fiscal existen dos figuras relevantes: *a)* las participaciones previstas en el citado artículo 73, fracción XXIX, último párrafo, de la CPEUM, a través de las cuales los Estados o la Federación reciben un aprovechamiento proporcional del producto recaudado por uno u otro de dichos ámbitos competenciales, de tal manera que el hecho de que la Federación o los Estados operen la recaudación de ingresos no implica que solo esa esfera de competencia se beneficie de los mismos,[14] y *b)* las aportaciones, reguladas en la legislación de coordinación fiscal, como aquellos recursos que la Federación transfiere a los Estados con la condición de que estos sean erogados en ciertas materias y para determinados objetivos fijados por la propia Federación, por ejemplo, en áreas de salud, educación, seguridad pública, fortalecimiento municipal, etcétera.[15]

Sin embargo, las participaciones y aportaciones no son la solución al problema de fondo, pues siguen respondiendo a un modelo que priva de autonomía fiscal y económica a los Estados,

---

bajo un contexto de colaboración y coordinación intergubernamentales se abordaron los siguientes temas: gasto público (presupuesto y reasignación de competencias); ingresos (redistribución de potestades tributarias, fortalecimiento de las finanzas públicas y simplificación de la normativa fiscal); deuda pública (financiamiento, banca de desarrollo y sistema de pensiones); patrimonio público; modernización y simplificación de la administración hacendaria; transparencia de la gestión pública (fiscalización y rendición de cuentas). En su Declaratoria final se identificó como objetivo impostergable "[...] la construcción de un sistema nacional de haciendas públicas, elemento central del federalismo al que se tendía: cooperativo, diferencial, gradual y participativo, sustentado en los principios de equidad, corresponsabilidad, solidaridad, subsidiariedad y participación ciudadana." *Idem*. p. 390.

14 Las participaciones se insertan en un contexto tendente a compartir y optimizar los esfuerzos y beneficios derivados de la colaboración entre las esferas competenciales del pacto federal, habiendo surgido como una de las conclusiones de la Primera Convención Nacional Fiscal de 1925 y retomada posteriormente en las reformas a las fracciones X y XXIX del artículo 73 de la CPEUM de 1934 y 1946, respectivamente. *Cfr*. Serna de la Garza, José María, *op. cit*., pp. 190-193.

15 Conforme a datos estadísticos, las participaciones y las aportaciones federales suelen ser significativamente mayores a los ingresos propios de los Estados y, a su vez, las aportaciones rebasan cuantitativamente a las participaciones. *Ibidem*, pp. 205-206.

haciéndolos en mayor o menor grado dependientes de la Federación. Si bien las participaciones y aportaciones tienen un aspecto positivo que privilegia la colaboración en la unión, solo deben existir como figuras de complemento y equilibrio, mas no como ejes torales de un modelo recaudatorio que —como ocurre en México— lastima la independencia de los Estados y fortalece su subordinación respecto del centro.

Por tanto, se reitera, a través del referido modelo fiscal de coordinación se ha implantado en realidad un mecanismo notoriamente centralizado, que si bien en su momento atendió otros propósitos legítimos y necesarios de disciplina fiscal, orden y eliminación de la doble o múltiple tributación (de no menor importancia), e incluso permitió que el gobierno federal emprendiera grandes proyectos nacionales de la época,[16] actualmente representa uno de los mayores pendientes para consolidar un verdadero, equilibrado y eficiente federalismo tributario, capaz de generar la suficiencia recaudatoria que permita atender el crecimiento del gasto local y nacional.[17]

---

16 *Cfr*. Suárez Dávila, Francisco, "La política financiera en el marco de la rectoría del Estado y la economía mixta", *La Constitución Mexicana: rectoría del Estado y Economía mixta*, México, Editorial Porrúa-IIJ/UNAM, 1985, pp. 249-258.

17 Sobre el particular, por ejemplo, en el documento intitulado "Política Económica Nacional", Antonio Ortiz Mena señalaba al explicar la política fiscal que: "[...] Para que la política tributaria contribuya en los próximos años a redistribuir el ingreso nacional y a ampliar las fuentes de financiamiento no inflacionario que se requieren para atender las crecientes necesidades de obras y servicios públicos, debe responder a los principios siguientes: [...] h) Revisar los mecanismos conforme a los cuales se reparten los ingresos fiscales entre la Federación, los Estados y los Municipios. La política tributaria del Gobierno Federal no puede privar a los Estados y Municipios de ingresos que legítimamente les corresponden y que con frecuencia son esenciales para mantenimiento de servicios públicos básicos." *Cfr*. Ortiz Mena, Antonio, *El desarrollo estabilizador: reflexiones sobre una época*, México, El Colegio de México/Fondo de Cultura Económica, 2019, pp. 351-352. Según narra el autor, dicho documento fue preparado por él mismo y entregado el 31 de agosto de 1958 al candidato a la Presidencia de la República Adolfo López Mateos como documento de *Política Económica Nacional* para el período de 1958 a 1964.

III. Puntos conclusivos

A efecto de dar certeza, orden y estabilidad en este tema tan complejo y sensible de nuestro federalismo, se considera atendible ponderar el establecimiento expreso y con la mayor precisión posible en el texto constitucional de las atribuciones fiscales que corresponden a la Federación y a los Estados. Ya en 1936, dentro de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma a los artículos 73, fracción X, y 131 de la CPEUM presentada por el presidente Lázaro Cárdenas, se planteaba fijar un modelo mixto de recaudación: por una parte delimitar los impuestos recaudables por cada ámbito de competencia (Federación y Estados) y, por otra parte, prever la participación de una esfera de competencia respecto a lo recaudado por la otra y viceversa, acotando que "[...] Para fortalecer a los estados es necesario entregarles ingresos propios: participaciones y contribuciones exclusivas que les aseguren rendimientos regulares y bastantes a cambio de restringir la concurrencia tributaria, que es el efecto inmediato de la libre imposición y que provocan la improductividad de los gravámenes fiscales".[18]

Si bien en un contexto complementario y no toral de nuestro federalismo fiscal, se estima que al margen de su intervención en la función recaudatoria, un criterio para medir el nivel de participaciones entre Federación y Estados respecto a los productos obtenidos podría corresponder a la medida de sus necesidades o de las responsabilidades y tareas a su cargo, haciendo más útil y eficaz la aplicación de los recursos públicos en la atención eficiente de las tareas superiores y comunes del Estado, con equilibrio de intereses y necesidades locales y nacionales.

Entre otros, son dos los principales objetivos que deben guiar en México el fortalecimiento de un auténtico federalismo tributario: *a)* deconstruir el centralismo que se ha venido consolidando, por lo menos, desde el siglo pasado, y *b)* revertir la histórica y constante baja recaudación fiscal. Ambos aspectos, se estima,

[18] *Cfr.* De la Garza, Sergio Francisco, "El proyecto Cárdenas de 1936 para reformar la Constitución", *op. cit*., pp. 217-218. Cabe precisar que dicha iniciativa no prosperó, pero sin duda constituye un importante referente que amerita su análisis y consideración.

se encuentran estrechamente relacionados y se condicionan en forma recíproca.[19]

La devolución de atribuciones hacendarias a los Estados no necesariamente implica riesgos ni debilitamiento de las finanzas del Estado mexicano, lejos de ello, refrendaría el compromiso federalista de colaboración y cooperación de un modelo equilibrado que conjuga trabajos y responsabilidades en la obtención de su propia consolidación.[20]

De existir cambios en el modelo fiscal, estos deben ser planificados, graduales y diferenciados. Esto es, debe partir del diálogo y la corresponsabilidad, operando a través de una transición normativa coordinada, blindada con la capacitación y dotación de equipamiento y tecnologías necesarias que permitan la consolidación del sistema fiscal nacional en su completitud, en equilibrio y respeto a las condiciones particulares de cada Estado.[21]

Asimismo se debe adoptar una visión integral, pues más allá del tema fiscal en estricto sentido es necesario considerar otros aspectos inherentes al mismo como la transparencia, la administración de recursos, el endeudamiento y crédito públicos, el ejercicio del gasto y la cuenta pública, lo cual implica otros apartados constitucionales como los artículos 73, fracción VIII, apartados 3° y 4° (deuda pública), y 79, fracciones I y IV (fiscalización); así como otros ordenamientos legales como la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; Ley General de Responsabilidades Administrativas; Ley General de Contabilidad Gubernamental;

---

19 *Cfr*. Hernández Trillo, Fausto, "Sistema Tributario", *Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, IIJ-UNAM-Instituto Belisario Domínguez/Senado de la República LXIII Legislatura, 2017, t. 3. Estudios económicos y sociales, pp. 197-216.

20 *Cfr*. Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, *op. cit.,* pp. 125-126. Al respecto, la autora ofrece ejemplos estadísticos concretos de diversos países de "alto y mediano ingreso con buena gobernación" donde la restitución de funciones hacendarias a las entidades ha generado mejor gobierno, regularidad en los balances gubernamentales y fuerte consolidación fiscal.

21 En particular, sobre la esencia de la descentralización de la vida nacional *Cfr*. Zorrilla Martínez, Pedro G., "Fortalecimiento de las autonomías y democracia política y administrativa", *Revista de Administración Pública*, México, INAP, 1985, pp. 17 y ss.

Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios; Reglamento del Registro Público Único de Financiamientos y Obligaciones de Entidades Federativas y Municipios, y la Ley General de Mejora Regulatoria.

Al respecto, además de la necesidad de cambiar estructuralmente hacia un modelo fiscal más equilibrado entre federación y estados, existen diversos tópicos que bien podrían abonar gradualmente a dicho objetivo, por ejemplo: *a)* la reinterpretación del artículo 73, fracción X (la atribución de regular no significa necesariamente la facultad única de gravar); *b)* una nueva identificación de las aportaciones (como recursos locales y no federales); *c)* una reinterpretación, lectura y aplicación distintas de figuras jurídicas como las competencias concurrentes propiamente dichas y las facultades implícitas en materia fiscal, y *d)* la limitación y/o supresión de leyes federales que inhiben a los Estados la recaudación en materias que no les son restringidas constitucionalmente.[22]

Finalmente, retomando las profundas raíces sociológicas que sustentan un auténtico Estado federal, la redefinición de nuestro federalismo fiscal —y más aún— federalismo financiero (tributario, patrimonial y presupuestal), deberá guiarse por los valores democráticos que le caracterizan, tendentes a alcanzar los grandes fines nacionales encomendados a la Unión en equilibrio y respeto de los legítimos intereses locales de los Estados, con justicia y libertad.

[22] Al respecto, Sergio Francisco de la Garza plantea que el Congreso de la Unión, como legislador ordinario, no puede imponer prohibiciones o limitaciones al poder fiscal de los Estados que no estén previstas en la Constitución, pues tal práctica -refiriendo aquí a Flores Zavala y a Vallarta- viola la soberanía de los mismos. Así, dice De la Garza, tales prohibiciones -que resultarían inconstitucionales- se han concretado en figuras como las exenciones creadas por el Congreso de la Unión a favor de organismos paraestatales y en perjuicio de los Estados (e incluso Municipios) que se ven impedidos como consecuencia de leyes federales para solicitar el pago no solo de impuestos sino de otro tipo de contribuciones respecto de las cuales no tendrían impedimento constitucional. *Cfr*. De la Garza, Sergio Francisco, "Inconstitucionalidad de limitaciones tributarias impuestas a los Estados por el legislador federal ordinario", *op. cit*., pp. 235-236.

Referencias

Las referidas en respectivas notas a pie de página.

El suscrito felicita al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (en particular, Sección México) y a las autoridades organizadoras del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional por la realización de tan importante evento, coincidente con el Bicentenario de nuestra Constitución Federal de 1824, y agradece la amable atención que se sirvan dar al presente.

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, agosto de 2024.

El federalismo dual, la buena administración y el centralismo totalitario

***

Dual federalism, good administration, and totalitarian centralism

Gonzalo Armienta Hernández

Resumen: en esta ponencia se realiza un estudio del surgimiento del Estado moderno y de la forma de Estado federal, analizando en principio el surgimiento de Estado Federal de Norteamérica ya que se trata del antecedente del Estado Federal Mexicano. Al respecto se indica que no obstante sus antecedentes, México evolucionó de diferente manera, convirtiéndose de acuerdo a la Constitución Política en una forma de Estado con un federalismo dual, el cual se ha venido desconfigurado en virtud de una importante cantidad de leyes generales y de convenios de coordinación con las entidades federativas que de facto lo han convertido en un Estado federal centralista, con un gobierno en extremo presidencialista y altamente autoritario.

Abstract: in this paper you find a study of the emergence to the modern State and the form of the Federal State, analyzing in principle the emergence of the Federal State of North America since the beginning of the Mexican Federal State. In this regard, it is indicated that despite its antecedents, Mexico evolved in a different way, becoming according to the Political Constitution in a form of State with a Dual Federalism, which has been distrusted by virtue of a significant number of general laws and coordination agreements with the Federal Entities that have de

facto turned it, into a Centralist Federal State, with an extremely presidential and highly authoritarian government.

Palabras claves: federalismo, buena administración, centralismo.

Keywords: federalism, good administration, centralism.

Sumario: I. Origen del federalismo. II. Surgimiento del federalismo en México. III. Federalismo dual y la buena administración. IV. Centralismo y totalitarismo. V. Conclusión. Referencias.

I. Origen del federalismo

Previo al estudio del surgimiento del federalismo me abocaré brevemente al nacimiento del Estado, citando a Rosseau, que es sin duda el referente más importante en la materia.

Rousseau afirma la existencia de un pacto social como el que le da nacimiento al Estado y señala que:

> Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y toma ahora el de república o de cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo; soberano, cuando es activo; poder, al compararlo a sus semejantes; respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto sometidos a las leyes del Estado.[1]

Sin embargo, no todos los estudiosos de este tema están de acuerdo con la teoría de que el Estado nace mediante un pacto social pues como lo señala Hauriau: "[...] los partidarios del contrato social e incluso del contrato político radica en creer que desde que aparecen elementos consensuales hay forzosamente contrato. Esta es una generalización abusiva".[2]

---

1 Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato Social*, España, Espasa Libros, S.L.U., 2011, pp.46 y 47

2 Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, p.161.

Independientemente de los anteriores razonamientos de estos distinguidos juristas, existen coincidencias de los diversos estudiosos, del origen del Estado, de lo que se le conoce como Estado moderno, el cual surge a partir de los tratados de paz de Westfalia, indicándonos Silva que como consecuencia del tratado de paz de Westfalia, los Estados ya estuvieron en condiciones de alcanzar un poder pleno y completamente independiente capaces de elaborar sus propias leyes sin estar sujetos a poderes externos, además ya estaban en condiciones de tener competencia en materia del estado civil de las personas y de sucesiones *mortis causae*, pues ya no eran competencia exclusiva de la iglesia.[3]

Siguiendo la idea de que el Estado moderno surge cuando alcanza su soberanía, se puede afirmar que esta es la principal característica de los Estados en la actualidad ya que un Estado podrá contar con los elementos del mismo como son el territorio y la población, pero sin soberanía se convierte solamente en una parte de otro Estado que ejerce su imperio, como es el caso de Puerto Rico que corresponde a un territorio de los Estados Unidos de Norte América, no obstante tener su propio gobierno pero subordinado al gobierno Norteamericano.

Rousseau cuando se refiere a la soberanía manifiesta que es el ejercicio de la voluntad de la población y que por lo tanto no puede enajenarse y que el poder solamente es susceptible de ser transmitido, pero nunca la voluntad del pueblo.[4]

El Estado moderno cuenta con una organización, que tradicionalmente se le ha definido como Estado central o Estado federal, aunque de acuerdo con Kelsen, esta aseveración podría resultar draconiana:

> [...] no ha habido apenas un Estado que haya realizado plenamente la idea unitaria, el tipo de centralización, pues aún en el supuesto que las normas legales se dicten con validez para todo el territorio, no es raro el caso de que la concreción de las mismas en normas

[3] Silva, Jorge Alberto, "Notas sobre el surgimiento del estado moderno. El ejercicio del poder soberano del estado", *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, núm. 10, 2022, pp. 1-27.

[4] Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit*., p. 55.

> individuales se realice con vistas a la vigencia en solo una parte de él, y por medio de órganos cuya competencia creadora del Derecho háyase igualmente limitada a un territorio parcial. Los Estados históricos, esto es, los órdenes jurídicos positivos de cada Estado no han sido ni plenamente centralizados ni descentralizados por completo; siempre ha habido en ellos una parte de centralización y otra de descentralización, habiéndose aproximado más o mmenos,según los casos, a uno u otro de estos tipos ideales.[5]

El mismo Kelsen se refiere a la clara separación entre lo que se puede denominar una comunidad jurídica centralizada y una descentralizada de la siguiente manera:

> En principio, una comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento consiste única y exclusivamente en normas que valen para todo el territorio; mientras que, por el contrario, la idea de comunidad jurídica descentralizada es aquella cuyo ordenamiento consta de normas que no valen sino para distintas partes de este.[6]

Carl Schmitt señala que: "La Federación es una unión permanente, basada en libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total *status* político de cada uno de los miembros en atención al fin común".[7]

No podemos de dejar de citar a Hauriou para el cual el Estado federal es un super Estado que está superpuesto a los estados asociados.[8]

Por mi parte considero que el federalismo surge como una necesidad de conservar la unión nacional mediante entidades que pertenecen a un mismo Estado y de esta forma protegerse de fuerzas externas.

---

5 Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado,* Granada, Editorial Comares, S.L., 2002, p. 274.

6 *Idem*.

7 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 348.

8 *Cfr*. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 125.

II. Surgimiento del federalismo en México

En México el Estado federal surge tanto como una necesidad y como una imitación al federalismo norte americano, por lo que analizaré brevemente el surgimiento del federalismo en Norte América.

Con un territorio tan extenso, era necesario conformar gobiernos con relativa independencia, que gobernaran de acuerdo con las necesidades propias de sus respectivos territorios, por lo cual se siguió el modelo norte americano.

Por lo que se refiere a la Forma de Estado Federal, en los Estados Unidos no se instrumentó por casualidad, sino ante los temores de los colonos de las trece colonias al verse sometidos a un poder central arbitrario, semejante a la colonia inglesa, así como a la pérdida de sus derechos y libertades que habían logrado conquistar desde mucho tiempo atrás; se diseñó un modelo de reparto de competencias que conciliara los intereses de los estados con la nueva nación.[9]

El antecedente del federalismo en Los Estados Unidos de América fue precisamente la confederación, lo cual no sucedió en México, pues se optó en base fundamentalmente a posturas políticas por la influencia del país vecino, y no porque hayan existido colonias o entidades independientes unas de otras, ya que en la época de la colonia el virrey era el que tenía el poder centralizado de todas las provincias que integraban el territorio mexicano.

Al respecto señala Chaires Zaragoza: "[...] se le debe al constitucionalismo estadounidense la adopción del federalismo como forma de estado. Los padres constituyentes de los Estados Unidos "Alexander Hamilton, J. Jay y Madison dedicaron gran parte de sus folletos federalistas para defender el nuevo sistema, que puso fin a la confederación".[10]

Vega Vera al referirse a la forma de estado federal adoptada en 1824 señala:

---

9 Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo Mixto en México*, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Guadalajara, 2018, p. 15.

10 *Ibidem*, pp. 14 y 15.

> Si bien es cierto que el sistema federativo no es exclusivo de las formas republicanas, incluye muchas posibilidades pudiendo adaptarse a la monarquia absoluta, a la democracia o cualquier otro sistema. El acta constitutiva de 1824, primer principio regular de nuestro sistema político, que se mantuvo vigente durante prácticamente once años, retomó para la nación mexicana el sistema establecido por Estados Unidos: república y federación, incluyendo garantías individuales dentro de la forma de gobierno. La aspiración era nivelarse con nuestros vecinos y robustecer la unión más íntima entre ambas naciones.[11]

Barceló al referirse al origen del federalismo en México señala que: "El federalismo mexicano adoptó en 1824 el modelo norteamericano, pero adquirió desde su origen rasgos enteramente propios de su legado cultural hispánico, entre ellos la institución del municipio establecido en las Constituciones de los estados".[12]

III. Federalismo dual y la buena administración

No se puede hablar de una descentralización plena en lo referente al Estado, lo cual sería una afirmación completamente draconiana, como lo señala Kelsen pues:

> [...] la posibilidad de contenidos jurídicos diferentes para las distintas partes del territorio de la misma, puede tener diversos grados, considerada con criterio puramente cuantitativo. En el dominio de la realidad jurídica, la descentralización y la centralización no son nunca más que parciales [...].[13]

El federalismo dual al igual que el federalismo cooperativo son formas de Estado en donde las entidades que integran la federación ejercen sus responsabilidades de manera independiente sin la participación del gobierno federal, siendo su única limitante lo establecido en la constitución federal.

---

11 Vega Vera, David, M., *Ideas fundamentales sobre las formas de gobierno en México 1810-1995*, México, UNAM, 1995, p. 25.

12 Barceló Rojas, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, 2016, p. 30.

13 Kelsen, Hans, *op. cit*., p. 277.

El federalismo dual se caracteriza por la existencia de dos niveles de gobierno el nivel federal y el local, cada nivel de gobierno tiene su propia competencia.

El principio central del federalismo dual es la distribución de poderes entre el poder nacional y los estados y se caracteriza sobre todo por la existencia de dos esferas de gobierno (la estatal y la federal) separadas e independientes entre sí.[14]

El federalismo dual lo recoge la Constitución Política mexicana de conformidad con el artículo 124 y con los artículos 115 y 116 que establecen facultades propias tanto de los municipios como de los estados y con el artículo 117 que establece una serie de prohibiciones de facultades que no pueden realizar los estados.

El artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos indica: "Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias".

De conformidad a este precepto constitucional la forma de estado mexicano es la de un federalismo dual, el cual como ya se mencionó en el apartado anterior, consiste en que cada nivel de gobierno cuenta con sus propias competencias, sin embargo este federalismo se ha venido desnaturalizando en virtud de las ambiciones de poder del ejecutivo federal en turno, pues las competencias que originalmente les otorga la federación a estados y municipios se ha limitado mediante reformas constitucionales, leyes federales, leyes generales, códigos nacionales y mediante convenios de coordinación en donde las competencias que la constitución les otorga a esos niveles de gobierno se le han trasladado al gobierno federal.

Ya son muy limitadas las atribuciones de las entidades federativas sin la intervención del gobierno federal pues en materias como la fiscal, salud, seguridad, educación, recursos no renova-

[14] Cristobal, Rosario Serra, *El federalismo judicial estadounidense*, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 2017, vol. 65, núm. 1, p. 302.

bles, radiocomunicación entre otras no se pueden ejercer sin la intervención de las diversas dependencias federales, en este sentido lo señala Diego Valadés:

El sistema federal en México, cuyos albores se produjeron así que la independencia fue alcanzada, durante mucho tiempo se caracterizó por un proceso incesante de deterioro de las facultades de las entidades federativas. Este deterioro se produjo tanto en el orden normativo, donde de manera sucesiva se restaron facultades a las entidades federativas, como en el acontecer factico, donde también se apreció una progresiva erosión de las facultades que les correspondían, observándose, en cambio, la expansión de las atribuciones jurídicas y políticas de los órganos federales.[15]

El federalismo dual está íntimamente ligado a la buena administración pues en un régimen centralista son las autoridades centrales las que determinan las políticas públicas con absoluto desconocimiento de las reales necesidades de las diversas zonas geográficas de un territorio tan basto como lo es el de México.

El derecho a una buena administración como derecho humano lo encontramos en principio en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007), en su artículo 41 y 42 denominados respectivamente "Derecho a una buena administración" "Derecho de acceso a documentos".

El supra citado artículo 41 señala textualmente:

Artículo 41. Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;

[15] Valadés, Diego, *El desarrollo municipal como supuesto de la democracia y del federalismo mexicano*, México, Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos, 1986.

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.

El derecho a una buena administración constituye un elemento esencial en orden a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo.[16]

La buena administración es un término muy amplio pues la buena administración requiere que sea abierta, plural, moderada, equilibrada, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativa, atenta a la opinión pública, dinámica y compatible.[17]

Un elemento esencial para que estemos ante la presencia de una autentica buena administración, es la honestidad, pues una administración corrupta nunca se le podrá considerar eficiente y como consecuencia violatoria del derecho humano.

El derecho a la buena administración significa que se debe buscar el interés público que es precisamente el derecho humano de igualdad.

---

16 Ávila Rodríguez, Carmen María y Gutiérrez Rodríguez, Francisco, (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, España, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 77.

17 *Ibidem*, p. 78.

El interés público debe entenderse como el interés del pueblo, esto es el resultado de la expresión de la voluntad política de los ciudadanos, por lo que una mala administración representa una clara transgresión al derecho humano relacionado con la igualdad y por lo tanto una desviación del fin de la realización de los intereses generales.[18]

Un Estado absolutamente centralista en un país con diferencias tan claras como es México, en donde existen diferentes grupos étnicos y costumbre y usos propios de cada región no podría cumplir con una buena administración, ya que las políticas y mandamientos provenientes de un gobierno central están distantes de las reales necesidades de cada región.

IV. Centralismo y totalitarismo

Cuando las entidades federativas van disminuyendo sus atribuciones por cederlas voluntaria o involuntariamente al poder federal, la descentralización es cada vez menor convirtiendo al estado federal en un régimen presidencialista y como consecuencia centralista.

Tena Ramírez sostiene que nuestra forma de Estado no es completamente federalista pero tampoco centralista y que cada vez México se va convirtiendo en centralista por las series de reformas a la Constitución.[19]

Coincidimos con este jurista mexicano ya que las reformas constitucionales le han quitado paulatinamente un gran número de atribuciones a las entidades federativas, trasladándose al Poder Ejecutivo mayores atribuciones y de esta manera se corre el peligro de que estas facultades no sean utilizadas en beneficio del pueblo y se aprovechen para un beneficio exclusivamente político.

---

18 Cugat Mauri, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencia*, España, Cedecs Editorial, 1997, p. 48.

19 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1994, p.112.

Lo anterior ya lo advertía Hamilton al señalar que "[...] el peligro que verdaderamente se corre es el que no aproveche su facultad cuando sea necesario, más bien el de que la ejercite con demasiada frecuencia o en casos que no lo justifican".[20]

Rousseau también se refirió en su libro el contrato social al abuso del gobierno y de su inclinación a degenerar cuando más aumenta el esfuerzo contra la voluntad general, afirmando que es cuando más se altera la constitución. "Así como la voluntad particular obra sin cesar contra la voluntad general, así el gobierno hace un esfuerzo continuo contra la soberanía. Mientras más aumenta ese esfuerzo, más se altera la constitución".[21]

La forma de Estado mexicano se ha venido transformando, desde la Constitución de 1917, transitando de un estado con un federalismo dual a un estado con un federalismo centralizado, en virtud de él gran número de reformas constitucionales que le han otorgado mayores competencias a los poderes centrales, así como el importante número de leyes federales, generales y códigos nacionales que la legislatura federal ha emitido menoscabando las competencias de los Estados de la República Mexicana.

Al estar conformado de facto el Estado Mexicano con una forma de estado federal centralizada, el riesgo de que se convierta en un Estado centralista es inminente, por lo que resulta indispensable impedir con las herramientas jurídicas a nuestro alcance que esa transformación no se haga una realidad jurídica con una reforma constitucional hecha a modo del Ejecutivo independientemente de ideologías y partidos políticos que la puedan propiciar.

V. Conclusión

El Estado moderno surge a raíz del tratado de paz de Westfalia, pues a partir de este tratado los Estados ya estuvieron en condiciones de alcanzar un poder pleno y completamente independiente capaz de elaborar sus propias leyes sin estar sujetos

[20] Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, FCE, 1974, p. 314.

[21] Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit*., pp. 112 y 113.

a poderes externos, además ya estaban en condiciones de tener competencia en materia del estado civil de las personas y de sucesiones *mortis causae*, pues ya no eran competencia exclusiva de la iglesia.

Las formas de Estado que han adoptado los países en la actualidad es el centralizado, el federal y el cooperativista, aunque en relación con la forma de Estado federal, no se puede hablar de una descentralización plena pues sería una afirmación completamente draconiana.

Ya son muy limitadas las atribuciones de las entidades federativas sin la intervención del gobierno federal pues en materias como la fiscal, salud, seguridad, educación, recursos no renovables, radiocomunicación entre otras no se pueden ejercer sin la intervención de las diversas dependencias federales, incumpliendo la esencia del federalismo dual contemplado en la Constitución mexicana.

El federalismo dual está íntimamente ligado a la buena administración pues en un régimen centralista son las autoridades centrales las que determinan las políticas públicas con absoluto desconocimiento de las reales necesidades de las diversas zonas geográficas de un territorio tan basto como lo es el de México.

Por lo anterior México cada vez se está convirtiendo en un país con una forma de Estado centralista, lo que deriva en un mayor presidencialismo y por lo tanto en un gobierno totalitario.

Referencias

Ávila Rodríguez, Carmen María y Gutiérrez Rodríguez, Francisco, (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, España, Tirant Lo Blanch, 2011.

Barceló Rojas, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, 2016.

Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo Mixto en México*, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Guadalajara, 2018.

Cugat Mauri, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencia*, España, Cedecs Editorial, 1997.

Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, FCE, 1974.

Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980.

Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

Rosario Serra, Cristóbal, "El federalismo judicial estadounidense", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 65, núm. 1, 2017.

Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato Social*, España, Espasa Libros, S.L.U., 2011.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.

Silva, Jorge Alberto, "Notas sobre el surgimiento del estado moderno. El ejercicio del poder soberano del estado", *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, núm. 10, 2022.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1994.

Valadés, Diego, *El desarrollo municipal como supuesto de la democracia y del federalismo mexicano*, México, Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos, 1986.

Vega Vera, David, M., *Ideas fundamentales sobre las formas de gobierno en México 1810-1995*, México, UNAM, 1995.

Las elecciones autonómicas durante los estados de excepcionalidad españoles

***

Automatic elections during states of exception in Spain

*Manuel Cabanas Veiga**

Resumen: el ordenamiento jurídico constitucional español, al regular los estados de excepcionalidad, a través de los que enfrenta las diferentes emergencias a las que el Estado pueda verse sometido, omitió todo lo referente a la gestión descentralizada de los mismos. Ello responde a eventualidad históricamente conocida de que el Estado autonómico español fue más una coyuntura política que una realidad jurídica, cuando se crea la Constitución española. Y uno de los muchos aspectos que afectan a este particular es la celebración de elecciones durante estas situaciones. Es por ello que se hace necesario plantear los problemas que podrían surgir, como ya ha sucedido, cuando se

* Profesor Investigador Ramón y Cajal de la facultad de Derecho, Economía y Turismo de la Universidad de Lleida. Este contrato es parte de la ayuda de referencia RYC2021-032087-I, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR). Además, este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título "El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas" (PID2020-117154GA-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de Proyectos I+D +I de 2020), *manuel.cabanas@udl.cat; ORCID: 0000-0002-7087-4024*.

tengan que celebrar elecciones autonómicas y locales durante estas situaciones, para abrir el debate sobre su reforma.

Abstract: the Spanish constitutional legal system, when regulating states of exceptionality, through which it faces the different emergencies to which the State may be subjected, omitted everything referring to their decentralised management. This responds to the historically known fact that the Spanish autonomous state was more a political conjuncture than a legal reality when the Spanish Constitution was created. And one of the many aspects that affect this is the holding of elections during these situations. This is why it is necessary to raise the problems that could arise, as has already happened, when regional and local elections have to be held during these situations, in order to open the debate on their reform.

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización terminológica. III. La separación de poderes en la excepcionalidad española. IV. La afectación del voto durante los estados de excepcionalidad. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Durante la pandemia de Covid-19, la cual todavía no ha sido totalmente superada —como estas últimas navidades han demostrado— se pusieron de manifiesto las deficiencias del ordenamiento jurídico español a la hora de regular unas elecciones durante los estados de excepcionalidad. Entre estas deficiencias destaca clamorosamente las que tienen relación con la celebración de comicios autonómicos y locales, ya que ningún Estatuto de Autonomía ni la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) han sido reformados para suplir dichas carencias. España, al igual que México, cuenta con una estructura territorial descentralizada que condiciona su organización cuando pavorosas emergencias amenazan la supervivencia de su sistema político.

II. Conceptualización terminológica

Sin embargo, es preciso comenzar con una aclaración conceptual. Así, en primer lugar, denominaremos como Derecho o estados de excepcionalidad a aquellos mecanismos que permiten enfrentar peligrosas situaciones para el Estado o la de sus ciudadanos las cuales, precisamente por la emergente situación de crisis, en las que el Derecho ordinario se vuelve ineficaz, es preciso llevar a cabo la concentración de poderes, tanto verticales como horizontales (que en otros ordenamientos, como el mexicano, se denomina "otorgamiento de facultades extraordinarias") y la restricción agravada de derechos o, incluso, su suspensión. Por ello, incluimos bajo este concepto los instrumentos recogidos en el artículo 166 de la Constitución española. Estos son el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. Dejamos fuera de este al mecanismo de la coerción estatal, recogido en el artículo 155 CE, precisamente porque esta acción, aunque si permite una cierta concentración vertical de poderes sobre la Comunidad Autónoma afectada y sobre las que se exija colaboración, no cabe ninguna horizontal, ni mucho menos afectación de derechos. No obstante, por tratarse de un instrumento que permite enfrentar una situación de crisis política y territorial que no puede paliarse a través de los medios ordinarios, lo englobaremos, junto con las acciones del artículo 166 CE, que hemos llamado "estados de excepcionalidad", dentro del concepto de "estados de emergencia", siguiendo la denominación dada por la doctrina de nuestra Justicia Constitucional (FJ. 1.b) de la STC 89/2019, del 2 de julio), lo cual implica someter a todas las declaraciones de estos mecanismos a su jurisdicción, de acuerdo con la ATC 7/2012 de 13 de enero y el FJ. 10 de la STC 83/2016, de 28 de abril.

III. La separación de poderes en la excepcionalidad española

Así, aunque el artículo 116.5 prevé la imposibilidad de la disolución del Parlamento durante la declaración de cualquiera de los estados de excepcionalidad, lo cierto es que, como ya se puso de manifiesto durante el primer estado de alarma, con las elecciones autonómicas vascas y gallegas, nuestro ordenamiento jurídico

continúa sin reformar dicha situación, no solo para el ámbito autonómico y local, sino también para el ámbito nacional cuando, no se declaren los mecanismos de excepcionalidad. Incluso el Tribunal Constitucional (en adelante TC) establece que la suspensión de las actividades del Congreso durante la declaración de los estados de excepcionalidad sin un plazo concreto de duración es inconstitucionalidad, ya que deja tal decisión en manos de la Mesa y priva a los parlamentarios de sus facultades de control.[1] Sin embargo puede suceder que el Congreso no acepte prorrogar el estado de alarma o incluso lo censure (aunque el Ejecutivo siempre tanteará a sus aliados para recabar futuros apoyos parlamentarios antes de declararlo), lo que llevaría a plantear dos posibilidades: o bien el Congreso retira el apoyo de la declaración (o prórroga) del estado de excepcionalidad que se hubiese utilizado porque cesó la emergencia, lo que supondría que las elecciones se celebrarían en condiciones de normalidad; o bien lo retira por razones de oportunidad política, lo que supondría celebrar unas elecciones durante un supuesto de excepcionalidad, como sucedió durante la pandemia.

De este modo, si existe un partido que cuente con mayoría absoluta, podrá adoptar cualquiera de los tres estados sin que

[1] En cambio, no sería inconstitucional, para el Alto Tribunal español, que el Congreso estableciese un plazo concreto de suspensión de sus actividades u optase por medidas menos gravosas. Y es que, aunque la Mesa del Congreso no pueda suspender los períodos ordinarios de sesiones (art. 73 de la Constitución española), puede reprogramar el Calendario de actividades del Pleno y de las Comisiones (art. 31.6 del Reglamento del Congreso). En nuestra opinión, el retraso en la tramitación de las proposiciones, la reducción de las actividades y la suspensión de las sesiones que llevó a cabo el Congreso durante la primera ola de la pandemia no eran exactamente una suspensión. Pues, aunque la actividad de la Cámara se redujo, nunca cesó por completo, ya que continuaron presentándose iniciativas a través del correo electrónico, se respondían las consultas por teléfono y el Gobierno comparecía ante los diputados por escrito. Además, dicha demora apenas fue de unos días y pocas fueron las sesiones que se atrasaron. Simplemente se adaptó la actividad parlamentaria a la realidad existente y ante el ordenamiento jurídico vigente. No se produjo, por tanto, una suspensión, sino un retraso de las sesiones parlamentarias, para lo cual sí está facultado constitucionalmente el Congreso (Antecedentes de hecho 2 y 7). Además, se evitó pasar a la no presencialidad por las dudas constitucionales que ello podría acarrear, aunque el Tribunal Constitucional declara que continuar las sesiones parlamentarias por la vía telemática hubiera sido la opción constitucional.

exista un verdadero control político que lo pueda limitar o frenar en su empeño. En el caso de una coalición, el partido del Gobierno deberá consultar a los principales líderes de los diferentes grupos parlamentarios coaligados si van a apoyar su declaración. De hecho, esa ha sido la costumbre política que, durante la pandemia, ha llevado a cabo el Gobierno, antes de prorrogar cada estado de alarma. De este modo, aunque no exista control previo parlamentario, el partido del Gobierno no adoptará ninguno de los estados si es consciente que no va a contar con los apoyos suficientes para su ratificación, sea en forma de prórroga o de autorización. Y es que el fracaso parlamentario de la petición de la primera prórroga del estado de alarma no solo le costaría al Ejecutivo una fuerte censura mediática por parte de la oposición política, sino que, incluso, podría tener sanciones penales, de acuerdo con el artículo 116.6 CE. Aunque no queda claro, conforme a este precepto, si el Congreso también puede ser responsable por autorizar medidas abusivas de suspensión de derechos. Por tanto, aunque la oposición carezca de un rol vinculante sobre el Ejecutivo, su papel fiscalizador, a través de su manifestación pública, es esencial.[2] Y si el partido del Gobierno se encontrase en minoría y sin apoyos para su aprobación, el Estado se vería arrastrado a la inacción frente a la crisis, salvo que el Ejecutivo buscase crear un verdadero conflicto constitucional con la finalidad de deslegitimar al Congreso y adquirir autonomía normativa absoluta, en el caso de que no contase con el apoyo parlamentario suficiente para llevar a cabo su acción política. Otra opción sería que nuestros actores políticos, haciendo alarde de virtud política, dejasen a un lado sus diferencias políticas y uniesen fuerzas en aras del bien común, al menos mientras no cese la emergencia.

En cambio, para las elecciones autonómicas o municipales, no cabe posponer la celebración de las mismas una vez que los miembros de la Asamblea o del Pleno, respectivamente, terminan su mandato, ya que la suspensión de comicios por emergencias, no se recoge en ningún Estatuto de Autonomía ni en la propia LOREG, a diferencia de lo que sucede en el Parlamento

[2] Así lo entiende el Fundamento Jurídico (FJ.) 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 168/2021, de 5 de octubre del 20213, ya que salvaguarda el equilibrio de poderes propio del Estado de Derecho.

nacional cuando se decide mantener la aplicación de un estado de excepcionalidad, sino que su celebración no se puede retrasar. Lo mismo sucede con la coerción estatal, lo cual es aún más curioso porque supone celebrar elecciones en un momento de clamoroso malestar institucional autonómico. Y es aquí, precisamente, donde surge nuestra hipótesis, que consiste en analizar cómo se llevarían a cabo las elecciones (nacionales, autonómicas y locales) durante la concurrencia de las situaciones que habilitan para la declaración de uno de los estados de excepcionalidad.

IV. La afectación del voto durante los estados de excepcionalidad

Así, cuando concurra alguno de los supuestos que habilitan la declaración del estado de alarma (art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en adelante LOAES), tanto a nivel nacional (cuando, a pesar de concurrir los supuestos, no se declara), como autonómico o municipal, el derecho al voto se verá condicionado de manera diferente. Por ejemplo, cuando se produzcan desgracias públicas o calamidades,[3] como inundaciones, huracanes, terremotos, etc., será difícil respetar el sufragio de aquellas personas que se han quedado incomunicados a causa de los destrozos, por lo que su derecho al voto se verá afectado. Lo mismo sucederá si se produce una situación de desabastecimiento,[4] ya que, si escasea, por

[3] Se podría haber usado para hacer frente a las consecuencias que supuso la erupción del volcán de La Palma en 2021, pero su gestión pudo realizarse a través de las leyes de protección civil sin que se produjese un forzamiento de su literalidad.

[4] La declaración del estado de alarma por el desabastecimiento de los productos básicos, para Cruz Villalón (Cruz Villalón, Pedro, "El nuevo Derecho de excepción. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio", *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, pp. 98 y 99), debe tener origen en causas naturales o internacionales, pues si la tienen en conflictos sociales, será preciso aplicar el estado de excepción, como así también lo entiende Fernández de Casadevete Mayordomo (Fernandez De Casadevete Mayordomo, Pablo, "Las crisis de los controladores aéreos y la Covid-19 como emergencias constitucionales insuficientemente reguladas. Propuestas de "lege ferenda" para

ejemplo, la celulosa (para imprimir las papeletas) o de cualquier otro producto de primera necesidad (alimentos, agua, gasolina) ni siquiera las autoridades electorales podrán celebrar los comicios conforme lo establecido en la regulación, ya que o bien será físicamente imposible o bien, como en el último caso, habrá otras prioridades, como es la supervivencia. Lo mismo sucederá en el caso de paralización de los servicios públicos esenciales,[5] a raíz de una huelga salvaje, por ejemplo, de la industria de la celulosa con las que se producen las papeletas o de los transportistas que la trasladan. Sin embargo, es cuestionable considerar la producción de celulosa un servicio esencial, por lo que es precisa una futura Ley de huelgas que diferencie conceptualmente entre "servicios esenciales" y "servicios mínimos" (Martínez Cuevas, 2021: 415), lo que es una tarea bastante compleja. En cualquier caso, en ambos supuestos, los ciudadanos verán alterado su derecho a votar, ya que la Administración Electoral carecerá de medios para hacerlo efectivo. Por último, si se produce una crisis sanitaria de gran magnitud,[6] como ya sucedió en 2020, las personas que se encuentren enfermas o puedan ser potencialmente

el estado de alarma", *Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 360.), aunque la LOAES parece que hace referencia a conflictos sociales al permitir que, a través de este mecanismo, se intervengan talleres, fábricas. Sin embargo, Garrido López (Garrido López, Carlos, "Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción", Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 54-55) considera que cuando la paralización de servicios esenciales concurra con el desabastecimiento de bienes de primera necesidad, es posible usar tanto el estado de alarma como el de excepción.

5 Es lo que Cruz Villalón (Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*), llama supuesto "no supuesto" o un "supuesto agravante", ya que éste, por sí sólo, no basta para que pueda ser declarado el estado de alarma, sino que requiere de otro de los supuestos recogidos en la LOAES para poner en marcha este instrumento, lo cual fue reclamado por el grupo comunista con el fin de evitar que se usase para paralizar huelgas, aunque en la praxis política resultó en vano, ya que se utilizó esta acción para hacer frente a la huelga de controladores aéreos del 2010, junto con una movilización militar que carecía de respaldo legal.

6 Sin embargo, el FJ. 11 de la STC 148/2021, de 14 de julio, entendió que si dicha crisis sanitaria requiere la adopción de la medida conocida como "confinamiento domiciliario" deberá gestionarse la emergencia a través del estado de excepción.

contagiosas, no podrán ejercer su derecho al voto si no hubiesen solicitado, previamente, el voto por correo. E, incluso, es cuestionable que los comicios puedan celebrarse en condiciones de salubridad, evitando contagios, sin poner en riesgo la salud de las personas más vulnerables, como los ancianos o las personas con enfermedades crónicas.

El supuesto que habilita la declaración del estado de excepción (art. 13 LOAES) es más complejo, ya que ni existe consenso sobre si este mecanismo tiene el monopolio para hacer frente a las graves alteraciones de orden público,[7] ni tampoco es claro lo que se entiende por orden público.[8] En cualquier caso, si este se viese afectado gravemente y o bien, finalizase la prórroga del estado de excepción (que no puede superar los 60 días) sin que cesase dicha alteración, o bien, estando declarado, deben cele-

[7] La STC 89/2019, del 2 de julio habilita al Ejecutivo nacional, a través del mecanismo del art. 15 de la Constitución española, a enfrentar graves alteraciones de orden público a través del mismo. Se trata de un instrumento que sólo puede aplicarse cuando "una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España", de una forma "flagrante, manifiesta y contumaz" (FJ. 5B..c) de la STC 90/2019, del 2 de julio) lo cual debe ser apreciado por el Gobierno únicamente, al igual que los estados ya mencionados. Se trata de un mecanismo que permite colocar al Estado (como unidad) en una posición de superioridad sobre esa Comunidad Autónoma desobediente, de forma transitoria, al ser éste garantía de la unidad y la supremacía del interés de la Nación (FJ. 4.a) de la STC 89/2019, del 2 de julio). Por tanto, a nuestro parecer, la coerción estatal del art. 155 de la CE es una acción eminentemente institucional, por lo que el destinatario de sus medidas sólo puede ser un ente de naturaleza pública, pero nunca deberán serlo individuos.

[8] Según la interpretación defendida por el Tribunal Constitucional del orden público, se justifica declarar el estado de excepción cuando cualquier aspecto de la vida política se vea impedido de forma notable por una emergencia, incluso aunque se trate de una epidemia. Sin embargo, no podemos compartir esta postura, siempre desde el más profundo de los respetos, ya que, entendemos, el estado de excepción fue creado para superar situaciones de grave alteración del orden público, entendido éstas como graves alteraciones de la seguridad ciudadana, por lo que defendemos que sólo cuando las epidemias derivasen en grandes perturbaciones del orden público podría recurrirse a la declaración del estado de excepción o, en caso extremo, a la del estado de sitio. Pero nunca debe acudirse a ese mecanismo para otros supuestos diferentes.

brarse elecciones a nivel autonómico o municipal, el derecho al voto se verá más cercenado. Y es que resulta cuestionable no solo que se pueda ejercer el derecho al sufragio en una situación de trifulcas, movilizaciones, atentados, etc., sin verse el espíritu, colectivo e individual, coaccionado por la coyuntura violenta que estas situaciones políticas implican a la hora de elegir por qué partido votar; es que, además, es bastante dudoso que este derecho se ejerza en condiciones de libertad cuando, tras el estado de excepción (si el Congreso lo hubiera concedido) se hubiera levantado la suspensión de los derechos de manifestación, reunión, libertad de expresión, que trae aparejado este mecanismo. Y ello por la sencilla razón de que la ciudadanía carecería de una visión crítica, objetiva y racional, tanto positiva o negativa, de la gestión del Gobierno de la alteración de orden público, cuando sus libertades han estado mermadas tanto tiempo.

Y, desde luego, lo mismo sucedería ante una declaración de un estado de sitio (por invasión o intento de secesión violenta, conforme al art. 32 LOAES). A nivel nacional sería un supuesto de laboratorio que el Congreso se negase a declarar o prorrogar dicho estado ante los supuestos mencionados. Pero, en cualquier caso, habría que celebrar, conforme a la actual regulación estatutaria y legislativa, las elecciones autonómicas y locales, a pesar de estar atravesando una situación de conflicto bélico, como sucedió con nuestra primera Constitución de 1812, aunque en este caso se preveía la delegación del voto.

Más curioso es el caso de la coerción estatal, ya que la emergencia que habilita la declaración de esta acción, como es el grave incumplimiento de la Constitución española o de la legislación (como sucedió con el intento de secesión catalana en 2017) u ocasionarle perjuicio al interés general, no permite suspender la celebración de elecciones autonómicas. Es verdad que, por ejemplo, la única vez que este mecanismo se aplicó en España, el Ejecutivo nacional obligó a que se celebrasen elecciones, porque tanto el Gobierno como el parlamento autonómico buscaban incumplir la ley. Pero si hubiera que celebrar elecciones por terminación del mandato de los representantes, aunque el único que incumpliese fuese el Presidente regional, según nuestro entender, el Gobierno no puede, a través de este mecanismo, prorrogar el cargo de los asamblearios, aunque la STC 89/2019, del

2 de julio es muy laxa en relación a las medidas que el Ejecutivo nacional puede adoptar durante la aplicación de este mecanismo.

V. Conclusiones

Algún jurista puede pensar que estos planteamientos son absurdos y responderlos con *salus publica suprema lex est*, pero perdería de vista la imperiosa necesidad de proteger las leyes que configuran la libertad ciudadana, estableciendo barreras que impidan al Gobernante realizar determinadas acciones durante estas situaciones. Por ello es preciso adaptar la legislación electoral española a estas emergencias o determinar su suspensión hasta que las mismas cesen, ya que ignorarlas solo condena el ejercicio efectivo del derecho al voto en estas circunstancias. Pues permitir que se incumpla la Ley para proteger nuestra Libertad, es la antesala para perderla.

Referencias

Cruz Villalón, Pedro, "El nuevo Derecho de excepción. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio", *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.

Fernandez de Casadevete Mayordomo, Pablo, "Las crisis de los controladores aéreos y la Covid-19 como emergencias constitucionales insuficientemente reguladas. Propuestas de '*lege ferenda*' para el estado de alarma", *Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

Garrido López, Carlos, "Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción", *Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

Modelo federal venezolano y mexicano en cuanto a la competencia para la declaratoria y emisión de medidas extraordinarias de estados de alarma por parte de órganos estadales

***

Venezuelan and Mexican federal model regarding the competence for the declaration and issuance of extraordinary measures of states of alarm by state agencies

*Mariana Campos Villalba**

Resumen: el objetivo del presente trabajo será analizar comparativamente el modelo federal venezolano y mexicano en virtud de las competencias concurrentes en la declaratorias de estados de alarma por parte del Poder Público Estadal. En el desarrollo de la investigación veremos como las competencias estadales de ambos países han sido vaciadas de contenido; asimismo, se evidencia que la declaratoria del estado de alarma en el caso venezolano solo habilita a las gobernaciones a dictar medidas de carácter especial mas no excepcional, a diferencia del caso mexicano en el cual los Estados pueden dentro del ejercicio de las competencias concurrentes, decretar cierto tipo de medidas

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela. Especialista en Derecho Constitucional, doctorando en Derecho de la misma universidad. Docente universitario en la cátedra de Clínica Jurídica en Derechos Humanos en la Universidad Católica Andrés Bello sede Caracas, Venezuela.

en el marco de la materia de salubridad con facultades más amplias que en el caso venezolano.

Abstract: the objective of the research will be to comparatively analyze the Venezuelan and Mexican federal model by virtue of the concurrent powers in the declaration of states of alarm by the State Public Power. In the development of the investigation, we will see how the state powers of both countries have been emptied of content. Likewise, it is evident that the declaration of the state of alarm in the Venezuelan case only enables the governorates to dictate measures of a special but not exceptional nature, unlike the Mexican case in which the States can, within the exercise of concurrent powers, decree certain types of measures within the framework of health matters with broader powers than in the Venezuelan case.

Palabras clave: federalismo, poder público estadal, estados de excepción.

Keywords: federalism, state public power, states of exception.

Sumario: I. Breve comentario sobre el sistema federal en Venezuela y México. II. Régimen de distribución territorial de competencias en el modelo federal venezolano. III. Régimen de distribución territorial de competencias en el modelo federal mexicano. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Breve comentario sobre el sistema federal en Venezuela y México

El preámbulo de la Constitución venezolana define el Estado como federal y descentralizado, regido por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad consagrados en el artículo 4; asimismo, el Poder Público se encuentra distribuido por el Poder Público Nacional, Poder Público Estadal y Poder Público Municipal.

El federalismo venezolano propone un modelo de tres niveles que requiere una distribución de competencias y relaciones gubernamentales, divididas, a su vez, en exclusivas, concurrentes

y residuales. Las primeras son aquellas cuya legislación y ejecución, o simplemente una de estas actividades, pertenecen enteramente a una de las partes, sea la Federación o sean los Estados. Por su parte, las materias concurrentes son aquellas que pueden ser reguladas tanto por la Federación como por los estados miembros[1]; conforme a la tradición de los sistemas federales, las competencias residuales son aquellas competencias que los Estados tienen en todo aquello que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal.

El federalismo venezolano se define fundamentalmente por la asignación de competencias exclusivas, muy escasas, a los Estados y abundantes al Poder Nacional y a los municipios, lo cual impone una política de descentralización, si se quiere dar contenido a la declaración de Estado Federal Descentralizado, y el establecimiento de relaciones intergubernamentales que son inherentes a la existencia de niveles territoriales autónomos, con potestades legislativas, administrativas y tributarias.[2]

Por su parte, en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, indica que dicha nación se constituye como una "República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental", al igual que la legislación venezolana propone un modelo federal de tres niveles, el gobierno federal, el gobierno estatal y el gobierno municipal.

II. Régimen de distribución territorial de competencias en el modelo federal venezolano

El Poder Publico Estadal venezolano se encuentra conformado por la división político territorial de Estados, que son definidos

1 García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 234.

2 González Cruz, Fortunato, "El régimen federal en la Constitución Venezolana de 1999", *Anuario de Derecho*, Caracas, núm. 23, 2001, p. 409.

en el artículo 159 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, quedando obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República tal como lo establece el artículo 164 que enuncia competencias exclusivas de los estados.

Ahora bien; podemos observar que los ordinales 1, 2 y 3 del artículo señalado en realidad lo que define son atribuciones generales exclusivas de los órganos de los Poderes Públicos Estadales, que en lo particular corresponden a los Consejos Legislativos y al gobernador de cada estado. La competencia para que la Asamblea Nacional pueda regular por ley, la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos o el nombramiento de los contralores estadales, que integran los poderes públicos de los Estados los cuales solo deberían estar regulados en las Constituciones de los Estados.[3]

En relación a la materia, su desarrollo y ejecución, depende en gran medida de las políticas que ejecute el Poder Nacional, de la coordinación de los estados con este, de las leyes que dicte el parlamento y de posteriores decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, que en la práctica real, han sustraído las competencias a los estados subrogándoselas al Poder Nacional, por lo cual resulta evidente que, aun cuando la Constitución enuncia las competencias del artículo 164 como exclusivas del Poder Estadal, las mismas en realidad no gozan de un carácter absoluto sino parcial.

Las competencias que corresponden desarrollar o ejecutar los tres niveles territoriales, el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal deben ser necesariamente reguladas mediante leyes base dictadas por la Asamblea Nacional, leyes de desarrollo aprobadas por los Consejos Legislativos de los Estados, orientadas por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad en tenor a lo establecido en el artículo 165 de la Constitución.

[3] Brewer-Carías, Allan, "La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana", *Revista de Estudios de Administración Local*, *Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, Madrid.

Las competencias concurrentes del Poder Estadal no resultan tan claras como ocurre en el caso del Poder Nacional o el Poder Municipal; y es que; las competencias concurrentes son identificadas por deducción en todos los casos en los cuales la Constitución atribuye determinadas competencias y responsabilidades al "Estado", acepción que comprende toda la organización política del Estado Federal y, por tanto, a estos efectos competenciales, tan "Estado" es la República como los estados y los municipios,[4] cuando una norma constitucional señala que una competencia será del Estado, se refiere a una competencia concurrente del Poder Nacional, Estadal y Municipal.

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164.11), siendo esto lo que se denomina la cláusula residual; no obstante, también existe una competencia implícita en el artículo 156 de la misma carta magna, a favor del Poder Nacional; en consecuencia, estas competencias residuales a favor de los Estados pueden resultar de contenido más vacío y dependiente del Poder Público Nacional. En tal sentido; la Constitución de 1999 estableció una doble competencia residual: a favor del Poder Nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los Estados.[5]

2.1. Régimen de los estados de excepción en Venezuela

A raíz de la Constituyente de 1999, se realizaron algunas alteraciones las cuales implican un franco retroceso en materia de derechos humanos, que en parte involuciona a un escalón institucional anterior al de la Constitución de 1961,[6] es importante señalar que, el Capítulo II del Título XIII dedicado a los estados de excepción señala que "El Presidente o Presidenta de la República,

---

4 Brewer-Carías, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo II, El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal*, Caracas, 1996, pp. 387 y ss.

5 Brewer-Carías, Allan, "La distribución territorial de competencias...", *cit*., pp. 163-200.

6 Ayala Corao, Carlos, y Casal, Jesús, *La evolución político-institucional de Venezuela 1975- 2005*, Caracas, Estudios Constitucionales, 2008, pp. 435-499.

en Consejo de Ministros podrá decretar los estados de excepción" así como los limites materiales en función de los derechos fundamentales y garantías que no son susceptibles de ser restringidos; asimismo, el artículo 338 establece las categorías por las cuales se pueden restringir temporalmente las garantías fundaméntales las cuales son: estado de alarma, estado de emergencia económica y estado de conmoción interior o exterior, según la naturaleza de orden social, económico, político, natural o ecológico con un límite temporal establecido para cada una de estas categorías, de igual manera el artículo 339 establece el procedimiento para su autorización por parte del parlamento y la declaratoria de constitucionalidad por parte del Poder Judicial en cabeza de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Dicho esto, se deduce que en materia de estados de excepción la competencia declaratoria corresponde de manera exclusiva al Poder Nacional en cabeza del presidente de la República en Consejo de ministros, resultando inconstitucional cualquier declaratoria de estado de excepción emitida por otro Poder Público.

No obstante, como se advirtió anteriormente, Poder Publico Estadal tiene la competencia concurrente conjuntamente con el Nacional y Municipal del régimen de la administración de riesgos y emergencias tal como lo señala el artículo 55, 156 ordinal 9 y 332 de la Constitución venezolana en lo referente a la seguridad y protección ciudadana, y administración de riesgos y emergencias.

En efecto, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres,[7] refuerza el criterio de competencia concurrente al señalar en el artículo 34 referente al régimen de las situaciones de desastre que "El Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde en sus respectivas jurisdicciones declararán la existencia de un estado de alarma o de emergencia, y en el mismo acto la

[7] Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 5.557, Extraordinaria de fecha martes 13 de noviembre del 2001. Decreto Presidencial núm. 1.557 con Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.

clasificaran según su magnitud y efectos, y determinarán las normas pertinentes, propias del régimen especial para situaciones de desastre.[...]".

De lo transcrito supra se evidencia que se trata de un régimen especial mas no excepcional, el régimen especial se refiere a aquel que contiene normas solo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas,[8] el referido régimen presupone y no elimina la simultánea vigencia de la norma general y de la norma especial. La Ley especial se aplicará con preferencia a la Ley general cuando su supuesto de hecho se ajusta más al hecho concreto, pues de otra forma quedaría ineficaz, ya que nunca sería aplicable y no puede suponerse que el legislador quiso una *lex sine effectu*.[9]

A diferencia del régimen especial, el régimen excepcional lo que hace es establecer un efecto distinto al de la norma regular o normal "mientras que la norma especial desarrolla la lógica interna de la norma general y añade un efecto ulterior, la norma excepcional rompe la lógica del derecho normal e introduce una lógica propia y distinta".[10]

Dicho esto, cuando el ordenamiento jurídico venezolano se refiere a "Estado de Alarma" por parte de poderes estadales o municipales, se refiere al supuesto del artículo 34 de Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres, no se refiere a una declaratoria de excepcionalidad por parte del Poder Estadal sino una declaratoria de régimen especial solo en lo relativo a situaciones de desastre.

---

8 Castro, Federico de, *Derecho Civil de España, Tomo I*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 111.

9 Villar Palasí, José, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*, Madrid, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1968, pp. 483-484.

10 Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, J. M. Bosh Editor, 1992, p. 47.

III. Régimen de distribución territorial de competencias en el modelo federal mexicano

Al igual que la experiencia venezolana, nos encontramos con un modelo de tres niveles, sin embargo, las competencias en el ámbito Estadal se encuentran seriamente mermadas, en función de ello, la distribución competencial se señala constitucionalmente estableciendo las competencias exclusivas atribuidas expresamente a los Estados según lo establecido en el artículo 27 fracción XVII, artículo 41, y artículo 102, Apartado B; las prohibiciones competenciales de las Entidades Federativas (Estados) establecidas en el artículo 117 y 118, ; las competencias concurrentes son tales como la educación (art. 3), materia penitenciaria (art. 18 párrafo tercero y quinto), seguridad pública (art. 21), planeación de desarrollo nacional (art. 26 párrafo tercero), servicios de salud (art. 4 y 73 XVI).

Asimismo, las competencias residuales están reguladas en el artículo 124, la cual indica que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias", no obstante, es importante señalar que esta competencia residual es a favor de la Federación, considerando que el artículo 73 que asigna las competencias a la Federación, ha sufrido al menos 45 reformas o adiciones;[11] las competencias coincidentes son aquellas que son ejercidas simultáneamente por la Federación y los Estados, por lo cual constituye una excepción al sistema federal, son coincidentes ya que permiten legislar una misma materia tanto a la Federación como a los Estados lo que requiere un nivel de coordinación y colaboración entre ambos niveles territoriales, estas materias son salubridad general, vías de comunicación educación y seguridad pública; y finalmente, las facultades de auxilio son entendidas como aquellas que una autoridad ayuda o auxilia a otra según lo establecido en el artículo 130.

[11] Serna de la Garza, José, "Artículo 124: Comentario", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, vol. XI, México, Cámara de Diputados, 2016, p. 403.

3.1. Régimen de los estados de excepción en México

La Constitución dispone en el artículo 29 que "solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación", la cual es mucho más específica que la disposición venezolana en establecer la competencia exclusiva de la Federación en cabeza del Presidente de la República en decretar restricción o suspensión de derechos y garantías. Del mismo modo, a diferencia de Venezuela, la legislación mexicana no contempla una diferencia nominal de las categorías de estados de excepción, tampoco la determinación expresa en cuanto al límite temporal de la excepcionalidad; sin embargo, cuenta con los mecanismos de control parlamentario y judicial.

No obstante, a diferencia del caso venezolano, México cuenta con el llamado Consejo de Salubridad General por casos de "epidemias de carácter grave" según establece el artículo 73 de su constitución, la cual "tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República." La cual ha sido la vía por parte del gobierno mexicano para hacer frente a la contingencia del Covid-19.

En función de ello, el Consejo dictó en el referido contexto una serie de lineamientos con fundamento en los artículos 4, párrafo cuarto, 73, fracción XVI, bases 1a. y 3a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como los artículos 3, fracción XV, 4, fracción II, 17, fracción IX, 134, fracción II y XIV, 140 y 141 de la Ley General de Salud, y artículos 1 y 9, fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General para declarar como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus sars-cov2 (covid-19).[12]

[12] *Diario Oficial de la Federación*, 30 de marzo de 2020, *http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/acuerdo-covid19-csg.pdf*.

Tal como indicamos supra, la salud es una competencia concurrente tal como lo establece el artículo 4, por lo tanto, para el ejercicio de tal competencia resulta necesaria una ley marco que lo regule. Tal es el caso de la Ley General de Salud, que según el artículo 1 "establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general"; asimismo, el artículo 3 fracción XV, señala que es materia de salubridad nacional la prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre y la prevención y el control de enfermedades transmisibles y faculta a los gobiernos de las entidades federativas como entidades sanitarias en el artículo 4 fracción IV, para realizar actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de enfermedades transmisibles determinadas por el Consejo de Salubridad General conforme al artículo 134 fracción XIV; además podrán ordenar según lo dispuesto en el artículo 151, el aislamiento de las personas que padezcan enfermedades transmisibles se llevarán a cabo en sitios adecuados, a juicio de la autoridad sanitaria; la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole por causas de epidemia según lo establecido en el artículo 152.

Cabe advertir que, según el artículo 181, en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el Presidente de la República, además de ello establece el artículo 182 que en caso de emergencia causada por deterioro súbito del ambiente que ponga en peligro inminente a la población, la Secretaría de Salud adoptará las medidas de prevención y control indispensables para la protección de la salud sin perjuicio de la intervención que corresponda al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

IV. Conclusiones

Venezuela y México dentro de sus disposiciones constitucionales se autodenominan como países federales, los cuales proponen un

modelo de tres niveles dentro de los cuales se encuentra el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal, no obstante en el ámbito de distribución de competencias se le atribuyen competencias exclusivas a los estados de manera formal, las competencias concurrentes se encuentran condicionadas a leyes bases dictadas por parte del Poder Nacional o no resultan de carácter absoluto sino parcial. En el caso de las competencias concurrentes y residuales no están del todo claras y benefician más al Poder Nacional y Municipal que al mismo Poder Estadal, lo cual debilita de manera definitiva el modelo federal convirtiéndolo en unitario con ciertas características descentralizadas dado el fuerte contenido presidencialista.

Los poderes de los estados para hacer frente a situaciones excepcionales ya han ocurrido mundialmente como es el caso del Covid-19, resultan escasas e insuficientes ante los alarmantes números de contagios y la grave condición humanitaria que atraviesa especialmente Venezuela; no obstante, el hecho de que solo el Poder Nacional pueda dictar medidas extraordinarias, hace que la regulación excepcional resulte homogénea, hecho que pudiera resultar beneficioso para su cumplimiento en todo el territorio nacional. No obstante, pudiera ser perjudicial para las regiones que enfrentan crisis que ameriten medidas más específicas que hagan frente a la situación de manera más eficaz y eficiente.

De lo analizado anteriormente, se evidencia que en la legislación mexicana, los Estados pueden dentro del ejercicio de las competencias concurrentes, decretar cierto tipo de medidas en el marco de la materia de salubridad con facultades más amplias que en el caso venezolano; sin embargo, estas facultades son limitadas puesto que la legislación se reserva el ejercicio de medidas en situaciones graves en cabeza del Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología; en consecuencia, las entidades federativas no tienen la competencia para decretar estados de alarma aun de manera nominal sin necesidad de ser de carácter excepcional como es el caso de Venezuela.

Referencias

Ayala Corao, Carlos, y Casal, Jesús, *La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005*, Caracas, Estudios Constitucionales, 2008.

Brewer-Carías, Allan, "La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana", *Revista de Estudios de Administración Local, Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública núm. 291, 2003.

Brewer-Carías, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo II, El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal*, Caracas, 1996.

Castro, Federico de, *Derecho Civil de España, Tomo I,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

González Cruz, Fortunato, "El régimen federal en la Constitución Venezolana de 1999", *Anuario de Derecho*, Caracas, núm. 23, 2001.

Irti, Natalino, La edad de la descodificación, Barcelona, J. M. Bosh Editor, 1992.

Serna de la Garza, José, "Artículo 124: Comentario", *Derechos del Pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, vol. XI*, México, Cámara de Diputados, 2016.

Villar Palasí, José, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*, Madrid, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1968.

Diario Oficial de la Federación, de fecha 30 de marzo de 2020.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 5.557, Extraordinaria de 13 de noviembre del 2001. Decreto Presidencial núm. 1.557 con Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.

El bicentenario de la Constitución Federal mexicana de 1824. A propósito del debate federalismo vs. centralismo[1]

***

The bicentennial of the 1824 Mexican Federal Constitution. On the federalism vs. centralism debate.

*Imer B. Flores**

A la memoria de don Jorge Fernández Ruiz
We must, indeed, all hang together or, most assuredly, we shall all hang separately.
Benjamin Franklin

* Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Profesor, Facultad de Derecho, UNAM; Tutor, Posgrado en Derecho, UNAM; *imer@unam.mx. X: @imerbflores*.

1 Versión revisada de la ponencia preparada para el *XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI. Homenaje a la Constitución Federal de 1824*, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, en Ciudad de México, del 21 al 25 de octubre de 2024. Versiones anteriores fueron presentadas en el marco de los Cursos *Las Constituciones de México: La constitución de 1824*, el 10 de abril de 2014, e *Historia constitucional: Federalismo y centralismo en México 1824-1847*, el 30 de abril de 2015, ambos organizados por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM), *http://www.inehrm.gob.mx/es/inehrm/C1824Sesion_5 http://www.inehrm.gob.mx/es/inehrm/Sesion_2_Curso_Centralismo_y_federalismo*,

El Federalismo en Norteamérica contribuyó a unir territorios separados; en México contribuirá a fracturar lo que está unido.

Fray Servando Teresa de Mier

La nación se ha pronunciado suficientemente por el sistema de republica federada: no podían ser otros sus votos puesto que quiere ser libre en toda la extensión de la palabra.

Prisciliano Sánchez

Sumario: I. Introducción. II. Lo federal como forma de Estado, gobierno u organización. III. El debate sobre el voto por la forma federada. IV. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

Conmemorar el bicentenario de la primera Constitución federal mexicana de 1824, implica una convocatoria tanto para rendir un homenaje a la misma, así como a quienes participaron en su instalación y en sus debates, como para reflexionar sobre el papel del constitucionalismo para la democracia del siglo xxi. Así, en esta ponencia, recordamos, la toma de una de esas decisiones políticas fundamentales, la cual constituye uno de esos grandes hitos en nuestra historia constitucional: la adopción del federalismo, a partir del debate sobre la forma federada o federal de organización del poder, en el marco de la instalación del Congreso Constituyente de 1823-1824.

Es especialmente relevante sobre todo en el contexto de un Estado como el mexicano que está y ha estado constituido como una República representativa, democrática, laica y federal, *i.e.*, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de la Constitución general. Cabe recordar que, durante la gran mayor parte de nuestra vida independiente, desde la promulgación de la Constitución de 1824, con excepción del paréntesis centralista (1836-1847), e inclusive durante los diferentes regímenes conservadores paralelos (1858-1860), incluida la Junta de Regencia y el segundo Imperio Mexicano (1863-1867), hemos optado por la forma federada o federal.

Al respecto, me parece que declarar que México es una República que está "compuesta por Estados libres y soberanos [...] unidos en una Federación" corre el riesgo de convertirse en una perogrullada o peor aún en una frase hueca si los hechos no corresponden a la realidad y si los mismos la contradicen. Las preguntas obligadas son: ¿qué significa que los Estados sean libres y soberanos? O en otras palabras: ¿libres y soberanos para qué?

Cabe recordar, de un lado, que el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

Del otro, que el artículo 115 estipula: "Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre [...]".

Claro está que ser libres y soberanos significa que los Estados están facultados para tomar decisiones relacionadas con su régimen interior, pero esta facultad no es absoluta pues siempre debe ser ejercida dentro del marco de competencias previsto por la Constitución general y, en consecuencia, deben adoptar a su vez una forma republicana, representativa y democrática, *i.e.*, popular, en contraposición a una autocrática,[2] a través de elecciones directas de los representantes populares, períodos constitucionales preestablecidos y alternabilidad en los cargos, entre otras medidas.

Aunado a lo anterior la única opción en un Estado constituido con una forma federal o federada es aquélla que no debilita, sino que por el contrario verdaderamente refuerza el mismo y a

[2] Cabe aclarar y precisar que, a principios de 1824, al constituirse la federación mexicana, la palabra "*Popular* era sinónimo de democrático, de una república del pueblo." Carpizo, Jorge, "La república democrática en la constitución mexicana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011, p. 1056.

todos los órganos tanto federales como locales. Así, somos de la opinión que es un falso dilema fortalecer el gobierno nacional a costa de los gobiernos estatales o locales, o bien a estos a costa de aquél, sino que es imperativo fortalecer tanto al gobierno nacional como a los gobiernos locales o estatales. En otras palabras, no es posible fortalecer el todo sin fortalecer a las partes y, en consecuencia, hay que fortalecer a las partes y con ello al todo. De esta forma, podemos distinguir entre un modelo central o centralista.

Lo anterior por tres razones principales: 1) coherencia entre el decir y el hacer, *i.e.*, no podemos decir que somos una federación de estados y hacer todo lo contrario (en dado caso había que renunciar de manera abierta al modelo federal o federado y optar de modo ya no velado por uno central o unitario); 2) congruencia entre el modelo federal o federado y los principios, así como reglas, que lo fundamentan, *i.e.*, fortalecer tanto al todo como a las partes; y 3) consistencia entre la democracia y el federalismo como formas tanto de gobierno como de organización que están estrechamente relacionadas y que favorecen la descentralización del poder, en contraposición a la autocracia y el centralismo que tienden hacia su centralización.[3]

II. Lo federal como forma de Estado, gobierno u organización

Aun cuando algunos autores conciben a lo federal o federado como una forma de Estado,[4] y otros lo entienden como una forma de gobierno,[5] somos de la opinión que más bien es una

[3] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 2a. ed., México, UNAM, 1949/1958.

[4] Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1973/1991, p. 405; Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, México, IIJ-UNAM, 1996; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 80 y Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa y UNAM-FD, 2001, p. 239.

[5] Campillo, Aurelio, *Tratado elemental de derecho constitucional mexicano*, t. II, México, Tipografía la Económica, 1928, p. 857; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 22a. ed., México, Porrúa, 1944/1987, p.

forma de organización del poder político. Es decir, está caracterizada por la distribución de competencias o descentralización en diferentes ámbitos o niveles, ya sea entre la federación y las entidades federativas, o bien entre lo federal, lo estatal y hasta lo municipal.[6]

Al respecto, habría que recordar que Nicolás Maquiavelo comienza su celebérrima obra *El príncipe* (1513-1531/1946, 7): "Todos los estados y dominios que han ejercido o ejercen imperio sobre los hombre, fueron y son repúblicas o principados. Los principados son hereditarios, cuando una misma familia ha reinado largo tiempo en ellos, o nuevos".

Así, en una república todos comparten el interés público, válgase la redundancia el interés por la cosa pública o *res publica* y, en consecuencia, están asociados o son socios en el autogobierno, con los mismos derechos y obligaciones, en cambio en un principado el interés público coincide con el interés privado del príncipe y de su familia.

De igual forma, las formas de gobierno[7] pueden ser clasificadas en formas puras e impuras o corruptas.

De un lado, las formas puras son: 1) La monarquía o autocracia, el gobierno de uno, *i.e.*, el monarca; 2) La aristocracia, el gobierno de unos cuantos, *i.e.*, los aristos o los mejores, y 3) La democracia, el gobierno de todos, *i.e.*, el pueblo.

Y, del otro, las formas impuras son: 1) La tiranía, el gobierno de uno, *i.e.*, el tirano; 2) La oligarquía, el gobierno de unos cuantos, *i.e.*, los ricos, y 3) La demagogia, el gobierno (en nombre) de todos, *i.e.*, los pobres.

Como es posible advertir ni las formas de Estado ni las formas de gobierno aluden *per se* a lo federal o federado y a lo central o unitario. A grado tal que puede haber repúblicas y principiados,

---

101; Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1998, p. 111; y Barragán Barragán, José, *El federalismo mexicano. Visión histórico constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2007, p. 13.

6 Kelsen, Hans, *op. cit*., pp. 360-386; y Carpizo, Jorge, *op. cit*., p. 93.

7 Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1976/1987.

así como monarquías o autocracias, aristocracias y democracias que adoptan, ya sea la forma federal o federada, o bien la central o unitaria. Así, por ejemplo, puede haber estados republicanos con gobiernos democráticos, léase repúblicas democráticas, tanto federales o federadas como centrales o unitarias. Aunado a lo anterior, al haber optado por ser una república con un gobierno democrático o popular,[8] solamente faltaba establecer la forma de organización del poder político: entre lo federal o federado y lo central o unitario.

III. El voto sobre la forma federada

Como es sabido el primer Congreso Constituyente Mexicano fue convocado en 1822 e inicio sus sesiones el 24 de febrero; disuelto por Agustín de Iturbide en octubre de ese mismo año; y reinstalado en la sesión del 7 de marzo de 1823, aunque no fue declarado legítimamente instalado sino hasta finales de mes cuando reunió el quórum necesario.[9]

Así, ante la caída del primer Imperio Mexicano tras el *Plan de Casa Mata* y la posición de las provincias que exigían respeto a su autonomía y su transformación en estados libres independientes y soberanos, el 12 de junio de 1823 el primer Congreso Constituyente Mexicano, emitió el celebérrimo *Voto del Congreso*

[8] Cabe abrir un breve paréntesis para recordar que, en los gobiernos democráticos o populares, la titularidad de la soberanía reside en el pueblo y que este puede ejercer su soberanía de manera directa o indirecta, mediante sus representantes, lo cual ha dado lugar a la distinción entre democracias directas y representativas. Flores, Imer B., "Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia", en AA.VV., *Los valores de la democracia*, México, IFE, 1998, pp. 89-115; Flores, Imer B., "Democracia y participación: Consideraciones sobre la representación política", en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, México, IIJ-UNAM, 1999, pp. 195-238; Flores, Imer B., "Gobernabilidad y representatividad: hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional", en Hugo A. Concha Cantú (coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 209-236.

[9] Barragán Barragán, José, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

por la forma de República Federada.[10] En el cual comunicaba a las provincias el pronunciamiento por el sistema de república federada y que había decretado la convocatoria al segundo Congreso Constituyente:

> El soberano congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar, que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía por el sistema de república federada, y que no la ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para nuevo congreso que constituya á la nación.

Dicho Congreso fue instalado el 7 de noviembre de 1823 y en su seno fue posible encontrar dos grandes tendencias: una centralista, encabezada por fray Servando Teresa de Mier; y, otra federalista, liderada por Miguel Ramos Arizpe. Este último, mejor conocido como *El padre del federalismo*, formaba parte de la Comisión de Constitución, responsable de la redacción del proyecto de Acta constitutiva y quien había presentado un alegato contra la centralización colonial en su *Memoria sobre el estado de las provincias internas de Oriente presentada a las Cortes de Cádiz*.[11]

No obstante, Porfirio Marquet Guerrero[12] afirma que los cuatro documentos principales sobre la adopción o no del federalismo en México son: 1) *El Pacto Federal en el Anáhuac* de Prisciliano Sánchez (1823/1964); 2) *Reflexiones sobre el Acta Constitutiva* de Francisco García Salinas (1823); 3) *Voto particular* de José María Luciano Becerra (1823); y 4) *Profecía sobre la federación mexicana* del mismísimo fray Servando Teresa de Mier (1823/1962). Los dos primeros a favor y los dos últimos en contra.

---

10 Carpizo, Jorge, *op. cit*., pp. 1056-1057. El *Voto del Congreso por la forma de República federada*, *http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1823_122/Orden_Voto_del_congreso_por_la_forma_de_rep_blica_federativa.shtml*

11 Ramos Arizpe, Miguel, *Memoria sobre el estado de las provincias internas de Oriente presentada a las Cortes de Cádiz*, México, Bibliófilos Mexicanos, 1812/1932.

12 Marquet Guerrero, Porfirio, "Evolución histórica del federalismo en México", *La estructura constitucional del Estado Mexicano*, México, UNAM, 1975, pp. 308-320.

3.1. El Pacto Federal en el Anáhuac de Prisciliano Sánchez

Con antelación a la instalación del Segundo Congreso Constituyente, el 28 de julio de 1823, había aparecido *El Pacto Federal en el Anáhuac* de Prisciliano Sánchez (1823/1964), en el cual el autor afirmaba: "Nada más innato al hombre que el deseo de su libertad pero ninguna cosa le es más inaccesible." Así, exhortaba: "Conciudadanos, nuestra época es singular: venturosamente nos hallamos en la mejor ocasión para ser felices si acertamos constituirnos de un modo digno y correspondiente a las luces del siglo en que vivimos." Además, auguraba: "Las reliquias del imperio son impotentes, y las pretensiones de los centralistas quedaran reducidas a la orbita que les prescriba la carta de nuestra federación, si todas las provincias obran de consumo con sabiduría, con circunspección, con firmeza." Más adelante alegaba: "La nación se ha pronunciado suficientemente por el sistema de la República federada: no podían ser otros sus votos puesto que quiere ser libre en toda la extensión de la palabra." Para tal efecto era necesario constituir un Estado y además descentralizar el poder:

> Un estado bien constituido no debe dar a los gobernantes más autoridad sobre los súbditos que la que sea bastante para mantener el Instituto Social. Todo cuanto sea excederse de estos límites es abuso, tiranía, es usurpación porque nunca el hombre se despoja por voluntad más que de lo muy preciso, para darlo en cambio de otro mayor bien; y de aquí es que el ánimo de donar nunca se presume.

De igual forma, advertía sobre una objeción y adelantaba la respuesta a la misma:

> La principal dificultad y la más favorita con que se nos quiere espantar como a niños medrosos, es la imbecilidad en que suponen va a quedar la nación para resistir las agresiones extranjeras, por la separación gubernativa de sus provincias; pero esto tiene más de ilusión o de malicia, que de solidez. Es verdad que en el sistema federado se divide la nación en estados pequeños e independientes entre sí para todo aquello que les conviene, a fin de ocurrir a sus necesidades políticas y domésticas; más inmediatamente, a menor costa, con mejor conocimiento y con mayor interés que el que pueda tomar por ellos una provincia lejana y extraña, cuya autoridad las más veces obra ignorante, o mal informada, y de consiguiente

> sin tino ni justicia. Pero esta independencia recíproca de los estados en nada debilita la fuerza nacional, porque en ella en virtud de la federación rueda siempre sobre un solo eje, y se mueve por un resorte central y común.

Finalmente reiteraba:

> No se separan las provincias para ser otras tantas naciones independientes en lo absoluto: ninguna ha pensado en semejante delirio, sino que respecto a su gobierno interior se han pronunciado estados soberanos, porque quieren ejercer este sin subordinación a otra autoridad. Se independen mutuamente para administrarse y regirse por sí mismas, puesto que nadie mejor que ellas puede hacerlo con más interés, con mayor economía, ni con mejor acierto, y para esto tienen un derecho incontestable, así como lo tiene cada ciudadano para ser el Señor de su casa, y sistemar su régimen doméstico como mejor le acomode. Pero sin embargo, ellas aseguran que quieren permanecer siempre partes integrantes del gran todo de la nación de que son miembros, unidas por el vínculo insoluble de federación, bajo de una autoridad central que dirija la fuerza en masa, tanto para asegurar a todas y a cada una de las agresiones extranjeras, como para garantizar su independencia recíproca.

3.2. Reflexiones sobre el Acta Constitutiva de Francisco García Salinas

Después de darse lectura al Proyecto de Acta Constitutiva, el 28 de noviembre de 1823, Francisco García Salinas presentó sus *Reflexiones sobre el Acta Constitutiva* (1823). En ellas realizó una exposición crítica de los méritos y deméritos del proyecto, no solamente al enfatizar su congruencia con el modelo federal, sino además al proponer algunas reformas a la misma. Así, por ejemplo, advertía:

> En todas las constituciones modernas se ha adoptado por base la separación absoluta de los poderes, y a renglón seguido se establece un Senado legislativo con atribuciones judiciales en ciertos casos y ejecutivas en otros: ¿No es esto hacer ilusorios los principios establecidos? ¿Y no podría remediarse este defecto trascendental, y que tiende a confundir todos los poderes? ¿Nada nos deberá la perfec-

> ción del sistema social, sino que atados servilmente a la práctica de otros pueblos seremos unos meros imitadores de sus instituciones? Yo creería que por lo menos debíamos hacer algunos esfuerzos para marcar mejor los límites de los poderes, y que mientras no nos desengañemos de la inutilidad de nuestros conatos, no debemos consagrar aquel defecto de un modo invariable en la presente acta.

Aun cuando García Salinas tenía claro que no podían ser "unos meros imitadores" del modelo estadounidense, sino que era necesario ser críticos del mismo, no dejaba de reconocer "lo útil que es uniformar el sistema de contribuciones para facilitar toda transacción entre los estados y se que debe haber rentas generales", entre otras medidas.

3.3. Voto particular de José María Luciano Becerra

En la sesión del 1º de diciembre de 1823, Becerra (1823) leyó su voto particular contrario al federalismo. Al respecto, aclaraba:

> Lo único que quiero es, que el grande y magnífico edificio, cuya construcción está encargada a los conocimientos y cuidados de V. Sob., sean en sí tan solido y de tanta consistencia, y se levante sobre bases tan firmes e indestructibles, cual conviene al alto rango en que debe aparecer nuestra nación entre las otras, y al que felizmente le están llamando sus destinos.

Así, comienza por cuestionar el fundamento de la parte expositiva del Proyecto de Acta Constitutiva: "la voluntad general de la nación es la de constituirse en República federada, o lo que es lo mismo, que esa es la forma de gobierno que debe adaptarse por ser esta la voluntad general de la nación." Al respecto, afirma:

> Cuatro son las proposiciones que se encierran en el principio referido: 1. Que hay voluntad general en la nación para constituirse en la República federada: 2. Que la manera en que este voluntad está manifestada, es la suficiente para conocerla sin equívoco: 3. Que hay precisión de seguirla y conformarse con ella: y la 4 y última. Que la ley es la expresión de la voluntad general que es el principio corriente. Todas estas proposiciones son absolutamente falsas o cuando menos muy dudosas, para que se pueda levantar sobre ellas

> un edificio solido, teniendo una de verdad eterna sobre que construirlo, que es la de que en materia de gobierno todo debe dirigirse al mayor bien y felicidad de la nación.

Para tal efecto recuerda al propio Jean-Jacques Rousseau:[13]

> Si, cuando el pueblo, suficientemente informado, delibera, los ciudadanos pudiesen permanecer completamente incomunicados, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería buena. Pero cuando se forman intrigas y asociaciones parciales a expensas de la comunidad, la voluntad de cada una de ellas conviértese en general con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado, pudiendo entonces decirse que no hay ya tantos votantes como ciudadanos, sino tantos como asociaciones. Las diferencias se hacen menos numerosas y dan un resultado menos general. En fin, cuando una de estas asociaciones es tan grande que predomina sobre todas las otras, el resultado no será una suma de pequeñas diferencias sino una diferencia única: desaparece la voluntad general y la opinión que impera es una opinión particular.
>
> Importa, pues, para tener una buena exposición de la voluntad general, que no existan sociedades parciales en el Estado, y que cada ciudadano opine de acuerdo con su modo de pensar.

Al respecto anota: "cuando hay diversos partidos no hay voluntad general" y apunta "cuando algún partido supere a los demás, no hay por eso voluntad general, porque el voto que prevalece en este caso no es más que un voto particular." En consecuencia, para Becerra el problema era que la supuesta voluntad general de constituirse en una República federada no era sino la voluntad particular de unos cuantos. Para tal efecto, añade:

> Estamos en un tiempo de la mayor miseria, por la que carecemos de lo necesario aún para los gastos más precisos, en un tiempo en que o se dotan los congresos provinciales, y entonces se aumenta la miseria y las desgracias públicas, o no se dotan, y entonces no asistirán los diputados, o todo saldrá mal y por mal cabo; en un tiempo en que aún no se instalan algunas diputaciones provinciales, porque sus miembros se esfuerzan por excusarse, y en que no solamente

[13] Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, México, UNAM, 1762/1962.

> rehúsan los ciudadanos entrar en estas corporaciones, sino también en los ayuntamientos, y en un tiempo en fin de desorganización, de intranquilidad; de irreconocimiento de nuestra independencia por las demás naciones, y lo que es más, de guerra que tenemos desgraciadamente en nuestra costa, y de la otra mucho más temible sin comparación, que ya casi miramos dentro de nosotros, movido o por nosotros mismos o por la santa liga, o por alguna otra potencia.

Finalmente, concluye:

> [N]o nos hallamos en la época en que debemos constituirnos, sino que deberíamos reservarlo para cuando nos veamos reconocidos, o para de aquí a 8 o 10 años, en cuyo intermedio podemos experimentar, observar, estudiar y aún mandar a algunos sujetos que puedan sacar utilidad de visitar las cortes, para que recojan y nos remitan los libros más a propósito para formar el mejor y más recto espíritu público, y que traducidos circulen entre nosotros para formar el nuestro, acopiando los mayores y más útiles conocimientos que pudieren, para comunicárnoslos después, y que en vista de todo pudiéramos acordar lo que sea más conveniente para el bien y la felicidad de la nación.

3.4. Profecía sobre la federación mexicana de fray Servando Teresa de Mier

Ahora bien, al discutirse el artículo 5º de la Acta Constitutiva, en la sesión del 11 de diciembre de ese mismo año, fray Servando pronunció su célebre discurso conocido como *Profecía sobre la federación mexicana* en contra del proyecto, mismo que sería publicado en el *Águila Mexicana* del día siguiente.[14] Así, comienza con una advertencia sobre la pureza y rectitud de sus intenciones:

> [...] Cuando se trata de discutir sin pasión los asuntos más importantes de la patria, sujetarse nimiamente a ritualidades sería dejar el fin por los medios). Nadie, creo, podrá dudar de mi patriotismo.

[14] Teresa de Mier, Fray Servando, "Profecía del doctor Mier sobre la federación mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XII, núm. 48, 1823/1962, pp. 723-736, *http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/2ImpDictadura/1823DSTM-ProfFed.html*

> Son conocidos mis escritos en favor de la independencia y libertad de la América; son públicos mis largos padecimientos, y llevo las cicatrices en mi cuerpo. Otros podrán alegar servicios a la patria iguales a los míos; pero mayores ninguno, a lo menos en su género. Y con todo nada he pedido, nada me han dado. Y, después de 60 años ¿que tengo que esperar sino el sepulcro? Me asiste, pues, un derecho para que cuando voy a hablar de lo que debe decidir la suerte de mi patria, se me crea desinteresado e imparcial. Puedo errar en mis opiniones, este es el patrimonio del hombre; pero se me haría suma injusticia en sospechar de la pureza y rectitud de mis intenciones.

Aunado a lo anterior, responde a quienes le atribuyen haber propuesto un sistema federal, en el nombre, pero central, en la realidad, al preguntar si no hay más que un único modelo para federarse:

> Se nos ha censurado de que proponíamos un gobierno federal, en el nombre, y central en la realidad. Yo he oído hacer la misma crítica del proyecto constitucional de la nueva comisión. Pero ¿qué no hay más de un modo de federarse? Hay federación en Alemania, la hay en Suiza, la hubo en Holanda, la hay en los Estados Unidos de América, en cada parte ha sido o es diferente, y aun puede haberla de otras varias maneras.

En este orden de ideas, parece que la objeción de fray Servando está dirigida no tanto al sistema federal en sí sino al hecho de que copiaba el modelo estadounidense, y para tal efecto recordaba:

> Ellos eran ya Estados separados e independientes unos de otros, y se federaron para unirse contra la opresión de la Inglaterra; federarnos nosotros estando unidos, es dividirnos y atraernos los males que ellos procuraron remediar con esa federación. Ellos habían vivido bajo una constitución que con solo suprimir el nombre de rey es la de una república: nosotros encorvados 300 años bajo el yugo de un monarca absoluto, apenas acertamos a dar un paso sin tropiezo en el estudio desconocido de la libertad somos como niños a quienes poco a poco se han quitado las fajas, o como esclavos que acabamos de largar cadenas inveteradas. Aquél era un pueblo nuevo, homogéneo, industrioso, laborioso, ilustrado y lleno de virtudes sociales, como educado por una nación libre; nosotros somos

> un pueblo viejo, heterogéneo, sin industria, enemigos del trabajo y queriendo vivir de empleos como los españoles tan ignorante en la masa general como nuestros padres, y carcomido de los vicios anexos a la esclavitud de tres centurias. Aquél es un pueblo pesado, sesudo, tenaz; nosotros una nación de veletas, si se me permite esta expresión; tan vivos como el azogue y tan móviles como él. Aquellos Estados forman a la orilla del mar una faja litoral y cada uno tiene los puertos necesarios a su comercio; entre nosotros solo en algunas provincias hay algunos puertos o fondeaderos, y la naturaleza misma, por decirlo así, nos ha centralizado.

Un poco más adelante, recordaba lo que había sucedió en Colombia y Venezuela, quienes "Deslumbrados como nuestras provincias con la federación próspera de los Estados Unidos, la imitaron a la letra y se perdieron." Así, con una buena dosis de pragmatismo y realismo, advertía sobre cuál era el problema fundamental que él vislumbraba y que de cierta forma atribuía a los españoles, y mejor dicho a la relación entre la corona española y sus colonias, *i.e.* al colonialismo, el cual fortalecía a la península ibérica, *i.e.*, el centro, al tiempo que debilitaba a las provincias de ultramar, *i.e.*, a la periferia:

> Yo no sé adular ni temo ofender, porque la culpa no es nuestra sino de los españoles; pero es cierto que en las más de las provincias apenas haya hombres aptos para enviar al Congreso General; y quieran tenerlos para congresos provinciales, poderes ejecutivos y judiciales, ayuntamientos, etc., etc. No alcanzan las provincias a pagar sus diputados al Congreso Central, ¡y quieren echarse a cuestas todo el tren y el peso enorme de los empleados de una soberanía!

Si bien, el argumento de que no estábamos listos o preparados para constituirnos era de Becerra,[15] Teresa de Mier lo hace suyo no sin antes reconocer la paternidad de aquél:[16]

> Cuando al concluir el doctor Becerra su sabio y juicioso voto, se le

[15] Becerra, José María Luciano (), *Voto particular del Señor Becerra, diputado por la provincia de Veracruz, sobre el proyecto de acta constitutiva, leído en la sesión del día 1º de diciembre de 1823*, México, Imprenta del Supremo Gobierno, 1823, pp. 152-166.

[16] Teresa de Mier, Fray Servando, *op. cit*.

> oyó decir, que no estábamos aún en sazón de constituirnos, y debía dejarse este negocio gravísimo para cuando estuviese más ilustrada la nación y reconocida nuestra independencia; vi a varios sonreír de compasión, como si hubiese proferido un desbarro. Y sin embargo, nada dijo de extraño. Efectivamente los Estados Unidos no se constituyeron hasta concluida la guerra con la Gran Bretaña, y reconocida su independencia por ella, Francia y España... Es propio del genio cómico de los franceses fabricar Constituciones dispuestas como comedias por escenas, que de nada les han servido. En treinta años de revolución formaron casi otras tantas Constituciones y todas no fueron más que el almanaque de aquel año. Lo mismo sucedió con las varias que se dieron a Venezuela y Colombia. ¿Y por qué?, porque aún no estaban en estado de constituirse, sino de ilustrarse y batirse contra el enemigo exterior, como lo estamos nosotros.

Lo cierto es con esa lógica nunca íbamos a estar listos o preparados, y que tendríamos que esperar no 8 o 10 años sino varias décadas. Al respecto, el mismo fray Servando avanza:

> ¿Y qué hemos de hacer, se nos responderá, si así lo quieren, así lo piden? Decirles lo que Jesucristo a los hijos ambiciosos del Zebedeo: No sabéis lo que pedís: *nescitis quid petatis*. Los pueblos nos llaman sus padres, tratémoslos como a niños que piden lo que no les conviene: *nescitis quid petatas*. "Se necesita valor, dice un sabio político, para negar a un pueblo entero; pero es necesario a veces contrariar su voluntad para servirlo mejor. Toca a sus representantes ilustrarlo y dirigirlo sobre sus intereses, o ser responsable de su debilidad." Al pueblo se le ha de conducir, no obedecer. Sus diputados no somos mandaderos, que hemos venido aquí a tanta costa y de tan largas distancias para presentar el billete de nuestros amos. Para tan bajo encargo sobraban lacayos en las provincias o corredores en México. Si los pueblos han escogido hombres de estudios e integridad para enviarlos a deliberar en un Congreso General sobre sus más caros intereses, es para que acopiando luces en la reunión de tantos sabios decidamos lo que mejor les convenga; no para que sigamos servilmente los cortos alcances de los provincianos circunscritos en sus territorios. Venimos al Congreso General para ponernos como sobre una atalaya, desde donde columbrando el conjunto de la nación, podamos proveer con mayor discernimiento a su bien universal. Somos sus árbitros y compromisarios, no sus mandaderos. La soberanía reside esencialmente en la nación, y no pudiendo ella en masa elegir sus diputados, se distribuye la

> elección por las provincias; pero una vez verificada, ya no son los electos diputados precisamente de tal o tal provincia, sino de toda la nación.

En pocas palabras, esboza una teoría de la representación, en la cual deja de un lado el mandato imperativo y adopta un modelo de delegados o fiduciarios, quienes estaban calificados para desconocer el voto sobre la República federal o federada y optar por una República central o unitaria, y para tal efecto afirma:

> Esa voluntad general numérica es un sofisma, un mero sofisma, un sofisma que se puede decir reprobado por Dios cuando dice en las Escrituras: "No sigas a la turba para obrar el mal, ni descanses en el dictamen de la multitud para apartarte del sendero de la verdad." "*Ne sequaris turbam and faciendunr calum, nec in judicio plurimorum acquiescas sententiae, ut a yero devies*."

Finalmente, explora una alternativa:

> ¿Y mientras con que nos gobernamos?, con lo mismo que hasta aquí, con la Constitución Española, las leyes que sobran en nuestros códigos no derogados, los decretos de las Cortes Españolas hasta el año 20 y las del Congreso que ha ido e irá modificando todo esto conforme al sistema actual y a nuestras circunstancias. Lo único que nos falta es un decreto de V. Sob. al Supremo Poder Ejecutivo para que haga observar todo eso. Si está amenazando disolución al Estado, es porque tenemos con la falta de este decreto paralizado al gobierno.

IV. Conclusión

Al final de cuentas, la disputa fue cerrada, en un primer momento, al decretarse el *Acta Constitutiva de la Federación*, el 31 de enero de 1824,[17] cuyo artículo 5º dispuso: "La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal", y refrendada tal calidad en el título mismo de la *Constitu-*

[17] *Acta Constitutiva de la Federación, http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/acta1824.pdf*

ción Federal de los Estados Unidos Mexicanos,[18] del 4 de octubre de ese mismo año, cuyo numeral 4º explicitó: "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal."

De igual forma, fue zanjada con posterioridad: después del paréntesis centralista (1836-1847), con el *Acta Constitutiva y de Reformas*,[19] del 21 de mayo de 1847, y reiterada —a pesar de suprimir el Senado— por la *Constitución Política de la República Mexicana*, del 5 de febrero de 1857;[20] y, luego de los regímenes conservadores paralelos (1858-1860), incluida la Junta de Regencia y el segundo Imperio Mexicano (1863-1867), al restaurar la República y restablecer el Senado;[21] y, por supuesto, con la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, del 5 de febrero de 1917.[22]

Referencias

Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, México, IIJ-UNAM, 1996.

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1998.

Barragán Barragán, José, *El federalismo mexicano. Visión histórico constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2007.

Becerra, José María Luciano, *Voto particular del Señor Becerra, diputado por la provincia de Veracruz, sobre el proyecto de acta constitutiva, leído en la sesión del día 1º de diciembre de 1823*, México, Imprenta del Supremo Gobierno, 1823.

18 *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1824.pdf*

19 *Acta Constitutiva y de Reformas, http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/actaref.pdf*

20 *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, *cit*.

21 Flores, Imer B., "La Constitución de 1857 y sus reformas: A 150 años de su promulgación", en Diego Valadés y Miguel Carbonell (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM, 2007, pp. 311-314.

22 *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, *cit*.

Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1976/1987.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1973/1991.

Campillo, Aurelio, *Tratado elemental de derecho constitucional mexicano*, t. II, México, Tipografía la Económica, 1928.

Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, IIJ-UNAM, 1998.

Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1991.

Carpizo, Jorge, "La república democrática en la constitución mexicana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011.

Flores, Imer B., "Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia", en AA.VV., *Los valores de la democracia*, México, IFE, 1998.

Flores, Imer B., "Democracia y participación: Consideraciones sobre la representación política", en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, México, IIJ-UNAM, 1999.

Flores, Imer B., "Gobernabilidad y representatividad: hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional", en Hugo A. Concha Cantú (coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Flores, Imer B., "La Constitución de 1857 y sus reformas: A 150 años de su promulgación", en Diego Valadés y Miguel Carbonell (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM, 2007.

Flores, Imer B., "El legado histórico-jurídico de la Constitución de 1857 y de sus reformas: reforma, restauración y revolu-

ción", en Margarita Moreno-Bonett y Martha López Castillo (coords.), *La Constitución de 1857. Historia y legado. Edición conmemorativa del bicentenario de la independencia y del centenario de la revolución mexicana (1810-1910)*, México, UNAM-FFyL, y Recinto Parlamentario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2009.

Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa y UNAM-FD, 2001.

García Salinas, Francisco, *Reflexiones sobre el Acta Constitutiva*, 1823.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 2ª. ed., México, UNAM, 1949/1958.

Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, trad. de Antonio Loiácono, Buenos Aires, Librería Hachette, 1946.

Marquet Guerrero, Porfirio, "Evolución histórica del federalismo en México", *La estructura constitucional del Estado Mexicano*, México, UNAM, 1975.

Ramos Arizpe, Miguel, *Memoria sobre el estado de las provincias internas de Oriente presentada a las Cortes de Cádiz*, México, Bibliófilos Mexicanos, 1812/1932.

Reyes Heroles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, III tomos, México, FCE, 1982.

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, México, UNAM, 1762/1962.

Sánchez, Prisciliano, "El Pacto Federal de Anáhuac", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XIV, núm. 56, 1823/1964.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 22ª ed., México, Porrúa, 1944/1987.

Teresa de Mier, Fray Servando, "Profecía del doctor Mier sobre la federación mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XII, núm. 48, 1823/1962.

Federalismo cooperativo y digitalización en el SNT: cuatro casos de éxito

***

Cooperative federalism and digitalization in the SNT: four success stories

*Arístides Rodrigo Guerrero García**

Resumen: el presente trabajo explora cómo el federalismo cooperativo ha generado soluciones integrales en el ámbito de la política pública, destacando la vinculación y cooperación del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México con otros órganos garantes. A través de iniciativas como ATIC, la Carta de Derechos y SIVER, el INFO CDMX ha promovido la colaboración entre la federación y las entidades federativas, al igual que ha tomado la estrategia INTEGRA2 de Sinaloa con el objetivo de mejorar el acceso a la información pública y fortalecer la rendición de cuentas.

Abstract: this work explores how cooperative federalism has generated comprehensive solutions in the field of public policy, highlighting the connection and cooperation of the Institute of Transparency, Access to Public Information, Protection of

* Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de la UNAM, institución en la cual, además, cursa estudios de doctorado. Comisionado del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México. *@AristidesRodri*

Personal Data and Accountability of Mexico City with other guarantor bodies. Through initiatives such as ATIC, the Charter of Rights and SIVER, INFO CDMX has promoted collaboration between the federation and the federal entities, as well as taking the INTEGRA2 strategy of Sinaloa with the objective of improving access to public information and strengthen accountability.

Palabras clave: federalismo, Sistema Nacional de Transparencia, órganos garantes, cooperación.

Keywords: federalism, National Transparency System, guarantor bodies, cooperation.

Sumario: I. Introducción. II. Federalismo dual y federalismo cooperativo. III. El Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. IV. Federalismo cooperativo dentro del SNT. V. Casos de éxito. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

El presente ensayo traza un recorrido por las complejidades y logros del federalismo cooperativo en México, centrándose en un caso emblemático: el INFO CDMX. Desde sus raíces en la configuración histórica del federalismo mexicano hasta su proyección contemporánea en el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, este análisis nos invita a reflexionar sobre la evolución de las relaciones intergubernamentales en el país. Abordando desde los fundamentos teóricos del federalismo hasta los avances tecnológicos más recientes, este trabajo explora la colaboración entre el gobierno federal y las entidades federativas, evidenciando el rol colaborativo del INFO CDMX en el vasto panorama del federalismo mexicano. Este trabajo tiene como premisa demostrar cómo el federalismo cooperativo se entrelaza con la innovación tecnológica, dando lugar a iniciativas como INTEGRA2, ATIC y SIVER, la Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital, las cuales no solo promueven la transparencia y el acceso a la

información, sino que también fortalecen los lazos entre los distintos niveles de gobierno.

II. Federalismo dual y federalismo cooperativo

Dentro de la teoría del Estado, resulta común clasificar a los Estados, atendiendo a su forma, en dos tipos: por un lado, los centralistas, caracterizados por la concentración del poder político y, por tanto, la existencia de una sola esfera de competencia; por el otro, los federales que, contrario al primero, tienen como característica principal la dispersión del poder político en por lo menos dos niveles de gobierno, el federal propiamente dicho y el de las partes integrantes de la federación "generalmente denominadas como *entidades federativas*". Estas últimas, a su vez, cuentan con cierto grado de autonomía para autoorganizarse al interior, siempre y cuando se respeten los principios del pacto federal.

A partir de ello, y en palabras de José María Serna, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 se instaura como un documento fundamental para la creación de nuestro país como federación, y a partir de la cual "[...] las fuerzas políticas dispersas a lo largo del país dejaron en claro que la forma federal era una condición *sine qua non* para constituir el nuevo Estado".[1]

No obstante, la configuración de nuestro sistema federal ha visto cambios sustanciales pues, en consideración del mismo autor, la forma federal de Estado consagrada en la Constitución de 1917 fue objeto de grandes modificaciones, dado que el "[...] sistema político centralizador y acusadamente presidencialista y de partido hegemónico surgido después de la Revolución Mexicana".[2] Lo anterior implicó, a su vez, que la investidura presidencial lograra una mayor concentración del poder respecto de los poderes Legislativo y Judicial; dicha situación, incluso, fue advertida por Jorge Carpizo, atribuyendo el término "facultades

[1] Serna de la Garza, José Ma., *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, Col. Grandes Temas Constitucionales, México, SEGOB-SC-INEHRM-IIJ/UNAM, 2016, p. 44, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4453/15.pdf

[2] *Ibidem*, p. 45.

metaconstitucionales" para referirse aquellas que, si bien no se encontraban expresamente señaladas a nivel constitucional, eran ejercidas por el Ejecutivo federal.

A pesar de ello, Serna de la Garza admite que tal deformación, con el paso del tiempo, ha ido adquiriendo tintes cada vez menores, razón por la que "[...] ha ido surgiendo de manera lenta y a veces tímida un nuevo sistema, en el que los distintos actores políticos y sociales reclaman nuevos espacios de participación y decisión."[3]

Ahora bien, la teoría del federalismo ha ido cambiando en atención al contexto en el que se desarrolla: desde la federación como mecanismo para alcanzar la paz perpetua idealizado por Immanuel Kant,[4] pasando por su concepción como "descentralizador del poder" formulada por Jean Dabin,[5] el federalismo dual estadounidense o simétrico en Canadá, hasta una figura *sui generis*, como lo sería el "federalismo regional", materializado en la Unión Europea.

Sin embargo, también han sido identificadas características comunes de los diferentes diseños del modelo federal. Una de dichas propuestas es la formulada por Reiner-Olaf Schultze, quien ha logrado identificar, por lo menos, cinco de ellas, a saber, las siguientes:[6]

- existe representación de las partes integrantes de la federación en el Congreso o Parlamento federal, lo que impacta de manera directa en la formación de la voluntad de todo el sistema;
- los poderes Legislativo y Ejecutivo se encuentran presen-

[3] *Idem*.

[4] Kant, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico*, Alamada, *https://shorturl.at/5jY5L*

[5] *Cfr.* Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, México, IIJ-UNAM, 2003.

[6] Schultze, Rainer-Olaf, "El federalismo", en Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio, *Fundamentos, teoría e ideas políticas*, cap. 13, vol. I, México, IIJ-UNAM, 2014, p. 196, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3710/16.pdf*

tes tanto a nivel federal como al interior de sus partes integrantes, lo que otorga cierto grado de autonomía a estas últimas;

- las controversias suscitadas entre los diferentes órdenes de gobierno "federación y de entidades federativas" son resueltas por una jurisdicción constitucional que, generalmente, es una Suprema Corte o un Tribunal Constitucional.
- existen unidades territoriales de dotan de estructura al Estado federal; y
- se establecen cuotas calificadas para la toma de decisiones, en aras de proteger a las minorías.

Aunado a ello, el autor en cita señala que el federalismo adoptado puede ser de dos tipos: centrífugo o centrípeto. El primero de ellos tiene como característica principal centrifugo la existencia de un grado mayor tanto de autonomía como de pluralidad, aunque ambas confluyen en una meta superior en beneficio de la colectividad. Las alianzas, señala, son el ejemplo perfecto para esta definición.

Por otra parte, el federalismo centrípeto tiene como nota distintiva que su meta superior consiste en lograr una integración e igualdad de las condiciones de vida. Ambas concepciones de federalismo, centrífugo y centrípeto, constituyen los extremos de la teoría de Schultze y, lógicamente, entre ambos existen matices en los que se ubican diferentes formas de estado: confederado, unitario descentralizado, federal unitario o la Unión de Estados, entre otros.[7]

Además de las anteriores, han sido identificado dos formas adicionales de federalismo: uno dual y otro cooperativo.

En el federalismo dual, señala Dieter Nohlen "citando a Schultze", tanto la federación como las partes que la integran cuentan con alto índice de soberanía y autonomía y, por causa de ello, el nivel de "respeto" entre las esferas de competencia de cada una de ellas es alta en comparación con otros modelos, lo que redunda en que las decisiones políticas puedan variar dependiendo de en qué ámbito sea tomada.

[7] *Ibidem*, p. 194.

En el federalismo cooperativo, por otro lado, la relación que existe entre la federación y sus partes integrantes es más estrecha, razón por la que tanto su funcionamiento como su organización depende de la toma de decisiones conjunta, y que afectan a todos los niveles de gobierno.[8]

A partir de lo anterior, y con base en el texto original de la Constitución de 1917, podemos considerar que en nuestro país fue establecido un sistema federal dual, caracterizado por una clara distribución de competencias, mediante la denominada "cláusula residual" "artículo 124", que implica que las facultades no estén expresamente concedidas a la federación, se entienden concedidas a las entidades federativas e, inclusive, previendo los mecanismos de soluciones de controversias en casos de que exista invasión de competencias.

No obstante, el artículo 124 "y, en consecuencia, la cláusula federal" se ha reducido de manera considerable con las más de ochenta[9] reformas que ha sufrido el artículo 73 constitucional, el cual otorga diversas facultades al Congreso federal para la expedición de leyes generales, es decir, con impacto en todas las esferas competenciales.

Al respecto, la expedición de leyes generales tiene aspectos positivos y negativos. Por cuanto hace a los primeros, podemos mencionar la homologación de las legislaciones en las entidades federativas; respecto de los segundos, se puede señalar la posibilidad de que el legislador federal intente regular aspectos que le corresponden al legislador local.

Así, durante la última década ha existido una tendencia nacional para legislar a favor de un federalismo cooperativo, cuya principal causa es la proliferación de leyes generales que surgen

[8] *Cfr.* Reynoso Núñez, José, "La reforma al federalismo cooperativo alemán. ¿Puede el federalismo mexicano aprender de la experiencia alemana?", en Reynoso Núnez, José y Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (coords.), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México, IIJ-UNAM, 2009, pp. 547 y ss.

[9] De manera exacta, el artículo 73 constitucional ha tenido 85 reformas, siendo la más reciente aquella publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 2021.

con la finalidad de distribuir competencias.[10] Y existen diversos casos sobre ello, tal como se demuestra a continuación.

III. El Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales

El último párrafo del artículo 6°, apartado A, fracción VIII, de la Constitución federal mexicana reconoce el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (SNT) y señala al INAI como Órgano Garante Nacional encargado de coordinar sus acciones con los treinta y dos órganos garantes de las Entidades Federativas, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Respecto al marco legal, la organización, estructura, funcionamiento y atribuciones del SNT se encuentran contemplados en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de mayo de 2015. La Ley marcó un hito tanto a nivel constitucional como institucional al establecer los parámetros del funcionamiento del SNT.

Según el artículo 28 de la LGTAIP, el principal objetivo del SNT es contribuir al fortalecimiento de la rendición de cuentas del Estado mexicano. Además de la coordinación y evaluación de las acciones en el marco de la política pública transversal de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, así como el establecimiento de criterios y lineamientos en estas áreas. Su instalación formal se llevó a cabo el 23 de junio de 2015, con la aprobación del acuerdo ACT/23/06/2015.02, firmado por el Pleno del Consejo Nacional del SNT, estableciendo las "Bases de Coordinación y Colaboración para la Implementación del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales".[11]

---

[10] Reynoso Núñez, José, *op. cit*., p. 546.

[11] Para resaltar el carácter dual de nuestro federalismo en el ejemplo seleccionado, es importante mencionar que en la Sesión de Instalación estuvieron

El artículo 31 de la Ley General de Transparencia define las funciones del SNT, entre las cuales se incluyen: 1) establecer lineamientos, instrumentos, estrategias o códigos de buenas prácticas, modelos y políticas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables 2) desarrollar programas nacionales para la promoción, investigación y difusión en sus áreas de competencia y 3) diseñar políticas para la generación, actualización, publicación y difusión relativa a la información pública.

Estos ejemplos demuestran que las atribuciones del SNT están orientadas a establecer herramientas conjuntas y útiles para todos sus miembros, incluyendo los órganos garantes locales, con el objetivo final de defender, garantizar y promover los derechos de acceso a la información y protección de datos personales.

IV. Federalismo cooperativo en el SNT

El Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales se instaura como una instancia de coordinación entre el INAI, los 32 órganos garantes locales, la Auditoría Superior de la Federación, el Archivo General de la Nación y el INEGI, con el objetivo de coordinar y evaluar las acciones relacionadas con la política pública transversal en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, además de establecer e implementar criterios y lineamientos en la materia, tal como se advierte del artículo 28 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP).

Lo anterior se traduce en un ejercicio no se dependencia de los Institutos locales respecto de los de carácter nacional, sino, como ya se precisó, de coordinación entre ellas y, por tanto, de un plano de igualdad.

---

presentes, con voz y voto, representantes del INAI, de la Auditoría Superior de la Federación, del Archivo General de la Nación y del INEGI, así como los órganos garantes del derecho de acceso a la información pública de treinta y una entidades federativas. La única ausencia fue la del representante del órgano garante de Colima.

Ello se ve materializado en la integración y conformación misma del Sistema, pues, de conformidad con el artículo 3º, fracción II del Reglamento de su Consejo Nacional, existen comisiones, definidas como instancias del Consejo Nacional responsables del estudio, seguimiento y evaluación del ejercicio de las funciones del SNT.

Actualmente, el Sistema cuenta con once Comisiones Ordinarias, a saber, las siguientes:

- De Archivos y Gestión Documental;
- De Asuntos de Entidades Federativas y Municipios;
- De Capacitación, Educación y Cultura;
- De Derechos Humanos, Equidad de Género e Inclusión Social;
- De Gobierno Abierto y de Transparencia Proactiva;
- De Indicadores, Evaluación e Investigación;
- De Protección de Datos Personales;
- De Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción;
- De Tecnologías de la Información y Plataforma Nacional de Transparencia;
- De Vinculación, Promoción, Difusión y Comunicación Social; y
- Jurídica, de Criterios y Resoluciones.

Cada Comisión es coordinada por una persona que pertenece a alguno de los integrantes del Sistema y, para los efectos del presente ensayo, cabe señalar que ninguna de ellas tiene a la cabeza a algún comisionado o comisionada del INAI.

Así, las y los comisionados del órgano garante nacional actúan bajo la coordinación de las y los comisionados locales, lo que genera un ambiente de respeto hacia los pares y, sobre todo, de una saludable relación horizontal.

Dicha condición evidencia que la toma de decisiones al interior del Sistema proviene tanto de la esfera federal como de la local y que, incluso, la segunda de ellas estaría en posición de tomar decisiones fundamentales, previo cumplimiento de las reglas atinentes al quórum o a la votación legalmente establecidas.

Con base en ello, puede afirmarse que, durante las sesiones y votación del Sistema, prevalece no una relación se supra a subor-

dinación, sino que se trata de un ejercicio coordinado entre autoridades nacionales, federales y locales. Dicho en otras palabras: se hace patente el carácter colegiado del Sistema.

Otro de los motivos por lo que puede afirmarse la existencia de un federalismo cooperativo al interior del Sistema se refleja en el sistema de votaciones, pues al contar con un Consejo Nacional "colegiado y órgano rector del mismo", las decisiones de toman con base en el voto de la mayoría, sin que exista algún tipo de votación ponderada en favor de alguna de las instituciones federales o nacionales que lo integran.[12]

Por último, otro argumento en favor del federalismo cooperativo deriva de lo establecido en el artículo 8º, fracción VI del Reglamento del Consejo Nacional del Sistema, en el que se señala que las y los Comisionados están facultados para analizar, discutir y votar los asuntos de su competencia: cada persona integrante cuenta con la misma categoría y, por lo tanto, tiene derecho a voz y voto.

V. Casos de éxito

El federalismo cooperativo es un campo de oportunidad para el establecimiento de relaciones intergubernamentales que impulsa soluciones integrales en términos de la política pública para consolidar un gobierno abierto, en donde a través de la articulación de instrumentos de gobierno colaborativo, se han aumentado potencialmente las posibilidades de consolidar una relación exitosa entre los tres niveles de gobierno que se refleja en una colaboración más relevante y significativa de los asuntos de la agenda pública. Un claro ejemplo de la sinergia interinstitucional es la consecución del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México (INFO CDMX), el cual, a través del impulso de buenas prácticas compartidas entre las entidades federativas ha avanzado significativamente para la consolidación de un Instituto cooperativo.

[12] Para que el Consejo Nacional pueda sesionar válidamente, basta la presencia de la mitad más uno de sus integrantes. *Cfr.* Artículo 34, segundo párrafo de la Ley General de Transparencia.

5.1. INTEGRA2

Una muestra de la sinergia entre federación y entidades federativas en México es el caso de Sinaloa a través de la Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública (CEAIP) que desarrolló el *software Integra2*, un programa que mejora la accesibilidad de las páginas web. Las funciones incluyen acceso rápido, teclado de navegación, lectura de texto por voz, aumento de contraste, y más, facilitando la navegación y el acceso a la información para personas con discapacidades visuales, auditivas, motoras, y cognitivas. El software es compatible con el 99% de los sistemas electrónicos actuales y proporciona 11 de las 15 funciones establecidas por el Sistema Nacional de Transparencia (SNT) para mejorar la accesibilidad.

En el marco del federalismo cooperativo y mediante el acuerdo alfanumérico 3186/SO/22-06/2022, el Pleno del INFO CDMX aprobó la suscripción del convenio de colaboración con la CEAIP. El software INTEGRA2 creado por la CEAIP fue exitosamente incorporado e impulsado consecuentemente por el INFO-CDMX a través del Acuerdo 5440/SO/20-09/2023. Diseñado originalmente por la CEAIP de Sinaloa, este software se ofrece de manera gratuita a todos los Sujetos Obligados e instituciones públicas del país, facilitando su implementación en cualquier página de Internet existente. INTEGRA2 tiene como objetivo principal garantizar que los portales electrónicos a nivel municipal, estatal y federal sean accesibles para personas con discapacidad, sin incurrir en costos adicionales para las instituciones.

La implementación de INTEGRA2 no solo promueve la inclusión digital y el cumplimiento del principio de accesibilidad web, sino que también resulta en un ahorro significativo de recursos. Por ejemplo, el INFO CDMX logró implementar el software en menos de 24 horas, ahorrando cien mil pesos anuales previamente destinados a herramientas de accesibilidad. Este esfuerzo se alinea con los estándares internacionales de accesibilidad web establecidos por el World Wide Web Consortium (W3C) y la Web Accessibility Initiative (WAI).

Por ello, INTEGRA2 representa un paso crucial hacia la igualdad de acceso a la información y la no discriminación, aseguran-

do que todas las personas, independientemente de sus capacidades, puedan interactuar con los portales web de las instituciones públicas de manera efectiva y equitativa. Al mismo tiempo que permite la apertura para que tanto otros órganos garantes como sujetos obligados puedan implementarlo en aras de dar mayor transparencia y a la rendición de cuentas.

5.2. ATIC

ATIC es un *chatbot* desarrollado por la Dirección de Tecnologías de la Información del INFO CDMX y su nombre deriva de la palabra en náhuatl que significa "transparencia". Esta avanzada aplicación permite establecer un canal de comunicación entre la ciudadanía y el órgano autónomo, brindando asesoría en las tareas relacionadas con las obligaciones de transparencia, mediante comunicaciones fluidas, ágiles y accesibles con disponibilidad las 24 horas y los 365 días del año.

El *chatbot* ATIC ha demostrado ser una herramienta eficaz para agilizar el derecho de acceso a la información en la Ciudad de México, en el marco del Federalismo Cooperativo. Desde su implementación, del 14 de marzo de 2023 hasta el 30 de mayo de 2024, el sistema ha registrado un notable incremento en la interacción con los ciudadanos, evidenciando su utilidad y aceptación.

Durante este periodo, ATIC ha sido contactado por 1,888 personas. A lo largo de los meses, el uso del *chatbot* ha mostrado una tendencia ascendente, especialmente a partir de agosto de 2023, donde se observa un notable incremento en el número de usuarios. En particular, agosto registró 522 contactos, destacando como el mes con mayor interacción. Este aumento coincide con esfuerzos de promoción y la creciente conciencia pública sobre la disponibilidad de esta herramienta.

ATIC ha intercambiado un total de 56,571 mensajes, con 26,238 mensajes enviados por los usuarios y 30,333 mensajes respondidos por el *chatbot*. Esta dinámica de interacción muestra la capacidad de ATIC para manejar un alto volumen de consultas y proporcionar respuestas rápidas y precisas, cumpliendo con su objetivo de facilitar el acceso a la información pública.

El número de conversaciones atendidas por ATIC asciende a 4,135, de las cuales 3,292 ocurrieron durante el horario laboral (de lunes a viernes, de 09:00 a 19:00 horas), y 843 fuera del horario laboral, incluyendo fines de semana. Esto demuestra la disponibilidad continua del *chatbot*, ofreciendo un servicio accesible más allá del horario tradicional de oficina.

Las preguntas más frecuentes dirigidas a ATIC reflejan el interés de la ciudadanía en temas específicos de transparencia y acceso a información pública. Entre las consultas más comunes se encuentran preguntas sobre los salarios de funcionarios públicos y el costo de eventos públicos, como conciertos. Ejemplos incluyen "¿Cuánto gana un diputado?" y "Requisitos para presentar una solicitud de acceso a datos personales".

Del mismo modo, en el marco del federalismo cooperativo, el INFO CDMX ha tomado medidas significativas para mejorar el acceso a la información pública. Así pues, durante la décima sesión ordinaria del Pleno del Instituto, se acordó firmar convenios de colaboración con otros órganos garantes de transparencia del país para compartir la herramienta tecnológica "ATIC".

Los órganos garantes, particularmente del estado de Oaxaca y Quintana Roo, manifestaron su interés en implementar esta herramienta tecnológica. ATIC ha permitido a la ciudadanía obtener información pública en tan solo 9 segundos, superando ampliamente los nueve días que la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la CDMX estipula para atender una solicitud de información. Este avance no solo agiliza el proceso, sino que también refuerza el compromiso del INFO CDMX con la transparencia.

La efectividad de ATIC se refleja en su capacidad para proporcionar información inmediata. La implementación de ATIC no solo ha mejorado la eficiencia del acceso a la información, sino que también ha fortalecido la colaboración entre distintas entidades federativas, alineándose con los principios del Federalismo Cooperativo.

5.3. SIVER

De acuerdo con la Guía para la Atención y Realización de Verificaciones y Auditorías mediante el SIVER,[13] dicho programa es: "[...] una herramienta tecnológica que integra los procesos de sistematización y revisión y facilitar la comunicación de la información de una verificación con la finalidad de gestionar de manera eficaz cada una de las etapas y los tiempos establecidos en la normativa aplicable."

Dicho en otras palabras: SIVER es la herramienta tecnológica desarrollada por el INFO CDMX que permite llevar a cabo las tareas de verificación, tanto obligatorias como voluntarias, de forma remota, ágil, estructurada y ordenada, respecto de los Sistemas de Datos Personales de los sujetos obligados, a fin de garantizar que cumplan con la normatividad relativa.

A raíz de los buenos resultados obtenidos por la utilización de SIVER, el INFO CDMX llevó a cabo la "Presentación del Sistema de Verificaciones (SIVER) ante el Sistema Nacional de Transparencia", a efecto de que, por un lado, los órganos garantes de las entidades federativas tuvieran conocimiento tanto del sistema en sí mismo, como de su funcionamiento y, por el otro, consideraran su posible adopción.[14]

Lo anterior dio como resultado la celebración de diversas reuniones informativas con personal de los Institutos locales, en donde se informó su funcionamiento y características tecnológicas e informáticas con las que se desarrolló.[15]

Aunado a ello, y precisamente en un ejercicio de federalismo cooperativo, el 28 de junio de 2023, se envió, a las diversas presidencias de los órganos garantes locales, la convocatoria "SIVER en tu organismo garante", en aras de que manifestaran su intención, en caso de existir, para iniciar mesas de trabajo con la

[13] Aprobado por el Pleno del INFO CDMX, en fecha 23 de marzo de 2023, mediante acuerdo 1253/SO/23-03-2023, *https://shorturl.at/jfK3Y*

[14] *Cfr. Informe de Actividades y Resultados 2023*, Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, *https://shorturl.at/oJbyJ*

[15] *Idem*.

finalidad de adoptar una versión de SIVER compatible con sus recursos tecnológicos.

En este sentido, y como un primer acercamiento, los órganos garantes de Michoacán, Guanajuato, Coahuila y Morelos manifestaron el interés en adoptarlo.[16] Actualmente, nueve órganos garantes "Sinaloa, Colima, Chihuahua, Durango y Aguascalientes, más los cuatro previamente señalados" han firmado ya convenios de colaboración para implementar al SIVER en sus labores de verificación en materia de protección de datos personales.

5.4. Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital

La Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital es un código de buenas prácticas adoptado por el INFO CDMX y aprobado por la Comisión del SNT. Este instrumento fue emitido con fundamento en los artículos 31 de la LGTAIP y el 14 de la LGPDPPSO. Asimismo, fue aprobado mediante el Acuerdo CONAIP/SNT/ACUERDO/ORD02-09/10/2023-04 del 31 de marzo de 2023 como producto de dos sesiones de la Comisión de Protección de Datos Personales de fecha 30 de enero de 2023 y del 21 de agosto de 2023.

La Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital, establece un marco de referencia para promover una conciencia crítica sobre el uso de tecnologías digitales. Esta carta, organizada en nueve capítulos, aborda temas como los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, neuroderechos y ética en el uso de Inteligencia Artificial (IA). Es un instrumento orientativo, propositivo, pero no obligatorio, que incluye principios, valores y conductas deseables. Asimismo, recoge acciones identificadas como positivas en el ámbito digital; y busca incrementar la protección y respeto a los derechos digitales. Su incumplimiento generalmente no tiene consecuencias jurídicas, salvo lo establecido por las normas legislativas vigentes.

Este instrumento destaca la posibilidad de que los demás órganos garantes de las entidades federativas tomen el proyecto del

[16] *Idem*.

INFO CDMX y adopten esta carta de buenas prácticas dentro del marco del federalismo cooperativo, la colaboración sostenida y cooperativa dentro del Sistema Nacional de Transparencia con el objetivo de fortalecer la profesionalización y los procedimientos para garantizar progresivamente el derecho a la protección de datos personales y acceso a la información pública.

VI. Conclusiones

En conclusión, el caso del INFO CDMX ilustra de manera elocuente cómo el federalismo cooperativo puede traducirse en un éxito tangible en el ámbito de la transparencia y el acceso a la información pública. A través de las iniciativas planteadas en el presente texto se ha demostrado cómo la colaboración entre los diferentes niveles de gobierno puede resultar en soluciones innovadoras y efectivas que benefician a la ciudadanía. Estos esfuerzos conjuntos no solo fortalecen la rendición de cuentas y la transparencia, sino que también promueven una mayor igualdad de acceso a la información, cumpliendo así con los principios fundamentales del federalismo cooperativo.

Referencias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la Ciudad de México.

Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General de Archivos.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México.

Reglamento del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

Nohlen, Dieter y Schultze, Rainer-Olaf, *Diccionario de Ciencia Política*, Porrúa-El Colegio de Veracruz, t. II, México, 2006.

Reynoso Núñez, José, "La reforma al federalismo cooperativo alemán. ¿Puede el federalismo mexicano aprender de la experiencia alemana?, en Reynoso Núñez, José y Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio (coords.), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México, IIJ-UNAM, 2009.

Serna de la Garza, José Ma., *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, Col. Grandes Temas Constitucionales, México, SEGOB-SC-INEHRM-IIJ/UNAM, 2016.

Schultze, Rainer-Olaf, "El federalismo", en Sánchez de la Barquera y Arroyo, Herminio, *Fundamentos, teoría e ideas políticas*, cap. 13, vol., I, México, IIJ-UNAM, 2014.

La regla de distribución competencial desvirtuada

***

The distorted rule of distribution of powers

*Carla Huerta Ochoa**

Resumen: a pesar de lo previsto en la Constitución mexicana los conflictos de competencia entre la federación y las entidades federativas surgen constantemente aun cuando el artículo 124 constitucional prevé una aparentemente clara regla de distribución de competencias. La continua sustracción de facultades mediante distintas técnicas normativas por parte de la federación ha conducido a la falta de certeza jurídica y, por ende, a un incremento en los conflictos entre las entidades federativas y la federación. El análisis se centra en los conflictos que resultan de la falta de claridad de las normas jurídicas que distribuyen competencias. La presente reflexión tiene por objeto la consideración de medios alternativos a la judicialización para resolver las controversias.

Abstract: despite the provisions of the Mexican Constitution conflicts of jurisdiction between the federation and the federative entities constantly arise even when constitutional article 124 provides for an apparently clear rule of distribution of powers. The continued subtraction of powers through different regulatory techniques by the federation has led to legal uncertainty and, therefore, an increase in conflicts between the fede-

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, investigadora titular del IIJ-UNAM, y profesora por asignatura en la Unidad de Postgrado de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

ral entities and the federation. The analysis focuses on the conflicts that result from the lack of clarity of the legal norms that distribute powers. The purpose of this reflection is to consider alternative means to judicialization to resolve controversies.

Palabras clave: federalismo, división de poderes, conflictos de competencia, controversia constitucional, convenios amistosos.

Keywords: federalism, distribution of powers, conflicts of jurisdictions, constitutional controversy, amicable settlements.

Sumario: I. Introducción. II. La Constitución de 1824. III. La distribución de competencias. IV. Solución de conflictos de competencia entre estados y federación. V. Conclusiones.

I. Introducción

Los frecuentes conflictos de competencia entre la federación y las entidades federativas surgen de la distorsión del esquema originario de distribución de competencias previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución federal), por eso es analizado a la luz de su formulación original en 1824 para reflexionar sobre los efectos de su constante reforma. El federalismo es un factor determinante de la distribución de competencias, principalmente porque debe garantizar un cierto grado de descentralización del poder público, y la distribución de funciones debe hacerse en la Constitución.

Entre una federación y los estados que la integran pueden suscitarse distintos tipos de conflictos, aquí solamente se analizan los que resultan de las dudas derivadas de las normas que distribuyen competencias para invitar a la consideración de una alternativa a la judicialización. Por ello se comentan brevemente también los conflictos territoriales entre los estados por haberse previsto para este tipo de disputa la posibilidad de una solución amistosa, en vez de la jurisdiccional.

En México, a las complejidades de la distribución de competencias conforme al principio de división de poderes se suman las del federalismo, lo que como dice Loewenstein, supone "el

difícil intento de establecer, en base territorial, un equilibrio entre contrapuestos intereses del poder".[1] Esta dificultad se puede percibir en los debates de cada uno de los congresos constituyentes que se han celebrado en nuestro país a lo largo de su historia constitucional, así como en las múltiples formas de controversias constitucionales que se pueden plantear actualmente con fundamento en la fracción I del artículo 115 constitucional.

Tras largas discusiones, el sistema federal fue acordado en el *Acta Constitutiva de la Federación* de 1824 y se incorporó a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 (Constitución de 1824) con lo que se constitucionalizó el pacto federal.[2] Estas normas constitucionales preveían que la nueva Nación se constituiría como una república representativa popular federal.[3] Uno de los objetivos primordiales de adoptar la forma federal era la descentralización del poder público para garantizar la autonomía de los estados. En esta Constitución se previó también, por primera vez, la facultad de la Corte Suprema de Justicia para conocer de los conflictos entre los estados y la federación.[4]

A pesar de la visión de los constituyentes de 1824 de buscar un equilibrio entre los poderes en esta materia, y de prever medios de solución de conflictos, en realidad durante la primera mitad del siglo XIX esta función la realizaron el Congreso General junto con el "Consejo de Gobierno"[5] "un órgano similar a la actual comisión permanente del Congreso de la Unión", por lo

---

1 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 139.

2 Fueron las provincias las que impulsaron el segundo congreso constituyente de 1823 y demandaron la adopción del federalismo en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana promulgada el 31 de enero de 1824. Véase Pantoja, David, "Continuidades y Rupturas: Las Constituciones de 1824 y 1857", *Historia del derecho. X Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Cruz Barney, Óscar y Soberanes Fernández, José Luis (comps.), t. II, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 104.

3 Así se previó en el artículo 4° de la Constitución de 1824 conforme a lo dispuesto en el artículo 5° del Acta Constitutiva de 1824.

4 Véase artículo 137, fracción 1ª de la Constitución de 1824.

5 El artículo 113 de la Constitución de 1824 preveía que este órgano funcionara durante el receso del Congreso general.

que la solución de conflictos entre los estados y la federación, así como entre los poderes de los estados tuvo más bien un carácter político.[6]

Para garantizar que en un Estado federal los estados operen con autonomía en el ámbito de sus competencias, el diseño constitucional de la distribución de competencias debe asegurar la descentralización de las funciones y el equilibrio en el ejercicio del poder al realizar la asignación y delimitación de competencias, así como la colaboración y la realización de funciones compartidas.

II. La Constitución de 1824

Por su relevancia para la conformación del sistema jurídico mexicano como primera norma constitucional[7] y fundamento del estado de derecho en México se comenta la Constitución de 1824 en relación con dos cuestiones: la regla de distribución competencial, y los medios de solución de controversias entre los estados y la federación. El propósito, sin embargo, no es el de revisar la evolución histórica de dichas instituciones.

El origen del sistema de distribución de competencia del sistema jurídico mexicano se encuentra en la Constitución de 1824 y se organiza conforme al modelo federal.[8] De esta manera se configuró el marco regulatorio al que se debía sujetar el ejercicio de las funciones que fundamentaba, pero también limitaba.

Para comprender la distribución competencial hecha por la Constitución de 1824 hay que ponerla en contexto y recordar,

---

6 Esta fue la propensión durante la primera mitad del siglo XIX, por lo que las cuestiones de constitucionalidad, incluso la declaración de nulidad de leyes no conformes a la Constitución, tenían un cariz político. González Oropeza, Manuel, *Las controversias entre la Constitución y la política,* México, UNAM-IIJ, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 1993, p. 9.

7 Esto se debe a que solamente después de declararse la independencia en 1821 se puede hablar del "derecho mexicano" en sentido estricto.

8 Como es sabido, emula el federalismo de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, especialmente en lo relativo a la distribución de competencias. Véase *https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Spanish-translation-U.S.-Bill-of-Rights.pdf*

que como dice Hesse, una Constitución es la Constitución de un orden histórico concreto.[9] Esta Constitución, lo es en el sentido estricto del término, pues funda un nuevo Estado, por lo que uno de los aspectos más importantes a incluir en la Constitución era el equilibrio de fuerzas entre los órganos de gobierno, pero sobre todo entre los estados y la federación. El siglo XIX es convulso, el vaivén ideológico, jurídico y político no da tregua a la población, no obstante, como acto fundacional no son menospreciables los casi 12 años de su vigencia.

La ideología rectora de la Constitución de 1824 es la liberal y se adopta para evitar el abuso del poder. Para ello, la Constitución se diseña conforme a un modelo de estado de derecho que incluye una división de poderes (distribución funcional), control de la constitucionalidad e incluso derechos fundamentales (aunque no lo parezca a primera vista).[10]

El modelo de distribución de competencias de la república federal mexicana se configuró en 1824 a partir del presupuesto de la cesión parcial de potestades al gobierno federal por los estados. Esta forma de organización permitió mantener unidas las provincias que de hecho estaban operando autónomamente, de modo que las restricciones a los estados previstas en la Constitución tenían por objeto garantizar la unidad del Estado mexicano, la federación y la soberanía nacional.

Se puede decir que la nueva federación mexicana se construye en términos de un compromiso o "lealtad" en virtud de la cesión de soberanía por parte de los estados, y que podemos identificar en el artículo 49 de la Constitución de 1824 previsto para impedir la invasión de la esfera competencial de los estados y la sustracción de competencias al obligar al Congreso general a que sus leyes y decretos preserven la unión federal de los estados, su

9 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 7 y 8.

10 Véase Huerta, Carla, "Transición jurídica y la conformación del Estado de derecho en México", *El Constitucionalismo de 1824: Orígenes del Estado Nacional*, Jaime Cárdenas (coord.), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2024, pp. 288-290. *https://www.te.gob.mx/editorial/obras/2387*

independencia e igualdad.[11] Así se configura una lealtad federal, una suerte de *Bundestreue*,[12] además se previó que los actos del Congreso, esto es, las leyes y decretos que expidieran, no debían interferir en la administración interior de los estados (artículo 50, fracción 31ª). Estas disposiciones se complementaban con la obligación de los estados de sujetarse a las disposiciones de orden constitucional como disponía el artículo 161, fracción 1ª de la Constitución de 1824.

III. La distribución de competencias

De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Constitución federal "y en consonancia con lo dispuesto en 1824, salvo por la referencia actual a la laicidad", México se constituye como una república representativa, democrática y federal "compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental." De modo que en la Constitución se debe asegurar que en la Unión que se conforma se preserve el ejercicio de las funciones que correspondan a las entidades federativas conforme a la regla de distribución de competencias prevista, para evitar conflictos, y en su caso resolver los que se pudieran producir.

Por lo que a la forma federal se refiere, la Constitución mexicana dispone actualmente "siguiendo la misma técnica que la Constitución de 1824", una regla general de distribución de competencias (artículo 124) y las facultades expresas del Congreso (artículo 73) y de las Cámaras (artículos 74 y 76 de diputados y de senadores respectivamente), además de las que se encuentran

[11] El artículo 49 de la Constitución de 1824 disponía que las leyes y decretos del Congreso general tenían por objeto: "Conservar la unión federal de los estados, y la paz y el orden público en lo interior de la federación".

[12] La "*Bundestreue*" es el principio de "fidelidad federal" entre los miembros de la federación alemana y esta, un aspecto importante son las barreras a la función legislativa para que las competencias de cada uno sean respetadas. En México, esta "lealtad" dispone en el artículo 41 de la Constitución federal la obligación de las entidades federativas de no "contravenir las estipulaciones del Pacto Federal"; esta obligación es, sin embargo, mutua.

previstas en otras disposiciones. Aunque hay que precisar, que el Acta Constitutiva no previó una formulación general de la distribución de competencias entre la federación y los estados, ni tampoco se incluyó en la Constitución de 1824.[13] Algunas competencias de los estados se previeron en diversas disposiciones de manera específica, por lo que se podría pensar que existía una regla tácita en la medida en que solamente se previeron disposiciones generales de organización y prohibiciones a los estados,[14] y se establecieron expresamente las facultades de los órganos de gobierno de la Unión, específicamente las exclusivas del Congreso general en el artículo 50 de la Constitución de 1824.

Dado que el actual sistema de distribución de competencias se basa en la regla general prevista el artículo 124 constitucional que reserva las competencias a las entidades federativas "denominada cláusula residual basada en la idea de un pacto federal en el que los estados ejercen un poder público originario y ceden parte de sus facultades", al modificar la distribución de competencias en una Constitución federal se debe velar por el equilibrio en el reparto de funciones para salvaguardar la soberanía de los estados.

El haber previsto en el artículo 124 constitucional una forma de distribución de competencias por exclusión ha dado lugar a calificarlo como un sistema formalmente "rígido"[15] "al menos en apariencia dada la constante reforma de la Constitución para atribuirle facultades a la federación", por depender la federación de que las competencias le sean atribuidas de manera "expresa".[16]

---

13 El artículo 117 de la Constitución de 1857 es el antecedente constitucional expreso del actual artículo 124 constitucional. Una cláusula residual semejante en la Constitución de 1824 habría fortalecido la soberanía de los estados.

14 En el artículo 162 de la Constitución de 1824 se previeron las restricciones a los poderes de los estados.

15 Serna de la Garza, José María, *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*, México, UNAM-IIJ, 2003, p. 3.

16 El artículo 73 constitucional es el que más ha sido reformado desde 1917, cuenta con 88 reformas, la última el 2 de diciembre de 2024. Cámara de Diputados, 2024, Reformas Constitucionales por Artículo 73, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm*

La fórmula prevista ha dado lugar a lo que se conoce como "federalismo dual"[17] que ha de ser entendido en el sentido de que las competencias de los órganos federales y locales se complementan, y que al atribuir competencias exclusivas a la federación estas se sustraen de las de las entidades federativas.[18]

Siguiendo el modelo de la Constitución de 1824, junto con las facultades que se atribuyen de manera expresa, se prevén en la Constitución federal disposiciones que delimitan las facultades y atribuciones de las entidades federativas, al prever prohibiciones y limitaciones (artículos 117 y 118 respectivamente, y artículo 122, D a la Ciudad de México), aunque hay que contemplar también las facultades compartidas y concurrentes. El esquema actual de distribución de competencias en realidad dista de ser claro,[19] pues también hay que considerar las facultades que resultan de la interpretación hecha por la Suprema Corte de Justicia.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que el diseño constitucional del federalismo puede ser muy complejo, la Constitución mexicana distribuye competencias entre distintos ámbitos de gobierno, no solamente la federación y las entidades federativas, sino también a los municipios (artículo 115),[20] e incluye un ámbito competencial de los pueblos y comunidades indígenas.[21] Por otra parte, si bien el modelo federal actual parte de una noción dual de facultades limitadas expresas de la federación y retención de facultades originarias por los estados, también incluye funcio-

17 Serna de la Garza, *op. cit*., nota 15, p. 3.

18 También era dual en su origen en el sentido en que solamente consideraba la federación y los estados, actualmente en México es más complicada la configuración de la distribución de competencia como se verá más adelante.

19 Para un análisis más puntual sobre el tema véase Huerta, Carla, "El sistema jurídico en el marco del federalismo mexicano actual. El laberinto de las potestades normativas", en Serna de la Garza (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, México, IIJ-UNAM, 2022, pp. 1-46.

20 Los artículos 115 y 116 constitucionales regulan el ejercicio de las facultades que competen a los municipios y los estados, así como la ejecución de las tareas administrativas de su competencia.

21 De conformidad con el artículo 2° constitucional.

nes compartidas.[22] El desarrollo de las facultades concurrentes corresponde al Congreso de la Unión, y la concurrencia puede ser operativa, normativa o de planeación. El ejercicio de esas facultades da lugar a responsabilidades en el ámbito de sus competencias respectivas. Aunque, remanece la duda sobre la forma en que se puede hablar de responsabilidades compartidas ante un escenario de incertidumbre sobre la delimitación del ámbito de las facultades de las entidades federativas, ya que constantemente da lugar a controversias constitucionales, por mencionar solamente uno de los aspectos que han dificultado la colaboración y el ejercicio de facultades conjuntamente.

En relación con la distribución de competencia en el sistema federal mexicano podemos hablar de otras fuentes de desasosiego, además de la división de poderes y la creación de varios ámbitos espaciales, y uno personal, de competencia. Esto se debe a que el espíritu de la fórmula de distribución de competencia es intencionalmente eludido vía reformas constitucionales por lo que requiere de la constante interpretación por la Suprema Corte. Adicionalmente, la concurrencia regulada en leyes federales y la expedición de leyes generales, así como la utilización de otros tipos de estrategias, tales como emitir leyes nacionales o de armonización, generan desconcierto sobre el legítimo ejercicio de facultades e inseguridad jurídica.

Las reiteradas modificaciones al esquema constitucional de distribución de competencias, además del reparto de facultades o la armonización de reglas hechos por leyes del congreso en virtud de una "delegación constitucional", son la causa de la inquietud que ha ocasionado múltiples controversias entre los estados y la federación, lo que genera una interpretación casuística para aclarar la titularidad y alcance de la competencia.

[22] La Suprema Corte habla de la configuración de un modelo federal "cooperativo" en virtud de la "coexistencia de un criterio constitucional de distribución de competencias cooperativo junto con el criterio federalista dual". Acción de Inconstitucionalidad 119/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 850.

IV. Solución de conflictos de competencia entre estados y federación

De la fórmula general prevista en el artículo 124 constitucional se derivan consecuencias importantes como señala Serna de la Garza. Por una parte, que la "fórmula distribuidora de competencias no puede ser modificada por una decisión del legislador ordinario".[23] Por la otra, que la transgresión a las normas de competencia de rango constitucional produce conflictos que han de ser resueltos por la justicia constitucional, y que la resolución del conflicto puede resultar en la modificación del esquema de atribución de competencias.

Una de las notas distintivas del constitucionalismo contemporáneo es que las Constituciones cuenten con un control de la constitucionalidad. En el caso de los Estados federales, el sistema de justicia constitucional debe incluir medios de solución de los conflictos de competencia que pudieran suscitarse entre la federación y las entidades federativas, así como entre estas. La solución vía jurisdiccional de los conflictos de competencia se configura como un medio de control de la constitucionalidad cuyo objeto es resolver problemas jurídicos derivados de la falta de claridad en la atribución de competencias. El objetivo de una forma de control como la controversia constitucional es, en primer lugar, determinar la autoridad a la que corresponde la competencia, pero, además, también puede servir para delimitar el alcance de las facultades que se controvierten.

El propósito de una regla general de distribución de competencias, formulada para resguardar las potestades de los estados y que requiere de la atribución explícita de competencias a la federación, es que los estados preserven las competencias que originariamente les corresponden. Esta noción ha sido desnaturalizada como consecuencia de múltiples reformas constitucionales, así como por el abuso de técnicas legislativas utilizadas para sustraer facultades de sus ámbitos, transformando el federalismo en una suerte de centralismo. Como Kelsen advirtió, "[m]ientras más amplia es la competencia de los órganos centrales, la com-

[23] Serna de la Garza, *op. cit*., nota 15, p. 2.

petencia de la federación, más restringida es la de los órganos locales, [...], y tanto mayor resulta el grado de centralización".[24] Es indudable que esta ha sido la tendencia de las reformas a la Constitución federal en materia de distribución competencial.

En la Constitución de 1824 no se incluyeron disposiciones expresas relativas a los conflictos de competencia entre la federación y los estados "aunque tampoco era indispensable regular a detalle la cuestión",[25] pero si se previó la facultad para resolver los conflictos de carácter contencioso entre los estados en la fracción I de su artículo 137. Dos fueron los problemas que limitaron el control de la constitucionalidad, por una parte, la omisión del legislador por lo que la Corte Suprema no contó con las leyes de desarrollo que debieron haberse expedido como disponía el artículo 138 constitucional,[26] y por la otra, que los constituyentes no le atribuyeron a la Corte facultades para interpretar la Constitución.[27] Además, de conformidad con la fracción I del artículo 116, era competencia del Consejo de Gobierno vigilar el cumplimiento de la Constitución y el Acta Constitutiva. Actualmente, compete a la Suprema Corte de Justicia conocer de las controversias entre las entidades federativas y la federación.[28]

El sistema jurídico mexicano prevé en la actualidad, medios de solución de conflictos para resolver las dudas sobre la titula-

---

24 Kelsen, Hans *Teoría General del Derecho y el Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 377.

25 Solamente se prevé la facultad de la Corte Suprema para resolver dudas sobre las competencias de los tribunales en el artículo 137, fracción 4ª. En la Constitución de 1857 si se regulan las facultades para resolver conflictos de competencia en el artículo 99.

26 La Constitución de 1824 solo regulaba genéricamente el control de constitucionalidad, y la Corte Suprema solamente contó con disposiciones secundarias para regular su funcionamiento, *cfr*. Cossío, José Ramón, *La justicia constitucional en México,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 222.

27 Esta potestad se atribuyó en el artículo 165 al Congreso general, razón por la cual el control de constitucionalidad de hecho fue realizado por el poder legislativo y no el judicial.

28 En la Constitución de 1857 de conformidad con el artículo 98, la Suprema Corte de Justicia conocía desde la primera instancia de las controversias de un estado con otro, así como de aquellas en donde la Unión fuera parte.

ridad de la competencia, así como sobre la concurrencia de los órdenes jurídicos federales y locales para preservar el pacto federal. Los conflictos entre una ley federal y una ley de una entidad federativa no necesariamente han de resolverse en términos del artículo 133 constitucional, pues es preciso considerar también la regla de distribución de competencia prevista en el artículo 124 constitucional. En el caso de materias concurrentes, sin embargo, si hay que atenerse a la regla de prevalencia prevista en el artículo 133 mencionado que privilegia el derecho federal sobre el estatal.

En un estado de derecho, es importante incluir en la Constitución disposiciones que hagan posible preservar la regularidad en el ejercicio de las competencias atribuidas a las autoridades, así como para impedir que su ejercicio rebase los lineamientos previstos en la Constitución invadiendo la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otros órdenes jurídicos como ha señalado la jurisprudencia.[29]

Aunque el objeto de la controversia constitucional sea la tutela de los ámbitos de competencias creados por la Constitución para salvaguardar el sistema federal, la Suprema Corte ha señalado que también opera como medio de supervisión de la regularidad "en el ejercicio de las atribuciones constitucionales" por lo que "las transgresiones invocadas también están sujetas a ese medio de control constitucional, siempre y cuando exista un principio de afectación".[30] La razón es que la función de este medio de control no se limita a asegurar el acatamiento de la regla de distribución de competencia prevista en la Constitución y evitar la invasión de esferas competenciales, ya que es primordialmente un medio de control de la constitucionalidad.[31]

De conformidad con lo previsto en la fracción I del artículo 105 constitucional, compete a la Suprema Corte conocer de "las

[29] Tesis P./J. 97/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 709.

[30] Controversia constitucional 5/2001. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 4 de septiembre de 2001, Tesis P./J. 112/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 881.

[31] Tesis P/J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre de 1999, p. 703.

controversias constitucionales que, sobre la constitucionalidad de las normas generales, actos u omisiones, con excepción de las que se refieran a la materia electoral". De las múltiples posibilidades solamente se comentan las que se pudiesen suscitar entre la federación y una entidad federativa (inciso a).

La controversia constitucional es un control de tipo concreto que se sigue a instancia de parte agraviada, y tiene por objeto conocer de los asuntos de carácter controversial entre la federación y las entidades federativas. Cabe enfatizar, como ha señalado la jurisprudencia, que la finalidad de este medio de control es analizar las infracciones a las disposiciones constitucionales relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal.[32] Esto se debe a que el objeto de esta forma de control es preservar la vigencia del principio de división de poderes y de distribución competencial entre los distintos ámbitos de gobierno de la federación mexicana. En la práctica, los tipos de conflictos de competencia entre las entidades federativas y la federación más frecuentes son los relativos a recursos naturales, seguridad pública, salud y educación, ya que son materias concurrentes y el legislador ha previsto distintas formas de concurrencia.

Además, vale la pena recordar que el problema de la delimitación de la competencia es que implica el ejercicio de una función constitucional en sentido estricto, ya que deslindar las competencias modifica el orden constitucional, pues no se trata de una mera aclaración. Por lo tanto, se puede decir que la resolución de una controversia constitucional modifica el sistema jurídico, razón por la que se resuelven por la vía jurisdiccional y las facultades correspondientes se atribuyeron a un solo órgano: la Suprema Corte de Justicia. Se presenta, sin embargo, la duda sobre si todos los conflictos entre los estados y la federación tienen que ser resueltos por esta vía, especialmente los relacionados con acciones y omisiones en materia concurrente, por ejemplo.

Aunque la controversia constitucional se diseñó teniendo en mente el principio de división de poderes para que la Suprema Corte "en su calidad de instancia independiente" dirima los con-

[32] Tesis P./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 33.

flictos relativos al ejercicio de competencias de manera imparcial y objetiva, y así resguardar el orden constitucional, quizá algunas formas de conflictos podrían ser resueltas entre las partes involucradas. Sería una opción viable siempre y cuando se llegara a un acuerdo, y este podría ser avalado por la Suprema Corte. Podría pensarse como una primera fase, que en el caso de no llegar a un acuerdo daría lugar a plantear la cuestión ante la Suprema Corte.

Pensemos, por ejemplo, en la facultad para resolver conflictos limítrofes entre los estados mediante la celebración convenios amistosos prevista en la Constitución federal. Esta posibilidad ya se preveía en la Constitución de 1824, una facultad importante en aquel entonces, pues al conformarse el nuevo país, los lindes de los estados no eran claros. De no llegar a un acuerdo, en la fracción 1ª del artículo 50 se preveía la facultad exclusiva del Congreso general para "[a]rreglar definitivamente los límites de los estados, terminando sus diferencias cuando no hayan *convenido entre sí* sobre la demarcación de sus respectivos distritos".[33] Al redactar la Constitución de 1824 se consideró importante hacer posible que, al menos los conflictos territoriales, pudieran ser arreglados entre las partes. Este precepto ha pasado con algunas modificaciones de una Constitución a otra, y ha sido reformado varias veces desde 1917, no obstante, la limitación en cuanto a su objeto no ha variado.

Actualmente, de conformidad con el artículo 46 constitucional, las entidades federativas pueden celebrar convenios para resolver disputas sobre sus límites territoriales, que deben ser convalidados por el Senado como dispone la fracción XI del artículo 76 constitucional. De no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir a la Suprema Corte, que está facultada para conocer a través de una controversia constitucional y la resolución es definitiva e inatacable. De modo que, de hecho, ya existe en la Constitución federal un procedimiento especial para resolver conflictos entre la federación y las entidades federativas, que solamente en caso de no poder ser resuelto, se sustanciaría ante

[33] Énfasis añadido. Esta facultad procedía del artículo 13, fracción V del Acta Constitutiva de 1824 que estableció por primera vez la facultad exclusiva del Congreso General para "[c]onservar la unión federal de los estados, arreglar definitivamente sus límites, y terminar sus diferencias".

la Suprema Corte como controversia constitucional, por lo que quizá, otro tipo de desacuerdos, como los relacionados con facultades concurrentes, podrían resolverse por este medio.

V. Conclusiones

No está de más, reiterar que el diseño constitucional originario procedente de la Constitución de 1824 reconocía la efectiva autonomía de los estados y el pacto entre estos para formar una federación plasmado en el Acta Constitutiva de 1824, y la regla de distribución competencial, aunque era tácita, era clara. Originalmente, la función de la regla de distribución de competencia era lograr un equilibrio en el ejercicio del poder manteniendo una descentralización de las funciones que corresponden a cada ámbito de gobierno. Las reformas implementadas, sobre todo en los últimos decenios, deberían haber dado lugar a un esquema de responsabilidades compartidas, pero lo que realmente ha ocurrido es una sustracción progresiva de facultades del ámbito de competencia de los estados, que ha tenido por efecto múltiples controversias constitucionales.

De la aparente claridad de la estricta fórmula de distribución de competencias prevista en el artículo 124 constitucional "utilizando diversas técnicas regulatorias como la concurrencia, las leyes generales, federales y de armonización que se pueden considerar como fuentes de conflictos entre las entidades federativas y el gobierno federal" se ha llevado a cabo un auténtico saqueo de facultades que desvirtúa la fórmula de distribución de competencias original.

Esta distorsión paulatina, pero considerable, mediante la apropiación de funciones vía adiciones a las facultades exclusivas del Congreso General atenta contra la propia naturaleza del federalismo, por lo que la Suprema Corte tiene que atender cada vez más controversias constitucionales. A 200 años de haber optado por el federalismo, la propensión del cambio en el diseño institucional debería ser la del fortalecimiento de las entidades federativas, pero como es sabido, la orientación es, sin embargo, centralizadora.

Vale la pena repensar el proceso de solución de controversias por vía amistosa en materia de límites territoriales para ampliar el abanico de posibilidades, sobre todo porque la cooperación en distintas materias puede contribuir a un ejercicio más eficiente de las funciones de gobierno y a una mejor satisfacción de los derechos que la Constitución garantiza. La idea sería que los estados en conflicto, así como la federación cuando fuese parte, pudieran intentar la conciliación y celebrar acuerdos antes de recurrir a la controversia constitucional. La justicia constitucional debería ser la vía excepcional de solución de conflictos para que solamente se recurriera a ella cuando auténticamente se requiera una interpretación que pudiera dar lugar a la modificación de las reglas de distribución de competencias.

Dada la configuración histórica del federalismo en México, no hay duda de que las reformas y las técnicas legislativas que se están utilizando atentan contra el pacto federal, por lo que es lógico que las entidades federativas se opongan y recurran a la controversia constitucional para proteger su ámbito competencial.

Federalismo argentino. Aguas interjurisdiccionales

***

Argentine federalism. Interjurisdictional waters

Marta Susana Maldonado

Resumen: analiza la Constitución Nacional Argentina, sus reformas, particularizando en las referidas al federalismo argentino, a los usos de aguas compartidas entre estados subnacionales y al medio ambiente. Se centra en el análisis de un problema interjurisdiccional de ríos compartidos originado varias décadas atrás, que en la actualidad continúa afectando a las provincias argentinas de Mendoza y La Pampa. Asume una posición crítica frente al comportamiento de la Administración Nacional y a la de las dos provincias involucradas, y se formula un llamamiento especial a los órganos políticos y jurisdiccionales involucrados en este tipo de conflictos, en procura de canalizar posibles cauces de acción.

Abstract: this paper discusses the Argentine National Constitution, its amendments and mainly, the regulations in force regarding Argentine federalism, environment and water use. It reviews the general laws governing these matters, focusing on the analysis of a specific cross-regional issue originated several decades ago and still adversely affecting the Argentine provinces of Mendoza and La Pampa. It takes a critical stance on how the national authorities and those of the relevant provinces address such specific issues and a special appeal is made to the jurisdiction where the damage was caused when the dispute started.

Keywords: federalism, national constitution, environment, interjurisdictional waters, ecosystem.

Palabras clave: federalismo, Constitución Nacional, medio ambiente, aguas interjurisdiccionales, ecosistema.

Sumario: I. Marco histórico institucional. II. El marco infraconstitucional. Dominio público. Bienes públicos y privados. III. Ambiente y agua. IV. Los aportes del derecho internacional. Convencionalidad. V. El agua como bien público y colectivo. El conflicto La Pampa c/ Mendoza s/ Rio Atuel- Chadileuvu Colorado. VI. Los órganos ejecutivos y la Corte. Corolario. Referencias.

I. Marco histórico institucional

La Constitución histórica de Argentina sancionada entre 1853 y 1860, consolidó el sistema federal como forma de Estado. No obstante, en el origen del estado constitucional de derecho, la totalidad del actual territorio argentino no gozó de las mismas prerrogativas autonómicas.

Es así que, a la par del reconocimiento de la autonomía de las provincias, plasmado esencialmente en el artículo 5º de la mentada constitución, existieron grandes extensiones territoriales, poco pobladas, a veces con límites difusos, llamados hasta mediados del siglo xx "Territorios Nacionales". Ellos eran administrados por el gobierno nacional y carecían de autonomía; no elegían al Ejecutivo local, no elegían representantes para el Congreso, como sí se hacía en las catorce provincias existentes. La condición jurídica de esos territorios, mereció el tratamiento del legislador ordinario. El Poder Ejecutivo propició ante el Congreso Federal la sanción de la ley 1532 sobre el tema, como "procedimiento preparatorio para su transformación en provincias" (1 de octubre de 1884).

Aproximadamente un siglo después, en una nueva Constitución Argentina, vigente entre 1949-1956, se unificó la autonomía federal. A partir de 1949 todos los territorios que componían la

República Argentina gozaron del mismo estatus jurídico; al ser reconocidos todos los ex Territorios Nacionales como provincias; se zanjó toda distinción jurídica. Y sus habitantes, comenzaron a elegir representantes para sus respectivos poderes ejecutivos, legislativos locales y para representar al pueblo y a cada provincia en el Congreso Nacional, dándose a sí mismas sus primeras constituciones provinciales.

Producido un cambio institucional en 1955-56, se retoma la vigencia de la Constitución de 1853/60, con las reformas sufridas en 1866 y 1898; pero no se dio marcha atrás con el tema autonómico; hubo reconocimiento tácito de la igualdad en la representación, dentro del suelo argentino.

En el año 1994, se produce una importante Reforma Constitucional, se reafirma el federalismo con reconocimiento de las autonomías municipales, y se incorpora un criterio protectorio en el tema ambiental.

En este orden de ideas cabe señalar, la manda contenida del nuevo artículo 124 al declarar que son de dominio originario provincial todos los recursos naturales. Ello significa que estas tendrán el dominio efectivo y toda decisión que se adopte sobre el recurso en cuestión, será su responsabilidad.

II. El marco infraconstitucional. Dominio público. Bienes públicos y privados

Acatada su primera Constitución, el Congreso Nacional, se dio a la tarea de sancionar los códigos de fondo, que regirían en toda su extensión territorial, sin distinción de las autonomías provinciales. Una ley común aplicable a todo el territorio, reservándose las provincias su aplicación. El primer Código Civil Argentino data de 1869, su autor fue Velez Sarsfield y en él se diferenciaron los bienes de dominio público (art. 2340) de los bienes del dominio privado del Estado (art. 2342). Reconocía derechos amplios a la propiedad privada, y en materia de aguas, otorgaba derechos a los titulares de los fundos, excepcionaba a aquellos cursos de agua considerados estratégicos que se declaraban de dominio público.

En el año 1968 el CC fue reformado parcialmente; declara de dominio público las aguas subterráneas, así como aquellas susceptibles de satisfacer un interés general.

Esta reforma mereció críticas, pues desde la legislación de fondo se regularon aspectos propios de normas de derecho público que las provincias tenían reservadas para sí, desde los orígenes constitucionales argentinos, invariablemente. La nota a destacar que separa lo público de lo privado se dá por su finalidad, esto es, atendiendo las necesidades que satisface.

En 2015, se unificaron los Códigos Civil y Comercial de la Nación en un solo cuerpo. Los conceptos de dominio público y privado cambian de denominación por los de bienes públicos y bienes privados; la nueva codificación ofrece matices interesantes. Así, en los artículos 235 y 236 se efectúa una diferencia entre estos conceptos; y en el artículo 237, primer párrafo se ratifica la especificación del código anterior y se afirma "Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles".

En palabras de Carlos Balbín: "Los bienes del dominio público son aquellos que tienen una utilidad pública, trátese del uso común y directo de las personas o cualquier otro de carácter colectivo [...]".[1]

El segundo párrafo del artículo 237 del CCYCN agrega un concepto interesante [...] "La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236".

III. Ambiente y Agua

Como ya señaláramos, la reforma constitucional de 1994 introdujo el reconocimiento de nuevos derechos; ente otros se incorporaron con rango constitucional de los derechos de incidencia colectiva, entre ellos, la protección al medio ambiente. El artículo

[1] Balbin, Carlos, *Los bienes del dominio público y privado del Estado,* Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Editorial Astrea, 2016, p.183.

41 CNA trata específicamente sobre dicha temática y las medidas a tomar para su protección:

> Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.
>
> Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.
>
> Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Como consecuencia de esta manda constitucional, se sancionaron varias leyes relativas al cuidado medioambiental, tanto en el ámbito nacional como en el de provincias y municipios; las que aquí nos interesa mencionar son leyes nacionales, rigen en todo el territorio argentino y son: Ley General del Ambiente (núm. 25.675) y el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (núm. 25.688). Ellas establecen *el piso* de medidas a tomar para preservar el medioambiente, entendido como un derecho común a todos y los estragos que, de producirse, afectarían a toda la población. Asimismo, tratándose de competencias compartidas le legislación subnacional abordó la temática y constituyen un aporte que satisface las necesidades y características propias de cada territorio, su idiosincrasia, hábitos y aprovechamiento de sus recursos naturales.

Respecto del CCyCN, Ricardo Lorenzetti2 informa que el mismo "reconoce el ambiente como un bien de incidencia colectiva y una legislación ambiental de avanzada. Sin embargo, eso no es suficiente".[2] En coincidencia con el criterio señalado, en la ac-

[2] Lorenzetti, Ricardo, *El conflicto del Río Atuel en Argentina*, noviembre de 2018, *https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/resources/wcel-country-andregion-reports*

tualidad se discute acerca del cuidado de los recursos naturales, teniendo en cuenta su carácter limitado.

IV. Los aportes del derecho internacional. Convencionalidad

Siendo el agua uno de los recursos naturales más importantes, mereció su reconocimiento como derecho humano, por ser necesaria para la subsistencia de la población y del ecosistema del cual forma parte. Así es reconocida en la Resolución 64/292, por la Asamblea General de la Naciones Unidas realizada en el año 2010 y en la Observación General núm. 15 del 2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Señala Mónica Pinto al recto "[...] la utilización del recurso que se realice en cada Estado se encuentra limitado por análogo derecho que presenta el otro Estado en su esfera territorial".[3] Este concepto nos lleva al de "cuenca hídrica" y al de "ecosistema". Esto es, la gestión y administración de un bien del dominio público, tal "el río" debe tener en cuenta el concepto de "cuenca hídrica" y también el de "ecosistema".

En la misma línea discursiva Lilian Del Castillo, nos informa que, para la gestión y administración del recurso hídrico en el régimen federal argentino, es de utilidad guiarnos por principios para regular el uso de los cursos de agua *compartidos* ya madurados por el Derecho Internacional Público. Son ellos: "1. Obligación de cooperar; 2. Obligación de no causar un perjuicio sensible; 3. Utilización equitativa; 4. Obligación de proteger los cursos de agua y sus ecosistemas; 5. Obligación de notificación previa; 6. Obligación de consulta previa; 7. Intercambio de datos e información.[4]

[3] Pinto, Mónica, *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina, Buenos Aires,* Lajouane, 2014, p. 122.

[4] Castillo, Lilian del, *La gestión del agua en Argentina,* Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2007, pp. 333-340.

En síntesis y en consonancia con lo manifestado por Alfonso Buteler,[5] afirmamos: 1. El agua es un recurso escaso; 2. En el federalismo argentino se trata dentro del derecho federal (art. 75 inc 18 y 19 CN) y también convencional (art. 75 inc 22); 3. El agua también integra el derecho común pues el CCyCN regula sobre los bienes del dominio público y del privado, entre los cuales también está el agua; 4. Como recurso natural también es un derecho provincial (art. 124 CN); 5. Además, a los municipios les corresponde la regulación del sistema de agua potable a las poblaciones por ellos administradas; 6. Por último y no menos importante, el agua integra el medio ambiente y como tal debe enfrentar los desafíos del cambio climático.

Así en el federalismo comparado, resulta paradigmático conocer el conflicto que mantuvieron los estados de Kansas y de Colorado por el río Arkansas entre los años 1902 y 2009, y en el cual, en aras de contribuir al uso compartido y equitativo, la Corte Federal de los Estados Unidos intervino a lo largo del conflicto suscribiendo siete sentencias.

V. Argentina. El agua como bien público y colectivo. El conflicto La Pampa c/ Mendoza s/ Rio Atuel-Chadileuvu-Curaco

El Atuel es un rio que nace en la Cordillera de Los Andes, zona centro-oeste de Argentina, corre desde el sur de la provincia de Mendoza, atraviesa parcialmente el noroeste pampeano y en esa provincia, se suma como último afluente al sistema del río Salado-Chadileuvu-Curacó.

A comienzos del siglo xx, ese territorio comprendido en la cuenca antes descripta tuvo un aprovechamiento incipiente. Bajo la presidencia de Figueroa Alcorta (1906/1910) se creó la Colonia de Butaló, en el norte de La Pampa, donde confluyen el rio Atuel y el Salado. Pero, es posible que faltaran obras de riego adecuadas y por lo demás, la acción de los pobladores del sur

[5] Buteler, Alfonso, *Régimen de aguas en la República Argentina*, La Ley, Argentina, 2020, pp.1-18.

mendocino hizo que las aguas no llegaran al territorio pampeano. Esto generó reclamos de los pobladores. El caudal de agua no alcanzaba para todos.

Hacia 1949, la empresa estatal Agua y Energía Eléctrica (Ley 13.030) en uso de sus facultades suscribe la Resolución AAyEE N°50/49 para que Mendoza, realizara sueltas periódicas de agua que escurriría hacia y por La Pampa. La provincia, simplemente, no acató dicha Resolución.

La Pampa, reconocida como provincia en 1949, en 1951 sanciona su primera constitución provincial (subnacional). Se completa así una perspectiva institucional hacia la igualdad de posiciones en la ya larga disputa por las aguas del Atuel. Pero, al acentuarse la desertificación en la zona, se vió motivada a formular los reclamos pertinentes, sin éxito. A la par, en Mendoza, se consolidaba el desarrollo de la región frutícola y vinícola, y como consecuencia de ello se produjeron desplazamientos poblacionales en el área.

En 1973, a través del Decreto 1560/73, el Gobierno Nacional *reconoce a La Pampa* el derecho a percibir el cincuenta por ciento de las *regalías* por la producción de energía hidroeléctrica del Dique El Nihuil. Dando cuenta de la interprovincialidad del río Atuel. Sin embargo, en la zona pampeana antes bañada por el Atuel, continuaba el proceso de desertificación. A la par de ello, continuaban los reclamos de pampeanos, intentando demostrar lo acuciante de su situación territorial.

5.1. Judicialización del conflicto

Los reclamos en sede administrativa resultaron infructuosos y La Pampa finalmente interpone demanda judicial contra Mendoza en 1979; por ante la CSJN en competencia originaria. Conforme los artículos 116 y 117 de la CN, y también 127 de la CN, corresponde esa competencia en demandas de provincia contra otra provincia. Reclama la actora que se cumpla con lo dispuesto en la Resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica antes mencionada. Atribuye el perjuicio sufrido a la construcción del dique El Nihuil (1947) efectuado por la provincia demandada. Alega que

desaparecieron los caudales que llegaban a la jurisdicción pampeana y señala que el proceso de aprovechamiento intensivo fue inconsulto por parte de Mendoza; y que ello afectó el curso del río, trayendo como consecuencia el retraimiento demográfico y económico. Manifiesta que las gestiones oficiales se iniciaron en 1949 cuando actora aún era un territorio nacional.

La provincia demandada, a su turno, opuso la excepción previa de defecto legal al considerar que la demanda adolecía de imprecisión en lo relativo al caudal o porcentaje de volumen de agua del Atuel, que reclamaba le bañara su territorio y la CSJN desestimó ese planteo. Mendoza, también sostuvo que el río Atuel no era interprovincial, al tiempo que desconoció la legitimidad de la actora para reclamar e hizo lo propio con los antecedentes técnicos presentados por esta. Efectuó un análisis político del Acuerdo que la Nación llevó adelante con Mendoza cuando La Pampa era Territorio Nacional (1941), al sostener que fue una decisión política afianzar el. desarrollo del sur mendocino, aún a sabiendas de que significaba privar de agua a la otra provincia.

La CSJN en su rol de tribual de instancia única, instrumentó probanzas con todos los medios técnicos a su alcance en ese entonces, plasmando finalmente un extenso y pormenorizado análisis de la prueba sustanciada en el trámite. En el considerando 52[6] sostiene que "los bienes como los lechos de los ríos navegables, considerados vías de comunicación públicas (public highways) y, por lo tanto, afectados al uso y goce general, solo podían ser objeto de disposición o concesión si contemplaban el interés del futuro estado, sometido por entonces, a la dependencia de la autoridad nacional [...]".

En la parte resolutiva de la sentencia declara que el *Río Atuel es interprovincial* y que el acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza el 17 de junio de 1941 no tenía efecto vinculante para la provincia de La Pampa; exhorta a las

[6] Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, sentencia del 03 de diciembre de 1987, *http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacionfederal-ciudad-autonoma-buenos-aires-pampa-provincia-mendoza-provincia-accion-posesoria-aguas-regulacionusos-fa87000492-1987-12-03/123456789-294-0007-8ots-eupmocsollaf*

partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel.

5.2. Efectos de la sentencia de CSJN del 3 de diciembre de 1987

La sentencia exhortativa provocó tímidos efectos conciliatorios de los intereses en juego. En 1989 las provincias involucradas y la Nación suscribieron un Protocolo de Entendimiento Interprovincial. Se llega así al año 2008, momento en que las partes suscriben un Acuerdo Marco, el cual preveía un plan de trabajos a llevar a cabo y financiados por ambas provincias.

La Pampa denuncia incumplimientos por parte de Mendoza, e interpone nuevamente demanda contra Mendoza, solicitando la intervención de la CSJN en mérito de las facultades conferidas por el artículo 127 de la CN.

Los argumentos esgrimidos fueron: que la demandada no cumplió con la obligación de negociar y celebrar de buena fe los acuerdos por el uso del agua del Atuel; que los convenios celebrados entre 1989 y 1992 constituyen un nuevo incumplimiento de la sentencia original (1987). Solicitó que se declarara el daño ambiental como consecuencia de ello, y que se ordenara el cese del mismo y la recomposición del medio ambiente. También afirmó que debía establecerse un flujo mínimo de agua hacia territorio de La Pampa, teniendo en cuenta el derecho humano al agua y al crecimiento armónico y equilibrado que debía existir entre las provincias.

Mendoza, en su contestación aduce que, técnicamente no podía practicar el escurrimiento de aguas ordenado en sentencia de 1987, motivo por el cual en harás de procurar solucionar necesidades e intereses en juego cedió el uso de las aguas *surgentes* existentes, mediante la construcción de un acueducto, su potabilización y posterior traspaso, en beneficio de localidades pampeanas ubicadas en la Cuenca del Atuel. Califica de “intransigente”, la actitud asumida por la provincia de La Pampa.

En sentencia de fecha 01 de diciembre de 2017, la CSJN ratifica la posición vertida en fallos anteriores, al suscribir (considerando 5), que “el ambiente es un bien colectivo, de pertenen-

cia comunitaria, de uso común e indivisible, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región".[7] También se explaya sobre el principio de buena fe federal (considerando 6) y analiza la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, sobre las que propicia establecer un federalismo de concertación, y asigna para ella misma, el rol de mediadora o conciliadora en ese tipo de tensiones o conflictos, según lo dispuesto en el artículo 127 CN (considerandos 8 y 9).

En el considerando 15, al concepto de manejo de cuenca, la Corte añade el concepto de ecosistema; y atendiendo a ello aclara que adoptará una solución *gradual* para que las partes de común acuerdo elaboren un plan de obras, costos, plazos de ejecución, urgencias de las poblaciones circundantes, participación comunitaria en la toma de las decisiones y sostenibilidad del ecosistema.

5.3. 16 de julio de 2020. Nueva intervención de CSJN

Transcurrido en exceso el plazo de 120 días fijado por la Corte en la sentencia de diciembre de 2017, para que las partes exhortadas negociaran sus posiciones con la libertad que dicha sentencia brindó, no se arribó a ningún acuerdo. En su rol dirimente, nuevamente la CSJN es llamada a intervenir y esta vez analiza los métodos para fijación de caudal de aguas que las provincias esgrimen como necesario.

Las diversas propuestas se plasman en el Acta suscripta en el C.I.A.I. el 19 de febrero de 2018. De esa reunión participan también los respectivos gobernadores. Y en un *obiter* de la sentencia en análisis,[8] se reconoce el esfuerzo que realizaron las provincias, aunque este haya sido infructuoso.

---

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, 1 de diciembre de 2007, *http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad autonoma-buenos-aires-provincia-pampa-provincia-mendoza-uso-aguas-fa17000056-2017-12-01/123456789-650- 0007-1ots-eupmocsollaf*

[8] Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, 16 de julio de 2020, *http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma buenos-aires-pampa-provincia-mendoza-provincia-uso-aguas-fa20000053-2020-07-16/123456789-350-0000-2otseupmocsollaf*

VI. Los órganos legislativos federales y la CSJN. Corolario.

En este largo proceso sucintamente descripto, es probable que, el entonces ministro Fayt en su voto disidente en sentencia de 1987, haya advertido la complejidad del tema y también la posibilidad de una dilación en su resolución que resultara muy desgastante para los ciudadanos y gobernantes de las provincias enfrentadas. En su decisorio —disidencia parcial— obligaba a la provincia demandada (Mendoza), a la realización de obras que proveyesen a la actora (La Pampa) de 100 Hm3 anuales de agua.

Su posición quedó en solitario y la mayoría de sus pares eligieron el camino de exhortar a que las partes encontrasen una solución. Se avanzó en el reconocimiento de la interprovincialidad del río, pese a no gestarse solución alguna.

Transcurrieron más de cuarenta años desde la judicialización del conflicto, hasta la última sentencia exhortativa de CSJN.

Llegado a este punto debemos reflexionar sobre la igualdad y *los mandatos de la constitución federal convencionalizada.*

Los órganos políticos, ejecutivos y legislativos, son receptores por igual de mandatos constitucionales en procura de la igualdad de los habitantes. Así, en el artículo 75 obligaciones a cargo del legislador federal, en su inciso 18, establece que corresponde al Congreso 18:

> Proveer a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios o recompensas de estímulo.
>
> En sentido similar, el siguiente inciso del mismo art. 75. expresa:
>
> Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación, a la

> investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.- Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será cámara de origen.

Claramente en el caso que nos ocupa en particular el mandato constitucional se haya incumplido. El mero transcurso del tiempo, desde la judicialización del conflicto por las aguas del Atuel, sin que la cuestión se haya encauzado efectivamente, demuestra lo arduo de la tarea y la impotencia del Ejecutivo Nacional para arribar a soluciones plausibles.

Si bien ya ambos territorios son provincias en igualdad de derechos y de obligaciones, una tiene un extenso territorio poblado y próspero; la otra, uno extenso pero desértico, con aridez y poca densidad poblacional.

Este dato también incide en la cantidad de miembros que consagra cada jurisdicción subnacional para integrar la Cámara de Diputados de la Nación. Ello constituye un elemento político a la hora de negociar en los órganos también políticos, las decisiones a adoptar. Cabe aclarar que el régimen congresional en Argentina es bicameral, los diputados se eligen en proporción al número de habitantes en cada distrito electoral; en el Senado cada uno de los distritos o provincias, tienen igual representación numérica.

De allí también, la manda constitucional cuando prevé en la cláusula de temas referidos al *desarrollo humano* como cámara de origen de iniciativas legislativas al Senado de la Nación. En ella, la representación de cada estado subnacional es igualitaria; tres representantes por provincia. El constituyente de 1994 tuvo especial cuidado en el tema.

También en el Senado Nacional, como tarea permanente, funciona una específica Comisión para resolver cuestiones que se susciten por límites interprovinciales e internacionales. Se atiende también así a la igualdad en la representación política y a la vinculación del Senado con funciones de Relaciones exteriores y entre provincias.

Para casos como el que nos ocupa, estimamos no sería desacertado prever legislativamente la intervención de esa Comisión con atributos legislativamente concedidos por el Estado Nacional y por las provincias, para que realice una suerte de actividad mediadora, con carácter previo a la judicialización de cualquier conflicto

En el caso del Atuel, la escasez del agua pone en peligro la subsistencia del ecosistema, afecta el acceso al agua potable y provoca desertificación, que a su vez será la causa de otros conflictos ambientales, de continuar la degradación de la región.

De ahí el llamamiento de la CSJN y la medida cautelar que adopta en su última intervención del año 2020. El primer llamamiento es recomponer el sistema para luego pasar a la reparación.

La manda judicial es clara; al concepto de cuenca y de criterios para la gestión de la misma, se añade el de ecosistema. Son guías para encauzar la gestión de los órganos ejecutivos. El nuevo paradigma del sistema es ecocéntrico por oposición al antropocéntrico, trabajado en la sentencia de 1987. El ambiente es un sistema, algo más que un cúmulo de elementos. Y de estos conceptos deben dar cuenta las gestiones que lleven a cabo los órganos ejecutivos.

Es por ello que quizá sea la reclamante la parte más obligada a proponer obras complementarias para que la suelta de agua no sea solo absorbida sino también que de ella se produzca un aprovechamiento útil para combatir la desertificación, para brindar agua potable a los pobladores y también para otros usos que con el avance tecnológico podrán llevarse a cabo, es la provincia actora.

El conflicto del Atuel lleva más de cinco décadas de trámites administrativos y judicializados, todo esfuerzo fue en vano para partes que están sumamente enfrentadas. En esta particular coyuntura, son los demás órganos los encargados de intervenir con políticas públicas activas y velando también por el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas por el órgano judicial del mayor nivel en el sistema constitucional argentino.

Es una demanda de un presente menos conflictivo y cuya solución no admite más demoras. Peligra el ambiente sano, avanza

la desertificación de un extenso territorio y el cambio climático está entre nosotros.

Referencias

Alverellos, Edith y Lell, Helga, "La problemática del rio Atuel en la provincia de La Pampa una perspectiva histórica para comprender la reciente audiencia ante la CSJN", Argentina.

Buteler, Alfonso, "Régimen de aguas en la República Argentina", *La Ley*, Argentina, 2020.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

Castillo, Lilian del, *La gestión del agua en Argentina*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2007.

Esain, José Alberto, *Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas*, Argentina, La Ley, 2018.La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de diciembre de 1987.

La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de diciembre de 2007.

La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/ uso de aguas, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de julio de 2020.

Langhoff, María Laura; Rosell, Patricia y Geraldi, Alejandra, *El río Atuel y el conflicto por el acceso al agua entre La Pampa y Mendoza (Argentina*), CONICET.

Laplacette, Carlos José, *El tribunal de la Federación*, Buenos Aires, Ediar, 2024.

Lorenzetti, Ricardo, "El conflicto del el Rio Atuel en Argentina", 2018.

Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª. ed., t. IV y VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

Mariucci, José María y Peluso, Natalia Mariel, "El dominio público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Su vinculación con los derechos de incidencia colectiva", 2015.

Pinedo, María Florencia, "El dominio del agua en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 2018.

Pinto, Mónica, *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2014.

Pritz, Osvaldo Angel Felipe, "Dominio público: el elemento objetivo", *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

Spota, Alberto G., "Tratado de derecho de aguas", Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1941.

Valls, Mario, "Historia del Rio Atuel", *Revista elDial.com*, Buenos Aires, 2016.

Villafañe, Leonardo Diego, "El paradigma ambiental y su utilidad como parámetro para una justicia social adecuada. Acerca del caso Atuel", *Revista elDial.com*, Buenos Aires, 2019.

Propuestas para una nueva relación política con el Estado boliviano, reparto competencial y descentralización fiscal

***

Proposals for a new political relationship with the Bolivian State, distribution of powers and fiscal decentralization

*Betty Carolina Ortuste Tellería**

"La autonomía es el camino, no el destino [...]"

Resumen: el presente análisis tiene como base un diagnóstico y propuestas a corto y mediano plazo en diversos ámbitos para afianzar las autonomías y el proceso de descentralización fiscal, a cargo del Comité Cívico Pro Santa Cruz con el apoyo de un equipo multidisciplinario y amplia participación ciudadana, cumpliendo el mandato del pueblo cruceño que ordenaba revisar la relación política del Estado, en atención a la pregunta 2 formulada en el Cabildo realizado el 13 de noviembre de 2022, tras varios días de paro cívico indefinido exigiendo al nivel central la imperiosa realización de un Censo Nacional De Población y Vivienda.

Abstract: this analysis is based on a diagnosis and short and medium term proposals in various areas to strengthen the auto-

* Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ABEC), Santa Cruz-Bolivia, *https://orcid.org/0009-0009-0666-5218 carolinaortuste@hotmail.com*

nomies and the fiscal decentralization process, by the Pro Santa Cruz Civic Committee with the support of a multidisciplinary team and broad citizen participation, fulfilling the mandate of the Santa Cruz people who ordered to review the political relationship of the State, in response to question 2 formulated in the Cabildo (Council) held on November 13, 2022, after several days of indefinite civic strike demanding the central level the urgent realization of a National Population and Housing Census.

Palabras clave: Estado, competencias, descentralización.

Keywords: State, competences, decentralization.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Modelo de investigación. IV. Nuevo reparto competencial. V. Conclusiones.

I. Introducción

Al fundarse el Estado Boliviano en 1825 nace a la vida jurídica bajo la forma de Estado Unitario, centralizado y con un gobierno republicano. Desde su primer Constitución Política del Estado de 1826, también denominada "Bolivariana" en memoria de su Libertador, Bolivia ha transitado por más de una veintena de reformas constitucionales, siendo la última reforma practicada una de tipo total, entrando su texto en vigor a partir del 7 de febrero de 2009.

Desde entonces ha migrado de un modo de Estado simple hacia uno Compuesto del tipo autonómico y un sistema de gobierno democrático.[1] Cabe aclarar que los Estados "territorialmente

[1] Art. 1 de la CPE: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país". Más adelante su art. 11 establece que: "I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. [...]", Gaceta Oficial de Bolivia,

compuestos" pueden ser "Federales y Autonómicos", en contraposición a los "territorialmente simples". Al respecto, Esther del Campo distingue los modos de Estado antes referidos en los siguientes términos:

> [...] Los elementos clasificatorios varían en función de los modelos constitucionales, de las distintas estructuras institucionales, de la división/separación de poder existentes entre los gobiernos [...]. Sin embargo, podemos distinguir dos estrategias básicas en el análisis de los procesos de organización territorial. La primera identifica tipos o modelos de Estados autónomos que corresponden a características excluyentes que convierten a estos modelos en alternativos. La segunda estrategia de clasificación sugiere trazar una línea continua para ubicar los Estados en función de una característica centralización-descentralización, susceptible de análisis y medición.

La primera estrategia de clasificación fundamenta la distinción entre Estados Unitarios y Estados Compuestos, una clasificación dicotómica en la que todos los Estados se reducen a uno u otro modelo [...]. El criterio para esta ordenación es la concentración y/o dispersión del poder a nivel territorial. Dentro del Estado unitario se distinguen: dos subtipos –Estado unitario y Estado regional– y al interior del Estado compuesto, surgen otras dos categorías – Estado autónomo y Estado federal.[2]

El Estado Autonómico se caracteriza porque existe únicamente un centro de Poder Constituyente, con sus respectivos Órganos de Poder Público[3] y una sola Constitución con validez nacional. En el interior de este único Estado como sujeto de Derecho Internacional Público, existen múltiples niveles de gobierno, cada uno de los cuales cuenta únicamente con órganos ejecutivo y legislativo respectivamente, pero carecen de los órganos judicial y electoral.

---

http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf

2 Campo García, Esther del, "Territorio y poder en perspectiva comparada: el caso español", en Ferri Durá, Jaime *et al.* (coord.), Política *y Gobierno en el Estado Autonómico,* Valencia, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Ciencia Política, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 69 y 70.

3 En el caso boliviano son 4: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, conforme se desprende del art. 12 de la CPE.

Los gobiernos autónomos emiten su normativa autonómica establece su propia jerarquía normativa en concordancia con la definida constitucionalmente, gozando sus Estatutos o Cartas Orgánicas como normas institucionales básicas de preeminencia frente a la demás legislación autonómica. Luego, en cuanto a las formas de organización administrativa con frecuencia gozan de descentralización meramente administrativa y política respecto de la elección de los gobernantes, pero las más de las veces están desprovistas de una verdadera descentralización fiscal o de recursos económicos.

Con relación al catálogo competencial téngase que la forma en que se establezcan las listas de distribución de competencias determinará el sistema competencial adoptado ya sea puro o hibrido, contemplando solo las del nivel central o de los gobiernos subnacionales y quedando el resto sujeto a la interpretación que se tenga de la cláusula residual en la Ley Fundamental, bien sea para favorecer al nivel central como ocurre en nuestro país o a los gobiernos autónomos como pasa en España.

A mayor abundamiento en Bolivia se sigue un sistema mixto con 4 tipos de competencias[4] que hacen una combinación del número de facultades ejercitables sobre una determinada materia y dentro de una unidad territorial o espacio geográfico delimitado, con limites precisos o imprecisos según se cuente o no con coordenadas geográficas representadas cartográficamente.[5]

[4] El art. 297 de la CPE establece la siguiente tipología competencial: "I. Las competencias definidas en esta Constitución son: a) Privativas, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado. b) Exclusivas, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas. c) Concurrentes, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva. d) Compartidas, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales".

[5] Ver definiciones del art. 7 de la Ley Nº 339 de Delimitación de Unidades Territoriales, de 01 de febrero 2013, *Portal Jurídico Lexivox Libre*, *https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N339.html*

Téngase presente que cuando se reparten competencias, se distribuye una cuota parte de poder público pues el pueblo le delega a sus gobernantes o mandatarios un quantum del poder soberano que reside en él[6] y a un mayor número de facultades o potestades ejercitables sobre una determinada materia, se tiene un mayor peso competencial, es decir, mayor poder.

Finalmente, es menester aclarar que el nivel de gobierno que ostente la potestad legislativa comandará a los demás puesto que la reglamentación y ejecución no pueden exceder los límites impuestos por aquella, gozando además de la prerrogativa de distribuir responsabilidades y definir el grado de intervención o no en la materia de los demás.

II. Antecedentes

Como medida de presión frente al nivel central del Estado, la población cruceña entra en paro indefinido durante octubre y noviembre del 2022, exigiendo al nivel central la imperiosa realización de un Censo Nacional De Población y Vivienda, considerando que el último que había sido llevado a cabo el 2012 y de sus datos oficiales depende la distribución de recursos de coparticipación tributaria de impuestos nacionales, la distribución de escaños parlamentarios y la planificación integral del Estado con criterio poblacional.

En fecha 13 de noviembre del mismo año, el Comité Cívico Pro Santa Cruz convoca a un Cabildo como mecanismo de participación democrática directa, mismo que tuvo una masiva concurrencia y dentro del cual se formularon una serie de preguntas a la ciudadanía, siendo la más relevante para este articulo la "Pregunta 2" que textualmente consultaba lo siguiente: "¿Están todos de acuerdo en delegar al Comité Pro Santa Cruz la convocatoria a una comisión constitucional que, en un marco legal y democráti-

[6] Conforme al art. 7 de la CPE: "La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible", Gaceta Oficial de Bolivia, *http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf*

co, revise la futura relación política de Santa Cruz con el Estado boliviano?"[7]

El paro cívico se levanta el 26 de noviembre de 2022 y conforma una comisión especial con subcomisiones, con la premisa lograr "un equilibrio entre lo deseable y lo viable". Para replantear una nueva propuesta de nueva relación con el Estado Boliviano, sin que ello implique una secesión, sobre la base de 2 pilares fundamentales: Igualdad y libertad. En palabras de los propios cívicos reflejando el pensamiento de la voluntad ciudadana expresada en el cabildo cívico: "Somos más útiles a Bolivia si nos dejar ser y si nos dejan hacer".[8]

Para tal cometido se realiza un diagnóstico e identifican causas que impiden el desarrollo pleno de la autonomía cruceña en 16 eventos públicos, conformándose al efecto mesas sectoriales (agropecuaria, económica, medioambiental y constitucional) que culminan con propuestas de origen y derivadas, diferenciadas de la siguiente manera:

A. Estrategia, responsables, acciones concretas y resultados a corto plazo: sin reformar la CPE.
B. Acciones, responsables y resultados a mediano plazo: con reforma parcial a la CPE.[9]

III. Problema de investigación

El diagnóstico realizado determina las principales causas que impiden "autonomía plena" no solo del nivel de gobierno departamental sino hasta del municipal en su relacionamiento con el nivel central del Estado, sin importar el departamento de que se trate, en los siguientes ámbitos:

En lo normativo: invasión de competencias mediante leyes nacionales, responsabilidades sin recursos económicos, recon-

7 Portal web del Comité Cívico Pro Santa Cruz, "Antecedentes", *https://nrescz.org/antecedentes/*

8 *Idem*.

9 Portal web del Comité Cívico Pro Santa Cruz, "Resumen de propuesta constitucional", *https://nrescz.org/competencias/*

centración de facultades en competencias concurrentes y compartidas, entre otras.

En lo territorial administrativo: incumplimiento al mandato constitucional de transferencia de régimen de tierras (art. 298-II núm. 38 CPE), inobservancia al Plan de Usos de Suelos (PLUS) y Plan de Ordenamiento Territorial (PLOT) por parte del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) y Autoridad de Bosques y Tierras (ABT), falta funcionamiento de la Comisión Agraria Departamental (CAD), entre otras.

En lo económico financiero: constante vulneración autonomía económico-financiera, incompleta labor de costeo competencial por parte del Servicio Estatal de Autonomías (SEA), postergación del Censo y del Pacto Fiscal, entre otros.

En lo organizativo institucional: no cuenta con fuerza pública institucionalizada, administración judicial centralizada y politizada, traspaso inconsulto de responsabilidades incumpliendo lo dispuesto en arts. 75 y 76 de la Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización (LMAD).[10]

Objetivos: plantear propuestas de un nuevo relacionamiento del nivel departamental y municipal con el Estado Boliviano, con un reparto competencial y descentralización fiscal, para alcanzar un régimen autonomico pleno en los ámbitos organizativo institucional, económico-financiero, normativo y territorial administrativo, sin descartar en un futuro migrar a una forma de Estado Federal.

Hipótesis: para fortalecer la relación con el Estado Boliviano es necesario implementar acciones a corto y mediano plazo con reforma parcial a la CPE que establezca "autonomías especiales" y un nuevo reparto competencial con descentralización fiscal.[11]

---

[10] Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización "Andrés Ibáñez", de 19 de julio de 2010, Portal Juridico Lexivox Libre, *https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N31.html*

[11] Se toma como base el Libro publicado por Urenda, Juan Carlos, *Autonomías Especiales: Propuesta sobre el mandato popular de la segunda pregunta del mayor cabildo de la historia de Bolivia*, Santa Cruz-Bolivia, Urenda Abogados Ltda., 2023.

Justificación: en lo *científico* resulta un aporte para la ciencia del Derecho, especialmente constitucional para replantear una nueva forma de relacionamiento con el Estado, adecuándolo a la realidad boliviana. En lo *social* sin duda reviste importancia pues su implementación permitirá avanzar a una mejora en los estándares de calidad de vida de los habitantes, una atención a sus demandas en forma más eficiente y con recursos suficientes por parte del nivel de gobierno más cercano a éstos.

Finalmente, en lo *personal* trasciende por la posibilidad de presentar estas propuestas dentro del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional a llevarse a cabo del 21 al 25 de octubre del año en curso (2024) en la ciudad de México, al que concurren juristas de notable trayectoria académica y profesional.

Delimitación: en cuanto, a la delimitación material, el articulo versa en Derecho Constitucional. Respecto al límite temporal el estudio investigativo realiza un balance de la situación de las autonomías, grado de avance y retroceso a partir de la vigencia de la última reforma constitucional (07 de febrero de 2009). Finalmente, con relación al límite jurisdiccional se circunscribe al territorio del Estado Boliviano.

El modelo de investigación adoptado es el exegético o mixto que fusiona 2 modelos: 1) Teórico-hermenéutico y 2) Empírico-práctico. Por tanto, se analiza el marco regulatorio existente en Bolivia para plantear cambios.[12]

Para la realización del presente artículo científico la investigación de tipo jurídico propositivo, que tiene por objeto cuestionar la normativa vigente relativa al sistema de distribución competencial, evaluando sus problemas, fallos y presentar solución o respuesta a la problemática.[13]

En el desarrollo de este artículo se emplearon los métodos deductivo y estructural, pues parte desde un enfoque general hasta llegar a aspectos específicos, así como del análisis y plan-

[12] Núñez Jiménez, Fernando Edgar, "Investigación Jurídica: Instrumentos Metodológicos", 2ª. ed., Santa Cruz-Bolivia, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA), 2020, p. 56.

[13] *Ibidem,* p. 57.

teamiento de un tema central de investigación, que desglosa en apartados y/o variables, que convergen en el tema central.[14] La técnica empleada en esta investigación fue la "documental".

IV. Nuevo reparto competencial

Dentro del documento intitulado "Propuesta Constitucional" publicado por el Comité Cívico Pro Santa Cruz[15] se plantean las siguientes acciones:

A. A corto plazo:

- Un barrido y listado de leyes nacionales que deban ser modificadas parcialmente o reemplazadas por otras nuevas, comenzando por la LMAD.
- Limitándola a que cumpla el mandato del artículo 271 de la CPE.[16]
- Desarrollar un listado de normas nacionales[17] que deben ser modificadas parcialmente o reemplazadas por otras nuevas: 25 leyes que centralizan autonomías, 11 leyes para descentralizar instituciones, 6 decretos que afectan autonomía organizativa-institucional y económico-financiera.
- Acudir al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) para expulsar normas invasivas o inconstitucionales, lo

14 *Ibidem*, p. 59 y 60.

15 Comité Cívico Pro Santa Cruz, "Propuesta Constitucional", *https://nrescz.org/competencias/*

16 Art. 271 de la CPE: "I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas. II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional", Gaceta Oficial de Bolivia, *http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf*

17 Se toma como referencia un estudio realizado por Santistevan Justiniano, José Luis, *La Ruta Crítica del Proceso Autonómico: Una propuesta para encauzar las autonomías*, Santa Cruz de la Sierra-Bolivia, Editorial El País, 2017.

que conlleva presentar nuevas acciones, demandas o recursos, con argumentos distintos a los originalmente empleados en las anteriores y que motivaron la emisión de sentencias constitucionales contrarias a las autonomías.

- Un proceso descentralizador de las principales instituciones estatales, lo que comprende: un procedimiento previo meritocrático y participativo ciudadano en el nombramiento de autoridades administrativas, judiciales y electorales departamentales (13 Cargos), para darle transparencia y legitimidad; mayor autonomía técnica, administrativa y legal, extinción de las entidades paralelas que desplazan a las Entidades Territoriales Autónomas (ETA's): 10 instituciones.

B. A mediano plazo:

- Reformar parcialmente la CPE, modificando lo siguiente, nueva clasificación de competencias: Se suprimen competencias concurrentes.
- Redefine Cláusula residual para favorecer a las autonomías, presumiendo que todo lo no previsto en la CPE puede ser ampliado por vía de sus Estatutos y Cartas Orgánicas y lo restante corresponde al nivel central del Estado en forma supletoria.
- Nuevo catálogo competencial:

a) Nuevo listado competencias privativas: se reducen de 21 a 14, que pasan a ser compartidas y exclusivas.

b) Nuevo listado de competencias exclusivas nacionales: reducen de 38 a 36. Se desdoblan competencias, modifican otras y agregan nuevas.

c) Nuevo listado competencias exclusivas departamentales que contempla materias no previstas o reubica algunas existentes: se incrementan de 36 a 56. *Vrg*. Guardia Departamental, Currícula regionalizada, Alianzas Publico-privadas.

d) Nuevo listado de competencias exclusivas municipales: se incrementan de 43 a 48. Por ejemplo: bomberos urbanos, proyectos de inversión concurrente, entre otras.

e) Nuevo listado de competencias compartidas: se incrementan de 7 a 45. Ejemplo: tierra, territorio y su titulación, pacto fiscal, entre otras que antes eran concurrentes o exclusivas nacionales.

- Se replica un modelo asimétrico y diferenciador de proceso autonómico como ocurre en España, posibilitando por la vía de reforma parcial y referéndum popular vinculante que aquello Departamentos que así lo deseen por resultados electorales que superan el cincuenta y uno por ciento (51%) de votos válidos, cuenten con "autonomías especiales" o permanezcan en la forma actual prevista en la CPE.
- Se propone una ruta crítica para concretar esa reforma parcial. Descentralización fiscal: autonomía económico-financiera. La Descentralización Fiscal, también conocida como descentralización de los recursos fiscales, es necesaria para empoderar a los gobiernos subnacionales. Siguiendo a Alfred P. Montero *et al.*[18] esta forma de descentralización comprende 2 dimensiones:

  1. De ingresos: es el grado relativo en que los gobiernos subnacionales llegan a controlar las fuentes de sus ingresos, generalmente impuestos y/o transferencias del gobierno nacional.

  2. Del gasto: se refiere al grado en que los gobiernos subnacionales pueden decidir de manera autónoma cómo gastar sus ingresos y cuánto de ellos gastar, independientemente de las pautas o asignaciones del gobierno central.

En tal sentido, como medidas a corto plazo se propone lo siguiente:

1. Emplear los resultados oficiales del último Censo Nacional de Población y Vivienda llevado a cabo el 23 de marzo

[18] Montero, Alfred P. y Samuels David J, "Capitulo 1: Los determinantes políticos de la descentralización en América Latina: Causas y Consecuencias", *Decentralization and democracy in Latin America,* Carleton College y Universidad de Minnesota, pp. 1-45, *Montero&Samuels_Political determinants of Dec.pdf*

del 2024[19] en: planificación del desarrollo; redistribución de recursos de coparticipación tributaria y pacto fiscal, redistribución de escaños parlamentarios en las próximas elecciones generales.

2. Lograr una mejor redistribución de recursos económicos para incrementar la inversión en la gestión pública siguiendo algunos principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, tales como: solidaridad, complementariedad, bien común, subsidiariedad y provisión económica de recursos contemplados en el art. 270 de la CPE.
3. Arribar a la suscripción de un acuerdo Intergubernativo que formalice el tan anhelado Pacto Fiscal, permita concretar la distribución de los recursos de coparticipación tributaria de alcance nacional, además de la ampliación del dominio tributario de los gobiernos autónomos, política crediticia, política presupuestaria, modificación o derogación de normas re-centralizadoras, entre otros.
4. Aprobar una Ley Nacional del Pacto Fiscal y Descentralización Fiscal, asi como nuevas leyes o modificaciones a la Ley del Banco Central de Bolivia de 31 de octubre de 1995, Reforma a la Ley Nº 466 de Empresas Públicas de 26 de diciembre de 2013, entre otras.

Mientras que como medidas a mediano plazo se propone una reforma parcial a la CPE, reasignando las siguientes competencias:

- Política económica (Privativa).
- Planificación e Inversión Pública Nacional (Exclusiva nacional).
- Pacto Fiscal (Compartida).
- Sistema e Instrumentos de Planificación Integral del Estado (Compartida).
- Cadena productiva de electricidad (Compartida).
- Participar en la cadena productiva hidrocarburífera (Exclusiva departamental).
- Inversión privada y alianzas público -privadas. (Exclusiva departamental).

[19] Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *https://censo.ine.gob.bo/*

- Administración de recursos de regalías departamentales, incluyendo la fiscalización de la comercialización de hidrocarburos y minerales para verificar su recaudación. (Exclusiva departamental).

Otras propuestas de relacionamiento. El estudio efectuado plantea propuestas a corto y mediano plazo de nueva relación en materia de administración de justicia, policía boliviana, régimen penitenciario y política criminal educación, salud, medioambiente y desarrollo productivo.

V. Conclusiones

De lo precedentemente expuesto para fortalecer la relación con el Estado es menester adoptar medidas a corto y mediano plazo para profundizar las autonomías y lograr su plenitud en los ámbitos organizativo-institucional, económico-financiera, normativa y territorial administrativo.

Esta labor partirá de un barrido y listado de leyes nacionales que deban ser modificadas parcialmente o reemplazadas por otras nuevas, comenzando por la Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización como norma vertebral sobre la que se asienta el diseño autonómico limitándola a que cumpla el mandato del artículo 271 de la CPE. Asimismo, es menester agregar a ello una descentralización fiscal consolidando el pacto fiscal.

Para combatir la crisis orgánica, corrupción y burocracia del nivel central de Estado, habrá que emprender un proceso descentralizador de las principales instituciones estatales, así como el procedimiento previo al nombramiento de autoridades administrativas, judiciales y electorales departamentales que les dote de una mayor autonomía técnica, administrativa y legal.

A su vez tendrá que contrarrestarse las restricciones normativas y administrativas del nivel central del Estado que impiden el correcto funcionamiento de las autonomías, impulsando propuestas normativas modificatorias, abrogatorias o derogatorias de las leyes nacionales invasivas, así como promover la reforma parcial a la Constitución, activada por un referéndum popular con alcance nacional, en la forma prevista en el artículo 411-II

de la CPE. También habrá que interponer demandas, acciones y recursos constitucionales que depuren las normas inconstitucionales e invasivas a las competencias de los niveles autonómicos o hagan cumplir los deberes contenidos en leyes nacionales o autonómicas dirigidos a servidores públicos, "reencauzando" el proceso autonómico por el que hay que necesariamente transitar en caso de optarse por un cambio a la forma jurídica de Estado Federal.

Este desafío de profundización y reencauzamiento del proceso autonómico para plantear una propuesta de "Autonomías especiales" a la luz del "principio d subsidiariedad", como la vía necesaria por la que tendrá que atravesarse sin que eso implique la negativa a que, en algún momento determinado, pueda el pueblo soberano optar por la Propuesta Federal, pues las "Autonomías son el camino, más no el destino".

Referencias

Campo García, Esther del, "Territorio y poder en perspectiva comparada: el caso español", en Ferri Durá, Jaime *et al.* (coord.), Política *y Gobierno en el Estado Autonómico,* Valencia, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Ciencia Política, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

Constitución Política del Estado.

Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización "Andrés Ibáñez", de 19 de julio de 2010.

Ley 339 de Delimitación de Unidades Territoriales, de 1 de febrero 2013.

Montero, Alfred P. y Samuels David J, "Capitulo 1: Los determinantes políticos de la descentralización en América Latina: Causas y Consecuencias", *Decentralization and democracy in Latin America,* Carleton College y Universidad de Minnesota.

Núñez Jiménez, Fernando Edgar, "Investigación Jurídica: Instrumentos Metodológicos", 2ª. ed., Santa Cruz-Bolivia, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA), 2020.

Santistevan Justiniano, José Luis, *La Ruta Crítica del Proceso Autonómico: Una propuesta para encauzar las autonomías*, Santa Cruz de la Sierra-Bolivia, Editorial El País, 2017.

Urenda, Juan Carlos, *Autonomías Especiales: Propuesta sobre el mandato popular de la segunda pregunta del mayor cabildo de la historia de Bolivia*, Santa Cruz-Bolivia, Urenda Abogados Ltda., 2023.

Federalismo argentino: fórmula de distribución de competencias en debate

***

Argentine federalism: competence distribution formula under debate

Alejandro Pérez Hualde

Resumen: la distribución de competencias, como también de recursos, entre las provincias integrantes del Estado y el Gobierno Federal que ellas están comprometidas a mantener, en beneficio de todas ellas, necesita de una recomposición de las actuales pautas erráticas, coyunturales, discrecionales y arbitrarias de asignación —fijadas por esas mismas autoridades de ese Gobierno Federal—, que hoy exhiben y ajustarse a los criterios objetivos de reparto, de equidad y dignidad e igualdad de oportunidades para todo el territorio de la Nación que la Constitución exige. Todo ello conforme a los nuevos instrumentos de regulación económica atenta a sus procedimientos de construcción y a la evaluación de su impacto en los órdenes económicos, sociales, culturales y al margen de decisión local de cada provincia y región.

Abstract: the distribution of powers, as well as of resources, between the provinces that make up the State and the Federal Government, which they are committed to maintaining, for the benefit of all of them, requires a recomposition of the current erratic, circumstantial, discretionary and arbitrary patterns of allocation —set by those same authorities of that Federal Government—, which today exhibit and adjust to the objective criteria of distribution, of equity and dignity and equal oppor-

tunities for the entire territory of the Nation that the Constitution requires. All this in accordance with the new instruments of economic regulation attentive to their construction procedures and the evaluation of their impact on the economic, social, cultural and local decision-making orders of each province and region.

Palabras clave: derecho constitucional, federalismo, derecho administrativo, regulación económica.

Key words: constitutional law, federalism, administrative law, economic regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Crisis de la distribución de competencias. III. El compromiso social y federal. IV. La construcción normativa federal. V. Reflexiones provisorias.

I. Introducción

Nos preocupa la propuesta de análisis de los mecanismos de distribución de competencias, como también de recursos, entre las provincias integrantes del Estado y el Gobierno Federal que ellas están comprometidas a mantener, en beneficio de todas ellas.

Estamos convencidos de que necesita de una recomposición de las actuales pautas, que son erráticas, coyunturales, discrecionales y arbitrarias, que son fijadas por esas mismas autoridades de ese Gobierno Federal.

Sostenemos que es necesario ajustarse a los criterios objetivos de reparto, de equidad y dignidad e igualdad de oportunidades para todo el territorio de la Nación que la Constitución exige. Todo ello conforme a los nuevos instrumentos de regulación económica atenta a sus procedimientos de construcción y a la evaluación de su impacto en los órdenes económicos, sociales, culturales y al margen de decisión local de cada provincia y región.

Mientras nos empeñamos en alentar un derecho Constitucional que sigue buscando la formulación de nuevos derechos y persiguiendo el esfuerzo de cómo hacerlos razonablemente ac-

cesibles a la generalidad de nuestros pueblos, dentro de una sistematización del poder de carácter "intrafederal", vemos que se encuentra acosado por los principios hoy en boga que lo invaden desde la filosofía del Derecho y desde las teorías de la argumentación.

Nuestra imprescindible integración en el mundo nos hace conscientes también de la realidad evidente e incontrastable que nos demuestra que "El derecho del comercio internacional de bienes y servicios privilegia también en modo neto los imperativos económicos en detrimento de los intereses públicos, valores sociales y derechos humanos: es un evidente desequilibrio, cuyo soporte es el 'fundamentalismo del mercado'",[1] lo que no ayuda a la hora de una regulación adecuada a "las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática" (art. 32.2 CADH).

En procura de explicar el federalismo argentino, expresa Alberdi que lo que propone es "una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abrace y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y la Provincia–, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación".[2] Y la lista podría continuar, pues no existe federalismo que no suponga la presencia y convergencia de unidades distintas, unas pobres y otras ricas, unas grandes y otras chicas, unas extensas y otras minúsculas, unas poderosas y otras débiles, unas viejas otras nuevas, unas cercanas y otras alejadas.

Como tampoco existe federalismo donde la unión no sea conveniente para unos y otros; nadie concurre a la unión para perder o para estar peor. Por ello supone la búsqueda de una relación de equilibrio entre esas partes desiguales e incompletas —algunas

1 D'Alberti, Marco, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione,* Il Mulino, Universale Papers, Bologna, 2008, p. 144.

2 Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentin*a, cap. XVII.

de dudosa autosuficiencia—;[3] equilibrio que no solo es complejo, sino que es también dinámico y —a la vez— inestable siempre debido a las tensiones naturales que comprende; de ahí que es un requerimiento esencial del sistema federal que la unidad del poder central se apoye sobre la "pluralidad y autonomía" de los poderes provinciales.[4] Nada más lejos del discurso de la unanimidad o de la imposición, en que suelen desembocar las propuestas populistas que destruyen la representación.

II. Crisis de la distribución de competencias

La construcción de consensos sobre los cuáles asentar una distribución de las competencias federales ha sido un instrumento jurídico político esencial para lograr el equilibrio federal que cuarenta años de guerra civil impedían objetivamente. En 1853, completada luego en 1860, la Constitución Nacional fue el resultado de la construcción negociada de la salida y del comienzo de nuestra vida constitucional. Como lo advierte Leiras "las instituciones políticas y fiscales del federalismo argentino fueron negociadas, redactadas y aprobadas, consciente e intencionalmente, por representantes de intereses territoriales, partidarios y sociales" y por ello son "el resultado de propósitos deliberados y objetivos alcanzados por actores estratégicos con intereses diversos".[5]

Diego Valadés sostiene que "el poder genera resistencias que compensan su inercia expansiva. La expresión más clara de esa relación poder-resistencia al poder está significada por el contraste entre los conceptos de soberanía popular y de representa-

[3] Alguna vez desde el Gobierno Federal se llamó la atención sobre la existencia de provincias "inviables"; una buena demostración de la falta de comprensión de lo que es un conjunto federal y de ignorancia de nuestra construcción histórica.

[4] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada,* t. I, 4ª. ed., 5ª. reimp., Buenos Aires, 2012, p. 31.

[5] Leiras, Marcelo, "Las contradicciones aparentes del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales", en Acuña, Carlos H., *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, p. 214.

ción popular". Y, agrega, en que "de alguna manera los conceptos de soberanía y de representación contienen una antinomia, que solo es superable merced al entendimiento convencional que de ambos se suele hacer, y que ha obligado a uno de los mayores esfuerzos de la inteligencia: el constitucionalismo".[6]

La Corte Suprema argentina en *Bressani*, 1937, afirmó que la Constitución "ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada; ha fundado una unión indestructible de estados indestructibles";[7] ambas indestructibilidades son de muy difícil conciliación, señala con acierto Manili, confirmando así sus apreciaciones sobre las tensiones existentes entre los poderes central y federal,[8] entre la unidad y la diversidad.

Las guerras civiles que enfrentó la hoy Argentina, entre 1820 y 1860 —que para algunos llega a 1880—, a "unitarios" y "federales" se caracterizó por presentar una situación bien descripta por Enrique Barba cuando sostiene que "ha llegado el momento de preguntarnos en qué consistían las diferencias entre federales y unitarios. Hemos observado, hasta ahora, que las grandes diferencias políticas que agitan al país giran en torno a la rivalidad entre porteños y provincianos".[9]

De ahí lo difícil de la salida federal y también de sus más que numerosas notas unitarias, permitieron construir así una

---

6 Valadés, Diego, *El control del poder*, 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 24 y 25.

7 Corte Suprema de Argentina, Fallos, 178:22.

8 Manili, Pablo L., "Tensiones en el derecho constitucional", *La Ley*, t. 2011-B, p. 667.

9 Barba, Enrique M., *Unitarismo, Federalismo, Rosismo*, Buenos Aires, Biblioteca Básica Argentina, Centro Editor de América Latina, 1994, p. 40. Esta situación quedó expresada en la misma Convención de 1853 por el convencional por Mendoza, Martín Zapata, en la sesión del 22 de abril, quien expresó: "Todas nuestras guerras civiles de cuarenta años, no son más que la expresión de estos dos hechos: dominación o influencias unas veces justas, y otras injustas del poder de Buenos Aires sobre las provincias, y resistencia, unas veces justa y otras injusta por parte de estas". (Pérez Guilhou, Dardo, *Las provincias y la organización nacional 1852-1853*, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, 2003, p. 12).

respuesta propia de los argentinos de unión de las doctrinas enfrentadas, federal y unitaria, desembocando en la "unidad federativa", en un todo de acuerdo a la intención expresada por el mismo Alberdi,[10] y que encuentra sus raíces en el "Reglamento Provisorio de 1921" de la provincia de Córdoba[11] y que constituye una respuesta propia y original, que se ha visto sometida a situaciones de emergencia en reiteradas oportunidades.

Por ello consideramos un acierto la afirmación de Diego Valadés:[12]

> Pasada la hora de emergencia los ciudadanos regresan a sus tareas habituales y son indispensables las acciones institucionales. Lo normal es que la sociedad vuelva la mirada hacia sus dirigentes, esperando orientación. Nuestra situación es diferente. Aquí se produjo una mezcla de solidaridad con el afectado y de repulsa hacia la política y el poder. Los estragos súbitos del sismo potenciaron los daños acumulados de la corrupción y la incompetencia.

La evidente ineficiencia demostrada por las distintas y sucesivas administraciones, en diversos —aunque no pocos— países de nuestra región Iberoamericana, y los resultados catastróficos en el campo económico y social nos han llevado al surgimiento de reacciones explicables, aunque no siempre justificables, de rechazo total a toda organización que pueda producir la política, sobre todo en lo que respecta a la distribución de competencias federales efectivas para la prevención y solución de conflictos y cobertura de necesidades básicas insatisfechas.

Quizás aparezca con mayor evidencia una fuerte desorientación hacia la organización de las competencias por causa de

---

10 Levaggi, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 148.

11 Segreti, Carlos S.A., *Federalismo rioplatense y federalismo argentino (El federalismo de Córdoba en los comienzos de la época independiente, 1810-1829)*, palabras previas de Dardo Pérez Guilhou, Centro de Estudios Córdoba, Córdoba, 1995, p. 3.

12 Valadés, Diego, *La norma y la normalidad. Vicisitudes constitucionales en México*, CDMX, Editorial Porrúa, 2018, pp. 85 y 86. El autor hace referencia al trágico terremoto vivido en 2008 en esa Ciudad.

los actos, planes y promesas de contenido político; una pérdida sensible de confianza hacia los contenidos políticos propuestos y una sustitución de ellos por verdaderos actos de fe, de adhesión intuitiva, de apego emotivo y simpático, con protagonismo y gran preponderancia de los *likes* en las redes sociales.

Pareciera que, desde ambos extremos aparentes de la discusión política tradicionalmente calificados como derecha e izquierda, se han desdibujado los procedimientos y ahora son compartidos por ambos bandos mediante el empleo de idénticas actitudes, agresiones, intolerancias, voluntarismos, "bajadas de líneas", ideologismos, etc. Y todo ello desde un centralismo, fundamentalmente informativo y guionado sesgadamente según intereses centrales, que influye y se transmite a la totalidad del país con ignorancia de las realidades locales.

Hoy prepondera el insulto, el desprecio, la descalificación y el contraataque a la crítica, aún a la más pacífica y respetuosa; cuanto más espontánea y rápida, más apreciada y percibida. Sin duda, estamos frente a la falta de respuestas sobre el "qué" y con abundancia irrazonable acerca de los "cómo" hacemos lo que se nos exige desde un pueblo, en el sentido más comprensivo y amplio y desideologizado del concepto (tan vapuleado y decrépito que ha producido su propio exceso llegando a formularse como el "populismo").

Pero las lesiones más graves al sistema concertado de distribución federal provienen del cuestionamiento permanente de parte del "populismo" sobre la representación política, la recurrencia a políticas demagógicas hacia los sectores más concentrados de población, y el discurso de la unanimidad, que no tolera divergencias —ni siquiera matices— frente al interés del "Pueblo", que nunca nos comprende a todos —como hace notar Villacañas—,[13] y el desprecio por la institucionalidad,[14] fueron minando las de-

[13] Villacañas, José Luis, *Populismo*, La Huerta Grande Editorial, 2015, p. 65.

[14] Laclau, Ernesto, "El constitucionalismo busca mantener el poder conservador", *Perfil*, de 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por Gargarella, Roberto, "Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista "que apela directamente a las masas, en diario", *Perfil* de 21 de octubre de 2012.

fensas del sistema federal construido precisamente sobre esos pilares fundamentales de la república y de la representación política y de sus instrumentos de elaboración y legitimación.

Si bien no ha escapado al fragor de los tiempos políticos y sociales que le toca enfrentar, la Administración Pública no se ha podido liberar de su compromiso esencial con aquellos principios de la "Buena Administración" propuestos por la Constitución Europea, o la Carta Iberoamericana de hace unos pocos años en esta región. Quizás porque ya es evidente que no se concibe una Administración que no sea precisamente "buena" y atenta a las exigencias desesperadas (a veces desesperanzadas) de una sociedad con altísimos grados de exclusión en la distribución inequitativa de los bienes esenciales para la vida digna que le corresponde por derecho.[15]

Nos animamos a decir que la Administración Pública se ha visto arrastrada hacia nuevas formas de actuación, de operación y de construcción de sus actos y procedimientos, y ello debería comprobarse también en la distribución de las competencias federales. No solo ha cambiado la realidad que debe tratar cotidianamente por definición, sino que también lo ha hecho su marco normativo soporte dentro del cual se desempeñan y desarrollan todos sus métodos e instrumentos de operación y búsqueda de la prevención y solución de los conflictos que, en grado creciente, presenta esa compleja y dinámica realidad que se expresa de muy diferentes formas en cada una de las unidades de nuestro federalismo.

Y todo ello se nos aparece con algún grado de orfandad desde ese marco normativo que debía brindarle un espacio regulatorio legal caído hoy en reyertas y enfrentamientos teóricos e ideológicos y desorientados en cuanto a su apartamiento más o menos distante de aquellos principios fundamentales que guían su accionar y que -al menos- deberían orientar su actuación y desempeño dentro del bien llamado "Derecho Constitucional concreti-

[15] Rodríguez-Arana Muñoz, *"Derecho Administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales", Revista Jurídica Austral*, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, vol. 3, núm. 1, junio 2022, Buenos Aires, 2022, p. 183 y ss.

zado" por la escuela alemana de Schmidt-Assmann en estrecha vinculación con la Constitución.[16]

Porque, como decimos, no solo ha cambiado en modo esencial la realidad que debe enfrentar, cada vez más dinámica,[17] cambiante ("líquida" —según Zygmunt Bauman[18]—), compleja, plural y también desorientada, en algún grado, exhibiendo así su "*descontento*" con la realidad en general y aun con la democracia en particular (como lo observa agudamente en estos días Michael Sandel)[19] sino también lo ha hecho el viejo marco normativo de referencia sobre el que se apoyaba y le brindaba la seguridad formal de sus procedimientos "correctos". Las provincias no son lo que eran hace 170 años cuando se dictó la constitución, ni hace 40, cuando se pactó la coparticipación provisoria de los recursos, ni como hace 30 en que se reformó la Constitución.

Caracterizan estos tiempos de negociación con un total desprecio a los espacios reclamados por las provincias protagonistas de nuestro sistema de unidad federativa, como la calificó Alberdi en su origen, a quienes se las presenta como un conjunto de famélicos empobrecidos tironeando de los recursos que administra el Gobierno Federal, quien responde cual si fuera propietario de esos fondos, cuyo origen proviene de ese mismo grupo de provincias empobrecidas, estrujadas por la apetencias de una concentración urbana insoportable y cada vez menos posible de satisfacer. Las pretensiones provinciales son presentadas como extorsiones, sus propuestas de negociación razonable se exhiben

---

16 Schmidt-Assmann, Eberhard, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en Barnes, Javier, (ed.), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press, INAP, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, Sevilla, pp. 78 y 79.

17 Parejo Alfonso, Luciano, *Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España*, Sevilla, INAP, Global Law Press, 2012, p. 37; el autor se refiere a la "creciente dinámica social".

18 Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, Austral Paidós, Barcelona, 2017.

19 Sandel, Michael J., *El descontento democrático. En busca de una filosofía pública*, trad. de Albino Santos Mosquera, Penguin Random House, Barcelona, 2023, p. 27. Dice el autor que "la confianza de nuestros ciudadanos está en caída libre".

como aspiraciones egoístas cuando no delictivas con finalidades de enriquecimiento de "casta" local.[20]

Aunque no cabe dudar de la necesaria sujeción de la Administración al Derecho, aludido antes como "principio de legalidad", desarrollado luego con amplitud como apego a algo más amplio y comprensivo como es la "juridicidad" entendida como unidad del sistema jurídico como nos propone Julio Comadira,[21] el que está en cuestión es ese último aspecto esencial por cuanto la crisis ha llegado a los componentes mismos de los que tradicionalmente estaban a cargo de su construcción, pues podemos afirmar con Pinelli[22] que la que está cuestionada precisamente es esa representación política desde sus bases.

Podemos afirmar que los representantes, en especial los senadores provinciales, no representan o lo hacen mal y en modo provisorio, coyuntural, sometidos al escrutinio permanente de las redes y de las encuestas (de difícil comprobación en su veracidad) y de un fárrago de información y de consignas —muchas de ellas irracionales— acerca de la cual se ha perdido la exigencia de veracidad que antes la prestigiaba y la hacía confiable. Hoy la información solo nos conduce a la necesidad de más información llevándonos lentamente, pero en modo inexorable, hacia esa temida "Infocracia" sobre la que nos alerta Byung Chul Han[23] en sus reflexiones filosóficas.

---

20 Esta afirmación no desconoce la importante cantidad de abusos por parte de líderes políticos locales, arraigados en el poder desde hace años y que se apoderan de los fondos que corresponden a sus provincias para dilapidarlos en modo ostensible, provocando la réplica del centralismo que busca generalizar injustamente a todas las provincias.

21 Comadira, Julio Rodolfo, Héctor Jorge Escola y Julio Pablo Comadira (coord., colab. y actual), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 99; capítulo escrito por el primero de los nombrados.

22 Pinelli, Cesare, "Crisis de la representación y nuevas vías de participación política", en Pinelli, Cesare y Miguel Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 25 y ss.

23 Han, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Taurus, Buenos Aires, 2022, p. 42; afirma el autor que "La información tiene su propia lógica, su propia temporalidad, su propia dignidad, más allá de la verdad y la mentira El intento de combatir la infodemia con la verdad está, pues, condenada al fracaso. Es resistente a la verdad".

Estamos frente a una nueva era del Derecho, como nos lo demuestra claramente Alfonso Santiago desde sus pensamientos constitucionales que arrancan desde el fracaso del positivismo[24]. No más reglas, ni protocolos, ni reglamentos "unilaterales". Necesitamos normas que expresen principios comprensibles, transparentes y así federalmente consensuados y compartidos por las provincias y regiones.

Fruto necesario de este panorama es que el Derecho Administrativo y el Derecho Municipal en especial, que son los más requeridos y exigidos por proximidad física y vivencial con los urgentes reclamos sociales y humanitarios, por las personas afectadas en esta nueva realidad que solo ofrece más consumo, a un mercado llevado al endiosamiento ante esas demandas crecientes,[25] pero impotente para satisfacer las necesidades acuciantes, queda entrampado sin salida que no sea la de transformar en profundidad sus paradigmas y, sobre todo, sus instrumentos de acción y de procedimiento.

Se trata del fenómeno, destacado por Cianciardo, de deterioro del significado global del "estado de Derecho" en el sentido de que no son ya las leyes las que gobiernan y sí lo hacen las autoridades detentando un poder con normas de efectos retroactivos "que regulan e incluso prohíben iniciativas privadas".[26] Señala Sabino Cassese que "la soberanía de los Estados se diluye. Y el poder público se reorganiza a través de nuevas formas y estructuras plurales y policéntricas. Los ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a problemas que sobrepasan su propia capacidad de resolución. Y sobre los sistemas nacionales se superponen nu-

---

24 Santiago, Alfonso, "Una nueva era del derecho, 1945-2017", *El Derecho Constitucional*, EDCO 2017, Buenos Aires, Fundación Universidad Católica Argentina, 2018, p. 529 y ss.

25 Trimarchi Banfi, Francesca, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'economia*, g. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 5; afirma acertadamente la autora: "el mercado satisface demandas, no necesidades".

26 Cianciardo, Juan, "El debate español sobre el proyecto Worldcoin", *Revista Informática Tribuna de El Confidencial,* 11 de abril de 2024; *https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2024-04-11/el-debate-espanol-sobre-el-proyecto-worldcoin_3859969/*

merosos ordenamientos a distintos niveles";[27] complicado el horizonte para las respuestas federales y municipales.

Los intentos regulatorios autoritarios del Gobierno Federal argentino, en estos días complejos, se estrellan contra nuevas formas de fuga del Derecho local mediante instrumentos como el nuevo rumbo de contractualización impregnadas de tramos globalizados sujetos a legislaciones y jurisdicciones internacionales —generalmente externas— que encubren una privatización de las soluciones públicas donde el interés público y el bien común, desaparecen y quedan subordinadas a las fuerzas preponderantes de los más poderosos, adueñados de un sistema global que no reconoce autoridades ni regulaciones eficaces en ninguno de sus terrenos comerciales. No se aceptan en ese ámbito las "justas exigencias del bien común".

Resulta evidente que

> las situaciones objetivas, las instituciones comunitarias, las instituciones, en suma, no se articulan y se desenvuelven en torno al contrato sino en torno a la ley y otras reglas objetivas, generales; por el contrario, las posiciones subjetivas, tienen al contrato como instrumento fundamental en su relación recíproca y en el despliegue de su actividad. Por ello el avance de lo subjetivo, de la individualización, de la manera que está comportando la deconstrucción de lo objetivo, de lo comunitario, puede considerarse como una de las causas de la expansión del contrato en las últimas décadas.[28]

Resulta paradójico que este vuelco hacia el contrato como piedra angular del interés individual sublimado generador de crecimientos y de hipotéticos desparramos de riqueza al conjunto social, provincial y municipal, es el mismo acerca del cuál

---

27 Cassese, Sabino, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Sevilla, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2010, p. 15.

28 Esteve Pardo, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 98. Podemos comprobar cómo en la provincia de Mendoza, a través de una denominada "Acta transaccional" el gobierno y la principal distribuidora de electricidad ha construido un sistema contractualizado de soporte a una verdadera renegociación con nueva concesión del servicio público que es su objeto, en el Dec. 70/2023 del 31 de enero de 2023 de esa provincia.

nuestros economistas más encumbrados están poniéndolo en severo trance de incerteza respecto de sus pilares de sostenimiento como lo son la confianza y la convicción sobre el futuro cumplimiento de los pactos celebrados en forma racional y consciente.

Hoy se afirma que no es posible suscribir la afirmación de la total racionalidad de lo que contratamos, lo que nos lleva necesariamente a firmar "contratos incompletos"[29] por cuanto la movilidad del escenario de su celebración está sujeto a cambios imprevisibles y también muy previsibles[30] pero inconmensurables por anticipado de un modo razonable cuando estos son de prolongada duración.[31] Esta circunstancia hace necesario un marco normativo que conduzca a la concurrencia obligada del beneficiado hacia la recomposición del equilibrio quebrado en su beneficio saliendo así del estrecho margen individual de las partes.

Estamos obligados a superar aquel exceso estéril de reconocimiento de derechos que todavía no sabemos cómo satisfacer, que no hemos sabido distribuir con justicia en el conjunto federal y municipal y que hemos relegado al rol de cláusulas "programáticas" carentes de operatividad; sin sujeto pasible de reclamo eficaz por su omisión y carencia. Pende todavía la definición de la CADH, cuya distribución no necesariamente debe ser entre organismos estatales; la justicia social, que es pública, no debe ser necesariamente "estatizada" ni mucho menos responsabilidad única y exclusiva del Gobierno Federal, pero la pandemia ha desnudado su insuficiencia a la hora de atender situaciones trágicas. También puso en evidencia las carencias culturales y sociales de varias de las provincias argentinas.

---

29 Hart, Oliver y John Moore, "Incomplete contracts and renegotiation", *Working Paper Department of Economics*, núm. 367, enero 1985, Massachusetts Institute of Technology, *http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart*

30 Rivero Ysern, Enrique, "El equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios públicos", en Juan Carlos Cassagne, (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Universitas, Buenos Aires, 2006.

31 Oppo, Giorgio, *I contratti di durata, in Rivista del diritto commerciale*, 1943-I y 1944-I; también en Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y ss. MESSINEO Francesco, Doctrina general del contrato, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I.

En estas reflexiones procuramos buscar una rampa que abra un nuevo horizonte a la distribución de competencias en el federalismo, distinto al meramente formal, normativo y procedimental sobre el que trabajamos infructuosamente y con escasos resultados, sobre todo en los terrenos de la salud y de los servicios públicos, pero tampoco queremos caer en el reduccionismo contractual individual de satisfacciones determinadas a una expectativa de exitosa sumatoria ilimitada o de "derrame" que nos consta que no existe ni existirá espontáneamente; tampoco entre las provincias y municipios.

La Reforma de 1994, en estos aspectos, aunque se los propuso expresamente, fue estéril; ni atemperó el "presidencialismo" ni fortaleció el federalismo. Todo lo contrario: la Reforma potenció al primero y debilitó al segundo, que estaba ya bastante exhausto en aquella fecha; y esto fue advertido tempranamente por la doctrina calificando a la Reforma de "unitaria".[32]

Insistimos con el maestro Pedro José Frías: "No es cuestión de ser primero ricos, para después ser justos, la solidaridad nunca está después del desarrollo, está en su ser mismo",[33] es la base conceptual para el "desarrollo equilibrado de provincias y regiones" establecido en la Constitución Nacional.

III. El compromiso social y federal

Esas necesidades cuya cobertura nuestro Estado, a través del Gobierno Federal, ha procurado infructuosamente comprometer en el sistema convencional de derechos humanos en seis Convenciones Internacionales[34] para asegurar un "nivel adecuado de

[32] Segovia, Juan Fernando, "*El federalismo y la nueva constitución. La reforma 'unitaria'" de 1994, El Derecho*, t. 164, Universitas, Buenos Aires, p. 831.

[33] Frías, Pedro José, "Cuestiones del poder", *Colección en defensa de la constitución*, Salta, Virtudes editorial Universitaria, 2005, p. 22.

[34] Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc. 1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 inc. f); Convención sobre la eliminación de toda

vida" de sus habitantes, se han convertido en prioridad meramente formal para el Gobierno Federal, lejos de las enseñanzas de la doctrina italiana cuando afirma que "La Agenda propone un nexo inescindible entre mercado y política social".[35]

Después de los paradigmas de "libertad" y de "igualdad" pregonados por la Revolución francesa, aparece con fuerza inusitada la ponderación obligada de la "dignidad" que otorga sentido y es fundante de otros valores, y que en su desarrollo histórico dejaron de lado al tercero de los soportes revolucionarios de 1789, que fue la "fraternidad". Un valor que resulta mucho más comprensivo a la hora de percibir los compromisos sociales y culturales frente a ese "otro" que se nos vincula en calidad de hermano con todas sus implicancias y contenidos específicos y que nos requiere de atención preponderante, en especial desde nuestras provincias y municipios hoy postergados por el gran conglomerado central que reúne el 45% del padrón electoral del país.

Esa "dignidad" reconocida en los más vulnerados por estar excluidos del sistema económico social impone una agenda cuyos procedimientos no tratan ya de buscar perfectas elaboraciones reglamentarias aptas para aplicarse a las más diversas necesidades y requerimientos de la realidad, montadas sobre la base de un accionar desde un grupo de autoridad en ejercicio de privilegios y de instrumentos exorbitantes tendientes a su imposición iluminada para la obtención de un resultado milagroso. Pero tampoco justifican la desvinculación de los bienes y derechos sociales para entregarlos al tráfico meramente comercial[36] guiado por pautas de preferencias vinculadas a la aglomeración humana del centralismo que marca y define las preferencias del mercado.

---

forma de discriminación contra la mujer (art. 14 inc h); Convención sobre los derechos del niño (art. 27).

35 Cassetti, Luisa y Silvia Ricci, "L'Agenda digitale europea e la riorganizzazione dei sistema di Welfare nazionale: le nuove frontiere dei diritti socialinella Knowledge Based Society", *"eGovernment e Stato sociale*, Guerra Edizioni, Perugia, 2011, p. 5.

36 Esteve Pardo, *op.cit*., p. 99.

El compromiso de los "estados parte" miembros del sistema americano, suscriptores del Protocolo de San Salvador,[37] debería llegar hasta el "máximo de sus recursos disponibles" a fin de lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales entre los cuáles se menciona expresamente al "acceso a una vivienda digna" y a los "servicios públicos básicos".[38]

El fundamento, que hace pie en la doctrina social de la Iglesia Católica desde fines del siglo XIX, ha sido reformulado e insistido por quienes sostienen con John Rawlls que "las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, solo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad";[39] igual principio se hace aplicable a la distribución de competencias en nuestro federalismo respecto de sus unidades más empobrecidas.

Asimismo, en similar sentido, la Corte Suprema[40] argentina ha receptado jurisprudencialmente el concepto formulado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas: "El derecho a una vivienda adecuada". Allí se garantiza el

> acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado [...] los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar

---

37 "Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la CADH se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

38 Art. 11 del Protocolo aprobado e incorporado al sistema normativo argentino mediante la Ley 24658.

39 Rawlls, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª. ed., México, FCE, 1997, p. 27.

40 "*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect.*" –FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016 "*CEPIS*" (cons. 33). En Corte Suprema, Fallos, 339:1077.

> medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso [...].

Estas respuestas provenientes del contexto jurídico formal convencional tienen su fiel reflejo activo en conceptos constitucionales expresados entre las facultades que el Congreso de la Nación Argentina debe ejercer tal como propender al "desarrollo humano, progreso económico con justicia social políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones" (art. 75 inc. 19 CN) y a "promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato" (art. 75 inc. 23 CN).

Pero comprobamos hoy que, lamentablemente, se trata de meras intenciones y formulaciones de principios que no se realizan en la práctica. Tan solo, y muy de vez en cuando, nuestros tribunales (generalmente de primera instancia de amparo o de habeas corpus —alguna vez la Corte Suprema—) aportan una respuesta individual, para un caso aislado, otra vez un poco más amplio por la legitimación procesal más difusa, pero que de ningún modo solucionan la realidad que queda a cargo de las administraciones provinciales y locales con sus instrumentos desactualizados y muchas veces insuficientes.

Consecuentemente, nuestro Estado, lejos de ausentarse de sus deberes intrínsecos que justifican su existencia misma, a través de su Administración Pública eficiente, debería encarar la situación acuciante con los instrumentos que le brinda una nueva visualización de la regulación económica y social consistente en la "intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales" mediante el empleo de instrumentos que "no impone(n) un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados" que "no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación".[41]

---

[41] Tornos Más, Joaquín, "La actividad de regulación", en Francisco Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, *Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, t. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 1329 y ss.

IV. La construcción normativa federal

Pero nos encontramos con que no existen ya las leyes y los reglamentos que podían prever desde un excelente laboratorio todas las respuestas; nadie confía en esas soluciones porque se ha convertido en absolutamente necesario conocer la receta, ver cómo se elabora el producto, acceder a la participación de su elaboración, a ser escuchado en la exposición de sus intereses concretos de las provincias y regiones. Hoy es muy importante el "cómo" antes de llegar al "qué"; es decir, no da lo mismo una respuesta conocida, consensuada, explicada, compartida, transparente, participada, que una consigna acompañada del apoyo interesado de todas las redes y medios de información.

La construcción normativa ya no se contenta con una distribución asimétrica de la representación política en el Congreso de la Nación, que fue pactada a cambio de la entrega de grandes facultades al Gobierno Federal. La representación igualitaria en el Senado de la Nación y con piso mínimo de diputados en la Cámara respectiva,[42] ya no es suficiente para equilibrar la balanza ni asegurar los resultados de contenidos.

Ese método originario constitucional ha sido burlado a través de distintos instrumentos como la unificación de elecciones nacionales con provinciales, la división de la representación provincial en el Senado y su elección simultánea y directa —con su traspaso monopólico a los partidos políticos—, los DNU y las delegaciones de facultades legislativas promovidas y aseguradas por los partidos políticos nacionales, ha licuado la fortaleza que permitía una participación razonable a las provincias.

[42] La distribución actual de bancas de diputados por provincia es igual a un mínimo de 5 y el total se corresponde con la población sin guardar relación con las provincias que poseen aquella representación no obstante su total; Mendoza con 2 millones de habitantes posee 10 bancas y Tierra del Fuego con 170 mil tiene cinco. La relación es asimétrica, sobrerrepresentada en el segundo caso, pero responde a un diseño que busca equilibrar posibilidades de participación. De ahí la frecuencia con que las decisiones "nacionales" saltean al Congreso donde el número no es lo más importante para los intereses que se sienten mayoritarios en los centros más poblados del país como lo es el central de Buenos Aires y alrededores.

La concentración en el centro del poder y el crecimiento de los índices de corrupción también concentrados en esa misma región en modo decisivo, exigen una nueva distribución de competencias acorde a las necesidades nacionales. No se concibe ya un Gobierno Federal que "da" a las provincias lo que a ellas pertenece abusando de su condición de administrador y recaudador de los fondos que ellas generan. Es necesario estar convencido de que "el dinero no es el único medio de intercambio que circula en las mesas de negociación entre los líderes nacionales y los líderes provinciales en la Argentina".[43]

No incursionaremos en el tema de la corrupción, ya estructural de nuestro país porque no es nuestro objetivo en este ensayo; aunque sin duda es el problema más grave que impacta en las posibilidades de realización de nuestras políticas públicas.

La imposible realización efectiva, también vinculada al fenómeno de la corrupción, ha llevado a nuestra política práctica a encontrar distintos instrumentos de distracción y de disipación de los objetivos mediante propuestas más irrealizables aún. Ejemplo de ello es la inundación de normas y reglas, con mayor y menor —o ningún— valor jurídico formal para producir una verdadera "cortina de humo" normativo que coloque un manto imposible de descifrar en respuestas concretas y realizables en el terreno fáctico jurídico.

Refiriéndonos a nuestro país, Argentina 2024, en estos tiempos coyunturales, se nos hace necesario reflexionar si es posible, viable, consensuar seriamente con el conjunto de provincias que integramos el sistema federal un conjunto normativo de cientos de normas jurídicas, llenas de aciertos y de errores, llámese "DNU"[44] o "ley de bases y puntos de partida"[45] carentes de estricta vinculación lógica efectiva y —por ello— de explicación suficiente y pormenorizada de cada una de ellas y de los negocios que esconden tanto por su presencia como por su ausencia regulatoria según las distintas áreas.

---

43 Leiras, *op. cit*., p. 243.

44 Decs. 55 y 70 de diciembre de 2023.

45 Ley aprobada en general por el Senado de la Nación sobre la base del texto de Diputados el día 13 de junio de 2024.

Resulta un especial estorbo institucional la habilitación del dictado de "leyes" por el Poder Ejecutivo del Gobierno Federal; lo que no hace más que confirmar que "la autoridad presidencial para legislar es probablemente una de las principales características de la 'supremacía del Ejecutivo' en América Latina"[46] y que la "ordinarización" de esa facultad de dictar leyes "implica un cambio sustancial en la distribución del poder político, que no puede ser dejado de lado".[47] El "trasplante" de instrumentos empleados en sistemas parlamentarios como Italia, Francia, España, a nuestro presidencialismo ha sido de trágicas consecuencias institucionales.

Y a ello se suma una escasa vocación federal en las provincias que se ha consolidado debido a una profunda insatisfacción con los resultados que no se han acercado siquiera a las expectativas que la institucionalidad podría generarles[48]. Contrariamente a lo que ocurre con los municipios, se ha dejado de lado una docencia respecto de las ventajas objetivas que podría brindar el régimen federal en cuanto tal. Se ha distanciado a la provincia de sus municipios y de sus ciudadanos.

Recuerda Pérez Guilhou que

> la sociedad política no se siente expresada solamente por los partidos sino que en su afán participativo exige lograr una mayor

[46] Portugal Gouvêa, Carlos, "Presidencialismo y corrupción en América Latina: un cuento de premisas equivocadas y percepciones disruptivas", en Roberto Saba, (ed.), Poder ejecutivo, SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 257.

[47] Molinelli, Guillermo N., *Presidentes y congresos en Argentina: mitos y realidades*, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Políticos y Sociales, Buenos Aires, 1991, p. 13. Se ha destacado también cómo el desarrollo de esta actividad legislativa por el Poder ejecutivo provoca el retroceso del Congreso, en Wheare, K.C., "El ocaso del legislativo", en J. Blondel, M. Duverger, S.E. Finer, S.M. Lipset *et al*., *El Gobierno: estudios comparados,* Alianza Editorial, Madrid, 1981.

[48] Hemos seguido la metodología propuesta por Moreno Morales, Daniel y Aranibar Arze, Antonio, "El malestar ciudadano con la política. Marco conceptual y metodológico", en Aranibar Arze, Antonio y Vazquez Calero, Federico, (coords.), *Crisis global y democracia en América Latina. Cuaderno de prospectiva política 2*, Buenos Aires, Organización de los Estados Americanos, PNUD y Siglo XXI, 2012, p. 189.

> proximidad entre el gobernante y el gobernado, recurriendo a la movilización de los más variados adelantos técnicos en las comunicaciones y a las múltiples formas de asociaciones, a veces, insólitas, que pugnan por hacerse escuchar en nuestro sistema que por ser republicano no puede desoír las minorías genuinas.[49]

Se busca respaldar decisiones que son basadas en el presunto consenso aportado únicamente por la mayoría coyuntural sostenida en un cómputo que solo toma los votos válidos emitidos para un solo caso excepcional, y con ese solo efecto, tal como es último ballotage presidencial argentino.[50] Olvidan que esos números no representan esa misma mayoría respecto de ese mismo padrón electoral, aplicado a todos los tramos de cómputos anteriores para la elección de legisladores y de presidente en primera vuelta.

Sobre esa endeble base se está logrando una votación en conjunto de numerosa cantidad de normas que afectan el espectro normativo jurídico institucional federal. Un conjunto informe heterogéneo de regulaciones y desregulaciones de alcance impreciso y de difícil comprensión y abordaje en todo el conjunto de la federación se pone en funcionamiento con expectativas e incertidumbres demasiado altas.

El paquete normativo que analizamos contiene Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos delegados ("autodelegados" por necesidad y urgencia), derogación de leyes, y partes de ellas, formales votadas en el Parlamento en otros tiempos anteriores —pero válidas y vigentes—, creación de nuevas "leyes" bajo forma de DNU dentro de aquellas mismas leyes, etc. Dejando en

---

49 Pérez Guilhou, *op. cit*., p. 18.

50 Los resultados del ballotage arrojaron un 55,7 % para el ganador, Presidente Javier Milei, y un 41,3 % para el contrincante Sergio Massa, porque se toman únicamente los votos válidos positivos emitidos; si se tomara el padrón electoral general, del cual -por otra parte- votó solo el 76 % de los habilitados, Milei registra un 41 % y Massa un 32,7 %. Con lo dicho, corresponde tener en cuenta que en el ballotage Milei no "*trepó*" desde un 29% a un 55,7% sino solo poco más de un 10% alcanzando un 41% total; solo si tomáramos sus resultados de la primera vuelta electoral encontramos que Milei obtuvo el 29,9% y Massa el 36,7%.

estos al Congreso de lado y, sobre todo, al Senado de la Nación que es donde se expresan las provincias.[51]

¿Se ha llevado a cabo una nueva y desapasionada evaluación de impacto regulatorio de todo ese conjunto heterogéneo que se deroga? O se presenta el caso de que toda esa regulación que se pretende demoler drásticamente careció de evaluación adecuada. en su momento. ¿Acaso no existieron los oportunos consensos, acertados o errados, que los produjeron? El método hoy pretendido establece un antecedente nefasto que será utilizado por los "los otros" cuando ellos lleguen a ser los "nosotros" en un escenario donde los "nosotros" de hoy pasen a ser los "otros" de mañana, tal como recurrentemente ocurre en nuestro querido país.

Cabe preguntarnos si no nos encontramos con una nueva fórmula de "populismo" con otros contenidos no menos autoritarios. Este "populismo" que también nos ofrece un replanteo de la representatividad, una nueva fórmula de vínculo entre el pueblo y su gobernante —el "líder"—, en virtud del cual pasa a ser este quien establece los contenidos y las metas de esa representación política gracias a una poderosa inspiración, que solo se encarna en los poseedores del carisma, en "los hombres de bien", a los que se considera hoy muy necesarios, sobre todo, para definir aquel "discurso nuevo",[52] aquel —ahora "no-rumbo"— que no es otro que la verdadera "voluntad popular" así modificada y transformada, y ahora políticamente expresada, por parte del "líder". Este es quien formula y –a la vez— pretendidamente interpreta legítimamente los términos de la representación que él mismo ejerce apoyado por "las fuerzas del cielo".[53]

---

51 La única posibilidad de intervención útil del Senado es juntando su mayoría absoluta -cosa que ya hizo en rechazo del DNU 70/2023- y buscar igual mayoría en la cámara de Diputados, aún pendiente de decisión.

52 Laclau, Ernesto, "El constitucionalismo busca mantener el poder conservador", *Perfil*, 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por Gargarella, Roberto, "Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista "que apela directamente a las masas", *Perfil,* 21 de octubre de 2012.

53 Las frases entre comillas son expresiones textuales del presidente de la Nación Argentina en sus mensajes y discursos antes y después de su elección.

Los argentinos nos encontramos frente a un reciente resultado electoral complejo en la composición de sus factores, como la intempestiva y relevante convicción liberal económica, claro que fruto del fracaso de políticas intervencionistas demagógicas, alto grado de corrupción y su consecuente rechazo masivo por la población provocado como consecuencia de la desaparición de la paciencia y de la voluntad de espera frente al funcionamiento de los mecanismos propios del orden institucional.

Se suma a este cuadro la comprobación efectiva del otro fracaso que ha demostrado que la "dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos".[54]

Esta compleja situación impide el abordaje sólido basado en la homogeneización y en la conciliación de los requerimientos y dificulta la necesidad de analizar los fenómenos en toda su dimensión y complejidad y la necesaria construcción de algunos —aunque mínimos— consensos.

Es entonces donde corremos el riesgo, al igual que en las deplorables prácticas políticas desarrolladas en los estos tiempos

[54] Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales", *Revista Jurídica Austral*, vol. 2, núm. 2, Universidad Austral, diciembre de 2021, p. 186 y ss. Cabe hacer notar cómo desde posiciones políticas adversarias al plan del actual gobierno se sostiene que "El deterioro socioeconómico y la desigualdad, la hipocresía elitista del progresismo negador, la violencia y la crueldad incultivada vienen avanzando desde antes que 'la libertad'. Por el contrario, creo que "la libertad avanza" porque la comunidad retrocede. Retrocede en su cohesión interna y sus valores colectivos. Retrocede en el cumplimiento de sus normas positivas (leyes) y consuetudinarias (pautas culturales). Retrocede en la aplicación efectiva de los derechos consagrados en la Constitución que, para los excluidos y un sector importante de la clase media empobrecida, se han convertido en expresiones ajenas, meramente nominales. Avanza el egoísmo rampante que puede ser individual o colectivo, virtual o presencial. Se ve en la sociedad y se ve en la política: yo y los míos contra todos. Eso es la desintegración social y la disolución nacional. Eso es la deshumanización. No la trajo Milei, Milei la expresa" (Grabois, Juan, Tomás, "Isaías y la deshumanización", *https://www.bairesparatodos.com.ar/tomas-isaias-y-la-deshumanizacion/*

inmediatos, de ser rechazados por una mayoría indudable. Así ocurre que en donde se hace imprescindible la motivada respuesta interdisciplinaria, se nos obliga a aceptar las respuestas simples, a las consignas, al slogan, tan apreciados por nuestra politiquería actual;[55] reina el apuro y la impaciencia hasta en los juristas más destacados,[56] a pesar de que se insiste desde la filosofía en que "todo lo que estabiliza la vida humana requiere tiempo" y la impronta actual nos lleva a un estadio en que "lo que cuenta es el efecto a corto plazo. La eficacia sustituye a la verdad".[57]

Estamos otra vez ante un tipo de mandato donde el propio representante, sin condicionamiento, ni promesa, ni programa preciso alguno que lo sujete, elabora el contenido político móvil de la representación y se la atribuye a la voluntad de su mandante de quien se presenta como único intérprete legítimo del pueblo. Es evidente la grave dificultad presentada en estos días para arribar a acuerdos razonables y pone en evidencia el enredado complejo de los mecanismos ordinarios de elaboración y sanción de las leyes. Necesariamente se impone la necesidad de ir hacia otros instrumentos de creación normativa, que pueden ser elaborados en su marco de referencia, porque tampoco son útiles los viejos artefactos administrativos que empleamos en años anteriores. Los aparentes triunfos legislativos de amplio espectro se enfrenarán en lo concreto con las realidades expre-

55 "Viva la libertad, carajo [...] "no hay plata [...] "vengo a destruir el Estado desde adentro!" [...]

56 Bianchi, Alberto, "El mega decreto de Milei frente al espejo de la Constitución", *La Nación,* 23 de diciembre de 2023, *https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-megadecreto-de-milei-frente-al-espejo-de-la-constitucion-nid23122023/*; afirma el autor que estamos ante "*una solución razonable y proporcional a la crisis que, si bien puede hacer crujir el andamiaje institucional, no lo rompe*". También Cassagne, Juan Carlos, en trabajo más reciente, concomitante con las normas que analizamos en este ensayo, "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023", *La Ley,* 10 de enero de 2024, p. 1, aporta una afirmación un tanto moderada: "aunque el principio de la separación de poderes haya sido recogido en la Constitución (escrita o no, rígida o flexible) de todos los Estados, sus dos consecuencias primordiales, que son la independencia orgánica y la especialización, nunca se han interpretado y aplicado en forma absoluta".

57 Han, Byung-Chul, *No-cosas. Quiebres del mundo de hoy*, Buenos Aires, Taurus, 2022, p. 19.

sadas dentro del margen de apreciación local que el federalismo asegura a las provincias y estas a sus municipios.

Porque incluso aquellos tampoco pueden ser puestos en práctica de igual modo; la gran tarea de la nueva construcción de la coparticipación de las provincias es exigida por los requerimientos que atienden sustancialmente a sus procedimientos de construcción que al resultado arribado, como enseña Javier Barnes, donde el producto resultante ha dejado de ser el protagonista absoluto y donde no es posible invocar viejos instrumentos tales como la exorbitancia, los privilegios, la autotutela, la presunción de legitimidad, las modificaciones unilaterales.[58]

La autoridad de aplicación que debemos construir de acuerdo con la Constitución, como el Organismo Fiscal Federal, se vería fortalecida con su reformulación y con ese accionar transparente, a la vista de los interesados, debe ser ejercida de modo legitimado y motivado con amplia explicación de sus medidas en un contexto complejo. Existe el peligro de verlos totalmente deformados por otros instrumentos que coadyuvan a complicar su funcionamiento: los contratos "público-privados" cuando son más privados que públicos, los acuerdos globalizados, las "actas transaccionales", los laudos arbitrales (internos y externos), los acuerdos regionales de las provincias, sus relaciones internacionales habilitadas por la Constitución con conocimiento del Congreso, etc., un importante número de vías de sustracción de las competencias provinciales e interprovinciales en favor de las federales.

Pero aquella tarea requiere de asistencia y regulación pensados en otra frecuencia y con otros objetivos a cubrir; no es posible seguir planificando estrategias, si es que las hay, basándonos en el siglo pasado y con ideas ya perimidas, fracasadas y en desuso. La riqueza necesaria para el sostenimiento de los derechos esenciales se ha desprendido de consideraciones terri-

58 Barnes, Javier, "Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación", en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, INAP, Global Law Press, p. 361.

toriales y geográficas, ha perdido asidero físico tangible y se ha convertido en inasible para las viejas concepciones de la regulación y de las pretensiones tradicionales de tributación de los estados soberanos. La construcción del acuerdo del federalismo de concertación no debe olvidar este aspecto esencial de la nueva política.

Tampoco ayudan los nuevos conceptos de "evaluación de impacto regulatorio" porque deben ser tomados con cuidado de no pretender encubrir un retroceso tendiente a medir solo consecuencias posibles en el campo económico (ahora globalizado) —sin ponderación regional, provincial y social— y regresar a las normas imperativas de laboratorio ahora reforzadas por esa medición si ella es realizada en forma unilateral y sin participación de aquellos destinatarios individuales, federativos, autónomos y sociales de la normativa en construcción.

La Administración Pública y el mercado necesitan del Derecho, entendido como "juridicidad", para su accionar y para su subsistencia misma. Una Administración Pública sin normas que la guíen es, con seguridad, autoritaria y arbitraria a corto plazo; así como un mercado sin reglas que lo ordenen aun en su propia defensa, es la ley de la selva. Ambas inadmisibles; ambas imposibles sin un rol adecuado del Estado ajustado a los principios constitucionales; y los derechos Administrativo y Constitucional ¡ausentes en ambas!

En nuestra región, como en no pocos países, hemos declarado estados "de emergencia", también en Argentina,[59] sin tener del todo presente que es, precisamente, en esos estados de alteración donde es más exigible la vigencia plena de la Constitución[60] y se transforma, por ello, en imprescindible la "buena administración" como sostuvo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en el Seminario de Doctorado realizado en Mendoza, Argentina, el día 1 de marzo de 2024.

[59] Ver Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 70/2023 de diciembre de 2023.

[60] Ver fallo "*Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense*", *et al*. certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia (circuit No. 05–184; argued March 28, 2006—decided June 29, 2006).

Se verifica más preocupación por los avances coyunturales de aprovechamiento de las debilidades provinciales, y del aflojamiento de las defensas y de las organizaciones sociales, caídas en profundo desprestigio por su papel pasivo frente a notables abusos populistas pretendidamente de izquierda, inermes ahora frente al —también pretendido— populismo de derecha, ha tapado y esterilizado toda defensa frente al irrefrenable avance del autodenominado "anarcocapitalismo".

Pareciera que solo es posible aproximarse al fenómeno que describimos desde conceptos globalizados comprensivos del horizonte en que se desenvuelve. No es posible pensar ya en normativas exclusivamente oficiales públicas estatales centrales ni solo provinciales y municipales, sino que deben converger construcciones también vinculadas a los sectores no estatales, incluyendo a los de carácter transnacional que puedan aunar fuerzas de tal modo de compensar hoy poderes privados ya globalizados que exceden en mucho a los recursos económicos y posibilidades de muchos estados nacionales.

Se trata de avanzar hacia formas de "colegislación" privada y pública, estatal y no estatal, nacional y transnacional, provincial y municipal, regional, acordes al carácter y naturaleza de los problemas que aquejan a los sujetos a los que se dirigen y que le reclaman las respuestas.[61]

V. Reflexiones provisorias

El panorama que hoy exhibimos muestra el desencanto con las autoridades y la política en general que hace explicable el surgimiento de instancias solo sostenidas en consignas demagógicas canalizadas por vínculos informáticos y sus operadores eficaces de redes sociales. El federalismo no escapa a esa disconformidad; no es eficiente en demostrar con evidencia sus ventajas y virtudes y que estas sean percibidas por los habitantes de sus provincias; no convencen frente a las promesas y a los cantos de sirena que provienen desde el centralismo.

[61] D'Alberti, *op. cit*., p. 116; el autor titula ese capítulo: "Equilibri e desequilibri del diritto globale dell'economia".

Por esa razón es que observamos cómo se avanza en normativas sobre la base de consentimientos completos sostenidos en informaciones incompletas y sesgadas, sobre medias verdades que contienen —necesariamente— mentiras enteras. Sobre negocios, explícitos e implícitos, basados en contratos públicos bajo la bandera de la privatización (p./ej. concesiones de explotación de servicios públicos, de medios radioeléctricos y cibernéticos, de recursos naturales del dominio público, etc.).

Y es para esta maniobra de amplio espectro que se hace necesaria la ausencia del Estado, sobre todo del Estado controlador, garante y custodio del patrimonio público de los usuarios en riesgo de ser capturados por los sistemas descontrolados.[62] Por esta causa se ordena el desmantelamiento de controles previstos por la Constitución, como los organismos de control de servicios públicos[63] o se esteriliza aquellos que funcionan, como lo es la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación destinada a controlar los decretos de necesidad y urgencia y los delegados o se los deja vacantes, como el caso del Defensor del Pueblo de la Nación desde 2009 en adelante.[64]

Estamos ante un Estado que es "estado-parte" y sujeto pasible de demandas nacionales e internacionales por sus responsabilidades públicas asumidas en tal carácter en el ámbito de tratados, convenciones sobre derechos humanos y sometido a estrados de organismos internacionales. Un Estado que será quien deberá pagar todos los desarreglos que se produzcan en ese ámbito pretendidamente privatizado no obstante la presencia e involucramiento de bienes y servicios del dominio público. Sea que fuera la actuación de la Nación, de una provincia o de un municipio.

62 Primer DNU de diciembre de 2023, el 55/2023, interviene los controles sobre los servicios públicos de distribución de electricidad y gas domiciliario.

63 Ver Dec. 55/2023 de diciembre de 2023 de intervención administrativa sobre ENRE y ENARGAS por parte del Gobierno Federal que está sometido constitucionalmente a su control.

64 Ha sido imposible reunir la mayoría exigida por el art. 86 CN para su designación.

Es por ello que esas posiciones ideológicas hoy oficialistas en Argentina, autodenominadas "anarco-capitalistas",[65] que buscan la supresión del Estado por constituir una "asociación ilícita", ser un "enemigo", de quien solo emanarían normas destinadas a delinquir en perjuicio de los ciudadanos contribuyentes de ese Estado ineficiente, expresan en realidad lo único que con claridad son: anarquistas; algo inadmisible y que constituye un oxímoron con el concepto de Estado.

Hasta la protección del mismo mercado y sus reglas requiere de un marco normativo y de una autoridad que las haga cumplir; de igual modo, el federalismo de concertación precisa de ese concierto de voluntades de sus unidades "intrafederales". Necesita controles recíprocos.

La completa ausencia de actividad normativa, de concordancia y de control de parte del Estado es abiertamente inconstitucional, incompatible con el capitalismo, porque solo beneficia al más fuerte, es la ley de la selva.[66]

Aunque el horizonte está complicado, pensamos que sí es posible, y bregamos por ello, no solo la transformación de ese estado corrupto actual para sacarlo de su ineficiencia, de esa concentración en el ámbito del área urbana centralista, sino también urge un desarrollo más amplio de nuestros organismos públicos no estatales; la organización de la sociedad con fines públicos en defensa de sus intereses colectivos. En ese rumbo nuestra constitución ha dotado a esas organizaciones de legitimación procesal activa para la defensa de sus intereses (art. 43 CN) mediante el empleo de la acción rápida y expedita del amparo.

---

65 Gaus, Gerald F. y Chandran Kukathas, *Handbook of Political Theory*, Sage Publications; Rothbard, Murray, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Union Editorial, 2021.

66 Häberle, Peter, *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, en César Landa, (coord.), "Constitución económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)", *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina,* año III, núm. 6, edición especial, Palestra Editores, Lima, 1991, p. 37. También Todorov, Tzvetan, Los enemigos íntimos de la democracia, Galaxia Gutenberg, Buenos Aires, 2012, p. 116, donde manifiesta que "para que la sociedad funcione, todos deben creer que alguien garantiza las reglas con las que vivimos".

Tal vez en nuestros días nos encontremos con la multiplicación de fuentes normativas que derivan de la emergencia económica y social que nos afecta, pero en ese caso, será el Estado el único con posibilidades[67] de afrontar ese problema que tiende a la ilusión del comité y de la asamblea desordenada en el centro y a la disgregación en el conjunto federal.

Sin duda la situación tiene sus explicaciones en la realidad de quienes cuentan con experiencia y nos muestran un Estado (equiparado conceptualmente a "gobiernos") que fue "degradándose desde la categoría de motor más poderoso del bienestar universal a la de obstáculo más detestable, pérfido y molesto para el progreso económico". Pero también se ha señalado que "tras la pérdida de la confianza pública en la sapiencia y potencia del Estado, le ha llegado el turno a la presunta efectividad de la 'mano invisible del mercado' de perder su credibilidad" ... pues "sin control alguno, los mercados que se guían únicamente por el criterio de la rentabilidad conducen a catástrofes económicas y sociales".[68]

Entonces tenemos el difícil deber de construir la Concertación federal, esa Administración Pública Moderna y ese Nuevo Derecho, que hoy se encuentran con un estado de divorcio, entre el poder y la política, que los ha llevado a un "doble aprieto" en el que los gobiernos deben estar atentos a un electorado frente al que no puede cumplir las promesas de campaña, a provincias necesitadas de atención especial y las fuerzas globalizadas que "no deben lealtad alguna a los electores y no están obligadas a escuchar sus agravios, como tampoco están de humor para sacrificar sus propios intereses para acallar quejas".[69]

Esta situación objetiva, innegable debido a la presencia de sus efectos indiscutibles de decadencia y de pobreza, ha desafiado a la Administración que ya no puede ser "mal gobierno" o una "mala administración" sino que se encuentra frente a lo que Nie-

[67] Cassesse, Sabino, *La democracia y sus límites*, Sevilla, Global Law Press, INAP, 2018, p. 73.

[68] Bordoni, Carlo, *Una definición de crisis*, en Bauman, Zygmunt y Carlo Bordoni, *Estado de Crisis*, Barcelona, 2016, p. 22 y 23.

[69] Bauman, Zygmunt, en Bauman y Bordoni, *Estado de crisis, cit*., p. 32.

to ha denominado el "desgobierno de lo público" describiéndolo certeramente por su nota de "intencionalidad y no la mera ignorancia o incapacidad que provocan un mal gobierno o una mala administración"[70] y que Gordillo[71] ha mencionado como "emergencias autoinfligidas" imponen la necesidad de un punto final y el recomienzo.

Por ello los mercados, como la política, están constreñidos a encontrar instrumentos eficaces que colaboren a sostener la esencia última de su existencia que es la atención de todos los requerimientos -demandas en el caso mercantil- lo más rápido posible, sosteniendo y protegiendo el máximo de libertad personal en ese marco de igualdad y de fraternidad. Porque es en esa misma libertad bien concebida donde se juega la existencia del mercado en términos humanos y culturales, apartados de la ley del más fuerte y sin reglas, es decir, del "bellum omnium contra omnes"[72] donde el libre mercado es imposible. Estamos obligados a generar espacio para la "economía de mercado socialmente responsable" de Küng.[73]

Consecuentemente, quienes bregamos por la construcción de las normas básicas orientadas a la construcción del federalismo de concertación, las de coparticipación federal entre ellas, y por adecuadas evaluaciones de impacto regulatorio, a fin de tomar decisiones racionales desde la autoridad, no podemos perder de vista los nuevos paradigmas de una sociedad para la que ya no es cuestión de asegurar su libertad, ni siquiera su propiedad, sino tan solo —y nada menos— que su dignidad construida sobre la base de un trato equitativo y digno y en igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Se puede ser propietario y libre pero no carente de dignidad que otorgue sentido humano cualitativo a esa posición relativa en nuestra comunidad.

---

70 Nieto, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 31.

71 Gordillo, Agustín A., Prólogo, al libro de Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP S.A., 2007.

72 Häberle, *op. cit*., p. 105.

73 Küng, Hans, *Una economía decente en la era de la globalización*, Madrid, Editorial Trotta, 2019, p. 29.

Finalmente, no es posible el cambio sin violencia con el consenso solo numérico y volátil que se obtiene en el conurbano y en el Área Metropolitana de Buenos Aires (denominada AMBA) es imprescindible el apoyo cualitativo del conjunto interior, provincias (que incluyen la casi totalidad territorial de la provincia de Buenos Aires), los sujetos del federalismo argentino; que son el origen de la riqueza nacional. Sin ellos no será posible; ellos no podrán por sí solos imponer su voluntad, pero pueden dificultar severamente (y hasta demoler) cualquier intento que pretenda dejarlos de lado en el diseño del porvenir Nacional.

Considero conveniente recordar con Michael J. Sandel que la vieja discusión acerca de "qué alcance debe tener el estado de bienestar en nuestro país, hasta dónde deben extenderse nuestros derechos y garantías, cuál es el grado adecuado de regulación pública de nuestras vidas, son herencia de debates de tiempos pretéritos",[74] y que nos encontramos desarrollando un debate esencialmente humanista, cultural, social y político cuyas definiciones tendrán consecuencias económicas concretas pero que no deben ser estas y sus impulsores quienes tengan la última palabra pues sería tan efímera como esos intereses en general coyunturales y subordinados a otros nuevos inmediatos que obligarán a nuevas crisis.

Quienes apostamos a construir y fortalecer y recuperar las instituciones constitucionales interestatales, estatales y no estatales en su faena por la persecución del bien común y el reinado de la justicia social, sostenida en la dignidad de nuestros hermanos, no tenemos otra salida que continuar en nuestro empeño docente y también en el plano participativo que nos toque desempeñar con responsabilidad y convicción de que la tarea vale la pena y que son muchos los que esperan de nosotros las respuestas, mensajes y orientación que estamos en condiciones de aportar.

[74] Sandel, *op. cit*., p. 27.

Comprendiendo los comicios de la SCJN y el TEPJF en México

***

Understanding the elections of the SCJN and the TEPJF in Mexico

*Guadalupe Salmorán Villar**

Resumen: el sistema judicial en México ha sufrido una transformación profunda con la reforma judicial del 15 de septiembre de 2024, que introdujo la elección popular para designar a las personas juzgadoras federales y locales. Este texto se enfoca en los casos de la SCJN y el TEPJF, dado su papel en el control constitucional al interior del ordenamiento jurídico mexicano. Lejos de democratizar la justicia, el nuevo sistema priorizará perfiles partidistas, comprometiendo con ello la independencia judicial. Sin embargo, los problemas no solo radican en la naturaleza del sistema electivo, son que también derivan de su diseño constitucional. En este trabajo se describen las reglas que estructuran los comicios judiciales con la finalidad de examinar algunos de los inconvenientes asociados a su configuración constitucional.

Abstract: the judicial system in Mexico has undergone a profound transformation with the judicial reform of September

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigadora Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. Autora del libro *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, IIJ-UNAM, 2021, *https://orcid.org/0000-0002-5580-6509*

15, 2024, which introduced popular elections to appoint both federal and local judges. This text focuses on the cases of the SCJN and the TEPJF, given their role in constitutional control within the Mexican legal system. Rather than democratizing justice, the new system will prioritize partisan profiles, thus compromising judicial independence. However, the problems do not only stem from the nature of the electoral system, but also from its constitutional design. This paper outlines the rules that structure the judicial elections in order to examine some of the issues associated with their constitutional configuration.

Palabras clave: comicios judiciales, Suprema Corte, Tribunal Electoral, diseño constitucional, independencia judicial.

Keywords: judicial elections, Supreme Court, Electoral Tribunal, constitutional design, judicial independence.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Cómo se elegían antes a las personas juzgadoras de la Corte y el Tribunal Electoral? III. ¿Cómo se elegirán ahora las magistraturas del TEPJF y la SCJN? IV. Reflexiones conclusivas. Referencias.

I. Introducción

El sistema de justicia en México ha sido sacudido por un cambio sin precedentes. El 15 de septiembre de 2024 fue decretada la (así llamada) reforma judicial que, entre otras cosas, transforma radicalmente la forma de designar a las personas juzgadoras: ahora serán elegidas por voto popular.[1] *¿Qué cargos se elegirán por este mecanismo?* Este modelo impactará tanto a los órganos más altos de justicia, como la Suprema Corte de la Nación (SCJN) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), incluyendo al Tribunal de Disciplina de reciente creación, como a los jueces de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito

[1] Me refiero al Decreto por que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2024.

de todo el país. Además, las entidades federativas deberán replicar este método electivo para la conformación de los poderes judiciales locales, ajustándose a los lineamientos señalados en la constitución federal (art. 116). Los estados tendrán que hacer las adecuaciones constitucionales necesarias con miras a que la renovación completa de los cargos jurisdiccionales locales concluya en la elección federal ordinaria del año 2027.[2]

En principio, podemos decir que la reforma introduce un único sistema de elección para todas las autoridades antes mencionadas. A pesar de los amplios alcances de la reforma, en este trabajo centro la atención en los casos de la SCJN y el TEPJF, al tratarse de las máximas instancias de control constitucional en el país. La Corte y el Tribunal Electoral tienen ámbitos competenciales distintos, pero ambas encabezan el esquema de control de constitucionalidad dual que caracteriza al ordenamiento mexicano, al interior del cual, las dos cuentan con facultades para estudiar la constitucionalidad de leyes y normas, aunque cada uno lo puede realizar en diferentes momentos y son distintos los sujetos legitimados para hacerlo valer.[3]

En otras ocasiones he reflexionado sobre las implicaciones del sistema electivo para la independencia judicial, así como sobre las falsas promesas que lo acompañan: la idea de que las elecciones judiciales empoderarán a la ciudadanía y democratizarán al sistema de justicia carecen de sustento empírico. Por el contrario, desde mi perspectiva, y como es de esperarse, las elecciones por voto popular tienden a privilegiar la selección de perfiles según las preferencias y vínculos partidistas.[4] Sin embargo, como

---

2 De conformidad con el artículo octavo transitorio del decreto de reforma de 25 de septiembre de 2024.

3 Espinosa Silis, Arturo y Cruz Vargas, Rafael, "Control de constitucionalidad electoral. Evolución y retos", en Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del (coord.), *Derecho constitucional en materia electoral*, México, TEPJF, 2021, p. 67, *https://www.te.gob.mx/editorial/pdf/2025*

4 Salmorán Villar, Guadalupe, "Elección popular de jueces y magistraturas: cuatro apuntes teóricos", *Revista Hechos y Derechos, Número especial. Foros sobre la Reforma Constitucional en Materia de Justicia*, 6 de agosto de 2024, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/19419

se analizará en este texto, los inconvenientes de los comicios judiciales no solo se derivan de la naturaleza intrínseca del sistema electivo, sino también de la manera específica en que dicho modelo ha sido diseñado en la constitución federal.

Es bien sabido que el recurrir a elecciones populares para conformar la judicatura a nivel federal y local no es más que la concreción de la voluntad presidencial. El procedimiento electivo aprobado en sede legislativa materializa fielmente esa voluntad, no obstante, el Congreso de la Unión introdujo algunos cambios al proyecto del ejecutivo[5] que no han sido suficientemente destacados en las reflexiones sobre esta innovación institucional que marcará una transformación radical del sistema de justicia mexicano. Desde ahora conviene subrayar que las modificaciones al sistema electivo recaen fundamentales en tres aspectos: en primer lugar, se abandona "al menos por ahora" la intención de desaparecer el Instituto Nacional Electoral y sustituirlo por el denominado "Instituto Nacional Elecciones y Consultas" (INEC).[6] En segundo lugar, se adoptaron ciertos principios que deben regir el sistema electivo: publicidad, transparencia, accesibilidad, inclusión y paridad. En tercer lugar, fueron introducidos los comités técnicos de evaluación como las instancias encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos (legales y constitucionales) y la idoneidad de las personas que aspiren a un cargo jurisdiccional.

Si bien abundan las opiniones, muchas veces contrastantes, sobre las virtudes y peligros que supone la celebración de comi-

[5] He reflexionado sobre la propuesta del expresidente López Obrador, presentada en febrero de 2024, en Salmorán Villar, Guadalupe, "¿Jueces a las urnas? Elección por voto popular del tribunal electoral y la Suprema Corte", en Javier Martín Reyes y María Marván (coords.), *La iniciativa presidencial de reforma electoral: análisis técnico del Plan C electoral*, México, IIJ-UNAM, 2024, pp. 77-88, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/16/7558/9.pdf*

[6] Desde abril de 2022, en el paquete de reforma constitucional, conocido coloquialmente como "Plan A" el expresidente AMLO, buscaba desaparecer al INE y sustituirlo por el denominado "Instituto Nacional de Elecciones y Consultas" (INEC), cuyos integrantes fuesen votados directamente por el pueblo.

cios para definir la composición de las magistraturas,[7] escasean los trabajos que describan con suficiencia las reglas constitucionales que configuran los comicios judiciales. Este trabajo tiene el propósito de abonar en esa elemental pero imprescindible tarea.

A parte de la introducción, el presente trabajo está dividido en tres apartados. En el primero, describo brevemente los sistemas nombramientos antes vigentes para integrar las Salas del TEPJF y el Pleno de la SCJN con el fin de resaltar la participación de los diferentes poderes públicos que estaban involucrados en los nombramientos de dichos órganos jurisdiccionales. En el segundo apartado, expongo los aspectos más importantes de las distintas etapas que componen al *procedimiento electivo ordinario* aplicable para la Suprema Corte y el Tribunal Electoral,[8] en el que subrayo algunas de las variaciones más significativas con respecto de la iniciativa formulada por el expresidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) en febrero de 2024.[9] Finalmente, en el tercera y última sección, señalo algunos de los inconvenientes que supone el diseño constitucional del sistema electivo para renovar a las personas juzgadoras.

---

7 Astudillo, César, "La reforma al Poder Judicial. Efectos en el estatus y la mecánica de elección 'por voto popular' de sus integrantes", en Sergio López Ayllón, J. Jesús Orozco Henríquez, Pedro Salazar y Diego Valadés (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, 2024, pp. 287-299; Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México: breve radiografía del "Plan C", en Sergio López Ayllón, J. Jesús Orozco Henríquez, Pedro Salazar y Diego Valadés (coords.), *op. cit*.

8 La explicación del sistema electoral aquí descrita entonces se basará fundamentalmente en las reglas establecidas mediante decreto de reforma constitucional de 25 de septiembre de 2024 antes referido.

9 Me refiero al *Proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial*, publicado en la Gaceta Parlamentaria el 5 de febrero de 2024. Para abreviar, en adelante, aludiré a dicho documento con las expresiones "iniciativa presidencial" o "proyecto del ejecutivo".

II. ¿Cómo se elegían antes a las personas juzgadoras de la Corte y el Tribunal Electoral?

Como se ha dicho anteriormente, el sistema el sistema electivo involucra a múltiples órganos estatales y, por lo mismo, sustituye, no uno sino, varios sistemas de nombramientos. Hasta antes de la reforma judicial, hasta ahora —como la gran mayoría de los países de América Latina—,[10] en México los nombramientos de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral habían sido una responsabilidad compartida por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Como sabemos, la Suprema Corte es la máxima autoridad jurisdiccional de control constitucional a nivel nacional. Su papel es central para el entramado constitucional y democrático mexicano; además de resolver los conflictos entre los órganos del Estado, es la última instancia para controlar que la actuación del gobierno y de los poderes representativos se apeguen a derecho, está dotada de amplias facultades para dotar de sentido a las leyes y se erige como la última línea de defensa de los derechos humanos en el ámbito nacional.

Desde 1994, la composición del Pleno de la SCJN había sido una facultad común a la presidencia de la República y el Senado. El poder ejecutivo debía someter a consideración del Senado una terna de candidaturas por cada vacante. Previa comparecencia de las personas propuestas correspondía a la cámara alta (por votación de las dos terceras partes de sus miembros presentes) seleccionar a quien fungiría como magistrada o magistrado de la Corte, dentro de un plazo perentorio (de treinta días a partir de la comunicación de la terna). Sin embargo, en caso de que el

[10] Valdés, Leonardo y Ruiz, José Fabián, "Los órganos encargados de la administración electoral", en Dieter Nohlen, Leonardo Valdés, Daniel Zovatto (comps.), *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México, FCE-IIJ-UNAM-INE- IDEA Internacional, 2019, pp. 414-443; Ríos Figueroa, Julio, "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (coords.), *Tribunales constitucionales en América Latina,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 1-46, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2016-10/TRIBUNALES%20CONSTITUCIONALES%20EN%20AMÉRICA%20LATINA%2083568_0.pd*f

Senado rechazara dos veces consecutivas las ternas formuladas por el ejecutivo, este último podía nombrar unilateralmente a la persona que ocuparía el cargo. Lo que sucedió con Lenia Batres, es un ejemplo paradigmático de ello. A finales de 2023, tras el rechazo de las dos ternas por parte de la cámara alta, el presidente AMLO designó de forma directa a Lenia Batres Guadarrama, uno de los perfiles incluidos en las dos ternas que habían sido refutados por el Senado. Actualizándose con ello la primera designación por "dedazo" de una ministratura de la Corte, por encima de la voluntad legislativa.

Por otra parte, el Tribunal Electoral es la más alta jurisdicción especializada en la materia, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad que se reservan exclusivamente a la SCJN. Con el tiempo, el Tribunal se ha convertido en el último garante de los comicios, pues por medio de él se permite salvaguardar los principios rectores en este ámbito, tanto la ciudadanía como los partidos pueden encauzar sus demandas e inconformidades, reclamar que los actos de las autoridades electorales (federales y estatales) se ajusten a la legalidad y constitucionalidad, y solicitar la garantía de sus derechos y prerrogativas políticas.

Desde 1996, las magistraturas de las Salas Superior y Regionales del Tribunal Electoral habían sido nombradas por la Cámara de Senadores (mediante el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes) a propuesta de la SCJN. Es importante notar que en este sistema la presidencia de la República no tenía injerencia alguna para definir los nombramientos de las magistraturas electorales. Al igual que la sucedió con la Suprema Corte, en los últimos años el procedimiento de designación del Tribunal Electoral también había dado ya signos de desgaste; como muestra de ello podemos mencionar las dos magistraturas vacantes de la Sala Superior que no fueron nombradas por el Senado de la República por voluntad de Morena y sus aliados, como debía hacerse desde octubre del 2023. A diferencia de lo que sucedía con la SCJN, en este caso la constitución no preveía alguna "válvula de escape" que pudiese ser activada cuando no se alcanzaban los acuerdos necesarios en sede legislativa.

III. ¿Cómo se elegirán ahora las magistraturas del TEPJF y la SCJN?

Salvo algunas de diferencias, con la reforma judicial, la constitución prevé un sistema análogo para la postulación y elección de las ministraturas de la Suprema Corte y las magistraturas del Tribunal Electoral, no obstante, también subsisten algunas particularidades que conviene subrayar. En términos generales, las discrepancias entre ambos procesos son fundamentalmente tres: la primera se refiere a la periodicidad en que se renovarán cada órgano, las personas que integran el Pleno de la Suprema Corte serán reemplazadas cada doce años, mientras que las magistraturas electorales lo serán cada seis años. La segunda tiene que ver con las circunscripciones, los comicios del Pleno de la Corte se harán a nivel nacional, al igual que los de la Sala Superior, esto es, en una única circunscripción nacional, en contraste con las Salas Regionales cuyas elecciones se realizarán, como su nombre lo indica, en cinco circunscripciones regionales. La tercera diferencia apunta al órgano competente para resolver las impugnaciones que se susciten con motivo de los comicios judiciales. La constitución establece una competencia cruzada entre la Suprema Corte y Tribunal Electoral; a la primera corresponde conocer de las impugnaciones relativas a las elecciones del segundo, mientras que el TEPJF[11] toca resolver las que se presenten respecto de los comicios de la SCJN. Por el resto, puede decirse que el proceso electivo de ambos órganos jurisdiccionales es prácticamente idéntico.

Como sabemos, con la reforma judicial el tamaño del Pleno de la Suprema Corte se redujo de once a nueve integrantes y se acortó la duración de sus encargos, de quince a doce años, a fin de homologarlo con el límite temporal de los cargos representativos a nivel federal, las diputaciones, senadurías y la presidencia

[11] Conviene resaltar que, con la reforma constitucional, el Tribunal Electoral se erige como la última instancia para resolver, de forma definitiva e inatacable, las impugnaciones, no solo de los comicios de la Suprema Corte, sino también de los que resulten de las elecciones a magistraturas de Circuito, juezas y jueces de Distrito y magistraturas del Tribunal de Disciplina Judicial.

de la República. Al igual que para el resto de las magistraturas, los comicios para renovar al Pleno de la Corte se celebrarán el primer domingo de junio, de forma concurrente con los otros cargos de elección popular.

En sentido contrario de lo que disponía la iniciativa presidencial, la reforma judicial sí introdujo cambios a la estructura del Tribunal Electoral; pues se dispuso la desaparición de la Sala Regional Especializada en función "de un ejercicio de simplificación administrativa y austeridad".[12] En contraste con el Pleno de la Corte, el cual, como se dijo, será renovado cada doce años, los comicios para reemplazar a las magistraturas electorales se llevarán a cabo cada seis años.

Como se ha mencionado, para la ejecución de los comicios del Tribunal Electoral, se establecen dos modalidades de circunscripción: al igual que para el Pleno de la SCJN, las elecciones de la Sala Superior se harán en una única circunscripción a nivel nacional, mientras que los comicios para las Salas Regionales se llevarán a cabo por regiones, "en los términos y modalidades que determine la ley electoral" (art. 99 constitucional).

Decir que las personas juzgadoras serán elegidas por el voto popular directo y secreto de la ciudadanía es un modo simplificado de referirse a lo que constituye, antes bien, un proceso complejo, compuesto por varias etapas y que involucra a diversos actores políticos, además de la ciudadanía que definirá con su voto la conformación de los cargos jurisdiccionales en juego.

Conforme a la constitución, los comicios judiciales deben dar inicio en los primeros siete días del mes de septiembre del año anterior a la elección de que se trate, con la *etapa de preparación de la elección federal* que está a cargo del INE. Durante ese mes el Senado de la República tiene la obligación de emitir la *convocatoria* respectiva, la cual debe contener las etapas del procedimiento, las fechas, los plazos improrrogables y los cargos a elegir.

---

[12] Cámara De Diputados, LXV Legislatura, Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del poder judicial, *DOF*, 16 de agosto de 2024, p. 168.

De acuerdo con lo que establezca la convocatoria comienza la *etapa de postulaciones*, la cual no está abierta a toda la ciudadanía, pues para aspirar a un cargo jurisdiccional es necesario contar con el respaldo y filtro político de los poderes públicos que intervienen en el proceso. Tanto para la Suprema Corte como para Tribunal Electoral corresponde al presidente de la República, al Congreso de la Unión y la propia Suprema Corte seleccionar a las candidaturas que buscarán ganarse el favor del voto ciudadano.

A diferencia del proyecto del ejecutivo, en sede legislativa se redujo notablemente el número de candidaturas que puede proponer a los poderes públicos (de treinta a nueve candidaturas en total).[13] Para el Pleno de la Corte y las magistraturas electorales, la postulación de las candidaturas quedó distribuida de la siguiente manera: el poder ejecutivo postula hasta tres candidaturas por conducto de la persona titular de la presidencia de la República, el poder legislativo postula hasta tres personas, una por la Cámara de Diputados y dos por el Senado, mediante votación calificada de dos tercios de sus integrantes presentes, y el poder judicial, por conducto del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, postula hasta tres candidaturas, por mayoría de seis votos.[14]

Lo anterior no quiere decir necesariamente que cada órgano tendrá sus propias candidaturas, porque la constitución permite que las personas aspirantes sean "postuladas simultáneamente por uno o varios Poderes de la Unión, siempre que aspiren al mismo cargo" (artículo 96.III, segundo párrafo).[15] Además, es importante destacar que, en caso de que los poderes no remitan sus postulaciones en el plazo establecido en la convocatoria "ya sea porque no se logren alcanzar las mayorías necesarias para

[13] Recordemos que la iniciativa presidencial planteaba que, para la Corte y el Tribunal Electorales, los poderes públicos podían proponer "de manera paritaria" hasta un máximo de treinta candidaturas, las cuales debían repartirse de la siguiente forma: el poder ejecutivo postularía hasta diez candidaturas, el poder legislativo postularía hasta cinco personas por cada Cámara, y el Pleno de la Suprema Corte hasta diez candidaturas.

[14] Estas mismas reglas aplican para el Tribunal de Disciplina Judicial.

[15] Esta posibilidad no estaba contemplada en la iniciativa del expresidente López Obrador.

integrarlo, o por cualquier otra causa" no podrán hacerlo posteriormente.

Como se adelantaba, una de las modificaciones más significativas que realizó el Congreso de la Unión a la propuesta presidencial fue la introducción de algunos principios que deberán regir a los comicios judiciales. La carta magna dicta que los Poderes de la Unión "establecerán mecanismos públicos, abiertos, transparentes, inclusivos y accesibles que permitan la participación de todas las personas interesadas" (art. 96.II, inciso a).

Como se ha dicho, no cualquier ciudadano postularse en los comicios judiciales, solo aquellos que acrediten las exigencias constitucionales y legales. Pero entonces *¿quiénes pueden aspirar a un cargo judicial?* De acuerdo con la constitución federal, además de los requisitos obligatorios para cada cargo, las personas aspirantes deben presentar "un ensayo de tres cuartillas donde justifiquen los motivos de su postulación y remitan cinco cartas de referencia de sus vecinos, colegas o personas que respalden su idoneidad para desempeñar el cargo" (art. 96.II, inciso a). Los perfiles mejor evaluados serán aquellos que "cuenten con los conocimientos técnicos necesarios para el desempeño del cargo y se hayan distinguido por su honestidad, buena fama pública, competencia y antecedentes académicos y profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica" (art. 96.II, inciso b).

En contraste con la iniciativa del expresidente López Obrador, la cual proponía simplemente que fuese el propio Senado el encargado de verificar los requisitos de elegibilidad, en la reforma judicial se dispuso que para procesar las inscripciones y preseleccionar a las candidaturas, cada Poder de la Unión "la Presidencia de la República, el Congreso y la Suprema Corte" debe integrar un comité de evaluación conformado por "cinco personas reconocidas en la actividad jurídica" (artículo 96.II inciso a constitucional). Las labores de los comités son fundamentales, pues son estos quienes reciben los expedientes de las personas aspirantes y evalúan el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. Ahora bien, una vez que los comités publican las listas de las personas elegibles, proceden a calificar su idoneidad para desempeñar el cargo. Sin embargo, ni la constitución ni las leyes electorales definen qué de entenderse por "idoneidad" ni cómo

se debe probar este criterio. Más aún, cada comité puede definir libremente "la metodología de evaluación de idoneidad de las personas aspirantes para el desempeño de los cargos de elección que correspondan por cada cargo y materia de especialización".[16]

Una vez hecho lo anterior, tratándose de las ministraturas y magistraturas electorales, los comités de evaluación deben integrar "un listado de las diez personas mejor evaluadas" (art. 96, II, inciso c constitucional). Pero, posteriormente, deben "depurar dicho listado mediante insaculación pública para ajustarlo al número de postulaciones para cada cargo, observando la paridad de género" (art. 96, II, inciso c constitucional). Una vez ajustados los listados, los comités deben remitirlos a cada poder para su *aprobación* y envío al Senado.

El Senado recibe las postulaciones y las remitirá al Instituto Nacional Electoral a más tardar el 12 de febrero del año de la elección que corresponda a efecto de que organice el proceso electivo. En realidad, el organismo electoral nacional en la ejecución de los comicios judiciales hace algo más que eso, pues debe aprobar el modelo de boleta, documentación y materiales electorales, aprobar los lineamientos o acuerdos necesarios para llevar a cabo la organización, desarrollo y cómputo de las elecciones, determinar la distribución de los tiempos de radio y televisión de las candidaturas, fijar las modalidades y fechas de foros de debates, entre otras tantas funciones.[17]

Durante las campañas judiciales,[18] las candidaturas tendrán derecho de acceso a radio y televisión de manera igualitaria con el fin de que expongan sus propuestas y programas de trabajo (art. 96 constitucional).[19] Además, podrán participar en foros de

[16] Con base en el artículo 500, párrafo tercero, inciso d) de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE).

[17] Consúltese el artículo 501 de la de la LEGIPE.

[18] De acuerdo con la constitución federal, las campañas judiciales durarán sesenta días y en ningún caso habrá etapa de campaña (art. 96).

[19] Nótese que el proyecto del expresidente López Obrador reservaba este derecho exclusivamente a las candidaturas de la SCJN, las magistraturas de la Sala Superior del TEPJF (no excluidas las Salas Regionales) y los integrantes del Tribunal de Disciplina Judicial. La reforma judicial extendió

debate organizados por el INE o en aquellos "brindados gratuitamente por el sector público, privado o social en condiciones de equidad" (art. 96 constitucional).

Para todos los cargos judiciales se prohíbe el financiamiento público o privado, así como la contratación por sí o por interpósita persona, física o moral, de espacios en radio y televisión para promocionar a las candidaturas. Además, está vetado que los partidos políticos y las personas servidoras públicas realicen "actos de proselitismo" y "posicionarse a favor o en contra de candidatura alguna" (art. 96 constitucional).

Una vez concluido el periodo de campañas, se realiza *la jornada electoral* programada, como ya se dijo, el primer domingo de junio del año correspondiente. La integración de los órganos jurisdiccionales será decidida mediante sufragio universal, por mayoría simple, en una sola jornada electoral. La constitución no exige un mínimo de votos válidos para que los resultados de las elecciones judiciales sean efectivos.

Al terminar la votación, el INE debe efectuar *los cómputos de la elección*, publicar los resultados y entregar las constancias de mayoría "a las candidaturas que obtengan el mayor número de votos, asignando los cargos alternadamente entre hombres y mujeres". Además, corresponde al INE *declarar la validez de la elección* y enviar sus resultados a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o al Pleno de la Suprema Corte de la Nación para el caso de las magistraturas electorales (art. 96.IV constitucional).

Como se adelantaba, para evitar que tanto el Tribunal Electoral y la Suprema Corte sean jueces y partes respecto de la elección de sus propios integrantes, la constitución prevé una competencia cruzada para resolver las impugnaciones que se susciten con motivo de los comicios judiciales.[20] En cualquier caso, los

---

este derecho a todos los cargos de elección dentro del Poder Judicial de la Federación.

[20] En contraste, la iniciativa presidencial contemplaba que, además de resolver las impugnaciones, la Corte y el Tribunal Electoral fuesen los encargados de calificar el proceso electoral y declarar los resultados de los comicios respectivos. Como se ha mencionado, con la reforma judi-

asuntos deberán ser resueltos antes de que el Senado instale el primer periodo de sesiones (esto es, el primero de septiembre del año en que se realice la elección) cuando las personas electas tomarán protesta de sus encargos.

IV. Reflexiones conclusivas

Como se ha analizado, el sistema de elección popular compromete al sistema de justicia federal en su conjunto, al igual que a sus homólogos locales. Este sistema impacta a un complejo y plural sistema de cargos jurisdiccionales en todos los niveles de gobierno. Aunque hay otros países, como Bolivia, que han adoptado al sistema electivo para definir la integración de ciertos máximos tribunales, o casos en Estados Unidos donde algunos estados recurren a este mecanismo para renovar jurisdicciones locales específicas, México se ha convertido en el único país en el mundo en implementar elecciones populares para renovar las magistraturas tanto federales como locales en todo su territorio.

La reforma judicial establece un sistema electivo que no tiene en cuenta ni la naturaleza ni las funciones específicas de cada órgano jurisdiccional. En lugar de reconocer la pluralidad de competencias y responsabilidades, la reforma trata a la judicatura mexicana como si fuese un bloque homogéneo con las mismas tareas y necesidades.

Es importante notar que, con la introducción de los comicios judiciales, se sustituyen no solo uno, sino distintos sistemas de designación que, hasta antes de la reforma, existían para integrar las diversas instancias de justicia comprendidas en ella. La configuración de un único sistema ha desplazado uno de los rasgos que habían distinguido a la administración de justicia en el país: la diversificación de los sistemas de designación de los órganos jurisdiccionales.[21] Tales mecanismos, si bien involucraban a los

cial finalmente aprobada estas últimas dos funciones fueron atribuidas al INE.

21 Pou Giménez, Francisca, "La diversificación en la judicatura mexicana y la división de poderes", en Karina Ansolabehere y Pedro Salazar (coords.), *Populismo, Democracia y Poder Judicial*, México, Escuela Federal de Forma-

tres Poderes de la Unión, lo hacían de manera diferenciada y con distintos grados de incidencia en las diferentes etapas (ya sea de postulación, ratificación y nombramiento) que configuraban cada procedimiento.

Además, el sistema electivo adoptado por la reforma impone una renovación periódica, masiva y simultánea de las personas juzgadoras, coincidente con los comicios de los órganos de representación popular a nivel federal. En contraste con el renovamiento diferenciado, muchas veces escalonado, de los cargos jurisdiccionales, como era en los casos de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral. Este último hacía más difícil que una sola administración o grupo político controlara el aparato de justicia, ya que las designaciones se distribuían en el tiempo. Sin embargo, un esquema de renovación sincrónica acrecienta dicha posibilidad, ya que les permite a los poderes públicos "especialmente al ejecutivo y legislativo" postular perfiles según sus intereses políticos más inmediatos.

Como se ha observado, la multiplicidad de sistemas, cada uno con características propias, ha sido sustituida por un mecanismo que, según la literalidad de la constitución, parece conceder un peso igual a los poderes públicos "al Congreso, la presidencia de la República y la Suprema Corte" en la postulación de las candidaturas judiciales. Sin embargo, un análisis más detallado revela que la configuración constitucional de los comicios judiciales, antes que fortalecer los contrapesos entre poderes, concede al poder ejecutivo y su partido un papel preponderante en la integración del Pleno de la Corte y el Tribunal Electoral. Esto aumenta las probabilidades de que estos órganos no solo queden subordinados a los intereses políticos, sino que también sean susceptibles de captura por parte el gobierno.

Recordemos que la reforma judicial otorga ejecutivo una influencia directa en la conformación de una tercera parte de las Salas del Tribunal Electoral, donde antes no tenía injerencia alguna, así como del Pleno de la Suprema Corte. Además, le ex-

---

ción Judicial-Consejo de la Judicatura Federal-Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 83-120, *https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2024/Editoriales/Populismo.pdf*

tiende dicha potestad, y en igual proporción, en la elección de los puestos vacantes del Tribunal de Disciplina, los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito en todo el territorio nacional. Hasta ahora, la presidencia carecía de facultades para intervenir en la conformación estas instancias jurisdicciones.

Pero los anteriores no son los únicos inconvenientes de este mecanismo. Aunque el Congreso de la Unión introdujo algunos principios que deben guiar los comicios judiciales, los criterios para evaluar la "idoneidad" de las candidaturas a juez son deficientes, al basarse en conceptos ambiguos y altamente subjetivos como "la buena fama" y la "honestidad", cuya comprobación es problemática. Además, la presentación de "un ensayo de tres cuartillas" y las "cartas de referencia de sus vecinos" resulta claramente insuficiente para valorar la integridad, los conocimientos y la competencia necesaria para desempeñar el cargo.

Ahora bien, la laxitud que regula la integración y la operación de los comités técnicos de evaluación añade otra serie de problemas. Lo anterior no solo se presta a la conformación disímil de dichas instancias, sino que favorece la discrecionalidad a la hora de seleccionar "los mejores" perfiles. De cualquier forma, al final, será una insaculación pública (es decir, el azar) la herramienta que "depure" las listas para ajustarlas al número de postulaciones permitidas para cada cargo, lo que confirma que los méritos, la experiencia y la integridad moral están lejos de ser los criterios que orientan la selección de las candidaturas que serán sometidos a consideración de la ciudadanía el día de la jornada electoral.

Referencias

Astudillo, César, "La reforma al Poder Judicial. Efectos en el estatus y la mecánica de elección "por voto popular" de sus integrantes", en Sergio López Ayllón, J. Jesús Orozco Henríquez, Pedro Salazar y Diego Valadés (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024),* 2024.

Cámara De Diputados, LXV Legislatura, Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del poder judicial, *DOF*, 16 de agosto de 2024.

Comisión de Venecia, 2010, Informe sobre la Independencia del Poder Judicial, (CDL-AD(2010)004), Estrasburgo.

Espinosa Silis, Arturo y Cruz Vargas, Rafael, "Control de constitucionalidad electoral. Evolución y retos", en Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del (coord.), *Derecho constitucional en materia electoral*, México, TEPJF, 2021.

Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México: breve radiografía del "Plan C", en Sergio López Ayllón, J. Jesús Orozco Henríquez, Pedro Salazar y Diego Valadés (coords.) *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024),* 2024.

Pou Giménez, Francisca, "La diversificación en la judicatura mexicana y la división de poderes", en Karina Ansolabehere y Pedro Salazar (coords.), *Populismo, Democracia y Poder Judicial*, México, Escuela Federal de Formación Judicial-Consejo de la Judicatura Federal-Tirant Lo Blanch, 2024.

Ríos Figueroa, Julio, "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (coords.), *Tribunales constitucionales en América Latina,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

Salmorán Villar, Guadalupe, "Elección popular de jueces y magistraturas: cuatro apuntes teóricos", *Revista Hechos y Derechos, Número especial. Foros sobre la Reforma Constitucional en Materia de Justicia*, 6 de agosto de 2024.

Salmorán Villar, Guadalupe, "¿Jueces a las urnas? Elección por voto popular del tribunal electoral y la Suprema Corte", en Javier Martín Reyes y María Marván (coords.), *La iniciativa presidencial de reforma electoral: análisis técnico del Plan C electoral*, México, IIJ-UNAM, 2024.

Senado, 2024. Convocatoria Pública para integrar los listados de las personas candidatas que participarán en la elección extraordinaria de las personas juzgadoras que ocuparán los cargos de Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistradas y Magistrados de las Salas Superior y Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Magistradas y Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, *DOF*, 15 de octubre de 2024.

Valdés, Leonardo y Ruiz, José Fabián, "Los órganos encargados de la administración electoral", en Dieter Nohlen, Leonardo Valdés, Daniel Zovatto (comps.), *Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo*, México, FCE-IIJ-UNAM-INE- IDEA Internacional, 2019.

Asimetrías territoriales en un Estado unitario. Implantando RIG fuera del contexto federal

***

Territorial asymmetries in a unitary State. Implementing RIG outside the federal context

*Francisco Tortolero Cervantes**

Resumen: los estados unitarios, como Francia, no son ajenos a propiciar el equilibrio entre la homologación de atribuciones en el territorio y los esfuerzos por la descentralización como formas de racionalizar el predominio de la autoridad central. Luego de responder que, en efecto, existen formas similares a las Relaciones Intergubernamentales (1), en este trabajo me pregunto si la adaptación de modalidades cooperativas dentro del estado unitario, vuelve factible y oportuno incluir capacidades de experimentación (2). Los dos incisos me conducen a concluir que en ocasiones, los estados unitarios incluyen sesgos federalistas poco conocidos entre los constitucionalistas de Iberoamérica.

Résumé: les États unitaires, dont la France, ne sont pas étrangers à promouvoir l'équilibre entre l'harmonisation des compétences territoriales et des mécanismes de décentralisation, comme moyens de rationaliser la prédominance de l'autorité centrale. Après avoir répondu qu'en effet, il existe des formes similaires aux Relations Intergouvernementales (1), dans cette

* Investigador titular definitivo en el IIJ-UNAM. Investigador asociado (2024-2028). Centre d'Etudes pour le Territoire (CRDT) de la Université Champagne-Ardenne, Francia.

présentation je me demande si l'adaptation de modalités coopératives au sein de l'État unitaire rend possible et opportun d'inclure des capacités d'expérimentation (2). Ces deux points me permettent de conclure qu'à certaines occasions, les États unitaires incluent des tendances fédéralistes peu connues parmi des constitutionnalistes Ibéro-Américains.

Palabras clave: Estado unitario, Francia, descentralización, relaciones intergubernamentales, experimentación.

Sumario: I. Introducción. II. Mecanismos equiparables a RIG en sede unitaria/descentralizada. III. ¿Descentralización asimétrica? Casos de experimentación local. Referencias.

I. Introducción

Ningún país está exento de presentar disparidades entre las regiones que integran su territorio. Configuradas como *asimetrías* (o disparidades entre instituciones, políticas y procedimientos), tienen implícitas diferencias inherentes a la geografía; otras, a los recursos naturales disponibles (contrastantes entre zonas desérticas, montañosas y fértiles; templadas o extremas). Algunas más justifican el trato diferenciado hacia colectividades con identidades lingüísticas o étnicas, como los grupos indígenas o las comunidades humanas implantadas en territorios alejados. Estas diferencias son relevantes porque suman dificultades a la garantía de igual trato entre quienes integran diferentes regiones de una misma unidad nacional.[1]

Sus contrastes físicos o humanos se proyectan de distintas maneras entre los pobladores.[2] Sin embargo, las constituciones

[1] Bossacoma Busquets, P. y Sanjaume-Calvet, M., "Asymmetry as a device for equal recognition and reasonable accommodation of majority and minority nations. A country study on constitutional asymmetry in Spain", en P. Popelier, M. Sahadžić, *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: managing multinationalism in multi-tiered systems,* Londres, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 429-455.

[2] Brown, D, "Who's afraid of asymmetrical federalism? A summary discussion", *Asymmetry Series 2005,* núm. 17, IIGR, School of Policy Studies,

suelen contener disposiciones que impiden que las asimetrías queden estáticas, como una condición permanente, por lo que exigen de los gobiernos una serie de medidas de adaptación y equilibrio para paliar las disparidades existentes; o al menos, propiciar condiciones socioeconómicas que homologuen (*equalize*) oportunidades de una región a otra. Dichas acciones se materializan en reformas constitucionales o legales, aunque la mayoría se procesan informalmente a través de acuerdos y programas específicos que se deben definir sobre la marcha.[3]

Ciertamente, puede parecer anacrónico o fuera de contexto buscar en las postrimerías del Estado moderno un funcionamiento asimétrico, que equivalga a las conocidas hoy como *Relaciones Intergubernamentales* (en adelante RIG), que remite a *las interacciones -acciones y transacciones- formales e informales entre distintas unidades territoriales dentro de los sistemas políticos*) que refieren por lo general aspectos presupuestales o de la administración para homologar las realidades de cada región.

La doctrina de las RIG fue desarrollada durante el siglo xx como parte de la caracterización del federalismo, podrían tal vez propiciar una mejor cooperación entre esferas territoriales bajo lógicas impuestas fuera de estructuras típicamente federales (por ejemplo, en la Unión Europea, que propicia la subsidiariedad y la descentralización), de suerte que para equilibrar las asimetrías no sea necesario hacerlo desde un ámbito federal. Y tal vez, este propósito puede también lograrse desde un esquema competencial unitario.

Para ello, divido mi presentación exponiendo cómo los estados unitarios no son ajenos a propiciar el equilibrio entre la homologación de atribuciones en el territorio y los esfuerzos por la descentralización como formas de racionalizar el predominio de la autoridad central (1). Luego de responder que, en efecto, existen formas similares a las Relaciones Intergubernamentales en los sistemas unitarios, me pregunto si la adaptación de moda-

---

Queen's University, 2005, *https://www.queensu.ca/iigr/sites/iirwww/files/uploaded_files/Brown2005.pdf*

[3] Tierney, S., *The Federal Contract: A constitutional theory of federalism,* Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 129.

lidades cooperativas dentro del estado unitario, vuelve factible y oportuno incluir capacidades de experimentación (2). Los dos incisos me permiten concluir que en ocasiones, los estados unitarios incluyen sesgos federalistas poco conocidos en Iberoamérica.

II. Mecanismos equiparables a RIG en sede unitaria/descentralizada

Frente a la homologación prototípica de poderes, propiciada por el modelo de Estado unitario, la combinación de elementos definitorios del federalismo, circunscritos a expresarse a la vez como autogobierno y como gobiernos compartidos,[4] remite a dos órdenes de autoridad que se entremezclan y encuentran sus niveles óptimos de intervención entre comunidades políticas.[5] Se trata de entidades territoriales que, aunque unidas, tienen elementos distintivos. Se les ha dotado de obligaciones constitucionales comunes que a la vez se diferencian entre sí, y permiten que la autoridad que interviene en ciertos casos sea la mejor situada para hacerlo.

En un cambio de coordenadas, para entender el modelo *jacobino* (centralizador) instaurado en Francia a partir de la Revolución de 1789, hay que precisar que las pugnas históricas frente a la facción revolucionaria rival de los Girondinos (que hoy podríamos identificar como filo-federalistas) culminaron en arreglos territoriales para mantener el poder y hacer más eficiente el funcionamiento de la autoridad, logrando la aceptación por parte de los habitantes de las zonas más alejadas. Es entonces a través de pactos que las élites parisinas lograron cooptar a las de las capitales provinciales a lo largo del siglo xix.[6]

---

4 Elazar, D., *Exploring Federalism,* Tuscaloosa, Alabama University Press, 1987.

5 Gagnon, A.G. "The political uses of federalism", in Burgess, M., y A. G. Gagnon (eds.), *Federal Democracies (Routledge Studies in Federalism and Decentralization),* Londres, Routledge, 2015, p. 368.

6 Smyrl, M., "France: Challenging the Unitary State", en Amoretti, U.M. y N. Bermeo (eds.), *Federalism and Territorial Cleavages,* The Johns Hopkins University Press, 2004, pp. 202 y 203.

Así, las provincias mutaron en *departamentos* (otrora controladas por la burguesía pre-revolucionaria); en *prefecturas* (creadas por Napoleón), donde el poder central ejercía un control administrativo unitario en el territorio; y en *comunas,* que, sumando actualmente unas 35,500 unidades de proximidad, daban continuidad a las antiguas parroquias.

En este eje geográfico de círculos concéntricos, el paradigma centralizador de la III República francesa (que se extiende de 1870 a 1941, bajo la garantía de la unidad y la disuasión de discordancias subnacionales para unificar el territorio) terminó impuesto en otros Estados unitarios de Europa. Fue pues a lo largo del siglo XIX que España, Portugal, Holanda, Bélgica, Grecia o Italia, pusieron en marcha tácticas unificadoras, al identificar los regionalismos como riesgos de división nacional.[7]

Aunque en ocasiones atraídos por un discurso descentralizador e incluso federalista, los esfuerzos unificadores desarrollados en todos esos países vecinos abrevaron de las campañas napoleónicas, que basaban la unidad territorial en una impronta nacionalista y liberal, que tachaba de anti-republicanismo todo intento de promoción de particularidades regionales. La misma suerte unitaria siguieron Turquía y los países de europa central y oriental (Rumania, Bulgaria, Moldova)

Los imperios (Británico, Austro-Húngaro, Otomano) que aparentaban ser inexpugnables, terminarían fragmentados al final de la Segunda Guerra Mundial, tras el declive de los nacionalismos. Esto explica por qué, súbitamente, los numerosos movimientos regionalistas y agraristas ligados a partidos que hacían valer la identidad de la zona geográfica próxima, creados durante la primera mitad del siglo XX, dejaron de significar amenazas a la democracia.[8]

Aquello explica también que, desde la segunda posguerra, las identidades regionales volvieron a significar contenidos viables para conducir proyectos políticos legítimos en elecciones nacio-

7 Beaud, O., *Fédéralisme et fédération en France: Histoire d'un concept impossible ?* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1999, pp. 7-10.

8 *Ibidem,* pp. 78-81.

nales. Llegó a ocurrir (i.e. en Francia, durante la IV República o en los Länder orientales de Alemania) que diversos movimientos populares y campesinos se identificaran con el impulso de élites económicas locales que reivindicaban la modernización agrícola, industrial y el desarrollo de capacidades propias.[9] El interés local dejaba de ser un lastre al desarrollo.

Los pactos suscritos entre élites regionales con trabajadores agrícolas e industriales para barajar de nuevo las cartas sobre la mesa y repartir la propiedad de la tierra fueron cruciales para involucrar a todos en la reconstrucción de Europa tras la Segunda Guerra Mundial.

El funcionamiento de acuerdos sectoriales implicaba que para poder influir en la decisión nacional, los comités regionales (por ejemplo, para garantizar la explotación agrícola o minera) tendrían que organizarse en conjunto. Las tendencias centralizadoras para gestionar el reparto de recursos en el territorio fue marcado por los años en que el *Welfare State* fue predominante en Europa. El reconocimiento de las regiones pasaba por la unidad de las políticas de reconstrucción nacional.

Así, igual que ocurrió con las políticas territoriales tras la adopción de las nuevas constituciones en Italia o Alemania occidental, el advenimiento de la V República francesa en 1958, y su amplia legitimidad por la conducción del General De Gaulle, generaron poderosos incentivos para limitar la fragmentación territorial a nivel de Comités regionales de desarrollo económico (CODER). Fue esa tendencia unificadora de intereses públicos y privados la que llevó al gobierno central a concebir arreglos que podríamos calificar como intergubernamentales, encarnados en planes regionales (como el IV publicado en Francia en 1962), que también condujeron a crear la Dirección de Desarrollo Territorial y Acción Regional (DATAR en 1963), con un sentido de planeación regional formalmente descentralizada.[10] Sin embargo, las primeras décadas de la V República estuvieron marcadas por

[9] Mény, Y., *Centralisme et décentralisation dans le débat politique francais (1945-1969),* Paris, LGDJ, 1974, p. 534.

[10] Quinet, E., *La planification francaise,* Paris, PUF, Collection *Que sais-je?* no. 2532, 1990.

el predominio de las facultades Regalianas, implantadas desde el estado central, para asegurar que las condiciones de la reconstrucción económica pudieran asegurar el desarrollo y la influencia de Francia durante la posguerra.

En las etapas siguientes se optó por enarbolar opciones para el funcionamiento descentralizado de la autoridad, que no obstante, buscaba mantener la simetría territorial, así como evitar las disparidades de trato entre regiones; pero para ello había que explorar rutas alternas.[11]

En Francia, los esfuerzos descentralizadores solían gravitar alrededor de actores políticos y económicos locales, aunque asociados, identificados y sobre todo conducidos desde sedes partidistas nacionales. Los líderes de los partidos invitaban, desde la capital, a las *fuerzas vivas* de las regiones a participar, aunque condicionaban su entusiasmo a que las regiones demostraran que los reclamos locales traerían un beneficio al conjunto nacional.

Con el anuncio de las nuevas leyes de descentralización en 1982 (la llamada Ley Deferre), la estrategia del presidente Mitterrand intentaba dotar de flexibilidad y equilibrio geográfico al sistema, al generar fronteras ajustables entre entidades territoriales que no solo incluyeran reglas (rígidas), pero que tuvieran que ser complementadas por prácticas institucionales y de proximidad. Así, la autoridad prefectoral se situaba en un plano distinto al de personajes públicos legitimados por una elección política y que estaban revestidos de la protección de un partido. El Prefecto (designado por el presidente de la República) era la autoridad más visible del territorio, que se erigía como representante y como técnico.[12] Aparecían formas que hoy podríamos asociar a mecanismos de RIG, si bien afrontando diversas resistencias centralizadoras.

Por otro lado, al introducir la mención a la gobernanza territorial, se incluían no solo a los representantes de la adminis-

[11] Brisson, J.F., "Les nouvelles clefs constitutionnelles de réparation des compétences entre l'Etat et les collectivités locales", *L'Actualité juridique. Droit administratif* - AJDA no. 11, mars 2003, p. 529-539.

[12] Worms, J.P., "Le préfet et ses notables", *Sociologie du Travail,* vol. 8, núm. 3, 1966, pp. 249-275.

tración, sino a la pluralidad de actores e intereses políticos pero también económicos, incluso culturales, identificados tanto en el plano nacional como regional.[13] En todas estas etapas, la asignación de competencias y recursos a las regiones se fue dando de manera diferenciada, bajo la etiqueta de arreglos de "gobernanza multinivel".[14]

Estas formas de gobernanza multi-nivel podían encuadrarse como formas asimétricas del ejercicio de la autoridad en el territorio. Al lado de las modalidades de trato asimétrico en el territorio, la constitución francesa contiene un estatuto constitucional especial para los llamados Departamentos y Territorios de Ultramar (DOM-TOM, como Córcega o Nueva Caledonia). Sin entrar en estos últimos y sus desarrollos posteriores, en este trabajo me centraré en otra modalidad menos conocida, para conceder capacidades de experimentación.

La selección de la clase política local seguía atada a las dirigencias de los partidos en el plano nacional.[15] La opción de crear condiciones para la aparición de liderazgos locales independientes quedaba así aplazada para alguna mejor ocasión, y la búsqueda de continuidad quedaba ligada a la interacción entre élites políticas con abierto enfoque nacional.

III. ¿Descentralización asimétrica? Casos de experimentación local

El diseño de soluciones de reparto competencial fundadas en tratos asimétricos parece consubstancial a todo arreglo intergubernamental, y busca un reparto territorial más eficiente y equitativo del poder. Es difícil evitar disparidades de trato, pues resulta poco factible programar y lograr que las normas se concreten matemáticamente y al milímetro, a lo largo y ancho del territorio

13 Rhodes, R.A.W., *Understanding governance: Policy networks, governance, reflexivity and accountability,* Buckingham, Open University Press, 1997.

14 Hooghe, L. y G. Marks, "Types of Multi-Level Governance", *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 5, núm. 11, 12 de octubre de 2001.

15 Dupoirier, E. (coord.), *Régions: la croisée des chemins: Perspectives francaises et enjeux européens,* Paris, Presses de Sciences Po, 1998.

de cualquier país; sea este federal, o unitario. Las adaptaciones moduladas en función de variaciones y necesidades comprobables requieren tratos diferenciados.

La noción de *asimetría* se empezó a utilizar hace relatívamente poco, cuando los estados del sur de Estados Unidos empezaron a promover soluciones diferenciadas. Así, desde los 60's, "la asimetría resulta(ba) un rasgo de los sistemas políticos complejos, donde algunas unidades territoriales (provincias, entidades federativas) detentan poderes ampliados y asumen responsabilidades políticas más numerosas que otras unidades."[16]

La Constitución de la V República fue reformada (28 de marzo de 2003 relacionada con la organización descentralizada de la República) para introducir "la experimentación normativa" en dos de sus artículos, que implican la opción para el gobierno o el parlamento de determinar un período de prueba previo a la entrada en vigor de una reforma legal.

Así, el artículo 37-1 permite al Estado nacional (a través de sus órganos de creación normativa) circunscribir temporal y espacialmente la aplicación de la nueva disposición (de una ley o un reglamento), como condición que determina su entrada en vigor.[17] Por su parte, el 72-4C establece una facultad de experimentar a las colectividades territoriales, para dejar de aplicar una disposición legal (previo acuerdo de la autoridad nacional), si bien, no puede involucrar libertades públicas. Su aplicación es conducida por la ley orgánica de 1 de agosto de 2003.[18]

En ambos casos, la intención subyacente era permitir que la autoridad de aplicación evaluar la pertinencia y utilidad de una reforma legal; alejar las dudas sobre su eficiencia, demostrar su eficacia. Y para ello, su configuración constitucional evitaba que las normas que se sujetaban a ser validadas previo a generalizar

16 Tarlton, C. D. "Symmetry and Asymmetry as elements of federalism: A theoretical speculation", *The Journal of Politics,* vol. 27, no. 4, 1965, pp. 861.

17 Crouzatier-Durand, F., "L'expérimentation locale", *Revue Française de Droit Administratif* (RFDA), no. 1, 2004, p. 21.

18 Pontier, J.M., "La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales", *Actualité juridique Droit Administratif,* no. 4, 2003, pp. 27-42.

su vigencia a escala nacional incurrieran en una transgresión al principio de igualdad ante la ley.

Cabe aclarar que previo a esta reforma constitucional, concebida en 2003 para someter la aplicación de una ley a experimentación, a manera de imponer una condición suspensiva a su entrada en vigor, encuentra varias fases previas. Primero, la administración logró que ciertas medidas administrativas, tomadas a manera de prueba (i.e., un aumento en las tarifas de transporte) fueran evaluadas por la jurisdicción administrativa. Este análisis buscaba enmarcar y dar solidez a las medidas emprendidas, al lograr que el juez las pronunciara válidas (en otras ocasiones sirvieron para calcular la fijación de salarios mínimos).

Antes que esta reforma entrara en vigor, el Consejo de Estado, como máxima jurisdicción administrativa, ya se había pronunciado que para efectos de prueba, las administraciones podían implementar medidas durante un tiempo fijo, de suerte que podían válidamente ser probadas en una parte del territorio nacional.[19] Cabe resaltar sin embargo que se trataba siempre de medidas de funcionamiento interno de la administración (las más frecuentes, la transferencia de competencias del Estado central hacia las colectividades territoriales), sometidas a experimentación previa.

Entre las inconsistencias técnicas que se señalaron al momento de la reforma, se aludía a su posible confrontación a principios constitucionales (como el de indivisibilidad de la República, o el de igualdad ante la ley; igualmente de su carácter general y abstracto). Había ya ocurrido, entre autoridades judiciales, que los intentos oficiosos de experimentar sobre la entrada en vigor ya no solo de una medida administrativa la experimentación se evaluara con mayor severidad. Me refiero aquí a casos en los que el gobierno decidió incluir no solo medidas administrativas, sino

[19] El Consejo de Estado francés se pronunció con frecuencia sobre el apego de la medida preliminar mientras fuera dispuesta de manera temporal y circunscrita a una parte del territorio francés (así, por ejemplo en 1993, tras la modulación de experiencias tarifarias preliminares en tramos específicos del TGV Norte, Section des Travaux Publics, n. 353605 de 24 de junio de 1993).

a ejemplos donde una ley con efectos generales en todo el país buscaba pasar por el filtro de la experimentación local.

En 1993 el Consejo de Estado consideró posible que el legislador emitiera una primera versión de una ley, a efecto de evaluar los efectos producidos, y luego, poder ajustar los porcentajes o montos, y con ello proceder "a mantenerla, modificarla, generalizarla o a abandonarla" y para ello, el propio legislador debía enumerar las causas para darle ese carácter definitivo, así como quedar sujeto a la aprobación de una ley posterior que contenga las modalidades con las que debía normalizar su aplicación (ley de 28 de julio de 1993 sobre establecimientos públicos de carácter público de carácter científico y cultural).[20]

Una vez que la reforma constitucional entró en vigor diez años más tarde, las atribuciones administrativas empezaron a ser compaginadas, a manera de ensayo, con las competencias legales. El artículo 72-2 y el 37-1 quedaban armonizados, y cada nivel territorial podía determinar con mayor claridad la aplicación del principio de subsidiariedad y la limitación de esa experimentación, tanto en el tiempo como en el espacio. Dos ejemplos son destacables en este caso.

a) Relacionada con la primera de estas dos reformas constitucionales (la del art. 37-1) , me refiero en seguida a la *ley de 13 de agosto de 2004 (relativa a las libertades y responsabilidades locales).* En este primer caso, fue previsto por el legislador abrir etapas de experimentación para ser implementadas por autoridades locales para ejecutar tareas puntuales.

Una primera de estas posibles delegaciones a las *regiones,* incluía la gestión de aeropuertos civiles por entidades administrativas regionales. Su art. 28-IV dispuso transferir competencias temporales a autoridades de proximidad que demostraran capacidades para asumir la gestión de aeropuertos regionales, con la condición que la autoridad nacional recuperaba la competencia

[20] Crouzatier-Durand, F. "Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République", *Revue Francaise de Droit Constitutionnel (RFDC),* vol. 4, núm. 56, 2003, p. 684.

en un plazo de poco más de dos años. Durante el tiempo de la experimentación, los fondos estructurales europeos que correspondían al estado miembro para la puesta en funcionamiento de nuevos aeropuertos eran transferidos proporcionalmente a las entidades territoriales participantes (art 44). Con ello la región actuaba como agente intergubernamental que asumía tareas directamente frente a Bruselas.

En esta misma ley (art. 59), los *departamentos* contarían con un plazo de un año para presentarse como candidatos a participar, a través de sus servicios sociales de atención a la infancia, en la vigilancia y la gestión de los centros de tratamiento penal para menores delincuentes, en colaboración hasta donde pudieran y quisieran participar, con las oficinas nacionales de Protección Judicial de la Juventud (PJJ). Por su parte, las *comunas* fueron incluídas para solicitar intervenir en la inspección de condiciones de salubridad en las viviendas de la demarcación (art. 54). Otras tareas se abrieron para ser asumidas (siempre voluntariamente) por más de una instancia territorial (una región o subsidiariamente, un departamento), para que sus entidades locales pudieran gestionar y buscar créditos para restaurar bienes clasificados como monumentos históricos (art. 99).

Llegado a término, la fase de experimentación requeriría un balance de parte de la autoridad territorial, quien sería invitada a expresar su lista de inconvenientes y de aspectos por mejorar, incluída la indicación de propuestas basadas en el principio de subsidiariedad, para que algún otro nivel territorial implemente de manera más eficiente la competencia. De esta forma, la autoridad nacional podía tomarlas en cuenta al recuperar la competencia o al abrir nuevas opciones temporales de transferencia de competencias.

b. Para completar los aspectos de la experimentación de las unidades territoriales, la reforma al art. 72 párr. 4-C de la Constitución, fue en parte propulsada por la decisión no. 2001-454 DC de 17 de enero de 2002 sobre el Estatuto especial de Córcega, donde el Consejo Constitucional admitió que aquella Colectividad territorial estaba facultada para adaptar la legislación nacional a las realidades de esa isla mediterránea. Sin embargo, imponía un límite

(determinado por el marco constitucional vigente hasta 2003), que no contemplaba las derogaciones específicas a preceptos de ley por autoridades territoriales, incluso a título experimental. Permitirlo sin una habilitación constitucional equivalía a otorgar facultades legislativas a una entidad territorial.

Expresamente, la iniciativa de reforma planteada por los senadores, refería su propósito central lograr una "descentralización asimétrica".[21] Sin embargo, las intenciones fueron moderadas por la constituyente, La característica de esta delegación a las autoridades territoriales, tal como quedó en el texto constitucional reformado, radica en ser voluntaria y temporal. La posibilidad de experimentar, y sobre todo las facultades para inaplicar una norma estimada inadecuada conforme a las realidades locales, quedaba limitada a 5 años posteriores a la aprobación de la misma; al cabo de ese período (que el propio legislador podría extender por 3 más, si bien, su vigencia limitada al territorio participante), solo había opción de generalizar su obligatoriedad o descartar su vigencia.[22] Las nuevas normas quedarían integradas al orden jurídico nacional, o simplemente rechazadas.

La calidad de estado unitario subsistía dado que la disposición constitucional reservaba al legislador nacional la posibilidad de modificar el texto al cabo de las fases experimentales acreditadas localmente. Subsistía además porque el impulsor de estas iniciativas para abrir determinada competencia o la posible inaplicación (temporal) de una ley con propósitos experimentales (y bajo la condición de su posterior generalización al resto del territorio), era siempre a iniciativa del estado central. Acaso por ahí podría empezar a ampliarse el reconocimiento de mayor espacio para los actores locales.[23]

---

21 Roux, A., "Réforme de l'Etat et expérimentation", en Pardini, J.J. y C. Devès (coords.), *La réforme de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 112.

22 Chavrier, G., "L'expérimentation locale: vers un État subsidiaire? *Annuaire des Collectivités Locales,* no. 24, 2004, pp. 43-52.

23 Communod, N., *Les Germes d'une Révolution Régionale,* Grenoble, Mirno Graphie, 2005.

En un estado unitario, la opción de experimentar con la implementación de una competencia por parte de autoridades administrativas locales, o bien, de permitir una revisión (o inaplicación) de una norma para evaluar si es pertinente hacerla nacional, previo a su generalización, no implica de ninguna manera una ampliación ni un reconocimiento de las competencias locales; tampoco una asignación de soberanía local.

La característica que predomina, por tratarse de un Estado unitario, es que la autoridad nacional sea siempre única e indivisible.

Pero como traté de demostrar aquí, aquello no impide generar al menos la posibilidad para las entidades territoriales de propiciar adaptaciones, como la experimentación, que en caso de ser pertinentes y demostrar mejores respuestas, pueda fungir como una especie de "gentleman's agreement" a favor de intentos de mejorar la legislación.

Adicionalmente, este planteamiento hace un guiño, desde la ortodoxia unitaria, a la muy citada expresión del juez Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien se refería a los estados de la Unión Americana como "laboratorios para la experimentación". Solo que esta vez, la experimentación prueba que los dos elementos que caracterizan al federalismo (*self rule, shared rule*) no siempre son necesarios para dotar, si no de responsabilidades propias.

Pero en ningún caso, las entidades territoriales están proscritas de generar incentivos para participar en el mejoramiento de las instituciones, aprovechando así la experiencia y el trabajo de funcionarios y autoridades de proximidad. Puede ocurrir entonces que Estados unitarios estén mejor situados y preparados para reconocer capacidades locales que países con modelos federales que solo son de fachada. Expresar esto desde México es mera coincidencia.

Referencias.

Beaud, O., "*Fédéralisme et fédération en France: Histoire d'un concept impossible?* Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1999.

Bossacoma Busquets, P. y Sanjaume-Calvet, M. "Asymmetry as a device for equal recognition and reasonable accommodation of majority and minority nations. A country study on constitutional asymmetry in Spain", en P. Popelier, M. Sahadži", *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: managing multinationalism in multi-tiered systems,* Londres, Palgrave Macmillan, 2019.

Brisson, J.F., "Les nouvelles clefs constitutionnelles de réparation des compétences entre l'Etat et les collectivités locales", *L'Actualité juridique. Droit administratif* - AJDA n° 11, mars 2003.

Brown, D, "Who's afraid of asymmetrical federalism? A summary discussion", *Asymmetry Series 2005,* núm. 17, IIGR, School of Policy Studies, Queen's University, 2005.

Chavrier, G., "L'expérimentation locale: vers un État subsidiaire? *Annuaire des Collectivités Locales,* núm. 24, 2004.

Communod, N., *Les Germes d'une Révolution Régionale,* Grenoble, Mirno Graphie, 2005.

Crouzatier-Durand, F. "Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République", *Revue Francaise de Droit Constitutionnel (RFDC),* vol. 4, núm. 56, 2003.

Crouzatier-Durand, F., "L'expérimentation locale", *Revue Française de Droit Administratif* (RFDA), núm. 1, 2004.

Dupoirier, E. (coord.), *Régions: la croisée des chemins: Perspectives francaises et enjeux européens,* Paris, Presses de Sciences Po, 1998.

Gagnon, A.G. "The political uses of federalism", in Burgess, M., y A. G. Gagnon (eds.), *Federal Democracies (Routledge Stu-*

dies in Federalism and Decentralization), Londres, Routledge, 2015.

Hooghe, L. y G. Marks, "Types of Multi-Level Governance", *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 5, núm. 11, 2001.

Mény, Y., *Centralisme et décentralisation dans le débat politique francais (1945-1969),* Paris, LGDJ, 1974.

Pontier, J.M., "La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales", *Actualité juridique Droit Administratif,* no. 4, 2003.

Quinet, E., *La planification francaise,* Paris, PUF, Collection *Que sais-je?* no. 2532, 1990.

Rhodes, R.A.W., *Understanding governance: Policy networks, governance, reflexivity and accountability,* Buckingham, Open University Press, 1997.

Roux, A., "Réforme de l'Etat et expérimentation", en Pardini, J.J. y C. Devès (coords.), *La réforme de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Smyrl, M., "France: Challenging the Unitary State", en Amoretti, U.M. y N. Bermeo (eds.), *Federalism and Territorial Cleavages,* The Johns Hopkins University Press, 2004.

Tarlton, C. D. "Symmetry and Asymmetry as elements of federalism: A theoretical speculation", *The Journal of Politics,* vol. 27, no. 4, 1965.

Tierney, S., *The Federal Contract: A constitutional theory of federalism,* Oxford, Oxford University Press, 2022.

Worms, J.P., "Le préfet et ses notables", *Sociologie du Travail,* vol. 8, no. 3, 1966.

Apuntes para (re)pensar el federalismo mexicano a la luz del "federalismo dúctil"

***

Notes for (re)thinking Mexican federalism in the light of "ductile federalism"

*Francisco Vázquez Gómez Bisogno**

Sumario: I. Planteamiento general. II. Del federalismo dual, pasando por el federalismo cooperativo y arribando al federalismo dúctil. III. La incorporación de la legislación única en el constitucionalismo mexicano: hacia un federalismo dúctil. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Planteamiento general

> "El contraste entre la realidad nacional, de tendencias francamente centralistas, y la teoría del sistema federal, acogido por motivos predominantemente políticos, ha puesto en tela de juicio la existencia misma del federalismo en México".[1]
>
> *Felipe Tena Ramírez*

* El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana y profesor de Derecho Constitucional en la misma casa de estudios, Investigador Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT *fvazquez@up.edu.mx ORCID: 0000-0002-2054-7199*

1 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* 30ª. ed., México, Porrúa, 1996, p. 111.

Ya desde mediados del siglo xx, don Felipe Tena Ramírez daba cuenta de que "recientes" y autorizados estudios de profesores extranjeros habrían considerado que el federalismo jamás ha existido en México. Así por ejemplo, el constitucionalista michoacano afirmaba –al citar a J. Lloyd Mecham– que "[...]es un lugar común indiscutible que la nación mexicana ahora y siempre ha sido federal tan solo en teoría; actualmente y siempre ha sido centralista".[2]

En idéntico sentido, pero haciendo referencia al estudio realizado por Wheare, mismo que tuvo por objeto analizar los sistemas de organización estatal de México, Brasil, Argentina y Venezuela, Tena Ramírez daba cuenta de que

> [...] las regiones para las cuales se han instituido gobiernos independientes en estas Constitucionales latinoamericanas, no han tenido en muchos casos historia propia y gobiernos efectivos. Han sido divisiones meramente administrativas de un imperio, [careciendo] de instituciones políticas propias, de suficiente arraigo para poder resistir la presión de la administración central, razón por la cual] el gobierno federal no ha llegado a ser una realidad en estas repúblicas.[3]

Más recientemente, pero continuando con la misma línea argumentativa, el ministro José Ramón Cossío advierte que

> quienes se refieren al sistema federal mexicano suelen hacerlo como si se tratara de una unidad. Aluden a un todo, en el cual, de manera prácticamente total, se distribuyen competencias entre la Federación, los estados, [la Ciudad de México] y los municipios. De modo más particular, como si todo tuviera cabida en el marco general que establece que a la Federación [...] y los municipios les corresponde ejercer las competencias que expresamente les confiere la Constitución, y a los estados [y a la Ciudad de México], residualmente, el resto.[4]

---

2 *Ibidem*, p. 112.

3 *Idem*.

4 Cossío Díaz, José Ramón, "El sistema federal como problema", *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014, *http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/10/72811.php*

Tal y como lo sostiene el propio Cossío, dicha explicación como forma inicial de entendimiento del sistema, aporta conceptos que resultan teóricamente importantes, "pero su mantenimiento termina por deformar la comprensión de lo que es hoy nuestro sistema federal".[5]

Por tanto, frente a tales afirmaciones bien podría aducirse un argumento de carácter histórico que parece irrefutable: si el federalismo nunca ha existido en México o si es entendido solo teóricamente –por no decir superficialmente entendido–, ¿por qué dicho sistema de organización estatal[6] ha sido la elección que como decisión político fundamental se ha derivado de los tres principales movimientos sociales de nuestro país?

No puede desconocerse que derivado de la Independencia de 1821, y ante el fracaso del Imperio, no pasaría mucho tiempo para el que 31 de enero de 1824, el segundo Congreso Constituyente Mexicano emitiera el Acta Constitutiva de la Federación

---

5 *Idem.*

6 Resulta importante advertir que no existe uniformidad doctrinal dentro de este campo. Para muchos, como, por ejemplo, para Antonio Carlos Pereira Meneaut, el federalismo es catalogado dentro de las formas de Estado, mientras que para otros, como por ejemplo Paolo Biscaretti di Ruffia, las formas de Estado son el Estado de democracia clásica, el Estado socialista y el Estado autoritario (*cfr.* Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado,* México, FCE, 1996, pp. 121-140). Ahora bien, de acuerdo con Beatriz Maldonado Siman, dentro de la clasificación de formas de Estado. Cabe realizar su análisis a partir de dos puntos de vista: *(i)* el político que se refiere a los sistemas políticos – que es propiamente la conceptualización de Biscaretti–; y *(ii)* el jurídico, que tiene que ver con la estructura interna del poder estatal (*cfr.* Maldonado Siman, Beatriz, "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, p. 809, *http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art/art3.pdf)* Así es como, del entendimiento de ambos puntos de vista y partiendo de la idea de que el Estado es un poder jurídicamente institucionalizado, cuya estructura interna no siempre es la misma, puede afirmarse que ambos autores –Pereira y Biscaretti– están hablando exactamente de lo mismo, es decir, de la forma del Estado, pero mientras que este hace énfasis en el análisis político, aquél profundiza en el análisis jurídico, razón por la cual, para efecto de diferenciar lo que es distinto, aquí nos referiremos al federalismo como un sistema de organización estatal.

Mexicana, por la cual formalmente se establecía el pacto federal y, con ello, el movimiento federalista salvaba la unidad de la República.[7] No por nada se afirma que

> [...] en 1824 las realidades ya se habían inclinado por el federalismo, pues antes de que el constituyente tomara alguna determinación, doce provincias de una y otra forma se habían pronunciado por el sistema federal, [por lo que] o el Congreso Constitucional sancionada este hecho o exponía al país a la disgregación. [Así] el federalismo [fue en México] el medio de unir lo desunido, [al punto de que] de no haberse adoptado la decisión federal, México se habría balcanizado [...].[8]

No obstante, no debe olvidarse –afirma González Oropeza– que "¿Federalismo o centralismo? [f]ue el dilema en que transcurrió el inicio de nuestra República. La expulsión y muerte de Agustín de Iturbide, así como la promulgación del Acta Constitucional y de la Constitución Federal de 1824, no resolvían la indecisión, sino que la comenzaban".[9]

Asimismo, triunfante la Revolución de Ayutla de 1854, se llamaba a un Congreso extraordinario, mismo que iniciaba sus labores el 18 de febrero de 1856, y en junio la Comisión de Constitución presentaba un proyecto de Constitución que en esencia mantenía el federalismo como forma de gobierno e incorporaba al texto constitucional el liberalismo económico, las garantías individuales y el principio de la separación Iglesia-Estado.[10] De esta forma, tanto al finalizar la citada revolución, como concluida la Guerra de Reforma, se optaba nuevamente por el federalismo como sistema de organización estatal.

---

7 Zoraida Vázquez, Josefina, "El establecimiento del México independiente, (1821-1848)", en von Wobeser, Gisela (coord.), *Historia de México,* México, FCE, 2010, p. 167.

8 Patiño Camarena, Javier, "El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una 'idea- fuerza' que en el presente se requiere concretizar", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado.*

9 Gonzalez Oropeza, Manuel, "Características iniciales del federalismo mexicano", en Frank Smith, James (coord.), *Derecho constitucional comparado. México-Estados Unidos,* México, IIJ-UNAM, 1990, t. I, p. 229.

10 *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicano,* 4ª ed., México, Secretaría de Gobernación, 2009, p. 425.

Por último, para nadie es desconocido que el ejército constitucionalista, dirigido por Venustiano Carranza y delineado en el Plan de Guadalupe, pretendió el restablecimiento pleno de la Constitución de 1857 con las adecuaciones necesarias conforme a los intereses y aspiraciones que se habían generado desde el levantamiento maderista.[11] Así, en la reforma total a dicha Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, quedaría de igual forma establecido el sistema federal.

De lo anterior, no resultaría equivocado afirmar que derivado de los principales movimientos sociales que el Estado mexicano ha experimentado en su seno – Independencia, Reforma y Revolución– se terminaría por consagrar en los textos fundamentales al federalismo como sistema de organización estatal, lo que permite advertir que nuestro país ha tenido siempre una relación muy singular con dicho sistema. De hecho, "el principio federativo delineado por las Constituciones de 1824 y 1847 fue ratificado y confirmado por las Constituciones de 1857 y 1917, [por lo que] se puede afirmar que una de las 'ideas-fuerza' de nuestra historia constitucional ha sido [...] el sistema federal".[12]

Ahora bien, en contraposición al dato histórico, el cual resulta interesante y relevante en la medida de que la Constitución –ordenamiento fundamente del Estado– no se limita a ser un documento jurídico, sino ante todo, un documento con alto contenido político, constitucional contemporáneo, histórico; no obstante, no puede dejar de advertirse que de las 763 reformas que por artículo registra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) al día de hoy,[13] el artículo 73 constitucional ha sufrido 85 de ellas, convirtiéndose así en el artículo de nuestra Ley Fundamental que en más ocasiones ha sido modificado por el Poder constituyente constituido, lo cual resulta ilustrativo para efecto de nuestro análisis, si se considera que tal precepto aglutina las facultades y materias en que puede legislar el Congreso de la Unión, por lo que de cara al principio de facul-

11 *Ibidem*, pp. 605 y 606.

12 Patiño Camarena, Javier, *op. cit*.

13 Reformas Constitucionales por Artículo, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm*

tades explícitas previsto en el artículo 124 constitucional, dicho listado se erige en el conjunto de materias en que los Estados de la República no pueden intervenir. Así, "en la práctica ha operado un proceso centralizador en el terreno administrativo, proceso que se ha dado tanto de la Federación respecto de los estados, como de los estados con relación a los municipios."[14]

De esta forma, se observa que en materia de reformas constitucionales existe una clara tendencia que deja ver el ensanchamiento del ámbito competencial de la Federación y, consecuentemente, la limitación de la competencia residual con la que originalmente cuentan los Estados de la República.

No por nada se propone a partir del presente análisis el determinar si, derivado de dicha tendencia, puede o debe hablarse de un "federalismo dúctil", no solo por el incremento de materias y facultades a favor de los poderes federales (federalización de materias), o del incremento de facultades concurrentes en las que es la autoridad federal quien termina por delimitar las competencias entre Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios (federalismo cooperativo), sino, ante todo, de la generación de nuevas categorías de facultades, como lo es la expedición de la "legislación única" en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas, de justicia penal para adolescentes, extinción de dominio, procesal civil y procesal familiar; legislación que está llamada a regir en la República en el orden federal y en el fuero común, de conformidad con el artículo 73, fracciones XXI, inciso c) y XXX de nuestra Constitución, lo cual no hay duda obedece más a un Estado unitario o centralista que a un sistema federal.

No por nada se afirma que "el federalismo mexicano tiene que entenderse jurídicamente, [es decir, tiene] que desagregarse en la multiplicidad de modos que lo componen, [ya que] uno es el modo de entenderlo en materia educativa, otro en seguridad pública, otro en asentamientos humanos, otro en salud, otro en ecología y así sucesivamente."[15]

14 Patiño Camarena, Javier, *op. cit*.

15 Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit*.

En palabras del ministro José Ramón Cossío,

> ello propicia que –en algunos casos– el federalismo se constituya por una ley general donde el Congreso de la Unión distribuye las competencias, en otro con base en acuerdos de coordinación, o en otro más por lo que cada una de las partes entiende es 'su' competencia, por ejemplo. [En suma,] el resultado de la combinación entre el modo de asignar competencias por la materia, tal como se ha venido haciendo en el país en los últimos 40 años, es la construcción de un sistema jurídico nacional sumamente insuficiente. Reglas particulares, proliferación de contradicciones, esquemas diferenciados, huecos palpables son las constantes de eso que, por comodidad de la exposición, seguimos llamando 'el' sistema federal mexicano.[16]

No hay duda de que las afirmaciones anteriores son ciertamente sugerentes, y más, por referirse a nuestro sistema de organización estatal, razón por la cual vemos necesario adentrarnos al análisis jurídico-constitucional de dicho sistema a efecto de esclarecer el estatus que guarda hoy en relación con la teoría constitucional y, ante todo, advertir la manera en que se ha modificado a partir de las reformas y adiciones que se han realizado a nuestra Constitución.

Generando un diálogo con otras experiencias del orbe, resulta muy ilustrativo el análisis realizado por K. Hesse, quien, a partir de la experiencia federal alemana, vierte algunas afirmaciones que sin duda nos invitan a la reflexión. No hay que olvidar que el sistema federal alemán ha sido referente para el diseño de nuestro constitucionalismo reciente.[17] Así, por ejemplo, si bien la Ley Fundamental de 1949 se basó principalmente en el principio de

---

16 *Idem*

17 Ya en el 2004, Miguel Carbonell afirmaba que con las reformas al artículo 73, concretamente la relativa a la materia de turismo (art. 73, fracción XXIX-K), en México "*se ha cambiado el modelo de federalismo dual por un modelo (no concluido, pero que parece irse afirmando en las más recientes reformas constitucionales) más cercano al 'federalismo cooperativo', tomando como ejemplo, en algunos aspectos, del ya mencionado federalismo alemán.*" (*véase* Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 11, julio-diciembre 2004, p. 251).

federalismo dual –afirma Hesse– a medida que el tiempo ha ido pasando, la federación ha ido ganando peso, especialmente en el campo legislativo, donde devino opresivamente preponderante. De esta forma, en la década de los sesenta, esta imagen clásica fue completada, por no decir corregida, por la idea del "Estado federal unitario" debido a que la Federación ganaba peso de manera importante frente a los Länder.[18]

En razón de lo anterior, hablar de "federalismo dúctil" no necesariamente es hablar de un sistema federal que ha colapsado o de que es un sistema fallido en México, sino más bien, de aceptar que atendiendo a nuestra particular forma de ser como Estado, quizá debamos encontrar nuevas categorías dentro de los sistemas de organización estatal ya existentes. Al final, no debe perderse de vista que el calificativo "dúctil"[19] no solo representa realidades peyorativas –deformable, condescendiente o acomodadizo– sino que su semántica es capaz de esbozar significados que impliquen una virtualidad: su maleabilidad.[20] Así, hablar de "federalismo dúctil" intenta hacernos ver la oportunidad que tenemos de diseñar un sistema federal que –sin romperse– presente pocas resistencias en su adaptabilidad y, ante todo, que sea capaz de seguir respetando las diversidades en donde deban seguir existiendo.

No perdamos de vista que como todo sistema, el federalismo es medio, no fin, por lo que los constitucionalistas siempre estaremos obligados a reflexionar en torno a la posible modificación de tales medios en aras a que cumplan de mejor manera su fina-

18 *Cfr.* Häberle, Peter, *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional,* México, IIJ-UNAM, 2006, p. 12.

19 Dúctil del lat. *ductĭlis*. 1. adj. Dicho de un metal: Que admite grandes deformaciones mecánicas en frío sin llegar a romperse. 2. adj. Dicho de un metal: Que mecánicamente se puede extender en alambres o hilos. 3. adj. maleable (‖ que puede batirse y extenderse). 4. adj. Dicho de algún cuerpo no metálico: Fácilmente deformable. 5. adj. Acomodadizo, de blanda condición, condescendiente. (*vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, http://dle.rae.es/)*

20 Maleable del lat. *malleus* 'martillo' y -ble. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (*vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, http://dle.rae.es/)*

lidad; en este caso: la organización del Estado de una forma que –parafraseando a Lassalle– la "Constitución jurídica" y la "Constitución real" se correspondan cada vez más y mejor.[21] Así, si partimos por reconocer, por un lado, las diferencias regionales existentes en nuestro país, pero por el otro, los grandes retos nacionales que nos comprometen a todos, hoy estamos obligados a dotar de ductilidad a nuestro sistema federal. En palabras de Beatriz Maldonado Siman, "[...] el federalismo debe considerarse como una técnica constitucional, y su vigor y existencia deben apoyarse en su capacidad de adaptación a las circunstancias."[22]

En definitiva, coincidimos en que

> [...] revisar el sistema federal mexicano es [...] uno de los temas más relevantes que se pueden enfrentar a fin de, con todo lo complejo que ello sea, solventar muchos de los grandes problemas nacionales. Hacerlo es un acto fundacional, verdaderamente estructurante de los causes por los cuales debiera transcurrir nuestra vida nacional. Mientras no enfrentemos el tema con profundidad y totalidad, seguiremos enmarañando las cosas, aún ahí donde con la mejor buena fe se piense estar generando soluciones.[23]

II. Del federalismo dual, pasando por el federalismo cooperativo y arribando al federalismo dúctil

> "Si en materia de organización del Estado no se sabe, a veces, hacia donde vamos, bueno será, al menos, saber de dónde venimos."[24]
>
> *José Juan González Encinar*

---

21 Lassalle, Fernando, *¿Qué es la Constitución?,* Madrid, Cenit S.A., 1931, pp. 66 y 65.

22 Maldonado Siman, Beatriz, "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XXV, núm. 75, septiembre- diciembre de 1992, p. 813, *http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ Derecho-Comparado/75/art/art3.pdf*

23 Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit*.

24 Serna de la Garza, José María, "Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *op. cit*., p. 208.

2.1. Una precisión histórico-conceptual: ¿federalismo hamiltoniano o federalismo jeffersoniano?

A efecto de adentrarnos en el análisis que nos hemos propuesto realizar, debemos desarrollar de manera sucinta un estudio mínimo que nos permita partir de una misma base conceptual.

Comencemos por realizar una pregunta que quizá pueda molestar a Perogrullo: ¿qué significa ser federalista? Lo cierto es que la interrogante no es tan sencilla, ya que podría ser contestada a partir de dos ideas políticas diversas que se circunscriben a realidades históricas diferentes. De esta forma, las respuestas serían muy diversas si se le preguntara, por ejemplo, a Alexander Hamilton o si se le preguntara a Thomas Jefferson. Veamos.

No perdamos de vista que antes de la aprobación de la Constitución norteamericana de 1787, los *founding fathers* habían concertado una alianza entre las trece colonias independientes bajo los Artículos de la Confederación. Dicho sistema tuvo serios problemas debido a que no incluía mecanismos que pudieran garantizar la permanencia de las limitadas autoridades confederales que previó.

En ese contexto, es fácil advertir que Hamilton, quien fuera Secretario del Tesoro dentro del gabinete de Washington y uno de los autores –junto con James Madison y John Jay– de El Federalista, no dudaría en afirmar que tal categoría consiste en generar un diseño en el que la dinámica constitucional gire en torno a los poderes federales, es decir, hablar de un "federalismo hamiltoniano" significará entender que en dicho sistema de organización estatal debe optarse por el fortalecimiento de los poderes federales, no así de las autoridades locales. De esta manera, subyace en el fondo del "federalismo hamiltoniano" una tendencia claramente centralizadora.[25]

[25] Así lo manifestó Hamilton en su momento: "Para conformamos al plan que he trazado para la discusión de esta materia nos corresponde ahora examinar este punto: 'La insuficiencia de la Confederación actual para conservar la Unión.' Quizás se me pregunte qué necesidad hay de razones o de pruebas para esclarecer un punto que nadie discute ni: pone en duda, sobre el que están de acuerdo el entendimiento y los sentimientos de los hombres de todas clases y que, en sustancia, está admitido tanto por los enemigos

En contraposición de esta postura, Thomas Jefferson, sería de esos "enemigos" a los que se refiere Hamilton y, por tanto, líder de los "anti-federalistas", ya que defendería la necesidad de que la Constitución no otorgara demasiado poder a las autoridades federales y, por el contrario, fortaleciera la posición de los Estados federados.

En razón del debate suscitado en los albores del Estado norteamericano, nación la cual sería, precisamente, la que aportará al constitucionalismo contemporáneo el diseño del sistema federal moderno,[26] es que consideráramos importante reparar brevemente en la conceptualización que del federalismo se puede tener, ya que, tal y como se ha visto, el "federalismo hamiltoniano" de finales del siglo XVIII significaba, en realidad, una tendencia centralizadora que impulsaba el fortalecimiento de las autoridades federales; por el contrario, el "federalismo jeffersoniano" era genuino en la medida de que defendía las autonomías de los Estados federados, quizá esa síntesis armoniosa sea posible a través de un federalismo dúctil.[27]

El federalismo dúctil es, por tanto, el sistema de organización estatal que adoptan aquellos países que, partiendo del federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, pretenden

---

como por los amigos de la nueva Constitución (...)El gran vicio de raíz que presenta la construcción de la Confederación existente, está en el principio de que se legisle para los ESTADOS o los GOBIERNOS, en sus CALIDADES CORPORATIVAS O COLECTIVAS, por oposición a los INDIVIDUOS que los integran [...] De ahí resulta que, aunque las resoluciones referentes a estos fines son leyes en teoría, que obligan constitucionalmente a los miembros de la Unión, en la práctica constituyen meras recomendaciones, que los Estados acatan o desatienden según les place." (*vid.* Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, 7ª reimpr., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. XV.)

[26] *Cfr.* Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, pp. 115-119.

[27] En palabras de Zagrebelsky, es importante hacer notar que la "[...] coexistencia de valores y principios [sobre] los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista [lo que] exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir." (*Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.14).

ordenar la tendencia centralizadora en ellos presente, a efecto de fortalecer adecuadamente el ámbito competencias de los poderes federales, sin perder de vista el equilibrio que entre la unidad y la diversidad (política, económica y jurídica) debe subsistir como idea-fuerza en todo sistema federal.

En otras palabras, si los dos extremos de la cuestión en tratándose de sistemas de organización estatal son el centralismo y el federalismo, el "federalismo dúctil" deberá entenderse como el sistema de aquellos países que diseñaron esquemas normativos que partieron de un federalismo genuino o jeffersoniano, pero que han ido paulatinamente asumiendo características centralistas propias de un Estado unitario. De esta forma, tales características se configuran en verdaderos temperamentos[28] del sistema federal, a efecto de, como se ha mencionado, generar un sistema federal que "sin romperse" posea la maleabilidad necesaria para responder a las necesidades concretas de los sistemas constitucionales. Responder así a temas nacionales al igual que a preocupaciones regionales.[29]

Como ya se afirmó, el federalismo dúctil sería al federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, lo que el "estado regional" es al centralismo propio de los Estados unitarios. Así, el análogo del federalismo dúctil sería ese "estado regional" (en palabras de Fix-Zamudio)[30] o también denominado "federalismo débil" (en palabras de Peter Häberle) o "estado federal

[28] El concepto de "temperamento" se utiliza en el sentido en que lo utiliza don Gabino Fraga cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo estos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero este no deja por eso su carácter primordial. (*cfr.* Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo,* 40ª. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como lo es el siguiente: Registro No. 334 266. Reconsideracion administrativa. [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo XLVIII; p. 1332.

[29] Maleable del lat. *malleus* 'martillo' y -ble. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (*vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, http://dle.rae.es/*)

[30] *Cfr.* Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* 7ª. ed., México, Porrúa, 2010, p. 257.

atenuado" (en palabras de La Pergola).[31] Estas últimas categorías, como se veía, han sido utilizadas ante experiencias de Estados unitarios que han tenido que reconocer ciertas autonomías hacia su interior.

En definitiva, el debate entre Publio, Brutus, Federal Farmer y demás, permite arribar a una conclusión relevante para la tesis que se plantea: el federalismo norteamericano no es lo que románticamente se piensa, no significó de inicio la fortaleza de sus partes sino, muy por el contrario, implicó la fortaleza del todo. Eso fue lo que le dio viabilidad. Luego, de lo que se trata es que cada Estado encuentre la modulación correcta para generar el equilibrio entre unidad y diversidad.

2.2. La bipolaridad constitucional del Constituyente queretano de 1916: ¿federalismo dual o federalismo cooperativo?

Sea el federalismo propuesto por Hamilton o Jefferson, el común denominador entre ambas posturas será el hecho de advertir que la esencia de todo sistema federal se puede resumir en un solo concepto: "coexistencia". Así, no hay duda de que el elemento esencial de cualquier federalismo –independientemente de los adjetivos calificativos que podamos asignarle– consiste en que se genera un conjunto de condiciones, tanto políticas, fácticas y jurídicas, que permiten la coexistencia de diversas autoridades (órdenes de gobierno) dentro del mismo territorio. Desde el punto de vista de sus génesis, el sistema federal importa, al menos, la coexistencia de dos esferas competenciales: (i) la local, que es propiamente la autoridad natural, primigenia u originaria, y (ii) la federal, que más bien nace a partir del pacto entre las diversas voluntades locales, por lo que resulta ser una autoridad artificial o derivada.

Es por ello que, para lo que aquí interesa, desde el punto de vista jurídico será indispensable que en toda Constitución fede-

[31] *Cfr.* García Roca, Javier, "Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español", *Asimetría y cohesión en el estado autonómico,* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1997, p. 53.

ral se determine una fórmula de distribución de competencias lo suficientemente clara y precisa a efecto de que evite, en la mayor proporción posible, la colisión de esferas competenciales por ambigüedades en la cláusulas de reparto. Así, la también denominada fórmula constitucional se hace consustancial al federalismo mismo.

Es por ello que las principales características que en abstracto se le atribuyen a lo que podríamos denominar un sistema federal "puro", son las siguientes:

- Igualdad entre los diversos estados miembros que se ven representados generalmente en una segunda cámara.
- Competencia residual de dichos estados miembros a diferencia de la competencia explícita de las autoridades federales.
- Originalidad de sus órdenes jurídicos, ya que el orden federal solo se limita a señalarles límites específicos.
- Participación de los estados miembros en la formación de las normas constitucionales.
- Existencia de una autoridad jurisdiccional que resuelve las controversias entre los estados miembros y entre estos y el Estado federal.[32]

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos ahora terminar de hacer las precisiones conceptuales que sugiere el título del presente apartado. Cuando se hace referencia al federalismo "dual" o clásico nos referimos al sistema diseñado por los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, razón por la cual, también suele hablarse de "modelo de asignación dual de competencias".

De esta forma, en el federalismo clásico –afirma Valencia Carmona–

> la idea era distribuir el poder estatal en dos niveles territoriales distintos, el general y el regional, de modo que a cada uno de ellos incumbía por disposición constitucional una esfera de atribuciones que ejercía de manera autónoma. [Así, el] llamado también federalismo dual, se distingue, en síntesis, por la separación de dos ins-

[32] *Cfr*. Tena Ramírez, Felipe, *op. cit*., pp. 112 y ss.

tancias de gobierno, de dos órdenes coextensos, es decir, una mera relación de yuxtaposición."[33]

En simples y llanas palabras, en el federalismo dual las competencias que no "caen" de un lado –el federal–, "caen" del otro –el local–.

Por lo que hace al constitucionalismo norteamericano, encontramos como antecedente de tal dualidad el Artículo II de los Artículos de la Confederación. No olvidemos que, al obtener la independencia de Inglaterra, las trece Colonias optaron por impulsar el proyecto político de confederación, por lo que en dicho precepto se señalaba que cada "Estado mantiene su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción y derecho que no haya sido expresamente delegado a esta Confederación a través del Congreso." Luego, la lógica del pacto era a tal grado tan evidente, en el sentido de que los poderes confederales solo podrían tener aquellas facultades que expresamente les otorgaran los Estados miembros, que la Constitución de 1787 –federal propiamente dicho– no incluyó cláusula alguna en esa dirección.

Sin embargo, en aquel entonces la pugna entre federalistas (Hamilton) y anti- federalistas (Jefferson) era tal que dentro del primer paquete de reformas aprobadas en 1791, se incluía la Décima Enmienda, la cual señalaría que los "[...] poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo." De esta forma el federalismo jeffersoniano lograba incorporar el fundamento jurídico positivo de lo que posteriormente sería el entendimiento del federalismo dual: un sistema en el que, por así convenir a la unidad de todos, son los Estados federados los que se despojan de atribuciones para arrogarlas a las autoridades centrales. Incluso, la propia jurisprudencia norteamericana no ha reparado en afirmar que tal cláusula –la Décima Enmienda– resulta una perogrullada, toda vez que la historia misma de la formación de los EE.UU. da cuenta de la lógica del pacto.[34]

---

[33] Valencia Carmona, Salvador, "En torno al federalismo mexicano", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos,* México, IIJ- UNAM, 2003, pp. 374 y 375.

[34] En el caso United States v. Darby 312 U.S. 100 (1941), la Corte afirma lo siguiente: "The powers not delegated to the United States by the Consti-

Teniendo en cuenta lo anterior, no sería difícil que el Constituyente de 1824, al tomar como decisión político fundamental de refundar el Estado mexicano, pero ahora eligiendo un sistema federal, decidiera establecer la lógica norteamericana. Así, aún y cuando no existía con toda contundencia una cláusula que así lo dijera, el artículo 50 de aquel texto fundamental enlistaría las facultades "exclusivas"[35] del Congreso General, imponiéndole a este un objetivo genérico que debería velar en todas sus actuaciones: (i) sostener la independencia nacional, y proveer a la conservación y seguridad de la nación en sus relaciones exteriores; (ii) conservar la unión federal de los Estados, y la paz y el orden público en lo interior de la federación; (iii) mantener la independencia de los Estados entre sí en lo respectivo a su gobierno interior; y (iv) sostener la igualdad proporcional de obligaciones y derechos que los Estados tienen ante la ley.

Como se observa, era evidente en la conciencia del Constituyente de 1824, que las facultades con que contaría el Congreso General no solo eran exclusivas, es decir, únicas, sino que solo tendrían justificación en la medida de que fueran ejercidas en beneficio de la independencia de los recién instituidos Estados federados.

Luego, la dualidad en el sistema federal mexicano se confirmaría por el Constituyente queretano de 1916, toda vez que se establecía en el artículo 124 lo que de acuerdo a la teoría de la constitución mexicana conocemos en nuestro país como "principio de facultades explícitas" o "principio de competencia re-

tution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the amendment, or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers. See e.g., II Elliot's Debates, 123, 131; III id. 450, 464, 600; IV id. 140, 149; I Annals of Congress, 432, 761, 767-768; Story, Commentaries on the Constitution, §§ 1907-1908."

35 Exclusivo, va Único, solo, excluyendo a cualquier otro (*cfr.* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *www.rae.es)*

sidual" –según se le quiera ver–,[36] por el cual las facultades que no estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se deben entender reservadas a los Estados.

De esta forma, nacía así un texto con una fórmula de asignación dual de competencias y, en paralelo, un artículo 73 constitucional que si bien ya poseía 30 fracciones delimitando así las facultades concedidas a las autoridades federales, habría de ser claramente ensanchado en su espectro material, al punto de que hoy cuenta ya con más de 85 reformas en su seno. Aunado a tal crecimiento de los ámbitos competencia de los poderes federales, de lo cual daremos cuenta a continuación al analizar el federalismo cooperativo, es importante mencionar que desde el texto original de 1917 se plantó una semilla que a la postre serviría para impulsar dicho federalismo. Nos referimos al artículo 117 *in fine*.

Dicha cláusula, al señalar que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo, resulta representativa ya que aún y cuando el texto original de la Constitución mexicana asumía el modelo de asignación dual –lo que no cae de un lado cae del otro–, establecía un mandato a ambos órdenes de gobierno, el federal y el local.

De inmediato se genera la duda respecto a su contenido de cara al sistema federal- dual diseñado. De hecho, en los debates constituyentes, se puede advertir un disenso respecto de la inclusión de dicho precepto entre el diputado por el otrora Distrito Federal, Gerzayn Ugarte y el diputado del Estado de Jalisco, Federico E. Ibarra. Así, ante una cláusula que suponía desatender la fórmula de reparto del artículo 124 constitucional, el primero de los constituyentes, con fina ironía manifestaba lo siguiente:

> Yo no sé hacer discursos, no los preparo, no hay necesidad, porque la Asamblea es bastante culta y consciente para querer sorprenderla con recursos de oratoria. [...] y bien, señores diputados, ya estamos llegando en nuestros principios federalistas al extremo contrario, ya nos conformamos con señalarles a la legislaturas de

[36] *Cfr. Tena Ramírez, Felipe, op.cit.,* pp. 115 a 199.

> los Estados quince diputados para que las integren; ya no queremos que sus municipios sean una Entidad libre dentro de los Estados; hoy queremos restringir, no solo la autoridad soberana de los Estados, sino hasta la vida económica de los mismos; yo me opongo [...] eso compete a las legislaturas locales, eso debe dejarse a los gobernadores de los Estados, quienes honrada y patrióticamente a inspirados en alto ideales de mejorar a la raza, refrenen, castiguen, ahoguen, todo intento de reacción para el vicio [...]. Por eso me opongo a que se apruebe la moción al debate, para dejar a los Estados en completa libertad, a fin de que legislen en materia de prohibición de alcoholes y no les quitemos fuertes ingresos que representan su supervivencia; no les demos bases, aunque estas se invoquen en los más hermosos de los sentimientos, diciendo que el vicio debe combatirse en la República por medio de un precepto dictado por el Congreso Constituyente y consignado en las páginas de la Carta Magna. Yo me opongo a que sigamos atacando el derecho que cada Estado debe tener para que al constituirse en forma definitiva toda su libertad de expresión en las nuevas leyes que elabore, para todo aquello que beneficie a los pueblos de cada Entidad de la República, para todo aquello que signifique restricciones, para todo aquello que le perjudique en su absoluta libertad.[37]

Como puede observarse, el diputado Ugarte veía una afrenta al federalismo por parte del artículo 117 *in fine*, ya que así se violentaba la autonomía estatal. No obstante, en la misma sesión el diputado Ibarra sostendría el alegato contrario, al manifestar lo siguiente:

> Voy a aclarar a ustedes las razones de la iniciativa que han cambiado de una manera notable los señores que han hablado en contra de ella. En primer lugar, señores, no se va a violar la soberanía de los Estados como acaba de decirlo el señor diputado Ugarte. Esta es una adición que se hace al artículo 117 para que las legislaturas de los Estados legislen sobre el alcoholismo y tengan una base sobre el particular; únicamente se pretende que se fijen las bases constitucionales; así es que desde luego la impugnación del señor Ugarte es infundada; en segundo lugar.[38]

[37] Sesión celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917.

[38] Sesión celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917.

Más allá de lo que pudiera opinarse en torno a la materia que le da contenido a la cláusula objeto de nuestro análisis –combate al alcoholismo–, lo cierto es que su inclusión en el texto original de la Constitución de 1917 genera una alteración al modelo de asignación dual de competencias, en la medida de que en dicha materia podrán legislar ambos órdenes de gobierno, lo cual es destacado simplemente para dejar constancia de la existencia de este elemento en nuestra Constitución desde su texto original, mismo que resulta ser ajeno al federalismo dual.

Como observarse, ya desde los debates constituyentes, existía una vigorosa discusión en torno a este tipo de cláusulas, las cuales no serán sino el fundamento del movimiento de nuestra Ley Fundamental, según el cual, se irá abandonando el modelo de asignación dual para transitar al denominado federalismo cooperativo. Veamos.

2.3. El federalismo cooperativo como evolución del sistema federal mexicano: sus características y problemáticas

Por lo que hace al "federalismo cooperativo", se configura en una adecuación al federalismo dual en la medida de que centra su diseño en conseguir la colaboración de los diversos órdenes de gobierno en la consecución de determinados fines. Sus principales características –afirma Valenzuela Mendoza–, son las siguientes:

- Coparticipación de poderes y funciones entre las distintas entidades de gobierno, básicamente las federales y las estatales;
- El federalismo excluye aquí toda rigidez a la vez que promueve diversas formas de cooperación; y
- El carácter esencialmente práctico lo coloca al margen del debate sobre la supremacía y centra la cooperación en la implementación de programas y planificación de acciones y soluciones de política.[39]

[39] Valencia Mendoza, Rafael Enrique, "El federalismo cooperativo como factor catalizador", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época, año LVIII, núm. 219, septiembre-diciembre de 2013, p. 30.

En este sentido, el "federalismo cooperativo", tal y como se verá más adelante, tiene por objeto generar un sistema de organización estatal que, sin demeritar la distribución de competencias y las responsabilidades que le son correlativas, posibilite la atención por parte de todos los miembros federados de los grandes retos que le exigen a todas las autoridades una adecuada y conveniente coordinación y colaboración.

Por lo que hace al constitucionalismo mexicano, y sin tomar en consideración el elemento que ya hemos resaltado como contenido original del artículo 117, *in fine*, de nuestra Ley Fundamental, resulta paradójico advertir que los conceptos de "colaboración", "coordinación" o "concurrencia" en el sentido del federalismo cooperativo al que nos hemos referido, no aparecen en ese mismo texto original, razón de más para reiterar que el federalismo concebido por el Constituyente queretano era genuinamente de corte dual.[40] Por tanto, debe destacarse que el desarrollo de tal federalismo cooperativo se inició con la reforma de 13 de diciembre de 1934, a los artículos 73, fracción XXV y 3° constitucionales, en la que se le confirió al Congreso de la Unión la facultad de "dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa [...]". Sin embargo, como dicha reforma tuvo como fin originario imprimirle un sentido socialista a la educación, poco se puede rescatar de los trabajos parlamentarios para efectos de nuestro análisis.

Es por ello que debemos referirnos inmediatamente a la reforma constitucional que en materia de asentamientos humanos fuera publicada el 06 de febrero de 1976. Derivado de aquella enmienda, se adicionó la fracción XXIX-C al artículo 73 constitucional para establecer lo siguiente:

[40] Cabe señalar que en el texto original de la Constitución mexicana, son dos las ocasiones en que se utiliza el término "concurrencia", pero como se ha dicho, no tienen relación con la idea de colaboración o coordinación entre ámbitos de gobierno. Se trata del artículo 28 constitucional, cláusula la cual hablaba –y continúa hablando– de "libre concurrencia en la producción". Por su parte, el artículo 63 constitucional, hablaba –y continúa hablando– de "concurrencia" de los legisladores a las sesiones, a efecto de determinar el quórum de las Cámaras del Congreso de la Unión.

> Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:
>
> [...]
>
> XXIX-C.- Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

Será este el momento en el que se introduciría dentro de nuestro marco constitucional el concepto de "concurrencia" en la lógica del federalismo cooperativo, toda vez que dicha cláusula mandata que el Gobierno Federal, los Estados y Municipios deberán concurrir en la materia de asentamientos humanos en los términos de la ley que al efecto expida el Congreso. Lo trascendente de esta primera inclusión, es que implica un cambio profundo de entendimiento del federalismo norteamericano o dual, generándose con ello la ductilidad a la que nos hemos querido referir dando título al presente estudio.

Nótese, por ejemplo, lo que explicaba el presidente Luis Echeverría dentro de la exposición de motivos que acompañó a esta reforma:

> La Constitución de 1917 no contiene ninguna norma que establezca regulaciones en materia urbana, por tanto en los términos del artículo 124 se entiende en principios como una materia reservada a los Estados; sin embargo, es de señalarse que además de las razones históricas que explican la ausencia correspondiente, *la problemática urbana se encuadra dentro de un conjunto de acciones que difícilmente podrían establecer una facultad exclusiva a cualquiera de los niveles de Gobierno* por los múltiples elementos, materias y atribuciones, que concurren a la misma.
>
> En los términos de la vigente distribución de competencias del sistema federal mexicano, la Federación ejerce facultades decisivas en el desarrollo urbano, como las correspondientes a la tenencia de la tierra, agua, bosques, contaminación ambiental, vías generales de comunicación, energía eléctrica, y en otras materias, así como lo relativo a la promoción económica, las inversiones públicas de la Federación, tienen impacto determinante en dicho proceso, condicionan las posibilidades del crecimiento agrícola e industrial, y

> dan origen a la creación de fuentes de trabajo, las que constituyen el elemento de atracción básica en la elección que los grupos humanos toman para asentarse.
>
> La multiplicidad de elementos y de competencias que inciden en el fenómeno urbano nos lleva al principio de que la estructura jurídica que dé regulación al mismo, deberá establecer *la concurrencia de los tres niveles de Gobierno a través de nuevas formas de colaboración de las Entidades Federativas entre sí, y de estas con la Federación, como única forma de ser congruente al federalismo, dentro de un cauce de responsabilidad institucional compartida. Federalizar estas acciones públicas, sería una posición conservadora, antihistórica, que escindiría responsabilidades y afectaría profundamente nuestro sistema federal*; solo la acción compartida entre la Federación y los Estados, permitirá una acción intergubernamental de amplia comunicación que dé atención al problema de manera integral. Énfasis añadido

Como se puede observar, ante una realidad que resultaba indiscutible –la multiplicidad de elementos y de competencias que inciden en el fenómeno urbano– la clase política de la década de los setenta advirtió la necesidad de 'flexibilizar' el rígido esquema del federalismo dual, pero teniendo en cuenta que, transitando a la concurrencia, a la colaboración entre órdenes de gobierno, el federalismo no se rompía. De hecho, es importante destacar la mención en torno a que la opción de simplemente federalizar la materia sería una posición conservadora, antihistórica, y que afectaría profundamente nuestro sistema federal.

Es así como comenzó un desarrollo importante dentro de nuestra Constitución a efecto de establecer la concurrencia, colaboración o coordinación de los diversos órdenes de gobierno en las siguientes materias:

Redacción	*Artículos*	*Materia*
"La Ley establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas"	4°	Salud
"Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias"	73, f. XXIX-C, G, L, P	Asentamientos Humanos; Protección al ambiente; Pesca y Acuacultura; Derechos de los Niños

Redacción	*Artículos*	*Materia*
"Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de [...] de la Federación, Estados y Municipios, así como del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias."	73, f. XXIX-N	Sociedades Cooperativas
"[...] para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función"	73, f. XXV	Educación
"Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios"	73, f. XXIII	Seguridad Pública
"Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de"	73, f. XXIX-I, Ñ	Protección Civil
"Para legislar en materia de [...], estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios [...]"	73, f. XXIX-J, K	Deporte y Turismo
"Para expedir la ley general de armonice y homologue [...]"	73, f. XXIX-R, T	Registros públicos inmobiliarios, Archivos
"Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de [...]"	73, f. XXIX-S	Transparencia y acceso a la información
"Para expedir las leyes generales que distribuyan competencias entre la Federación y las entidades federativas en materias de [...]"	73, f. XXIX-U, V	Procesos Electorales, Responsabilidades administrativas
"Para expedir las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de [...]"	73, f. XXI, a)	Secuestro, desaparición forzada de personas, trata de personas, tortura y delitos electoral

Ahora bien, el desarrollo del federalismo cooperativo no ha sido lineal, por lo que hoy podemos hablar de dos especies de este federalismo; por un lado, lo que podríamos denominar federalismo cooperativo puro o de colaboración extensa[41] y, por el otro, lo que proponemos denominar un federalismo cooperativo de concurrencia operativa y limitada.[42]

Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, estamos en aptitud de analizar el Código Nacional de Procedimientos Penales, como parte de la "legislación única" a la luz del sistema constitucional mexicano.

---

41 El "federalismo cooperativo puro o de colaboración extensa" se concreta cuando dentro del desarrollo de una materia que ha sido determinada como facultad concurrente, no solo el Congreso de la Unión emite la ley general respectiva, sino que los órganos legislativos de las entidades federativas emiten leyes locales que desarrollan dicha materia. Así, Federación, Estados, Municipios y la Ciudad de México, colaboran para desarrollar la misma materia, pero sujetándose en todo caso, a los parámetros establecidos en la ley general. Sin embargo, nótese cómo en el ejercicio de facultades concurrentes nadie tiene, per se, impedida la potestad normativa, en la medida en que todo se ajuste a la ley general.

42 El "federalismo cooperativo de concurrencia operativa y limitada" se concreta cuando, por mandato constitucional (art. 73, fracción XXI, inciso c), se regula una materia sí concurrente, pero entendida dicha concurrencia solo en el ámbito operativo, reservando la potestad legislativa al Congreso de la Unión, órgano el cual ha sido habilitado por el Poder Constituyente constituido para realizar dicha función: la de establecer tipos penales y sus sanciones en materia de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral. Ahora bien, nótese que la anterior conclusión deja abierta la posibilidad de que las entidades federativas sí puedan legislar en aquello que el propio Congreso de la Unión conceda y habilite a través de la ley general correspondiente, con lo cual se actualiza lo que prescribe el segundo párrafo del inciso a) de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en el sentido de que el Congreso distribuirá las competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios. Es por ello en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2012, las entidades federativas mantienen facultades para prevenir, investigar y castigar los referidos delitos, porque así lo establecen las leyes generales respectivas.

III. La incorporación de la legislación única en el constitucionalismo mexicano: hacia un federalismo dúctil.

"Los problemas que enfrentan todos los Estados cambian en el tiempo, por eso las federaciones son dinámicas".[43]

José María Serna de la Garza

3.1. La reforma constitucional que da fundamento al Código Nacional de Procedimientos Penales: inclusión de la legislación única a la narrativa constitucional

Con fecha 8 de octubre de 2013, se publicó el decreto por el que se reformó la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, a efecto de integrar a la Constitución mexicana, entre otros elementos, la cláusula siguiente:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
>
> I. a XX. [...]
>
> XXI. Para expedir:
>
> a) y b) [...]
>
> c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.
>
> [...]

De esta forma, el inciso c) transcrito arrogaba la facultad al Congreso de la Unión para expedir la "legislación única" en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas. Así, resulta fundamental destacar que conforme al proceso legislativo de reforma constitucional que dio lugar a tal adición, el Poder Constituyente constituido consideró de gran importancia que existiera una sola

[43] Serna de la Garza, José María, *op. cit*., p. 208.

legislación procesal penal, en vez de una por cada entidad federativa más la federal. Se estimó necesario que los procesos penales debían ser uniformes en todo el país. Al respecto, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Estudios Legislativos Primera y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, actuando en su carácter de cámara de origen, se señalaba lo siguiente:

> En vista de lo anterior, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden con lo expuesto en la iniciativa, cuando señala que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con la realidad del país, armónico y homogéneo en cuanto al diseño procedimental, a fin de generar una mayor uniformidad y coherencia en la forma en que se desahogan los procedimientos penales, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.
>
> Se comparte además, en que es necesario contar con un Código Procedimental Penal Único de Procedimientos Penales de aplicación en el ámbito federal y local. Al respecto en la exposición de motivos de la iniciativa en análisis se señala lo siguiente:
>
> [...]
>
> Así, tal como se menciona en la iniciativa en análisis, estas Comisiones Dictaminadoras consideran que con la unificación del código adjetivo penal, se establecerán criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas, con lo que se obtendrán entre otros, los siguientes beneficios:
>
> a) Una adecuada sistematización y homogeneidad de criterios legislativos;
>
> b) Condiciones adecuadas para la construcción de una política criminal coherente, articulada e integral;
>
> c) Una mayor y mejor coordinación entre las instancias encargadas de la procuración de justicia;
>
> d) Mayor certeza para el gobernado respecto a cuáles son las normas penales de naturaleza adjetiva a observar en todo el país;
>
> e) Una disminución en los índices de corrupción e impunidad, al existir menores resquicios legales con relación a la actual dispersión de normas; y

f) Criterios judiciales más homogéneos.

De esta forma, la intención del Poder revisor de la Constitución era clara: la unificación del código adjetivo penal a efecto de establecer criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas. Posterior a ello siguieron las reformas que incorporaron a la novel nomenclatura constitucional de la "legislación única", las materias de justicia penal para adolescentes en 2015, así como procesal civil y familiar y de extinción de dominio en 2019.

3.2. La "legislación única": un temperamento al sistema federal mexicano

Ante la incorporación a nuestra CPEUM de un concepto ajeno a nuestro sistema constitucional, sobre todo por lo que hace al sistema federal, como lo es la noción de "legislación única", surge la duda razonable de clarificar qué posición debe ocupar tal legislación nacional dentro de la teoría de los órdenes jurídicos del sistema federal mexicano.

La pregunta no es menor, ya que como se ha dicho, una legislación única, como lo es el CNPP, si bien está llamada –como las leyes generales– a incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano, esto es, que debe ser aplicada tanto por autoridades federales y locales; también es cierto que no parece tan claro que guarde una relación de jerarquía con las leyes federales y locales, como sí ocurre entre estas y las leyes generales. Esto es así debido a que los decretos por los que se ha reformado la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, a efecto de integrar a nuestra Ley Fundamental, entre otros elementos, la porción normativa siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. [...]

XXI. Para expedir:

a) y b) [...]

> c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.
>
> [...]

Tal cláusula constitucional no hace otra cosa sino dotar al Congreso de la Unión de una potestad legislativa exclusiva, es decir, solo ese órgano legislativo podrá emitir leyes encaminadas a regular en toda la Nación la materia procedimental penal, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la ejecución de penas y la justicia penal para adolescentes.

Así, entre este tipo de legislación única y las leyes federales o locales, no puede existir una relación jerárquica y, mucho menos, una relación que se fundamente en el federalismo cooperativo, ya sea (i) puro o de colaboración extensa, como ocurre con la mayoría de las materias concurrentes, en el que las autoridades locales pueden complementar las leyes generales a través de la expedición de leyes locales;[44] o bien, de (ii) concurrencia operativa y limitada, como ocurre en las materias a que se refiere, por ejemplo, el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la CPEUM, en las que las leyes generales deben entenderse que regulan una materia sí concurrente, pero entendida dicha concurrencia solo en el ámbito operativo, reservando la potestad legislativa al Congreso de la Unión, órgano el cual ha sido habilitado por el Poder Constituyente constituido para realizar dicha función: la de establecer tipos penales y sus sanciones en materia de secuestro, trata de personas y delitos electorales.

Así, dentro de tal especie de federalismo cooperativo, al que hemos denominado de una concurrencia operativa y limitada,

[44] Registro No. 165,224. Leyes locales en materias concurrentes. En ellas se pueden aumentar las prohibiciones o los deberes impuestos por las leyes generales. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, febrero de 2010; p. 2322. P. /J. 5/2010; y Registro No. 161,232. Protección a la salud de los no fumadores en el distrito federal. El legislador local puede adoptar medidas distintas a las previstas en la ley general para el control del tabaco. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011; p. 6. P. /J. 20/2011.

queda abierta la posibilidad de que las entidades federativas sí puedan legislar en aquello que el propio Congreso de la Unión conceda y habilite a través de la ley general correspondiente, con lo cual se actualiza lo que prescribe el segundo párrafo del inciso a) de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en el sentido de que el Congreso distribuirá las competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios. Es por ello que tal y como se menciona en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2012, las entidades federativas mantienen facultades para prevenir, investigar y castigar los referidos delitos, porque así lo establecen las leyes generales respectivas.

Muy por el contrario, las legislaciones únicas a que se refiere el artículo 73, fracciones XXI, inciso c) y XXX de la CPEUM, implican, entre otros efectos, que no puedan existir leyes federales o locales que aborden dicha materia; es decir, respecto de tales materias no pueden existir leyes federales o locales, razón de más para que no pueda siquiera pensarse en una relación entre estas y la legislación única.

De esta forma, la legislación única a la que se refiere el artículo 73, fracciones XXI, inciso c) y XXX de nuestra CPEUM, se configura en una especie de facultad diferente, de carácter nacional y exclusiva, que el Poder Constituyente constituido atribuyó al Congreso de la Unión, pero que en todo caso, ese tipo de facultad legislativa tendrá aplicabilidad tanto a nivel federal como local, dependiendo del ámbito competencial en el que se desenvuelva. No por nada la propia cláusula constitucional en comento termina por decir que tal legislación única regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

3.3. El principio de reserva de código: una consecuencia positiva

Lo anterior queda aún más claro derivado del "principio de reserva de código"[45] que se desprende de las cláusulas constitucio-

[45] En palabras de Luigi Ferrajoli, la reserva de código implica que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deban estar contenidas

nales en comento, el cual tiene como misión evitar la generación de tal incertidumbre jurídica, para lo cual implica una obligación a cargo del legislador nacional de concentrar toda la producción normativa en materia procesal penal, procesal civil y familiar y sobre extinción de dominio, a efecto de que exista una implementación pacífica y congruente de tales sistemas normativos.

Cabe señalar que al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de reserva de código se deriva de un precepto constitucional cuyo mandato se dirige a un solo legislador "y no a una pluralidad de ellos", aunado a que exista una razón constitucional que justifique que deba emitirse un solo código o una sola ley nacional.[46]

En este sentido, se considera que ambos parámetros se cumplen, ya que la intención del Poder Constituyente de 2013,[47] al

---

en el Código Penal o procesal correspondiente, ya que por compleja y voluminosa que fuera, una codificación de acuerdo con el principio de "todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos", lo sería mucho menos que la actual acumulación de leyes especiales (*Véase* Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho,* México, IIJ- UNAM, 2005, p. 107.)

46 Registro No. 2 009 730. Régimen contractual del estado. La facultad reglamentaria prevista en el artículo 134 constitucional no se encuentra sujeta al principio de reserva de código o de ordenamientos, por lo que pueden coexistir diversas leyes reglamentarias. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, Agosto de 2015; Tomo I; p. 479. 1a. CCXXXIX/2015 (10a.).

47 Al respecto, en la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Estudios Legislativos Primera y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, actuando en su carácter de cámara de origen, se señaló lo siguiente: "Así, tal como se menciona en la iniciativa en análisis, estas Comisiones Dictaminadoras consideran que con la unificación del código adjetivo penal, se establecerán criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas, con lo que se obtendrán entre otros, los siguientes beneficios: a) Una adecuada sistematización y homogeneidad de criterios legislativos; b) Condiciones adecuadas para la construcción de una política criminal coherente, articulada e integral; c) Una mayor y mejor coordinación entre las instancias encargadas de la procuración de justicia; d) Mayor certeza para el gobernado respecto a cuáles son las normas penales de naturaleza adjetiva a observar en todo el país; e) Una disminución en los índices de co-

momento en que mandata al Congreso de la Unión a expedir "legislación única" ha establecido el principio de reserva de código para tales materias como la procesal penal, toda vez que una legislación, para que cumpla con el adjetivo calificativo de ser única, debe existir sola y sin otra de su especie.[48]

IV. Conclusiones

De esta manera, habría que concluir la necesidad de incluir dentro de la teoría de los órdenes jurídicos[49] un ámbito diferente, que vendría a sumarse a los cuatro órdenes jurídicos parciales. Así, además de los órdenes jurídicos (i) federal, (ii) locales, (iii) de la Ciudad de México y (iv) municipales, se configura ahora un (v) orden jurídico nacional, de carácter unitario, entre los cuales no existe una relación de jerarquía, pero que a su vez, tales órdenes sí deben permanecer supeditados al (vi) orden jurídico constitucional o total. Este complejo sistema de distribución de competencias podría ilustrarse de la siguiente manera:



rrupción e impunidad, al existir menores resquicios legales con relación a la actual dispersión de normas; y f) Criterios judiciales más homogéneos."

48 Único, ca. Solo y sin otro de su especie (cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *www.rae.com*).

49 Registro No. 177,006. Estado mexicano. Órdenes jurídicos que lo integran. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, octubre de 2005; p. 2062. P./J. 136/2005.

En suma, lo que trajo consigo esta adición a nuestra CPEUM fue, en cierta medida, un matiz al sistema federal mexicano, o si se prefiere, un temperamento[50] a tal sistema de organización estatal, ya que la legislación única es propia de los Estados unitarios, sistemas en los cuales sus normas se caracterizan "precisamente" por dos notas distintivas: (i) su alumbramiento se hace desde el centro y (ii) son uniformes, consecuencia del unitarismo y de la planificación.

Es por lo anterior que el planteamiento en torno a generar una codificación de carácter procesal penal, procesal civil y familiar, y en materia de extinción de dominio, que tengan carácter nacional, no tiene por qué advertirse como un rompimiento al sistema federal, toda vez que la problemática que significa hacer frente a la delincuencia, al crimen organizado y al impacto social que tales fenómenos traen consigo, difícilmente podrían atenderse estableciendo una facultad exclusiva a cualquiera de los niveles de Gobierno, razón de más para homologar –como ya ocurre en otros sistemas federales– tales materias.

No debemos olvidar que los sistemas de organización estatal (federalismo, centralismo, regionalismo, etc.) son solo medios –nunca fines– de los que el constitucionalismo echa mano para concretar su misión última: limitar al poder a través del derecho,[51] razón por la cual, si dicha misión se puede alcanzar de mejor manera, habrá que transitar a modelos que, a pesar de parecer contrarios a dogmas constitucionales,[52] hagan más comprensiva

[50] El concepto de "temperamento" se utiliza en el sentido en que lo utiliza don Gabino Fraga cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo estos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero este no deja por eso su carácter primordial. (cfr. Fraga, Gabino, *op. cit*., p. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como *lo es el de rubro:* reconsideracion administrativa (*Registro: 334* 266). Atemperar (Del lat. *attemperāre, der. de temperāre 'templar') 1. tr. Moderar, templar. U. t. c. prnl. 2. tr. Acomodar algo a otra cosa. U. t. c. prnl.

[51] *Cfr*. Pereira Menaut, Antonio Carlos, Lecciones de Teoría Constitucional, México, Porrúa, 2005, p. 77 y ss.

[52] Cuando nos referimos al concepto de dogma constitucional, queremos hacer referencia a proposiciones que, dentro del Derecho Constitucional,

la estructura del Estado mismo, lo que en el caso mexicano significaría caminar hacia el *federalismo dúctil*.

Referencias

Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicano, 4ª ed., México, Secretaría de Gobernación, 2009.

Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005.

Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 11, julio-diciembre 2004.

Cossío Díaz, José Ramón, "El sistema federal como problema", *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al Derechos Procesal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.

Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, ed. 40ª, México, Porrúa, 2000.

suelen tomarse por firmes y ciertas de un modo apriorístico, es decir, sin demostración o justificación alguna, lo que sin duda nos parece un error que debe erradicarse de cualquier ciencia (*cfr.* Vázquez Gómez, B. Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*, México, Porrúa, 2012, p. 8).

García Roca, Javier, "Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español", *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1997.

Gonzalez Oropeza, Manuel, "Características iniciales del federalismo mexicano", en Frank Smith, James (coord.), *Derecho constitucional comparado. México-Estados Unidos*, México, IIJ-UNAM, 1990, t. I.

Häberle, Peter, El *federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2006.

Hamilton, Alexander *et al., El federalista*, 7ª reimpr., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. XV.

Lassalle, Fernando, ¿Qué es la Constitución?, Madrid, Cenit S.A., 1931.

Maldonado Siman, Beatriz, "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992.

Patiño Camarena, Javier, "El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una "idea-fuerza" que en el presente se requiere concretizar", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II.

Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Sánchez-Cuenca, Ignacio, Artícu*los federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*, Alianza Editorial, 2002.

Serna De La Garza, José María, "Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM- IIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., México, Porrúa, 1996.

Valencia Carmona, Salvador, "En torno al federalismo mexicano", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos,* México, IIJ-UNAM, 2003.

Valencia Mendoza, Rafael Enrique, "El federalismo cooperativo como factor catalizador", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época, año LVIII, núm. 219, septiembre- diciembre de 2013.

Vázquez Gómez, B. Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido,* México, Porrúa, 2012.

Zoraida Vázquez, Josefina, "El establecimiento del México independiente, (1821- 1848)", en von Wobeser, Gisela (coord.), *Historia de México*, México, FCE, 2010.

Fortaleciendo la gobernanza democrática: una lectura de control, mecanismos de participación ciudadana y política pública

*Hugo Alejandro Concha Cantú**

Resumen: en los años recientes, la realidad nos obliga a realizar una reflexión seria y profunda sobre la vigencia y el funcionamiento de nuestra democracia constitucional. Una llamada de atención que se presenta a todo ciudadano en el ejercicio de sus derechos así como una llamada más sofisticada para los que nos dedicamos al estudio de los elementos del constitucionalismo contemporáneo y su funcionamiento. El surgimiento de nuevos populismos, la ausencia de pluralismo político, el crecimiento de formas de concentración del poder, la crisis de representación política y la consolidación del hiperpresidencialismo, así como de manera simultánea y contextual, el aumento de la criminalidad, la desigualdad, la pobreza, la corrupción y la impunidad en todas las latitudes, nos muestran que nuestra construcción jurídica no ha podido encontrar las soluciones que mejoren nuestras decisiones colectivas y nuestras políticas públicas. En el siglo xxi el derecho puede ser problemático cuando se convierte en un obstáculo al cambio social, o un instrumento solo a disposición de los detentadores de poder, pues abona a profundizar dichas problemáticas y no ser instrumento para su resolución.

* Licenciado en Derecho por la UNAM, maestro en Relaciones Internacionales por la Johns Hopkins University y candidato a doctor en Ciencia Política por la University of Washington. Es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y, actualmente, Abogado General de la UNAM.

Debemos restablecer la idea de la democracia constitucional nuevamente en el centro de la discusión de la organización político y social para el siglo XXI, pero es necesario rescatar y actualizar sus ideas fundantes a través del análisis de cinco ámbitos fundamentales para reflexionar hacia dónde orientar el constitucionalismo.

Abstract: In recent years, reality has compelled us to make a serious and in-depth reflection on the validity and functioning of our constitutional democracy. A serious warning that stands in front of any citizen regarding the exercise of its rights as well a more sophisticated call for those of us who study the elements of constitutional democracies and its functioning. The emergence of new populisms, the absence of political pluralism, the growth of different forms of power concentration, the crisis of political representation and the growth of hyper-presidentialism, as well in a simultaneous and contextual fashion, the growth of criminality, inequality, poverty, corruption and impunity worldwide, show us that our legal construction has not been able to find solutions that improve our collective decisions and our public policies. In the 21st century, law can be problematic when it becomes an obstacle to social change, or an instrument at the disposal of power holders, since it contributes to deepening these problems rather than an instrument for their solution.

We must reestablish the idea of constitutional democracy again at the core of the discussion for the social and political organizations for the 21st century. For this purpose it is necessary to rescue and update its founding ideas through the analysis of five fundamental areas to reflect on where to direct the constitutionalism.

Sumario: I. Introducción. II. Constitucionalismo y democracia en el siglo XXI: Imaginando nuevos alcances. III. Conclusiones.

I. Introducción

La construcción de una constitución es un proceso complejo que trasciende la simple redacción de acuerdos en una asamblea parlamentaria, involucrando la creación de un sistema funcional de órganos de gobierno en equilibrio, con límites, y donde los dere-

chos humanos juegan un papel central. En el contexto contemporáneo, los gobiernos constitucionales y democráticos enfrentan ataques provenientes de distintos sectores, en particular de movimientos populistas de derecha e izquierda, que debilitan los elementos fundamentales de control al poder. Esta situación se ve agravada por problemas estructurales no resueltos, como la violencia, la desigualdad económica, la falta de acceso a la educación, y la corrupción, que minan la confianza en los sistemas democráticos. A pesar de los esfuerzos por encontrar soluciones, los modelos constitucionales actuales parecen haber llegado a un punto de agotamiento, lo que exige una profunda reflexión sobre su pertinencia y la necesidad de adaptarlos a los desafíos del siglo XXI.

En este contexto propongo cinco ámbitos de relevancia para repensar el modelo democrático constitucional que no han sido resueltos a través de sus años de existencia, con el objetivo de fortalecer los controles al ejercicio del poder y ampliar la participación de la ciudadanía.

II. Constitucionalismo y democracia en el siglo XXI: Imaginando nuevos alcances

La construcción de una constitución es la culminación de un arduo proceso muy sofisticado que va mucho más allá de la mera discusión y redacción de acuerdos colectivos en una asamblea parlamentaria, ya que es un sistema funcional de órganos de gobierno en equilibrios y con diversos límites, de entre los que destacan los derechos humanos.

Ante la emergencia generalizada de gobiernos populistas de derecha e izquierda, los gobiernos constitucionales y democráticos han sido blanco de diferentes ataques y por diferentes razones. Los elementos constitutivos de este modelo, que implican control al ejercicio del poder y que de alguna manera lo limitan, han sido debilitados tanto por una narrativa de enorme simulación, como por reformas mayoritarias para desparecerlos o claramente disminuir su alcance.

Además, en la mayoría de estos casos han surgido intentos por manipular las elecciones de diferentes maneras y mecanismos

para lograr mayorías electorales en las asambleas legislativas, con las que se logren instrumentar cambios profundos en la estructura constitucional. Entre estos mecanismos aparecen narrativas y propaganda gubernamental que desvirtua la realidad, el uso de programas sociales a efecto de lograr clientelas electorales incondicionales, o bien el reparto de posiciones burocráticas a grupos de apoyo.

Estos fenómenos se conjugan con problemas estructurales que las democracias constitucionales no habían terminado de resolver, junto con una larga lista de asignaturas pendientes de corte social y económico.

De alguna manera se puede afirmar que la realidad social nos alcanzó antes de que estos modelos de gobierno lograran mejorar la vida de las sociedades. Entre los numerosos problemas no resueltos se encuentran los siguientes:

- Las tasas de criminalidad siguen elevándose con redes delictivas nacionales e internacionales de enorme poder, mientras que los sistemas legales y políticos se enfrascan en largas e inútiles discusiones sobre las mejores formas de prevención y control delictivo eficaz. Se trata de un fenómeno que reditua de manera inmediata a sus actores, mientras que las soluciones son lentas y difíciles de implementar.
- Igualmente, la desigualdad socioeconómica y la pobreza no solo se mantienen como un lastre para el desarrollo y las condiciones de vida equitativas, sino que en un gran número de casos, continúan creciendo de manera alarmante, generando sociedades fracturadas, caracterizadas por la exclusión, la marginación y el resentimiento social.
- Vinculadas al punto anterior, aunque de un contenido diverso, se encuentran las dramáticas carencias educativas no solo en sus niveles básicos, sino en las dificultades para incrementar el desarrollo de la ciencia y la tecnología que eventualmente redunden en mejores condicionaes de vida.
- Adicionalmente, aunque no del todo desligados de estas circunstancias, se hallan los crecientes fenómenos de co-

> rrupción y de impunidad. Estos dos factores, aunque diversos en su conceptualización, acaban por menoscabar la percepción existente de la legalidad y su cumplimiento. Sociedades que están siendo rebasadas por el crimen y en donde no hay investigaciones, aprehensiones o sanciones, se convierten en campos fértiles de más violaciones a las leyes y normas. Si además existen claros casos de abusos por parte de la clase gobernante, donde tampoco hay ninguna consecuencia, los efectos negativos aparecen de manera contundente en contra del sistema jurídico y de sus operadores en general.

Las discusiones de los constitucionalistas contemporáneos giran una y otra vez en encontrar las mejores "recetas" frente a todos estos problemas, como si se tratara de maquinarias a las cuales hace falta cambiar sus piezas deficientes. Pero el planteamiento, por descorazonador que suene, debe de partir de un lugar distinto. Debe de volver al cuestionamiento original sobre la pertinencia de los sistema constitucionales existentes.

En la última década, a nivel mundial, hemos presenciado eventos que cuestionan justamente el funcionaiento tradicional de las democracias constitucionales. Un ejemplo fue el movimiento del 15M (*Los indignados*) en España, el cual fue una acción cívica heterogénea surgida a partir de la exigencia de un cambio político y democrático frente a la decepción de los partidos políticos, el repudio a la corrupción y responsabilizando a la clase política de la situación de crisis que vivía España.[1] Otros ejemplos en este sentido pueden ser 2008 en Islandia ,donde se funda un movimiento que rechaza el pago de la deuda externa; en 2011 se publican las filtraciones de Wikileaks donde se muestran diferentes actos de corrupción e impunidad de numerosos gobiernos; en ese mismo año da inicio la Primavera Árabe, y así como un largo etcétera.

A nivel regional, aunque procesos distintos, el cuestionamiento es el mismo. Acontecimientos en Venezuela, Argentina, Bolivia, Chile, Nicaragua, El Salvador y en México, denotaron

[1] Pujols, Johnny, "Caos en España. Del 15M al nacimiento de 'Podemos'", *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 22, núm. 78, 2017, pp. 103-118.

diversos procesos electorales que han llevado al surgimiento de nuevos procesos populistas apoyados por mayorías desencantadas con la forma tradicional de hacer política, una vuelta a la proliferación de grupos radicales de derecha o izquierda y el fortalecimiento del hiperpresidencialismo.

Todos estos ejemplos nos muestran que el modelo de democracia constitucional en sus dos componentes fundamentales, constitucionalismo -como la limitante del poder público y el respeto de los derechos individuales y colectivos- y, democratización -concerniente a quiénes y cómo participan y toman decisiones-[2] muestra signos de una crisis profunda frente a un muy amplio abanico de razones.

Existe un gran panorama que pueden dar cuenta de esta situación como son aquellas teorías que hablan de la pérdida de legitmidad, (Habermas), de la crisis de representación amplia (O´Donell) o surgimiento de regimenes populistas (Levitsky y Ziblat), de Constituciones rígidas (Gargarella) o incluso que el regreso a la democracia produjo resultados exitosos en sociedades que ahora se sienten insatisfechas y traicionadas por no seguir obteniendo beneficios (Zovatto).

De ahi que, ya sea por el decaimiento en el funcionamiento de los sistemas constitucionales en sus elementos de protección de derechos, o en lo relativo a los controles al ejercicio del poder, o bien, por debilitamiento del componente democrático, en sus sistema de organización de elecciones y de justicia electoral, el modelo parece haberse agotado.

No hay claridad de cuales de los componentes generan la disfuncionalidad o si las fallas que debieran atenderse están relacionadas con el rubro de controles (constitucionalidad en sentido estricto) o con la búsqueda de mejores canales de participación (democracia en sentido estricto).

Lo que es constatable como un hecho es que las deudas no resueltas de nuestra convivencia social, han rebasado nuestra construcción jurídica y nuestra capacidad de diálogo democrático.

---

[2] Cárdenas, Jaime, *La democracia constitucional y sus límites*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2024, pp. 16-18.

Es importante añadir que en este panorama el papel del derecho se ha corrompido. Ha dejado de ser el mecanismo para controlar el funcionamiento social y en muchos casos sea ha convertido en un obstáculo al cambio social,[3] o incluso un instrumento de manipulación al servicio de intereses específicos. En este sentido Gargarella afirma que el derecho se ha convertido en una "voz extraña" citando a Duff, ya que se transforma en normas ininteligibles, formales, no accesibles, siendo postulados normativos inentendibles e inaccesibles a los que se enfrentan la mayor parte de la ciudadanía. El derecho en estos casos ha terminado por proteger intereses de minorías empoderadas,[4] o aun cuando es el producto de mayorías, se convierte en normas que excluyen a enormes grupos de la población.[5]

El problema es que si el derecho no es producto del diálogo, de la negociación, se acaba convirtiendo en imposición de unos sobre otros, aún cuando cumpla con todas las formalidades de sus propios procesos de creación, generando alienación y un claro deterioro a una cultura de legalidad.

La deliberación, la argumentación y la discusión de las normas jurídicas cumplen un papel determinante en una democracia, más allá de su resultado final. En estos procesos el derecho logra idóneamente transmitir los diferentes valores de una sociedad plural que discute y delibera para encontrar las mejores opciones para su materialización. Negar estos procesos o, lo que es aún peor, simularlos en beneficio de algún grupo, es negar la naturaleza abierta y democratica del derecho contemporáneo.

El modelo constitucional mexicano revela estos problemas en su estructura básica actual y esto es un tema que va mucho más allá de tomar partido a favor o en contra de posiciones ideológicas o reformas específicas.

---

3 Novoa, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 16a ed., México, Siglo XXI, 2007, pp. 33-38.

4 Vitale, Ermano, *La fábula feliz de la democracia*, conferencia, México, INE, agosto de 2020.

5 Gargarella, Roberto, *Manifiesto por un derecho de izquierda*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.

La idea de la democracia constitucional debe ponerse nuevamente en el centro de sociedades que siguen organizadas, estructuradas y funcionando conforme a valores propios de la economía de mercado y los principios liberales de igualdad y autonomía de la voluntad.

Este redimensionamiento de la idea democrática constitucional debe estar basada en la premisa de la necesidad de una construcción que trascienda acuerdos colectivos, donde mayorías pueden ser determinantes. Debe de reconceptualizarse la idea del modelo como un sistema de órganos funcionales en equilibrios con límites, empezando por los derechos y libertades. Todos los procesos de decisión y actuación colectiva llevado por estos órganos (políticas públicas) deben estar abiertos en todo momento a la participación y evaluación ciudadanas. Esto es un escalón arriba de la idea democrática tradicional de la representatividad en donde la toma de decisiones se agota simplemente en los procesos de votación.

Así, el constitucionalismo contemporáneo debe rescatar y actualizar sus tres ideas fundantes:

En primer lugar, recuperar el pluralismo político, como la posibilidad no solo de reconocer la diversidad de opiniones, propósitos y propuestas, sino generar sistemas de decisión con base en esa diversidad, con la necesaria posibilidad del disenso y la confrontación de ideas, bajo un marco de conversaciones inclusivas y horizontales.[6] La pluralidad como el único dogma necesario en una democracia constitucional.

Un segundo elemento, recuperar el significado del constitucionalismo como una construcción normativa y política para evitar la concentración del poder. Un problema clásico que increiblemente sigue siendo actual, el gran objetivo de la edad contemporánea que se estableció desde los origenes del liberalismo político. Este elemento se logra a través de dos técnicas; una primera, al establecer poderes constituidos que no recaigan en una sola persona, que estén separados, pero al mismo tiempo inte-

[6] Cordón, Julio C., "Democracia, pluralismo político y partidos políticos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVIII, núm. 270, 2018, p. 154, *https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.270.63653*

rrelacionados con un sistema de controles y equilibrios[7] y; por otro lado, el establecer derechos y libertades, que busca afianzar las democracias ofreciendo una oportunidad para el avance de la libertad de todas las personas, no pasando por encima de las minorías.[8]

Y un tercer elemento, recuperar el equilibrio entre la permanencia del sistema, la estabilidad y la posibilidad del cambio social. Este difícil juego, en apariencia contradictorio, que buscan las constituciones cuando se habla de los controles constitucionales frente al poder de la reforma y el poder revisor de la misma. Es decir, se requiere la existencia de procedimientos a seguir que se encuentren establecidos previamente dentro de nuestra Constitución, para modificar la norma constitucional. El problema, sin embargo, emerge cuando el mecanismo de reforma a la norma fundante no marca ningún límite y nos enfrentamos a la posibilidad de que se quiera reformar cualquier cosa y de cualquier manera posible. Se debe contar con procedimientos extraordinarios y que su cumplimiento garantice la identidad y continuidad de la Constitución, por lo que no se reemplaza la estructura básica de un Estado, que no es otra cosa que la discusión sobre el significado y la funcionalidad de bloques de constitucionalidad. En otras palabras, debe existir una diferencia conceptual entre la reforma o cambio constitucional y la creación de una nueva constitución, procesos que buscan efectos diversos y que parten de racionalidades también divergentes.

Por todo lo anterior, propongo el reconocimiento de cinco ámbitos fundamentales que son necesarios para una reflexión profunda hacia dónde orientar el constitucionalismo del siglo XXI en México.

En primer lugar, el reconocimiento de los nuevos derechos existentes y la redimensión de los viejos derechos. Es necesario asumir que estamos ante un nuevo escenario constitucional

---

7 Salazar, Pedro, "Capítulo 53: Sobre el concepto de constitución", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2015, vol. 3.

8 Martínez, Abraham, *Democracia y libertad: la peculiar teoría constitucional de Alexis de Tocqueville*, México, IIJ-UNAM, 2024, pp. 113-115.

en el que se ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales sino que existen nuevas categorías de derechos colectivos y transgeneracionales, lo cual nos pone en la mesa nuevas complejidades e interpretación de la dignidad de la persona, por lo que debe procurarse un equilibrio y armonía de los derechos existentes y los más novedosos.[9]

En segundo lugar, analizar la crisis de la representación política en los contextos específicos nacionales, regionales o incluso multinacionales. La representación política sigue siendo el mecanismo por excelencia a través del cual damos vida a la soberanía popular como elemento liberal eje de nuestras constituciones actuales. Hoy en día existen pocos espacios de deliberación que ayude a una renovación y representación de nuevas generaciones o de otras corrientes de pensamiento político al interior de los partidos políticos,[10] esto excluye a mujeres, jóvenes y disidencias culturales y de género de un acceso a las discusiones.[11] Por ello es necesario abrir brechas para la participación política, no solo a través de los partidos políticos, sino también desde la participación ciudadana a través de otras vías como el referendum, el plebicito o mecanismos de participación en la formulación, seguimiento y evaluación de políticas publicas.

En tercer lugar, la problemática que supone la interpretación judicial, entendida como la última palabra de nuestra construcción constitucional. Cuando esta construcción o estas interpretaciones constitucionales siguen siendo las decisiones de pequeños grupos en donde se ha dejado fuera el debate público y la deliberación democrática. Es necesario que estas interpretaciones que suelen constituir la "última palabra" en la aplicación de las normas, logre vincularse a decisiones colectivas. De alguna manera se trata de democratizar la justicia constitucional, para lograr volverla más accesible a las personas, menos formal y técnica,

9 Cassagne, Juan Carlos, "Los nuevos derechos y garantías", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, núm. 1, 2016.

10 Rodríguez, Ariel, "Las élites en México: un déficit de honor", *Nexos*, 2024, https://redaccion.nexos.com.mx/las-elites-en-mexico-un-deficit-de-honor/

11 Andrea, Francisco, *Los partidos políticos: su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política*, IIJ-UNAM, 2002, p. 149.

tiempos razonables, y sin los altos costos presupuestales que implican y provocan marginación. No obstante elegir jueces no ha resultado ser la solución para este cambio. Simplemente cambia el origen de los actores, pero los objetivos y procedimientos acaban por ser muy similares.[12]

Un cuarto elemento es buscar reducir o terminar con el hiperpresidencialismo, donde el ejecutivo se convierte en la pieza clave de los sistemas políticos y tiene una enorme influencia sobre los otros elementos de poder.[13] En nuestro país, este sistema tuvo su origen histórico para dar fin a la lucha de diferentes fuerzas sociales en la construcción de una nueva nación bajo la Constitución de 1917, cuando en ese momento México requería tener un poder Ejecutivo fuerte, pero que claramente a la luz del siglo XXI no corresponde ya a las necesidades existentes.

En la región, hoy en día podemos ver que si bien en algunos países se han promovido reformas que buscan una mayor inclusión, pluralismo y proporcionalidad, al mismo tiempo se han promovido en otros Estados reformas orientadas a profundizar el presidencialismo, la concentración del poder en el ejecutivo y la permanencia indefinida de algunos presidentes en sus cargos[14] (Venezuela, Cuba, Nicaragua, El Salvador). Frente a este fenómeno muchos estudios han buscado encontrar mecanismos del sistema parlamentario para generar controles eficaces al poder presidencial, pero sin que a la fecha este objetivo se haya logrado.

Y el último elemento, es la necesidad de tomar en cuenta y de incorporar los elementos de un constitucionalismo global y

---

12 Concha, Hugo, "En búsqueda de una justicia democrática. Un breve estudio de la reforma a la Ley de Amparo de 2013", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Franco Martín del Campo, María Elisa, *La Ley de Amparo de 2013: avances y retos para el acceso a la justicia a través del juicio de amparo en México*, IIJ-UNAM, 2024, en imprenta.

13 Carpizo, Jorge, "Presidencialismo y sistema de gobierno", en Astudillo, César (ed.), *Obra Jurídica Selecta*, México, Porrúa-UNAM, 2023, p. 21.

14 *Gobernanza, democracia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, mayo de 2022, pp. 19 y 20, *https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-05/Gobernanza-Democracia%20y%20Desarrollo-Final%20%281%29%20%281%29.pdf*

de un constitucionalismo regional como parte integrante y funcional de nuestros sistemas constitucionales. Retomando la idea de Armin Von Bogdandy, es necesaria una apertura de los ordenamientos jurídicos estatales hacia un estrato común de derecho internacional público de derechos humanos, esta relación estatal e internacional crea un fortalecimiento mutuo, siendo una expresión de un desarrollo común en favor de la dignidad de las personas.[15]

Finalizo con una reflexión de la Corte Intermericana de Derechos Humanos a raíz de la Opinión Consultiva OC-28-21,[16] titulada *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*, presentada por la República de Colombia. La Corte Interamericana es enfática en su resolución al señalar: "Este Tribunal advierte que el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares".

III. Conclusiones

El modelo constitucional que ha evolucionado hasta nuestros días, la democracia constitucional, pasa por una de sus etapas históricas más oscuras. En buena medida, producto de la insatisfacción con sus resultados sociales y económicos, así como por la existencia de sociedades desiguales y marcadas con fuertes necesidades, las democracias viven periodos que la literatura ha llamado de erosión democrática.

---

15 Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual", en Von Bogdandy, Armin, Morales, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos*, 2017, pp. 137-144.

16 Corte IDH. OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021. Serie A, núm. 28, párr. 145.

Aún cuando en cada Estado este fenómeno adopta rasgos particulares y diferenciados, existen factores comunes en el sentido de un profundo cuestionamiento a la funcionalidad de las democracias constitucionales. En años recientes, este fenómeno se ha agravado pues han surgido gobiernos radicales de derecha o izquierda a los cuales les ha redituado utilizar estas críticas y cuestionamientos, como ejes de sus campañas para acceder al poder y lo han logrado con bastante éxito.

Una vez en el poder, sin importar la ideología, estos gobiernos buscan concentrar más poder a través de reformas legales que limiten o desaparezcan controles y restricciones institucionales en contra de la acumulación del poder. Las instituciones con autonomía legal, en materia electoral, en cuestiones de competencia económica, de especialidades técnicas como las telecomunicaciones, o aquellas encargadas del manejo de la información pública, así como los tribunales y específicamente las cortes constitucionales, entre las principales, se han convertido en blancos de estas reformas.

El derecho es utilizado como instrumento de estos gobiernos para revestir de formas supuestamente jurídicas las reformas que contravienen presupuestos básicos de la conformación constitucional.

Frente a esta crisis de hondo calado, es crucial redimensionar el concepto de democracia constitucional, basándola en un sistema que fomente una auténtica y amplia participación ciudadana y garantice la equidad en la toma de decisiones. En toda área de decisión colectiva y formulación de políticas públicas, la ciudadanía debe de participar. Además, la propuesta de un constitucionalismo renovado debe incorporar cinco aspectos. Por un lado, un reconocimiento de nuevos derechos, al ampliar la protección de derechos no solo individuales, sino también colectivos y transgeneracionales; reconocer la crisis de la representación política al promover una mayor participación ciudadana mediante mecanismos de participación más directos; democratización de la interpretación judicial al no ser monopolizada por pequeños grupos, sino que debe involucrar a la sociedad y garantizar que las decisiones judiciales sean accesibles y equitativas; reducción el hiperpresidencialismo y promover un sistema más equili-

brado, con controles eficaces al poder presidencial; y por último, un constitucionalismo global y regional en donde se integre el derecho internacional y los derechos humanos globales en los sistemas constitucionales nacionales, fortaleciendo los principios de dignidad humana y creando un desarrollo común entre los estados.

Referencias

Andrea, Francisco, *Los partidos políticos: su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política*, IIJ-UNAM, 2002.

Bogdandy, Armin von, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual", en Von Bogdandy, Armin, Morales, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos*, 2017.

Cárdenas, Jaime, *La democracia constitucional y sus límites*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2024.

Carpizo, Jorge, "Presidencialismo y sistema de gobierno", en Astudillo, César (ed.), *Obra Jurídica Selecta*, México, Porrúa-UNAM, 2023.

Cassagne, Juan Carlos, "Los nuevos derechos y garantías", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, núm. 1, 2016.

Concha, Hugo, "En búsqueda de una justicia democrática. Un breve estudio de la reforma a la Ley de Amparo de 2013", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Franco Martín del Campo, María Elisa, *La Ley de Amparo de 2013: avances y retos para el acceso a la justicia a través del juicio de amparo en México*, IIJ-UNAM, 2024, en imprenta.

Cordón, Julio C., "Democracia, pluralismo político y partidos políticos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVIII, núm. 270, 2018.

Corte IDH. OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del siste-

ma interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva de 7 de junio de 2021. Serie A, núm. 28.

Gargarella, Roberto, *Manifiesto por un derecho de izquierda*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.

Gobernanza, democracia y desarrollo en América Latina y el Caribe, mayo de 2022.

Martínez, Abraham, *Democracia y libertad: la peculiar teoría constitucional de Alexis de Tocqueville*, México, IIJ-UNAM, 2024.

Novoa, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 16a ed., México, Siglo XXI, 2007.

Pujols, Johnny, "Caos en España. Del 15M al nacimiento de "Podemos"", *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 22, núm. 78, 2017.

Rodríguez, Ariel, "Las élites en México: un déficit de honor", *Nexos*, 2024.

Salazar, Pedro, "Capítulo 53: Sobre el concepto de constitución", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2015, vol. 3.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, España, trad. de Francisco Ayala, Alianza, 1996.

Acerca de la estructura de la sentencia judicial

***

About the structure of the judicial ruling

*Alfredo M. Vítolo**

Resumen: en este artículo, el autor analiza el modo en que los jueces en Iberoamérica redactan sus sentencias y cómo la garantía del debido proceso exige que tales sentencias se redacten de modo claro a fin de evitar la pérdida de confianza en el rol de los jueces en la sociedad democrática.

Abstract: In this article, the author analyzes the manned in which judges in Iberoamerica write their decisions and how the due process guarantee requires such decisions to be drafted in a clear language in order to avoid the loss of confidence in the role of judges in a democratic society.

Palabras clave: poder judicial, sentencias, independencia judicial, lenguaje claro.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master of Laws, Harvard Law School. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. El presente trabajo constituye una versión actualizada y revisada de la presentada al Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 2017, *https://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2020/04/Estudios-de-Derecho-Constitucional-10.pdf*

Keywords: judicial power, judicial decisions, independence of the judiciary, clear language.

Sumario: I. Introducción II. Desarrollo. III. Conclusiones. Referencias.

El Poder Judicial tiene, como misión primaria y fundamental, resolver los casos que le son presentados a su decisión, administrando justicia de un modo imparcial. En el caso argentino, su Constitución —siguiendo el modelo de la constitución norteamericana—[1] establece con precisión que "corresponde al Poder Judicial de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes [...]".[2] Esta potestad es, en el caso argentino, exclusiva de los tribunales. Así, el artículo 18 de la Constitución señala que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos".

Vivimos en un mundo litigioso. La existencia de conflictos entre los individuos sobre el alcance de sus respectivos derechos es tan antigua como la humanidad. Frente a la fuerza física como dirimente de las disputas, surge la necesidad de encontrar un tercero imparcial que dirima la controversia, evitando así la arbitrariedad.

Tradicionalmente, la potestad de administrar justicia estaba en cabeza del rey "Dios o su representante", sobre cuya sabiduría no se duda. Dios es infinitamente justo[3] y, por lo tanto, sus decisiones no son cuestionadas ni requieren explicación, sino solo deben ser aceptadas. La Biblia relata el episodio del rey Salomón, a quien Dios le había concedido el don de sabiduría,[4] fallando entre dos mujeres que se disputaban la maternidad sobre un niño: "Todo Israel oyó hablar de la sentencia que había pronunciado el

1 Constitución de los EE.UU., art. III, Sec. 2.

2 Constitución de la Nación Argentina, art. 116.

3 "El Señor es justo en todos sus caminos y bondadoso en todas sus obras" (Salmos 145:17). Incluso el preámbulo de la Constitución Argentina hace referencia a este principio, al invocar la protección de Dios, "fuente de toda razón y justicia".

4 1 Reyes 3:9-12.

rey; y sintieron por él un gran respeto, porque vieron que había en él una sabiduría divina para hacer justicia".[5] La misma regla aplicaba cuando la justicia era impartida a nombre de un monarca absoluto, quien no tiene por qué dar cuenta de sus acciones.

Sin embargo, al cambiar las ideas sobre el origen del poder temporal, separándolo de sus connotaciones divinas y asumiendo la falibilidad humana, surge la necesidad "como un elemento integrante del llamado "debido proceso legal" "de que las decisiones judiciales, a fin de minimizar el error y evitar la parcialidad, sean motivadas y fundadas en derecho, y no se encuentren solo fundadas en la mera voluntad del juez.[6] Por ello, desde el siglo XV, a la imagen de la justicia se la representa típicamente con una venda en los ojos, para que esta, al juzgar, pueda evaluar los méritos del caso llevado ante sus estrados con imparcialidad y sin atender a las particularidades de los litigantes, desarticulando así aquel consejo que el político y poeta argentino José Hernández pone en boca del ladino consejero Viejo Vizcacha en el poema gauchesco Martín Fierro: "Hacete amigo del juez // no le des de que quejarse // y cuando quiera enojarse // vos te debés encoger, // pues siempre es güeno tener // palenque ande ir a rascarse".[7]

De este modo, la sentencia se transforma en actora principal del proceso judicial.

Así, se ha sostenido que los jueces son escritores profesionales, designados por el pueblo "al cual representan" para resolver por escrito las controversias que se le plantean y explicar las razones que motivan la decisión, transformando ellas en reglas de derecho.[8]

---

5 1 Reyes 3:28.

6 Ya la Carta Magna del año 1215, en su artículo 39 disponía que: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino".

7 Hernández, José, *La Vuelta de Martín Fierro*, §758.

8 Aldisert, Ruggero J., "Opinion writing and opinion readers"*, 31 Cardozo Law Review*, núm. 1, 2009.

Si bien el modo de redacción de una decisión judicial depende esencialmente del sistema jurídico en el cual se dicta, existen ciertas reglas y principios comunes. La primera de ellas es que la sentencia debe resolver la causa que es sometida al juez mediante una decisión que constituya una derivación razonada del derecho vigente[9] aplicable al caso y conforme las pruebas producidas, eliminando así la arbitrariedad o, al menos, reduciéndola a límites tolerables).[10]

Las sentencias oscuras, farragosas, no hacen sino generar desconfianza en los individuos, quienes llegan a pensar que bajo esa catarata de términos incomprensibles solo se esconde el intento de proteger al poderoso.[11]

La sentencia judicial, como acto de gobierno originado en un poder del estado, debe ser pública y comprensible para todos, letrados y legos.[12] Solo así se satisface el principio republicano

9 Sobre el contenido y carácter de la argumentación judicial en la sentencia y sus diferencias, por ejemplo, con la argumentación parlamentaria, así como las diferencia en la argumentación entre tribunales de instancia y tribunales constitucionales, ver Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", *Anuario de Filosofía del Derecho,* Madrid, 2007, p. 197.

10 Es casi un lugar común referirse a la anécdota que cuenta el encuentro entre Learned Hand y el juez Holmes de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "Recuerdo que un sábado en que la Corte estaba por entrar en acuerdo y yo estaba con el juez Holmes [...]. Cuando nos separamos y con la intención de provocar su respuesta, le dije: "Hasta luego, señor. ¡Haga justicia! Se volvió bruscamente hacia mí y me dijo: "Ese no es mi trabajo. Mi trabajo es jugar el juego conforme las reglas'" (citado por Herz, Michael, "Do Justice!"*: Variations of a thrice-told tale*, 82 Virginia Law Review 111, 1996).

11 En Argentina, por ejemplo, una reciente encuesta desarrollada en noviembre de 2023 por la ONG FORES, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, junto con la Universidad Torcuato Di Tella, señaló que el 88% de la población cree que la justicia es poco o nada independiente, y el 90% considera que es poco o nada honrada y honesta (FORES-UTDT, *Índice de confianza en la Justicia, noviembre 2023*, *https://www.utdt.edu/download.php?fname=_170127042951182200.pdf*

12 Atienza señala que "sería inaceptable, por ejemplo, que [los tribunales constitucionales] fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias

y la vigencia del estado de derecho. Como ha señalado la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana:

> La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y constituye un verdadero derecho fundamental (debido proceso). La motivación cumple, además de dar razones a las partes, una función política, extraprocesal, directamente conectada con los Derechos Humanos, de permitir el control social y ciudadano, aunque sea difuso, de la actividad jurisdiccional.[13]

Esta Cumbre, analizando un conjunto de sentencias dictadas por tribunales de la región, llegó a una dramática conclusión. Según el estudio, entre otras deficiencias, se advierten:

- Uso de palabras con significados conocidos solo por juristas, que no se han incorporado al léxico común.
- Utilización de términos anacrónicos, expresiones excesivamente técnicas y sobreabundancia del uso del latín.
- Utilización de giros retóricos innecesarios u obsoletos en la lengua de uso general.
- Redacción en tercera persona.
- Uso de expresiones oscuras y redundantes.
- Redacción barroca, con un uso abusivo del hipérbaton (trastrocamiento del orden sintáctico normal de las oraciones de sujeto, verbo y predicado).
- Uso excesivo de las oraciones subordinadas e incidentales, que dificulta la lectura y la comprensión de la idea que se quiere expresar.
- Exceso de transcripción de citas de doctrina y jurisprudencia.

La situación es compleja y requiere, en primer lugar, tomar conciencia acerca de la existencia del problema. En un trabajo sobre el caso mexicano se señala que: "las sentencias producidas

una exagerada extensión) su fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos" (Atienza, Manuel, *op. cit.*).

[13] XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana —Segunda Ronda de Talleres— Colombia, mayo de 2015, Grupo de Trabajo: Justicia y Lenguaje Claro: por el derecho del ciudadano a comprender la Justicia (transcripción parcial).

por los tribunales mexicanos no se entienden; pero lo peor es que a muchos de sus protagonistas (los jueces) no les importa demasiado", ya que existe una tendencia a que "solo se considera profundo lo que resulta de difícil comprensión".[14]

Estos defectos "que, cierto es decir, no solo se observan en nuestra Iberoamérica" conspiran contra una decisión judicial accesible al ciudadano.[15] Y, lamentablemente, no solo afectan al individuo cuyo caso es resuelto de modo incomprensible por el tribunal, sino que trasciende a este, con notoria afectación del estado de derecho. En efecto, la claridad que se exige a la ley a fin de que el individuo pueda orientar de un modo adecuado su conducta dentro de las reglas de juego de la convivencia en una sociedad democrática, se extiende también a la decisión judicial,[16] sea que nos encontremos en un sistema que siga la regla del precedente vinculante (en donde este aspecto adquiere tal vez más importancia[17]), o sea que nos encontremos en un sistema en donde la sentencia solo posee fuerza de convicción como fuente material, como es el caso en Argentina y en buena parte de Iberoamérica. Porque al aplicar la ley escrita, que brinda la primera pauta interpretativa "pero de ningún modo la última", no

14 Lara Chagoyán, Roberto, "Sobre la estructura de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible", *Quid Iuris,* año VI, vol. 12, UNAM.

15 A fines de analizar la claridad de las sentencias, es necesario también considerar la sociología de las diferentes sociedades en las cuales se emiten las decisiones. Así, por ejemplo, Michael Wells compara el modo expositivo que siguen las sentencias norteamericanas con el modo deductivo utilizado por los jueces franceses, considerando las distintas percepciones que ambas sociedades tienen respecto al rol de los jueces. Wells, Michael, *French and American Judicial Opinions*, 19 Yale J. Int'l L., 1994, *http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol19/iss1/3*

16 Ver Owens, Ryan J. y Wedeking, Justin, "Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of Supreme Court Opinions", *Law and Society Review*, vol. 45, núm. 4, 2011.

17 "[Las Cortes Supremas o de Casación,] tienen la función de, a través de los precedentes vinculantes, atribuir sentido al derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad". (Delgado Suárez, Christian, "Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3, año II, São Paulo, 2016, pp. 15-39.).

podemos olvidar las palabras del célebre juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver la causa *Marbury v. Madison:* "Decir qué es la ley es, enfáticamente, la competencia y la obligación del departamento judicial. Aquellos que aplican la regla al caso particular deben, necesariamente, exponer e interpretar aquella regla",[18] principio expandido un siglo más tarde por otro *Chief Justice* de aquel tribunal, Charles Evans Hughes: "Estamos sometidos a una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguardia de nuestra libertad y de nuestra propiedad bajo la Constitución".[19]

Pero una sentencia, ¿busca algo más que resolver el caso? Consciente o inconscientemente, toda sentencia, más allá de las discusiones sobre el activismo o la autolimitación judicial, como del sistema jurídico dentro del cual la misma se dicta, trasciende el caso en el cual ha sido dictada. Como ha señalado Laurence Tribe, la decisión judicial no solo resuelve el caso concreto, sino que altera el contexto y las relaciones jurídicas que están siendo juzgadas.[20] Refiriéndose a las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, expresa:

> La Corte Suprema es parte del mundo que contribuye a crear. Ningún caso importante realmente termina cuando termina. Los ganadores y perdedores pueden irse a sus casas, pero las reverberaciones de la decisión del tribunal continúan, generando nuevas controversias que retornarán a una Corte que ha sido en si misma modificada por el alterado paisaje legal y cultural.[21]

De este modo, una sentencia redactada en términos claros (y no por ello menos profundos) permite un mejor y más acabado conocimiento de la ley por los ciudadanos, transparenta la deci-

---

18 5 U.S. 137 (1803).

19 Discurso pronunciado en la Cámara de Comercio de Elmira, Nueva York, el 3 de mayo de 1907, publicado en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908,* 1908, p. 139.

20 Tribe, Laurence, *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*, 103 Harv. L. Rev. 1, 1989.

21 Tribe, Laurence. *Uncertain Justice* (Kindle Locations 5908-5911). Henry Holt and Co. Kindle Edition, 2014.

sión, reduciendo las ambigüedades e incrementando la confianza en la justicia y en sus actores, alejando así las sospechas de corrupción.[22]

Una sentencia clara permite también al ciudadano prever el modo en que los jueces aplicarán a futuro la regla de derecho. El padre de la escuela del realismo jurídico, Oliver Wendell Holmes señalaba en su célebre artículo "La senda del derecho" que en su opinión el derecho no es sino la "profecía acerca de lo que los tribunales harán en el caso concreto, nada más ni nada menos".[23] Más allá que la postura de Holmes pueda ser considerada exagerada, lo cierto es que el principio de igualdad ante la ley y las exigencias de la seguridad jurídica requieren la aplicación consistente de la norma: los casos similares deben ser resueltos por los jueces de igual modo y, en caso de apartamiento, deben darse razones suficientes que lo justifiquen.[24] En este sentido, es fuertemente criticable la mecánica utilizada tantas veces por la Corte Suprema de Argentina para intentar justificar sus frecuentes oscilaciones jurisprudenciales solamente con la expresión "que esta Corte, en su actual composición, no comparte el criterio sentado [...]",[25] sin intentar brindar argumentos novedosos y generando

22 "Considerando la supremacía de la ley como un medio para definir el acceso a los derechos, obligaciones y recursos, y para definir la relación entre individuos, entre individuos y entidades comerciales, y entre individuos y el estado, tanto asegurar que la información sobre la ley se encuentre libremente disponible y que el acceso al sistema de justicia sea universal son requisitos cruciales para una sociedad justa. Por otra parte, la falta de claridad de la ley y del modo en que esta es aplicada genera corrupción, desprecia la gobernabilidad y propicia la ilegalidad". Waye, Vicki, *Who Are Judges Writing For?*, 34 UWA Law Review, 2009.

23 Holms, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rew. 457, 1897.

24 Ver, entre otros, Dalla Vía, Alberto, *La seguridad jurídica: Instrumento y valor de la Magistratura*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

25 Ver, entre otros, Fiorentino, Fallos 306:1752. La Corte Suprema argentina también utiliza frecuentemente esta muletilla (pero en sentido inverso) cuando su composición se ha modificado, para expresar su conformidad con jurisprudencia sentada anteriormente (ver, por ejemplo, entre muchos otros y solo citando los últimos años: Colgate-Palmolive Argentina S.A. y Otros c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (C. 721. XXXIX. ORI - 2013); Unilever de Argentina S.A. c/Buenos

una notoria afectación de la seguridad jurídica, como si el solo cambio de la composición del cuerpo pudiera ser motivo para la modificación de los criterios jurídicos que deben guiar el obrar de los ciudadanos. Las reglas del *stare decisis* y la necesidad de distinguir los casos diferentes, se constituyen en premisas indispensables de toda decisión judicial, a fin de garantizar la igualdad entre quienes se encuentran en situaciones similares.[26]

En una sociedad descreída de la justicia, en donde la idea de una justicia "ad-hoc" según la persona involucrada en el caso prevalece,[27] la previsibilidad y estabilidad de las decisiones judiciales reviste una trascendental importancia a fin de asegurar la calidad institucional[28] y el principio de igualdad ante la ley. Y para ello, la claridad de la decisión resulta una pauta fundamental. Como ha expresado el juez Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos, una sentencia clara, en términos fácilmente comprensibles para los individuos, constituye uno de los aspectos fundamentales que ayudan a mantener alta la valoración del accionar de los jueces.

Aires, Provincia de s/Ordinario (U. 58. XXXV. ORI - 2009); Insaurralde, José Amado c/Estado Nac. Ministerio De Defensa - Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios (Fallos: 332:767); Torrillo Atilio Amadeo y Otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro s/Daños y Perjuicios (Fallos 332:709)). En el Perú también se ha dado esta discusión: mientras García Toma sostiene que el cambio de un precedente se encuentra justificado "cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional se compruebe una nueva y diferente cosmovisión de los magistrados que suceden a los anteriores" (Víctor García Toma. *Las sentencias constitucionales. El precedente vinculante*, en Tupayachi Sotomayor, Jhonny, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Lima, ADRUS, 2009, p. 62), Christian Delgado sostiene lo contrario (Delgado Suárez, Christian, *op. cit.*).

26 "[L]a regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental". (Requejo Pagés, Juan Luis, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, núm. 29, mayo-agosto, 1990).

27 Atienza, Manuel, *op. cit*.

28 Esta es una de las razones que justificó el proyecto Justicia 2020, llevado adelante en nuestro país por el gobierno nacional durante la presidencia de Mauricio Macri a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2157*

Otro de los elementos que debe ser tenido en cuenta por el juez al dictar sentencia es la necesidad de equilibrar en la decisión las veleidades de doctrinario con los argumentos que llevan a resolver el caso concreto. La sentencia, más allá de su valor como fuente de derecho,[29] lejos está de ser una monografía jurídica. De allí que el juez, al emitir su decisión, debe ceñirse a las circunstancias del caso, maximizando y focalizando la *ratio decidendi,* el cómo y porqué se llega a la decisión, y minimizando los muy frecuentes *dicta*. Es necesario tener en cuenta que el juez en su sentencia está resolviendo un caso, y no dictando una conferencia. El acrecentamiento de la longitud de las sentencias judiciales es un fenómeno mundial, producto en gran medida -pero no como única razón" de los adelantos tecnológicos (sistemas de procesamiento de texto que permiten la técnica de "cortar y pegar", el mayor acceso a la información y bibliografía disponible por internet, la asistencia con la que cuentan los jueces para investigación y redacción de proyectos de sentencias, etc.) y no ha redundado en una mejora de la calidad de las sentencias. Las razones que motivan este fenómeno son variadas, y van desde las dudas que pueda tener el magistrado acerca de su propio razonamiento, lo que lo lleva a buscar múltiples apoyos de su decisión como modo para reducir las potenciales críticas, hasta la vanidad de querer mostrar erudición académica. La discusión de puntos de vista alternativos a la decisión adoptada, la crítica a otras decisiones jurisprudenciales o a posturas doctrinarias, o los análisis sobre la evolución de los institutos jurídicos en la historia, así como la sobrefundamentación y el abuso del recurso a citas de terceros, cuando resultan innecesarios para justificar la decisión adoptada, son ajenos a la decisión y deben quedar "como regla y salvo muy contadas excepciones" fuera del contenido de la sentencia y reservados exclusivamente al ámbito de la academia. Paradójicamente, como señala Vicki Waye refiriéndose al caso australiano, pero en regla que puede extenderse a nuestro sistema:

[29] Esta característica de la sentencia como fuente se ve más clara en los sistemas que siguen la regla del precedente obligatorio (ver, Landa, César, "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 193-234).

> Parece que cuanto más importante y controvertido es un caso, más larga es la exégesis requerida para justificar el resultado. Irónicamente, sin embargo, cuanto mayor sea la repercusión que probablemente un caso tenga en la sociedad, menor es la probabilidad que este sea digerible para la persona común y mayor la dependencia de este en los informes de prensa, muchas veces hostiles a lo que los jueces pretendían.[30]

Como señala una de las principales autoridades en materia de redacción judicial en los Estados Unidos, los jueces que escriben de este modo sobreabundante y expansivo:

> confunden la decisión judicial que no es sino una exposición de las razones que explican cómo y porqué se adopta una determinada decisión, con artículos de revistas jurídicas, tratados o conferencias brindadas a audiencias profesionales en facultades de derecho, asambleas universitarias, reuniones de colegios de abogados o conferencias judiciales. Entre los jueces, este estilo es conocido como "en la búsqueda de la nominación para la Corte Suprema".[31]

Olvidando que los destinatarios principales de la sentencia son los justiciables que han llevado el caso a sus estrados. De allí que la pregunta que debe hacerse el juez al fallar es: ¿entenderán las partes del caso, legas, las razones de la decisión? En la opinión citada: "el exceso de citas, el exceso de notas al pie y el exceso de pedantería, hinchada e incómoda, son tres poderosos jinetes que conspiran contra el único propósito que debe tener todo juez: comunicar persuasivamente un argumento al lector de la decisión".

De modo parecido, se ha sostenido en México:

> Debe celebrarse que un juez se prepare y lea toneladas de información para contar con el conocimiento suficiente o, al menos para refrescar su memoria, a la hora de resolver un conflicto. Pero esto, que podría quedar escrito en el cuaderno de trabajo o de apuntes del juez, no tendría por qué quedar plasmado en la sentencia.[32]

---

30 Holms, Oliver Wendell, *op. cit*.

31 Aldisert, Ruggero J., *op. cit*.

32 Lara Chagoyán, Roberto, *op. cit*.

Estos problemas se ven potenciados en los casos en donde la decisión proviene de tribunales colegiados. Dos son, esencialmente los modelos teóricos sobre este punto: el modelo continental, de base francesa, en donde la decisión que se expone al público es unívoca e impersonal, sin que se admitan (hacia el exterior) otros razonamientos; y el modelo norteamericano de opiniones separadas que, al decir de Fernández Segado, "no solo engloban el supuesto de disidencia, sino también el de concurrencia".[33] En el primero de los sistemas prevalece la idea de colegialidad y, normalmente, lleva a análisis jurídicos más acotados, en la búsqueda de acomodar las diferentes visiones que, sobre un mismo tema, pueden tener los integrantes de un tribunal colegiado. En el caso de opiniones separadas, los votos concurrentes y disidentes normalmente adoptan posturas más audaces sobre los puntos legales en disputa, asemejándose más a monografías jurídicas.[34] El propio sistema argentino, a nivel federal, navega entre ambas posturas: mientras para la decisión de las cámaras se estipula que cada juez funda su voto por separado,[35] se establece que la decisión de la Corte Suprema se expresa en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes puedan expresar sus votos separados.[36]

Uno de los elementos que determinan este diferente enfoque viene dado por las diferentes fuentes principales del derecho y el modo de enseñanza de este en las universidades: mientras que el modelo de enseñanza en el sistema anglosajón, con fundamento en el *common law* "el derecho común que se manifiesta a través de la decisión judicial" se basa en el análisis de las decisiones judiciales, a fin de extraer de ellas los principios generales; el mo-

33 Fernández Segado, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, p. 1187.

34 Esta visión, sin embargo, no es aceptada por todos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que "todo tribunal colegiado, probablemente, comparte la regla de que es mejor acordar que disentir, y que una mayoría amplia es mejor que una más acotada. Existe un esfuerzo tácito, pero eficaz, hacia el consenso". Zahle, Henrik, *Judicial Opinion Writing in the Danish Supreme Court*, Scandinavian Studies in Law, 2012.

35 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCC) art. 271.

36 CPCC art. 281.

delo continental, con fundamento en la ley, privilegia el estudio de tratados y artículos de doctrina, que interpretan aquella y cuyos principios son concretizados en la decisión judicial.

Del mismo modo, mientras que en modelo anglosajón se considera que las visiones contrapuestas sobre el derecho son centrales en el discurso democrático y de allí la trascendencia de las *concurring opinions* y de las *dissenting opinions* para conformar doctrinas que vayan obteniendo consensos fuertemente mayoritarios que brinden estabilidad a las decisiones,[37] el modelo silogístico deductivo francés, con largos considerandos (en lo que se asemejan a las sentencias emitidas en Argentina), y el carácter impersonal de las decisiones son vistos como elementos necesarios para asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces, a la vez que se considera que las disidencias debilitan considerablemente la autoridad de la decisión.[38] De allí que se busque limitar el rol de los jueces como intérpretes del derecho, transformándolo en solo "la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma",[39] y justificando con ello el rol de los tribunales de casación.

Afortunadamente, los estados del continente parecen estar tomando conciencia del problema. A los cada vez más fuertes reclamos para que se asegure la independencia de la judicatura, se suman los intentos para mejorar la calidad de las decisiones judiciales.

En 2015, la Corte Suprema de Chile creó, dentro de su ámbito, la Comisión Lenguaje Claro, con la finalidad de promover su uso en el Poder Judicial, reconociendo el papel que este tie-

---

37 Para Wells, Michael, *op. cit.*, la necesidad en el sistema norteamericano de que las decisiones judiciales consistan en opiniones razonadas responde a cuatro razones fundamentales: (i) la decisión judicial debe servir de guía para la resolución de casos futuros; (ii) debe ser persuasiva, demostrando a los demás miembros del tribunal, a las partes, y a la comunidad en general la corrección de la decisión a la que se arriba; (iii) permite un mejor control de la acción judicial (*judicial accountability*) reduciendo los riesgos de mal desempeño; y (iv) legitimación democrática.

38 *Idem*.

39 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XI, capítulo VI.

ne en el acceso a la justicia del ciudadano.[40] En forma similar, en Argentina, su Corte Suprema aprobó, en octubre de 2023, los "Lineamientos Generales de Sentencias Claras",[41] y su Consejo de la Magistratura, el 29 de mayo pasado, adoptó las "Pautas lingüísticas para la redacción de providencias, comunicaciones y despachos claros" y las "Pautas lingüísticas para la redacción de sentencias y resoluciones claras", señalando que:

> 1) Los derechos constitucionales de acceder a una tutela judicial efectiva y a peticionar ante las autoridades [...] deben atender al derecho de los justiciables y administrados a comprender las resoluciones en tanto factor constitutivo de la garantía del debido proceso;
>
> 2) Que la claridad y facilidad de lectura de las providencias, resoluciones, notificaciones y publicaciones que dicta este Poder Judicial de la Nación resultan elementos esenciales para cumplir con el principio de publicidad de los actos de gobierno;
>
> 3) Que el lenguaje claro válidamente puede ser presentado como sinónimo de transparencia, acceso a la justicia y participación de la ciudadanía.[42]

En el ámbito regional, también merece destacarse el establecimiento en 2022 de la Red Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible, a partir del acuerdo entre la Real Academia Española, la Corte Suprema de Justicia de la Chile y la Red de Lenguaje Claro Chile con el propósito de "fomentar el lenguaje claro y accesible como fundamento de los valores democráticos y de ciudadanía, así como promover el compromiso de las autoridades para asegurarlo en todos los ámbitos de la vida pública". A la cual han adherido diversos tribunales e instituciones jurídicas del continente.[43]

---

40 Comisión de Lenguaje Claro, *https://www.pjud.cl/comision-lenguaje-claro*

41 Resolución núm. 2640/2023, *https://lenguajeclaro.jusbaires.gob.ar/app/uploads/2023/10/RESOLUCION-2640-2023-csjn-lenguaje-claro.pdf*

42 Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina, Resolución 204/2024, *https://consejomagistratura.gov.ar/index.php/2024/06/05/el-consejo-aprobo-pautas-linguisticas-para-la-redaccion-clara-en-la-tarea-judicial/*

43 RAE, *https://www.rae.es/la-institucion/red-panhispanica-de-lenguaje-claro-y-accesible*

Estas reflexiones lejos están de agotar el tema y solo tienen como intención llamar la atención sobre una cuestión que no ha merecido mayor debate en nuestra doctrina y que requiere un profundo debate, toda vez que la defensa en juicio de los derechos individuales, o la "tutela judicial efectiva" como lo denomina la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[44] exige que la decisión judicial que dirime nuestros derechos posea calidad institucional, alejando sospechas de arbitrariedad o favoritismo.

Referencias

Carta Magna (1215)

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de los EE.UU.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Aldisert, Ruggero J., Opinion writing and opinion readers, 31 Cardozo Law Review 1 (2009).

Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 2007.

Dalla Vía, Alberto, *La seguridad jurídica: instrumento y valor de la Magistratura*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2010.

Delgado Suárez, Christian, "Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3, año II, São Paulo, 2016.

Fernández Segado, Francisco, La evolución de la justicia constitucional, Dykinson.

García Toma, Víctor, *Las sentencias constitucionales,* "El precedente vinculante", en Tupayachi Sotomayor, *Jhonny, El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Lima, ADRUS, 2009.

Hernández, José, La Vuelta de Martín Fierro.

[44] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.

Herz, Michael, *"Do Justice!": Variations of a thrice-told tale*, 82 Virginia Law Review 111, 1996.

Holmes, Oliver Wendell, The Path of the Law, 10 Harv. L. Rew. 457, 1897.

Hughes, Charles Evans, discurso pronunciado en la Cámara de Comercio de Elmira, Nueva York, el 3 de mayo de 1907, Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908, 1908.

Landa, César, "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010.

Lara Chagoyán, Roberto, "Sobre la estructura de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible", *Quid Iuris,* año VI, vol. 12 UNAM.

Montesquieu, El espíritu de las leyes.

Owens, Ryan J. y Wedeking, Justin, *Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of Supreme Court Opinions*, Law and Society Review, vol. 45, num. 4, 2011.

Requejo Pagés, Juan Luis, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año X, núm. 29, mayo-agosto, 1990.

Sagrada Biblia – Libro de los Reyes.

Tribe, Laurence, The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics, 103 Harv. L. Rev. 1, 1989.

Tribe, Laurence, Uncertain Justice (Kindle Locations 5908-5911), Henry Holt and Co, Kindle Edition, 2014.

Waye, Vicki, Who Are Judges Writing For?, 34 UWA Law Review, 2009.

Wells, Michael, *French and American Judicial Opinions*, 19 Yale J. Int'l L., 1994.

Zahle, Henrik, Judicial Opinion Writing in the Danish Supreme Court, *Scandinavian Studies in Law,* 2012.

El proceso de descentralización en el Perú y en el derecho comparado: Italia y España

***

The decentralization process in Peru and in comparative law: Italy and Spain

*Gerardo Zegarra Flórez**

Resumen: la descentralización es un concepto que ha adquirido una importancia creciente en el ámbito político y constitucional de muchos países alrededor del mundo. Implica un cambio en la estructura de gobierno, con la transferencia de poder y competencias desde el nivel central hacia entidades subnacionales, como regiones o municipios. Este proceso tiene como objetivo promover la autonomía local, mejorar la prestación de servicios públicos y fomentar un desarrollo más equitativo.

El Perú, una nación con una rica historia y diversidad geográfica y cultural, ha experimentado una evolución considerable en su proceso de descentralización. Desde la promulgación de la Constitución de 1993, la descentralización se ha convertido en un componente clave de la estructura gubernamental peruana. Este proceso no solo ha buscado empoderar a las regiones para

* Gerardo Zegarra Flórez, profesor de la Universidad Católica de Santa María (Perú), Abogado y Licenciado en Ciencia Política y Gobierno, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María, Segunda Especialidad en Derecho Público y Gobernabilidad, Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna (Italia), Director Académico de la Universidad Católica de Santa María, ex Directivo del Colegio de Abogados de Arequipa, ex Funcionario de COFOPRI. *ORCID:0000-0003-1406-450X gzegarra@ucsm.edu.pe*

tomar decisiones y gestionar recursos de manera más autónoma, sino que también ha sido una respuesta a las diferencias socioeconómicas y culturales que existen entre las distintas regiones del país.

Sin embargo, el proceso de descentralización peruano ha enfrentado desafíos complejos. La transferencia de competencias y recursos a nivel subnacional no

siempre ha sido acompañada de la capacidad efectiva para gestionar estos recursos, lo que ha dado lugar a problemas de corrupción y falta de inversión en proyectos de desarrollo. Además, la falta de uniformidad en la capacidad administrativa y financiera de las diferentes regiones y municipios ha generado desigualdades notables en la prestación de servicios públicos, como salud y educación.

Para comprender mejor el proceso de descentralización en el Perú y encontrar soluciones efectivas a estos desafíos, es crucial mirar hacia otros países con experiencias significativas en descentralización: Italia y España, ambos ubicados en Europa, han experimentado sus propios procesos de descentralización, cada uno con características y desafíos únicos.

Abstract: decentralization is a concept that has gained increasing importance in the political and constitutional sphere of many countries around the world. It involves a shift in the government structure, with the transfer of power and competencies from the central level to subnational entities, such as regions or municipalities. This process aims to promote local autonomy, improve the delivery of public services, and foster more equitable development.

Peru, a nation with a rich history and geographical and cultural diversity, has undergone considerable evolution in its decentralization process. Since the promulgation of the Constitution in 1993, decentralization has become a key component of the Peruvian governmental structure. This process has not only sought to empower regions to make decisions and manage resources more autonomously but has also been a response to the socioeconomic and cultural differences among the country's various regions.

However, the Peruvian decentralization process has faced complex challenges. The transfer of competencies and resources

to the subnational level has not always been accompanied by effective capacity to manage these resources, leading to issues of corruption and lack of investment in development projects. Furthermore, the lack of uniformity in the administrative and financial capacity of different regions and municipalities has resulted in notable inequalities in the provision of public services such as health and education.

To better understand the decentralization process in Peru and find effective solutions to these challenges, it is crucial to look to other countries with significant experiences in decentralization. Italy and Spain, both located in Europe, have undergone their own decentralization processes, each with unique characteristics and challenges.

Key words: decentralization, regionalization, equal opportunities, political autonomy, political organization.

I. La descentralización y las formas de estado: un análisis constitucional

La descentralización es un concepto fundamental en la teoría política y administrativa, que ha sido ampliamente discutido y aplicado en numerosos países a lo largo de la historia.

La descentralización y las formas de Estado son dos conceptos fundamentales en el estudio de la teoría política y constitucional. La forma en que se organiza un Estado y la manera en que se distribuye el poder entre el gobierno central y las entidades subnacionales son cuestiones críticas que tienen un impacto significativo en la gobernanza, la participación ciudadana y el equilibrio de poder.

1.1. Concepto y Tipos de Descentralización

La descentralización se define como el proceso mediante el cual las funciones, responsabilidades y recursos del gobierno central son transferidos a nivel subnacional, como regiones, provincias o municipios. Existen varios tipos de descentralización:

a. Descentralización Política: Implica la transferencia de poder político a nivel subnacional, permitiendo una mayor autonomía en la toma de decisiones.
b. Descentralización Administrativa: Se refiere a la delegación de la administración y gestión de servicios públicos a las autoridades locales.
c. Descentralización Fiscal: Consiste en la asignación de recursos financieros a nivel subnacional, permitiendo que las autoridades locales gestionen sus propios presupuestos. Esto contribuye a la equidad y a la responsabilidad fiscal.

1.2. Descentralización y Constitución

La descentralización se encuentra intrínsecamente relacionada con la Constitución de un país. Una Constitución establece los principios y marcos legales que rigen la relación entre el gobierno central y las entidades subnacionales. Esta relación puede variar ampliamente según el diseño constitucional de cada país.

La Constitución puede garantizar la autonomía local y regional, definir la distribución de poderes y responsabilidades, y establecer mecanismos para la

resolución de conflictos entre niveles de gobierno. Una Constitución bien diseñada fomenta la estabilidad política y la cohesión nacional al garantizar la representación y participación de todas las comunidades dentro del país.

1.3. Descentralización y Forma de Estado

Para abordar la forma de Estado, según Pegoraro[1] se vincula a la relación existente entre los gobernantes y los gobernados. Dicho vinculo configura la llamada "dimensión horizontal" al comprender las relaciones de poder entre el Estado y la sociedad, emanando la dicotomía de autoridad-libertad. No obstante,

[1] Pegoraro Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional Comparado. Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación*, Ediciones Olejnik, 2017, Artículo inédito.

esta dimensión es dual, teniendo una relación entre el gobierno, como ente central, y la autonomía gubernativa de los diferentes municipios. Considerar tal enfoque, proveniente de la doctrina italiana, se denomina "tipo de Estado" indicando el orden de las instituciones de gobierno, contemplando el gobierno central y las formas de gobierno descentralizado.

El concepto de tipo de Estado, justificado en el derecho público occidental, responde a fenómenos tales como el federalismo y el regionalismo, anidando formas de integración. Dichas formas competen a la agregación de bases tribales en el quehacer estatal. La interrelación de zonas estratégicas, en forma concreta, enfrenta los modelos de grupos y comunidades, buscando su reconocimiento como centro de gobierno y no como institución periférica.

Del mismo modo, se ha ido construyendo con terminología dispar, un concepto propio de "tipo de Estado". A diferencia de la separación entre el Estado centralizado y descentralizado, el tipo de Estado aparece en situación de distribución múltiple, donde el poder se disgrega entre el centro y la periferia. Cuando se está ante un modelo centralizado-descentralizado, el término "tipo de Estado", hace alusión a si se encuentra en torno al centralismo o al unitarismo. Cuando se hace mención al unitarismo, se refiere a la organización burocrática del ejercicio administrativo; por su lado, el centralismo se refiere a catalogar, diferenciar y clasificar el poder burocrático sobre las bases históricas, la distribución del poder, la soberanía de las entidades descentralizadas, la división de competencias, las garantías ofrecidas, entre otras.

1.4. Estado unitario

Un Estado unitario se caracteriza por la concentración del poder en un único gobierno central. En esta configuración, la descentralización suele tener un enfoque más limitado, principalmente en aspectos administrativos, como la delegación de la ejecución de políticas públicas a niveles locales o regionales.

Para Luca Mezzetti,[2] el nacimiento del llamado "Estado Unitario Centralizado" parte de los modelos de gobierno absolutistas, inspirados en el modelo francés de inicios del siglo XVIII donde el poder central se mantenía mediante las estructuras administrativas estables, vinculadas íntimamente con el soberano.

La descentralización en un Estado unitario puede servir para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos, acercándolos a la población y adaptándolos a las necesidades locales. No obstante, la autonomía política limitada puede resultar en una falta de representación y capacidad de decisión a nivel local, lo que puede ser un desafío para la participación ciudadana.

1.5. Estado federal

Los Estados federales se caracterizan por la división del poder entre un gobierno central y entidades federadas (estados, provincias, etc.). La descentralización es un principio fundamental en los Estados federales, ya que las unidades federadas tienen su propia Constitución, gobierno y competencias legislativas. Esto significa que pueden tomar decisiones en una amplia gama de áreas, incluyendo la educación, la salud, la seguridad, la justicia y otros asuntos de relevancia local.

En los Estados federales, el principio de unidad estatal se concilia con el de autonomía política, justificando la regulación mediante la constitución federal. Aunque se reconozca la autonomía del sistema descentralizado, la soberanía sigue integrando una sola unidad, esto justificado en una serie de características uniformes, propias de tales modelos como lo son: condicionamientos por la constitución federal como el respeto al principio republicano, la prevalencia del derecho federal sobre la regulación propia, la adjudicación de competencias generales, la manutención de un sistema constitucional federal, respeto a la supervisión federal, integrar medidas coercitivas y competencia del Estado federal para usar las fuerzas armadas. De igual forma, se

[2] Mezzetti, Luca, *Manuale Breve Diritto Constituzionale*, XVII edizione, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A, Milano, 2022.

mencionan características adicionales que apoyan a la conceptualización del modelo federal: participación conjunta en cámaras, usualmente en dos cámaras de parlamento y el reparto de competencias constitucionales, conformando un modelo federal corporativo.

1.6. Estado regional

Algunos países adoptan una forma intermedia de Estado, donde se otorga un alto grado de autonomía a las regiones, pero el país sigue siendo considerado unitario en términos legales. En este modelo, las regiones tienen su propia legislación y gobierno, pero la Constitución nacional sigue siendo la norma suprema que rige todo el país. Esto se encuentra en un punto medio entre el Estado unitario y el federal.

La descentralización en un Estado regional ofrece un equilibrio entre la autonomía política y la unidad nacional. Las regiones pueden tomar decisiones sobre asuntos locales, pero siguen estando vinculadas por una Constitución nacional común que garantiza la cohesión del país. Este modelo busca acomodar la diversidad regional mientras mantiene una estructura legal unificada.

1.7. Distinción entre Estado federal y Estado regional

Tanto el Estado Federal como el Estado Regional se han originado de distintas fuentes. La aparición de los Estados federales se justificó con la adición de los Estados anteriores. Por su lado, los Estado regionales aparecen como consecuencia de la descentralización progresiva, reconociendo la autonomía de las entidades territoriales. Otra de las distinciones radica en la autonomía constitucional; de la cual gozan los Estados miembros de los Estados federales, mientras que las regiones solo gozan de autonomía estatutaria.

No obstante, el detrimento de la separación entre Estados federales y regionales se ha vuelto difuso. Se cita, por ejemplo, la autonomía constitucional, en los Estado federales, se condiciona

por la constitución, una sumamente limitativa, donde los Estados miembros tienen mayor poder, mientras que el sistema federal solo posee poderes residuales, rompiendo el esquema convencional de los sistemas federales. Así también, los Estados regionales asignan competencias residuales a las regiones, como es el caso español, donde la segunda cámara es exclusiva de los Estados regionales. Lo enunciado, revela que concurre un panorama variado, provocando que se generen tipificaciones absolutas de las clasificaciones "federal" y regional", anidando sistemas de gobierno híbridos.

1.8. Descentralización y autonomía de las entidades subnacionales

La relación entre descentralización y autonomía de las entidades subnacionales es fundamental. En un Estado unitario, la descentralización tiende a estar más enfocada en aspectos administrativos, y las entidades subnacionales tienen un grado limitado de autonomía política. En contraste, en los Estados federales, la descentralización se traduce en una mayor autonomía política y legislativa para las unidades federadas.

1.9. Ventajas y desafíos de la descentralización

La descentralización aporta una serie de ventajas significativas para un Estado democrático y el desarrollo sostenible:

a. Participación Ciudadana: al llevar el poder y la toma de decisiones más cerca de las comunidades locales, se fomenta la participación ciudadana y la rendición de cuentas.
b. Eficiencia en la Administración Pública: la administración descentralizada puede ser más ágil y eficiente al adaptarse a las necesidades locales y responder de manera más efectiva a los desafíos específicos de cada región.
c. Desarrollo Económico: la descentralización puede promover el desarrollo económico al permitir a las regiones gestionar sus recursos y tomar decisiones sobre inversión y desarrollo local.

d. Estabilidad Política: una descentralización bien diseñada puede contribuir a la estabilidad política al abordar demandas y tensiones regionales de manera democrática y pacífica.

Sin embargo, también plantea desafíos, como la necesidad de coordinación entre niveles de gobierno y la posibilidad de desigualdades regionales. La forma de Estado elegida tiene un impacto directo en cómo se abordan estas cuestiones.

II. La descentralización en el Perú

2.1. Constitución de 1993

La Constitución Política de 1993 en el Perú, en su versión original, fue promulgada bajo un carácter centralista, con un fuerte énfasis en la concentración de poder en el gobierno central. Sin embargo, en el año 2002 se realizaron modificaciones importantes para descentralizar el país y otorgar mayor autonomía a las regiones y municipios. A continuación, se explora la evolución de la Constitución desde su versión original centralista hasta las reformas descentralizadoras de 2002.

2.2. Constitución de 1993 (Versión Original - Carácter Centralista)

La versión original de la Constitución de 1993 otorgaba un poder significativo al gobierno central, limitando la autonomía de las regiones y municipios. El presidente de la República tenía amplios poderes y autoridad sobre los gobiernos subnacionales, lo que resultaba en un sistema centralizado de toma de decisiones.

La Constitución de 1993 definió un conjunto limitado de competencias regionales y locales, y la transferencia de competencias desde el gobierno central a los gobiernos subnacionales era un proceso complejo y poco desarrollado. Esto restringía la capacidad de las regiones y municipios para tomar decisiones sobre asuntos locales.

El gobierno central también mantenía un fuerte control sobre los recursos económicos, incluidos los ingresos fiscales. Esto limitaba la capacidad de las regiones y municipios para financiar y gestionar sus propios programas y proyectos.

2.3. Reformas de 2002 (Descentralización)

En el 2002, se llevaron a cabo modificaciones significativas en la Constitución para abordar las deficiencias del modelo centralista y promover la descentralización. Estas reformas marcaron un hito importante en la evolución del sistema político peruano y en el fortalecimiento de la autonomía regional y local.

Las reformas establecidas señalaron procedimientos más claros y efectivos para la transferencia de competencias desde el gobierno central hacia las regiones y municipios. Esto permitió una mayor autonomía en la gestión de asuntos locales.

Se avanzó en la descentralización fiscal, permitiendo a las regiones y municipios tener un mayor control sobre sus recursos económicos y presupuestos. Esto les dio la capacidad de financiar sus programas y proyectos de manera más independiente.

Fortalecieron la autonomía de las regiones y municipios al reconocer sus competencias exclusivas y compartidas. Esto les dio un mayor margen de maniobra para la toma de decisiones y la planificación local.

2.4. Retos en la implementación de la descentralización en el Perú

La implementación de la descentralización en el Perú ha sido un proceso significativo y transformador, pero no exento de desafíos. Estos desafíos han surgido a lo largo de las etapas de descentralización y han requerido la atención continua de las autoridades y los académicos. Algunos de los desafíos clave incluyen:

1. *Capacidades institucionales y técnicas limitadas*: la transferencia de competencias y recursos a los gobiernos sub-

nacionales ha requerido una inversión significativa en el desarrollo de capacidades técnicas y administrativas.

2. *Rendición de cuentas y fiscalización:* la descentralización plantea el desafío de garantizar la rendición de cuentas y la fiscalización efectiva. A medida que los gobiernos subnacionales asumen mayores competencias y gestionan más recursos, se deben establecer mecanismos sólidos de supervisión.
3. *Desigualdades regionales:* a pesar de los esfuerzos por abordar las desigualdades regionales, existen disparidades significativas en el desarrollo económico y social entre las regiones del Perú. Reducir estas brechas es un desafío continuo.
4. *Conflicto de competencias:* la delimitación de competencias entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales puede ser motivo de disputas y conflictos. Es necesario definir con precisión las responsabilidades de cada nivel de gobierno y establecer mecanismos de resolución de conflictos efectivos para evitar disputas prolongadas.
5. *Corrupción y mala gestión:* la corrupción y la mala gestión son desafíos persistentes en el Perú, y la descentralización no está exenta de estos problemas. Los recursos descentralizados pueden ser vulnerables a malos manejos y prácticas corruptas.

III. La descentralización en el derecho comparado: Italia y España

Descentralización en Italia: en palabras de Luca Mezzetti, el modelo italiano se configura como uno del tipo regional, con fuertes implicancias en el modelo de la administración pública, apartándose el modelo centralizado que se inspiró del sistema napoleónico. El establecimiento de dicho modelo alternativo, acercándose a un federal, fungió como solución intermedia de los modelos centralizados y federales; se promovió la autonomía política territorial, pero en grado diferenciado.

Descentralización en España: España es un país que se ha embarcado en un proceso de descentralización a través de la crea-

ción de comunidades autónomas. Estas comunidades autónomas son unidades políticas y administrativas que poseen un alto grado de autonomía y tienen competencias en áreas específicas.

IV. Reflexiones constitucionales

Un aspecto fundamental en el proceso de descentralización en el Perú y en la comparación con los casos de Italia y España es la existencia de un marco legal y constitucional sólido. A continuación, se analizan los elementos clave de un marco legal y constitucional sólido en el contexto de la descentralización:

4.1. Constitución como fundamento

La Constitución es la norma suprema que sienta las bases de la estructura del Estado y los principios rectores de la descentralización. En todos estos países, la Constitución debe reconocer y garantizar la autonomía de las entidades subnacionales, definir sus competencias y establecer los principios de coordinación y cooperación entre los niveles de gobierno. Además, debe proporcionar mecanismos para resolver conflictos y disputas.

4.2. Estatutos de autonomía y estatutos regionales

En el caso de España e Italia, los Estatutos de Autonomía son documentos esenciales. Estos estatutos establecen en detalle las competencias y los poderes de las regiones y comunidades autónomas. En el Perú, la Constitución reconoce la existencia de regiones y establece las bases para la dación de sus normas internas que son fundamentales para definir el alcance de la autonomía y las responsabilidades de las entidades subnacionales.

4.3. Principios de autonomía y solidaridad

Un marco legal y constitucional sólido debe incorporar principios que equilibren la autonomía regional con la solidaridad na-

cional. El principio de autonomía garantiza que las regiones tengan el poder de tomar decisiones en asuntos locales, mientras que el principio de solidaridad busca la distribución equitativa de recursos y la cohesión nacional. Esto se refleja en el principio de solidaridad fiscal en el caso peruano y en los mecanismos de financiación autonómica en España e Italia.

4.4. Mecanismos de resolución de conflictos

Dado que la descentralización puede dar lugar a tensiones y conflictos entre los niveles de gobierno, un marco legal sólido debe incluir mecanismos efectivos de resolución de conflictos. Esto puede involucrar tribunales constitucionales, arbitraje o mediación para resolver disputas de manera justa y equitativa. La existencia de estos mecanismos es esencial para garantizar la estabilidad y la legalidad en el proceso de descentralización.

4.5. Protección de derechos fundamentales

Un marco legal sólido debe garantizar que los derechos fundamentales de los ciudadanos estén protegidos en todos los niveles de gobierno. La descentralización no debe comprometer la igualdad de acceso a servicios esenciales como la educación, la salud y la justicia. Un marco legal fuerte asegura que los ciudadanos tengan igualdad de derechos y oportunidades en todo el territorio del país, independientemente de la región en la que residan.

4.6. Actualización y adaptación

La capacidad de adaptar el marco legal y constitucional a las cambiantes realidades y necesidades del país es esencial. Esto implica la posibilidad de modificar la Constitución y los estatutos autonómicos o regionales a través de procedimientos democráticos establecidos.

4.7. Educación y conciencia ciudadana

La educación cívica y la conciencia ciudadana son componentes esenciales de un marco legal y constitucional sólido. Los ciudadanos deben comprender su sistema político y sus derechos y responsabilidades en el contexto de la descentralización.

Referencias

Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.

Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, (trad. de Pablo Lucas Verdú), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1987.

Blume Fortini, Ernesto (coord.), *Reflexiones Constituciones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional Peruano*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Q&P Impresores, 2021.

Cáceres Arce, Jorge Luis y Ballón Lozada, Héctor, *La historia y la política en la descentralización peruana*, Arequipa, Editorial ADRUS, 2010.

Cáceres Arce, Jorge Luis (coord.), *Libro de Ponencias del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. I y II Constitucionalismo: Democracia a la Defensa, Arequipa, Universidad Católica de Santa María – Fondo Editorial UCSM. ADRUS D&L Editores, 2022.

Caravedo Molinari, Baltazar, *Descentralismo y Democracia*, Lima, Grupo de Estudios para el Desarrollo – GREDES, 1988.

Cátedra Arequipa - Pensar para crecer, Diez años de descentralización en el Perú: Balances y Perspectivas, Ángel María Manrique (ed.), Arequipa, Adrus D&L Editores, 2013.

Chirinos Soto, Enrique, *Historia de la República,* t. I, II y III, Bogotá, Editorial Panamericana, 1991.

Constitución Política del Estado Peruano, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Compendio Normativo, Editorial Formax, 2019.

Delgado Silva, Ángel, *Descentralización & Constitución Una Contribución al Debate*, Lima, Seglusa Editores, 1993.

Elguera Valega, Luis, *La descentralización y sus instituciones*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Católica Sedes Sapientiae, 2006.

García Belaunde, Domingoy Eto Cruz, Gerardo, *Constitución Peruana Historia y Dogmática*, Arequipa, ADRUS D&L Editores S.A.C., 2015.

García Toma, Víctor y Jorge Luis Cáceres Arce, *Regímenes Políticos,* Arequipa, Editorial ADRUS S.R.L., 2011.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos, P.U.C.P. Observatorio Anticorrupción, Lima, 2021.

Las Constituciones del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Universidad Católica de Santa María, Antares Impresores SAC, Arequipa, 2018.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1982.

López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Mezzetti Luca, *Manuale Breve Diritto Costituzionale*, XVII edizione, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., Milano, 2022.

Montero Díaz, Julio, (ed.), *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808-1978,* Barcelona, Editorial Ariel-Practicum, 2008.

Pareja Paz-Soldán, José, His*toria de las Constituciones Nacionales (1812-1979),* Lima, Fondo Editorial PUCP, 2005.

Pastore, Fulvio, "Brevi considerazioni su uñita e indivisibilita della repubblica italiana", en F. Pastore E J. Lozano Miralles (a cura di), *Autonomie Territoriali e principio di indivisibilita nello stato unitario: Italia e Spagna*, Atti del seminario internazionale di Cassino del 7 maggio 2019, CEDAM, 2020.

Pegoraro, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional Comparado. Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación*, Ediciones Olejnik, 2017, Artículo inédito.

Entre la razón democrática y el dominio de lo digital. El deconstructivismo de la democracia en el siglo XXI

***

Between democratic reason and the dominion of the digital. The Deconstructivism of Democracy in the 21st Century

*Asdrúbal Aguiar A.**

SUMARIO: I. Preliminar. II. La deslocalización digital de la democracia. III. El hueco negro. IV. Salvar el lenguaje. V. Sobre la participación política en contextos digitales. VI. La inexcusable consideración antropológica. VII. Relectura deconstructivista de la democracia. VIII. Brevísimo epílogo.

> "Quienquiera que crea en la cultura del espíritu y en su libertad y desee la eterna permanencia de esa cultura suprasensible mediante la libertad, ese, cualquiera sea el lugar de su origen y la lengua que hable, pertenece a nuestra raza y será nuestro".
>
> *J.T.Fichte, Discursos a la nación alemana, 1899.*

* Doctor en Derecho. Secretario general del Grupo IDEA. Miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de España, Cádiz, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya. Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas) y Profesor Visitante de la Universidad del Salvador de Buenos Aires, de la Universidad de Buenos Aires, y del Miami Dade College (MDC).

> "El orden terreno, el orden de la tierra, se compone de cosas que adquieren una forma duradera y crean un entorno estable donde habitar. Son esas "cosas del mundo", en el sentido de Hanna Arendt, a las que corresponde la misión de "estabilizar la vida humana".
>
> Ellas le dan un sostén. El orden terreno está siendo sustituido por el orden digital. Este desnaturaliza las cosas del mundo Hoy nos encontramos en la transición de la era de las cosas a la era de las no-cosas...
>
> Ya no habitamos la tierra y el cielo sino Google Earth y la nube".
>
> *Byun-Chull Han. No-cosas. Quiebras del mundo de hoy, 2021.*

> "Condenaríamos a la humanidad a un futuro sin esperanza si quitáramos a las personas la capacidad de decidir por sí mismas y por sus vidas, condenándolas a depender de las elecciones de las máquinas".
>
> *Francisco, Discurso en la sesión del G7 sobre inteligencia artificial, 14 de junio de 2024.*

I. Preliminar

Distintos libros se han escrito y no pocas reuniones se celebran acerca de la llamada democracia digital, en suerte de aporía pendiente a resolverse- y que compromete cuestiones antropológicas y normativas de hondo calado. Algunos la usan con liberalidad para referirse a la comunicación política en la Era de la hipermediación, a la Ciudadanía 3D, a la democracia electrónica o la democracia digital deliberativa, o intentar explicar con ella las nuevas tecnologías de representación mientras otros, más cautos, una vez como abordan la cuestión del Internet a fin de auscultar el futuro de la democracia la sitúan con mejor pertinencia: Democracy in The Digital Age (Anthony G. Wilhelm, 2000) o Defending Democracy in a Digital World (2022 Anual Report, CD&T).

Stefano Consonni, en artículo "Che cos'è la democracia digitale" (Adl Consulting, Roma), al tratar sobre la cuestión en 2019

parte para su análisis de una cita que a mi juicio despeja el verdadero panorama tras este rótulo incitador y de moda mencionado: "Sukkind no tiene dudas al sostener que el futuro de la política estará en la regulación de sus relaciones con la tecnología". Por lo que, de entrada, a mi juicio adquiere pertinencia el lúcido ensayo de César Cansino sobre La muerte de la ciencia política (2008): "Desconectada de la vida social y cultural de los pueblos, colonizada por métodos propios de otras disciplinas, ahogada por el dato duro y encorsetada por la hiper especialización, agoniza". De donde cabría preguntar si ¿estará pasando lo mismo con la democracia, al ahora calificársela de digital?

Lo que sí cabe subrayar es que, al hablarse de la política, a saber, de la justificación de lo que debería o no hacer el Estado moderno declinante o sobre el uso del poder y acerca de las decisiones en cuanto a su configuración desde la perspectiva de una gobernanza digital, en modo alguno resulta criticable que se la subsuma o rotule como "política digital". Empero, tratándose de la democracia se ha de tener una mayor prudencia.

Lo ha dicho recién y como prevención ética Francisco, acuñando la algorética, en su discurso ante el G-7 del 14 de junio corriente:

> Así, mientras que el uso de una herramienta simple "como un cuchillo" está bajo el control del ser humano que lo utiliza y su buen uso depende solo de él, la inteligencia artificial, en cambio, puede adaptarse de forma autónoma a la tarea que se le asigne y, si se diseña de esa manera, podría tomar decisiones independientemente del ser humano para alcanzar el objetivo fijado. Conviene recordar siempre que la máquina puede, en algunas formas y con estos nuevos medios, elegir por medio de algoritmos. Lo que hace la máquina es una elección técnica entre varias posibilidades y se basa en criterios bien definidos o en inferencias estadísticas. El ser humano, en cambio, no solo elige, sino que en su corazón es capaz de decidir.

La democracia es una forma de vida y un estado del espíritu, no se reduce al simple proceso electoral o decisional como bien lo advierte Norberto Bobbio ("La regola di maggioranza: limite e aporie", 1981; asimismo, in extensu, Corina Yturbe, Pensar la democracia: Norberto Bobbio, UNAM, 2007). En línea con sus

enseñanzas "la libre determinación de la voluntad individual (se entiende por "libre determinación" aquella que se toma frente a diversas alternativas, a través de la ponderación de los argumentos a favor y en contra, y no en las situaciones sin alternativa, y en todo caso no por miedo a consecuencias graves para la persona o sus bienes) requiere como supuestos una serie de condiciones preliminares favorables (reconocimiento y garantía de los derechos de libertad, pluralidad en las tendencias políticas, libre competencia entre ellas, libertad de propaganda, voto secreto, etc.) que anteceden a la emisión del voto y también, en consecuencia, al funcionamiento de la regla de mayoría, que es pura y simplemente una regla para el recuento de votos". Ella, la democracia, ciertamente incide sobre lo que ha de hacer o no el Estado y sobre las formas para la adopción de decisiones legítimas acerca del poder y su disposición, pero en el caso no es, por lo antes dicho, sujetable a parámetros tecnológicos en el plano de lo sustantivo, que puedan afectar a sus elementos esenciales y a sus componentes fundamentales.

No es fácil definir a la democracia digital según Consonni, pues la democracia implica, en efecto, "un conjunto de prácticas, estructuras, instituciones, movimientos". Aun así, al término no se arredra este y lanza su aventurada precisión: Es la "práctica de la democracia a través de la utilización de instrumentos y tecnologías digitales con la finalidad de expandir e intensificar la participación democrática".

Nadie duda, cabe admitirlo, sobre la capacidad de relacionamiento intensivo y extensivo que entre las gentes ocurre desde el instante mismo en el que toman cuerpo dominante las grandes revoluciones tecnotrónicas y posmodernas, en lo particular a partir de 1989, sobre todo con el énfasis que adquieren treinta años más tarde, desde 2019, a raíz de la pandemia universal del COVID. Me refiero a las revoluciones digital y de la inteligencia artificial (IA), sin que lo señalado, a saber, la intensidad cuántica de las relaciones entre personas pueda reputarse como la expresión de una voluntad democrática y participativa verdadera.

De donde, acudiendo al otro Susskind, no al Jaime del articulista mencionado, cabe reparar en algo que al primero bien le inquieta y facilita que formulemos una hipótesis de trabajar que

advierto en una definición de la NASA, útil para comprender a cabalidad el sentido de la aporía democrática que nos ocupa: ¿Podremos escapar —el poder y la democracia– del agujero negro, de cuya fuerza gravitatoria tan fuerte y superior a la velocidad de la luz tampoco escapa siquiera la propia luz?

El físico puro y profesor de la Universidad de Stanford, Leonard Susskind, autor de La guerra de los agujeros negros (2009) escribe, justamente, lo siguiente:

> Una controversia científica sobre las leyes últimas de la naturaleza refiere que desde Einstein la relación espacio-tiempo se ha hecho flexible; no obstante lo cual Stephen Hawking imagina, en 1976, que los agujeros negros eran "las trampas definitivas" en las que, lanzados dentro de estas un trozo de información, un libro, incluso un ordenador, los perdería para siempre el mundo exterior y de manera irrecuperable. De suyo, "la ley de la Naturaleza más básica" la conservación de la información, base del conocimiento humano racional "estaba en serio peligro".

II. La deslocalización digital de la democracia

El expresidente Valentín Paniagua, conductor de la transición política en Perú, a propósito del libro que publico en 2008 e intitulo El Derecho a la democracia, me observaba preocupado la afectación que acusaban los estándares históricos de la democracia sustancial y de ejercicio, renovados por la Carta Democrática Interamericana de 2001. Los había descrito yo dentro de dicho texto con amplios soportes obtenidos de mi revisión integral de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, hasta alcanzar unas 600 enseñanzas (Vid. de mi igual autoría, Digesto de la democracia: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014). Intentaba demostrar, y lo logro teóricamente, el carácter prescriptivo vinculante de tan trascendental documento, hijo de una larga decantación que se inicia en 1959 con la Declaración de Santiago de Chile, adoptada por la OEA (Quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores, Acta final, 1960), treinta años antes del agotamiento del socialismo real y de la emergencia de las revoluciones técnicas en actual marcha.

Me argüía el fallecido expresidente los efectos deconstructivos de nuestro catecismo democrático al ras y en proporción al reacomodo global que se suscitaba, no tanto por el agotamiento del modelo soviético "contracara y espejo contrapeso para Occidente" sino, justamente, en virtud del ingreso de la Humanidad a la llamada sociedad tecnológica de la información, tras la que adquiere contextura la metáfora "Aldea Global" imaginada por Marshall McLuhan hacia 1962.

El "quiebre epocal" sobrevenido comprometía y hoy compromete las bases espaciales y temporales del ejercicio del poder del Estado y de la ciudadanía, tal como han sido entendidos a lo largo de nuestra milenaria historia intelectual de raíces judeocristianas y grecolatinas. El novísimo ecosistema descarta las "lugarizaciones", cultiva la instantaneidad y de suyo predica sino la decepción sí la ineficacia de los sacramentos formales de la democracia para el manejo de las realidades en un mundo de liquidez sobrevenida en cuanto a sus códigos éticos y jurídicos.

Hasta las naciones que el Estado ha vestido con sus ropajes a lo largo de nuestra modernidad, han quedado al desnudo; lo que es peor, están expuestas, como lo muestra la experiencia corriente, a un acelerado proceso de fragmentación identitaria y de forja de nichos primitivos perturbadores de la confianza social, procuradores de anomia e incertidumbres y promotores de un escepticismo colectivo. Y la democracia, no se olvide, es el régimen que blinda a la libertad con los antivirus de la transparencia y la confianza.

Con mi libro de 2008 propongo descubrir a la democracia más allá del Estado o como simple técnica para su organización institucional, a fin de situarla como el elemento vertebrador del conjunto de los derechos humanos y como concreción de la idea del bien común. Reaccionaba, así, ante el abúlico y cínico comportamiento de la diplomacia regional interamericana por incapaz de defender a la democracia como derecho tal y como la presenta el artículo inaugural de la misma Carta Democrática. Sus contenidos, por expresar derechos humanos totalizantes, son, justamente, los amenazados de desaparición con la emergencia de lo digital y cuántico más que por obra de los populismos autoritarios o las denominadas dictaduras del siglo xxi.

Hace casi medio siglo Ernesto Mayz Vallenilla, rector fundador de la Universidad Simón Bolívar al instalar el Instituto de Altos Estudios de América Latina en cuya forja participo, se adelantaba y alertaba sobre lo anterior en los términos que siguen:

> Sobre América Latina se ejerce un creciente proceso de transculturación, cuyos efectos desintegradores se reflejan sobre el ethos peculiar de nuestros pueblos. Absorbido y desfigurado semejante ethos por la fuerza anonimizadora y homogeneizadora de la técnica, el resultado de este proceso está desvinculando al hombre latinoamericano "y al Occidental" de su propio mundo, desarraigándole de su conciencia hasta transformarlo en un apátrida, o en alguien cuyo mundo es semejante al de cualquier otro habitante del planeta. (Del autor, "Latinoamérica en la encrucijada de la técnica", en USB/ Instituto de Altos Estudios de América Latina, América Latina Conciencia y Nación, 1976).

Siendo inevitable e irrefrenable la gobernanza digital global, en suma, cabe agregar lo que a la par es otra máxima de la experiencia, a saber, la concentración de información y de los *software*, no tanto en unas manos estatales cada día más débiles por imperio de la gobernanza digital y la reducción de las fronteras jurisdiccionales, sino en las manos de quienes dominan sobre las grandes plataformas y la Big Data. Poseen un poder excepcional por lo pronto huérfano de un sistema correspondiente de controles y de contrapesos como es lo propio de un Estado democrático y constitucional de Derecho. Dicho esto, en pocas palabras, al ser la democracia un sistema de derechos que se ejercen en libertad y con autonomía –conocimiento, discernimiento, interacción social, decisión informada, acto de elección– y que al cabo significa predicar todos los derechos para todas las personas, si falla su posible garantía de ejercicio al modificársele sus principios y basamentos racionales, cede la democracia, desaparece en un "hueco negro". Así de simple. Y es por esa vía que corresponde reflexionar, para resolver la aporía de la prematuramente llamada democracia digital y salvo que se la reduzca a mero dominio autoritario o a la práctica del narcisismo político. Huelgan los casos en las Américas.

En fin, razón le asistía al juez y presidente que fuese de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el ilustre mexicano

y ex Procurador General, Sergio García Ramírez (1938-2024), al fijar como criterio, constatando acaso el enunciado fenómeno sin abundar sobre sus causas, el siguiente:

> Para favorecer sus excesos, las tiranías "clásicas" "permítaseme calificarlas así" que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás operaban intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad (Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C, núm. 200).

III. El hueco negro

La socióloga Soshana Zuboff, al referirse a lo que califica de "capitalismo de vigilancia" y en avance dentro del mundo contemporáneo, dice, refiriéndose a la gobernanza digital que, al apuntar sus algoritmos a la disolución de las amalgamas institucionales y por estar dirigidos al mundo individual de los sentidos, la autonomía personal queda anulada. En nombre de la libertad, en especial la que apunta al mercado y al consumo, tras la prédica de un mundo de redes digitales que expande la relación comunicacional entre las personas como nunca hubiésemos podido imaginarlo, lo cierto es que vienen abrogando las enunciadas libertades de pensar, de discernir, de razonar, de reunirse y expresarse e informarse con libertad, y por esa vía de poder decidir autónomamente cada persona en el marco de las realidades virtuales e instantáneas. La política y la democracia pasarían a ser como los cometas, hijas de la circunstancia y la fugacidad. Y en ese marco, ante los fueron de la técnica, toda referencia a los valores éticos queda en entredicho por impertinente, imprudente, importuna e inoportuna.

No se trata, al invocar los valores éticos de la democracia, y cabe aclararlo, de apuntar hacia la episteme "seguridad sobre algo y el conocimiento de sus principios" sino de salvar, cuando menos, "el dominio de la génesis, como expresión de aquello que puede ser o no ser [...] [a fin de] salvar la inseguridad del azar que tiñe la existencia, y que pueda luchar por alcanzar, en ella, una cierta forma de conocimiento adecuado a ese ser intermedio entre lo real y lo posible" (E. Lledó, "Aristóteles y la ética de la polis", V. Camps, Historia de la ética, I, 1999).

Es imposible, a la luz de lo señalados efectos deconstructivos culturales y concretos agenciados por la gobernanza digital como el presente, obviar, para esta consideración, las reflexiones que acerca de la cultura como expresión hegemónica hiciese Antonio Gramsci, manoseado parlamentario italiano que fallece en 1937 e ícono de las generaciones progresistas del siglo XXI, causahabientes del socialismo real y de factura globalista. Se separa este del marxismo militante e internacionalizado para refugiarse en lo que considera puede hacer trascender a su ideología contracultural.

Gramsci, filólogo marxista, aspira en su tiempo a una nueva hegemonía cultural; esa que, según ahora se afirma, nos estaría llegando tras el citado "quiebre epocal" acelerado por la técnica y que "debe fraguarse [según él] sobre la base de una nueva concepción del mundo en donde todos los factores [...] deben converger en la creación de un nuevo clima cultural colectivo en el que la cuestión lingüística general resultará algo medular". Por lo que ya se advierte en el mundo de las redes, paradójicamente y no por acaso, el uso y abuso como regla de los superlativos, la ocultación conceptual, el empleo de eufemismos, y acusativos que deshumanizan y se encuentran en el orden del día (Vid. Vicente Romano: La intoxicación lingüística. El uso perverso de la lengua, s/f; asimismo, Juan Pedro Arozena, Gramsci: Su influencia en el Uruguay, 2022). Se instala lo que Piero Calamandrei, cronista del fascismo italiano, llama régimen de la mentira, "Il regime della menzogna", cuando menos el culto del relativismo entre los seres humanos mientras avanzan las certezas dogmáticas de los algoritmos.

Zuboff, sin embargo, sin señalarlo concretamente le sale al paso a tal pretensión deconstructiva de lo cultural conocido, a

saber, al intento de fractura post marxista de las raíces judeocristianas milenarias y fundamentos de Occidente, que ciertamente peligran. Pero sin proponérselo desmonta al proyecto gramsciano viéndolo, oblicuamente, como al tonto útil que cree estar acelerando su propósito pedagógico deconstructivo de lo cultural valiéndose de las fuerzas "anonimizadoras" de la revolución digital; siendo que, al término, como lo demuestra dicha revolución en avance y sin retrocesos, ella no es mero medio o instrumento y antes bien se le sobrepone al todo y al todo lo cosifica, y hace de cada persona un número o dato de sus algoritmos. A esta, en lo particular, le fractura sus raíces, esas que son el producto de su arraigo en el espacio de lo local y la interrelación temporal entre las distintas generaciones.

Se le resta destino –bajo el capitalismo de vigilancia– al propósito deconstructivo cultural gramsciano, en su línea de pulverización de lo social para afirmar el dominio de un Estado o Leviatán que agoniza, bajo las llamadas dictaduras del siglo xxi. Lo digital y la IA se sobreponen, justamente, al pulverizar lo social y transforman en data disponible a todo el quehacer humano.

Leamos, *in extensu*, a la profesora de Harvard:

> Todas las criaturas se orientan en función de su hogar. Es el punto de origen desde el que toda especie fija su dirección y rumbo. Sin ese rumbo bien orientado, no hay modo alguno de navegar por aguas desconocidas [...]. En la naturaleza misma del apego humano está que todo viaje y expulsión ponga en marcha la búsqueda de un hogar [es caso de Ulises y Penélope]. [Empero, ha llegado el capitalismo de vigilancia que] [...] "reclama unilateralmente para sí la experiencia humana, entendiéndola como una materia prima gratuita que puede traducir en datos de comportamiento", explica.

Seguidamente agrega que

> aunque algunos de dichos datos se utilizan para mejorar productos o servicios, el resto es considerado como un excedente conductual privativo (propiedad) de las propias empresas capitalistas de vigilancia y se usa como insumo de procesos avanzados de producción conocidos como inteligencia de máquinas, con los que se fabrican productos predictivos que prevén lo que cualquiera de ustedes "o de nosotros" hará ahora, en breve y más adelante. Por último, estos

> productos predictivos son comprados y vendidos en un nuevo tipo de mercado de predicciones de comportamientos que yo denomino mercados de futuros conductuales.
>
> A partir de esa reorientación "prosigue Zuboff con su argumentación" desde el conocimiento hacia el poder, ya no basta con automatizar los flujos de información referida a nosotros, el objetivo ahora es automatizarnos (a nosotros mismos). En esta fase de la evolución del capitalismo de vigilancia, los medios de producción están supeditados a unos cada vez más complejos y exhaustivos "medios de modificación conductual.

El capitalismo de vigilancia, en suma, da a luz a una nueva especie de poder que yo llamo instrumentalismo, precisa la autora. El poder instrumental conoce el comportamiento humano y le da forma, orientándolo hacia los fines de otros [todo lo contrario del quehacer democrático y en libertad]. En vez de desplegar armamentos y ejércitos, obra su voluntad a través del medio ambiente automatizado conformado por una arquitectura informática cada vez más ubicua de dispositivos "inteligentes", cosas y espacios conectados en red. Muere la ciencia política, repetiría el citado Cansino, y fenece la democracia, no ya por el desencanto que usara como latiguillo y a inicios del siglo xxi el argentino Dante Caputo y el PNUD (Vid. La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, 2004) para favorecer la emergencia de las dictaduras de nuevo cuño: "el poder político real del Estado", sino por ser ella forma personal de vida y derecho humano totalizante: "Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla", reza el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, causahabiente, qué duda cabe, del artículo 1 de la Constitución de Alemania dictada en 1949 sobre las cenizas de la Segunda Gran Guerra del Siglo xx y su Holocausto: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

Por lo que concluye Zuboff:

> Sostengo que el instrumentalismo es una especie de poder sin precedentes que ha resultado esquivo a nuestra comprensión, en parte, porque se lo ha sometido al tratamiento propio del síndrome del carruaje sin caballos. El poder instrumental ha sido contemplado

> a través del viejo prisma del totalitarismo, con lo que se ha mantenido oculto para nosotros aquello que tiene de diferente y peligroso. El totalitarismo fue una transformación del Estado en un proyecto de posesión total. El instrumentalismo y su materialización en forma de Gran Otro señalan sin embargo la transformación del mercado en un proyecto de certeza total, un proceso que resulta inimaginable fuera del medio ambiente digital y de la lógica del capitalismo de vigilancia (Shoshana Zuboff, La era del capitalismo de la vigilancia, Paidós, 2020).

En síntesis y para la comprensión cabal del significado del «hueco negro» que se viene engullendo a la razón pura y práctica de la democracia en nuestras narices, tanto como para sostener como aporía a la expresión democracia digital, basta con la consideración crítica que hace, recapitulando, uno de los estudiosos de Zuboff, Alejandro Sobrino C., quien la recensiona (Revista de Filosofía Ágora, Universidad de Santiago de Compostela, vol. 41, núm. 2, 2022):

Como dice J. Weizenbaum, uno de los pioneros de la IA, la razón instrumental puede tomar decisiones, pero no hacer elecciones; es lo que diferencia a la máquina del ser humano. "Que tantas personas pregunten tan a menudo qué deben hacer es señal de que el orden del ser y del hacer se ha invertido. Las personas no deben preguntar qué hacer, sino que deben ser. Las que saben lo segundo no tienen qué preguntar por lo primero". La razón instrumental reduce el estudio de la mente a la psicometría, a números que midan propiedades psíquicas que permitan diseñar test y escalar sus resultados para predecir comportamientos futuros."

IV. Salvar el lenguaje

La misma virtualidad, en fin, ese metaverso sustitutivo de lo lugareño, de la ciudad como igual quehacer temporal que es milenario en Occidente, a saber, de "la cosa humana por excelencia" según Claude Levi-Strauss, es la que apaga como paso primero de la cosificación digital el sentido vertebrador y realizador del lenguaje; por lo que cabe retomarlo y releerlo. Al término es raciocinio y comunicación, lo propio de la vida humana en propie-

dad y sobre todo lo sustantivo a la experiencia de la democracia, como diálogo permanente y argumentado que es y contra el que conspira la cultura al detal de lo digital, la de la reducción de las bibliotecas a los 200 caracteres de un Twitter, los 150 de un TikTok, y hasta los 2.200 de un Instagram.

"Sin él "sin el lenguaje, palmariamente perturbado por el mundo de las redes digitales" no hubiera existido entre los hombres ni gobierno ni sociedad, ni contrato ni paz, ni más que lo existente entre leones, osos y lobos", observa el propio Hobbes (Thomas Hobbes, Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil, 1651) antes de determinar, por ende y sin decirlo así, cómo se forma la nación a través del lenguaje en tanto que expresión de cultura y de arraigo. Y podríamos decir, dado lo inevitable de la globalización digital, que será ella, la reconstrucción de la nación por medio de la defensa del lenguaje, el contrapeso o equilibrio necesario que habrá de oponérsele a la gobernanza de lo virtual y lo instantáneo; ello, para que la técnica no concluya acabando con la razón, por ende, poniéndole punto final a la vida verdaderamente humana una vez como alcance a recrearse a Deus-Et-Machina: ¿globalización vs. g-localización?

El lenguaje, ciertamente, es el que hace posible o vehicula el que podamos todas las personas hacer de manera distinta o diversa las mismas cosas, al "registrar lo que por meditación hallamos ser la causa de todas las cosas, presentes o pasadas, y lo que a juicio nuestro las cosas presentes o pasadas puedan producir como efecto, lo cual, en suma, es el origen de las artes. En segundo término, mostrar a otros el conocimiento que hemos adquirido, lo cual significa aconsejar y enseñar uno a otro. En tercer término, dar a conocer a otros nuestras voluntades y propósitos, para que podamos prestarnos ayuda mutua. En cuarto lugar, complacernos y deleitarnos nosotros y los demás, jugando con nuestras palabras inocentemente, para deleite nuestro", como reza el Leviatán

Lo único en lo que se le podría asignar un logro práctico razonable a Gramsci y en lo que este comparte argumentos con Marx y con Engels, es, ciertamente, en la importancia que le atribuye al lenguaje, como base de toda ciudad o nación, como nicho de

cultura familiar y humana; pero es que ahora lenguaje digital y de suyo críptico y simplificado, bastando el necesario para la satisfacción de los sentidos que son estimulados desde afuera, ajenos a la humana inteligencia, ya no toca a la razón ni a su uso para la comprensión del mundo objetivo. Invade a los sentidos, antes bien, así como excluye deliberadamente el discernimiento [como el democrático procedimental y su soporte sobre la libertad de expresión contrastada] para que la selección digital pueda ser instantánea. ¿Pero su predicado real acaso podrá ser el mismo?:

"Todo el lenguaje es un continuo proceso de metáforas, y la historia de la semántica es un aspecto de la historia, de la cultura, el lenguaje, que es al mismo tiempo una cosa viviente, y un museo de fósiles de la vida y de la civilización," dice el mismo Gramsci, con sentido lapidario, en unos de sus textos (El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce, Buenos Aires, 1971, cit. Arozena, Gramsci).

Hobbes, que se le adelanta varias centurias y cuyas enseñanzas traspasan a la actualidad, como si acaso estuviese enjuiciando tanto a Gramsci como al andamiaje digital, al mismo Homo Twitter con sus *FakeNews* y su fuerza deconstructiva del diálogo, aborda igualmente el tema del abuso del lenguaje destacando sus vicios correlativos:

> Primero, cuando los hombres registran sus pensamientos equivocadamente, por la inconstancia de significación de sus palabras; con ellas registran concepciones que nunca han concebido, y se engañan a sí mismos. En segundo lugar, cuando usan las palabras metafóricamente, es decir, en otro sentido distinto de aquel para el que fueron establecidas, con lo cual engañan a otros. En tercer lugar, cuando por medio de palabras declaran cuál es su voluntad, y no es cierto. En cuarto término, cuando usan el lenguaje para agraviarse unos a otros: porque viendo cómo la Naturaleza ha armado a las criaturas vivas, algunas con dientes, otras con cuernos, y algunas con manos para atacar al enemigo, constituye un abuso del lenguaje agraviarse con la lengua, a menos que nuestro interlocutor sea uno a quien nosotros estamos obligados a dirigir; en tal caso ello no implica agravio, sino correctivo y enmienda.

V. Sobre la participación política en contextos digitales

Dicho lo anterior, advirtiendo que el contraargumento al que se limita este papel en modo alguno plantea una oposición entre términos y realidades: globalización vs. nación, el del valor amenazado del espacio-tiempo que es propio a la democracia y le preocupa tanto como ocupa la reflexión científica de Hawking por oposición a lo virtual-instantáneo. Menos es una demonización de algo que desde ya sabemos que se impone fatalmente "la gobernanza digital global y su expansión hacia la inteligencia artificial; que adquiere una mayor resiliencia, lo hemos dicho, tras el COVID-19" y que no tendrá marcha atrás, como no la tuvo el nacimiento de la imprenta y su influencia civilizatoria en el planeta:

> La revolución que emprendió, considerada la primera gran revolución dentro de la escritura, sumó al manuscrito "dominante absoluto durante dos milenios y medio" y a la xilografía, que es la pre-imprenta, la facilidad de las copias mecánicas exactas y en cantidad creciente. Así nació el libro impreso y empezó la difusión de la literatura y la ciencia, al tiempo que la comunicación, que va dejando de ser oral y manuscrita tan solo, pasó a ser impresa también e impresa periódicamente", explica Xosé López García (La metamorfosis del periodismo: Historia de lo que permanece y de lo que cambia en el ciberperiodismo del tercer milenio, Sevilla, 2010).

El caso es que la imprenta, por su naturaleza, no ha dejado de ser un instrumento netamente humano como fue el citado ejemplo del cuchillo, obra y al servicio de la inteligencia humana, mientras que la realidad virtual y digital creada y determinada por los algoritmos privilegian la relación sensorial, como lo confirma Zuboff. Tanto que al libro de los libros hoy se le busca despachar en una homilía dominical de 8 minutos exactos, por pedido del Vaticano. Y en su paso posterior hacia lo cuántico, será real y potencialmente capaz dicha realidad y su relación con los sentidos de superar y sustituir al mismo ingenio de la especie humana.

De modo que, ante ello cabe la pregunta inveterada pero actualizada, propia de los grandes ciclos milenarios, que ocupase

los espacios de reflexión de la escolástica medieval: Dado el innovado *Deus ex Machinae*, que es referente de universalidad e hiperrealismo platónico, situado en el mundo de la No-cosas, diría Biun Chul-Han (Quiebras del mundo de hoy, 2021), y siendo el Leviatán artificio universalista que se agota y le suplanta otro universal totalizante, el de la gobernanza digital, ¿qué restará entonces como particular o como particulares donde quepa situar para lo sucesivo al individuo sensible pero racional, al mundo de las cosas prosternado por el de las no-cosas, a fin de reequilibrar y evitar el totalitarismo de la técnica "de suyo el de la política digitalizada" sobre este?

Disueltas como se encuentran las bases territoriales del Estado y las personales del Derecho, por debilitados los mismos soportes conceptuales del Leviatán con el paso desde la modernidad hacia la Era de la Inteligencia Artificial y el gobierno de las plataformas digitales, en la coyuntura, rotos los lazos de la ciudadanía y los vínculos de esta con la representación política, medra y domina la dispersión en todos los ámbitos y ordenamientos de Occidente.

No podemos hablar, en lo inmediato, de que se trate del descubrimiento o del advenimiento de una realidad social novedosa y molecular "ora gramsciana o de factura digital" con propósitos de estabilidad. En la coyuntura, esta es, sí y antes bien, el caldo de cultivo de los radicalismos y la violencia en curso que envuelve a los occidentales, en un marco de liquideces y migraciones globales procurador de relativismos que, al fomentar las inseguridades hace fácil y hasta necesaria la dictadura de la técnica; también el tráfico de las ilusiones, propulsados por el populismo cesarista del siglo xxi.

Más allá del debate no cerrado acerca de la conveniencia o no del ejercicio de la democracia directa pura en casos en los que, sobre todo en materia de políticas públicas especializadas o en temas sensibles para la gobernanza eficaz se requiera de una adecuada preparación, como cuando se redacta una Constitución o una ley, lo cierto es que el uso de la tecnología digital y de sus plataformas integradas es una realidad, como cabe repetirlo. Sin necesidad de reunir a todo el pueblo en asamblea tumultuaria, este puede "participar" (¿?) en tiempo real y a distancia, acaso

previamente informado por la inteligencia artificial perollevado de la mano por la plataforma respectiva, de quienes la gobiernan y por quienes comparten el secreto de sus algoritmos.

Ya ha lugar al uso intensivo y extensivo de tales plataformas en distintos procesos electorales y de participación democrática sobre asuntos más inmediatos a la ciudadanía, según refiere Consonni. En Taiwan, v.gr. existe una plataforma de consulta "vTaiwan" en la que la gente puede ser preguntada sobre sus principales problemas, tanto como esas plataformas de *Wikidemocracy* están siendo experimentadas en países como Brasil, Francia, el Reino Unido, etc.

Agrega el articulista, y cabe subrayarlo, que el ministro italiano Matteo Salvini se salvó de un procesamiento apelando al voto popular depositado sobre la Plataforma Rousseau del Movimiento 5 Stelle; plataforma luego multada al evidenciarse en ella problemas de seguridad "en efecto, no las hay invulnerables a la interferencia de hackers y del Internet Bot" y asimismo por la manipulación digital de los votos que se hizo. En Venezuela bajo los regímenes de Hugo Chávez y Nicolás Maduro, esta ha sido la constante y su modelo de algoritmos, adquirido por sus gobiernos de facto, cada vez más perfeccionado, ha sido exportado a las Américas comprometiendo la confianza pública en el voto como fuente de legitimidad democrática originaria.

Pero varias interrogantes a resolver se le plantean a Consonni, como la cuestión del tiempo para poder ejercitar no tanto el voto sino la participación en un proceso deliberativo de formación de políticas públicas, el bajo porcentaje de quienes tienen educación digital, y lo central ante un planteamiento que nazca de la plataforma y acerca del cual el participante tenga una discrepancia de fondo sobre la base o fundamentos de la propuesta, que no le limite a un Sí o un No en algún referéndum.

Hace dos años, la Fundación Luigi Einaudi organizó un evento "International Forum on Digital and Democracy, Roma" para debatir sobre tales cuestiones, subrayando algunos elementos que avanzan más al fondo del problema planteado en estas páginas, como el de la tentación autoritaria del algoritmo "ese que define y domina al señalado "hueco negro"" como a lo que se

ha hecho palmario en las "autocracias electivas" del siglo xxi, a saber, la posibilidad de la vigilancia de las masas y sus datos en el marco de una naciente religión integrista, el "datismo". Y no se olvide que, mientras deliberadamente se predica el mencionado desencanto con la democracia, normalizándosele, solo un 46% de la población mundial vive bajo democracias generalmente imperfectas. No bastando que a esa tendencia ahora se le agregue lo que plantean China y Rusia "en los días previos a la invasión a Ucrania" en cuanto a que la democracia, para que sea fuente de paz, ha de volver al plano de lo endógeno, adaptada a las necesidades particulares de cada pueblo o nación. Se la rechaza como fuente de universales o valores éticos.

El encuentro promovido por esa Fundación se advierte, como dato desafiante, que en 2023 habría concurrido a las elecciones en Dinamarca el Syntetich Party, cuyo programa lo elaboró con Inteligencia Artificial esperando, así, ganar el voto de quienes se abstienen políticamente; probablemente apuntando a quienes no comparten, son indiferentes o se muestran indignados con las claves políticas del pretérito democrático. El elector, obviamente, atraído por lo que mejor cree conocer y saber se deje arrastrar por la corriente que lo lleva, si cabe la prédica apocalíptica, hacia ese "hueco negro" que invisibiliza a la política y teatraliza a una democracia virtual o de utilería.

El planteamiento hasta aquí descrito y esbozado no es baladí, salvo que se crea que todo lo que ahora ocurre en el mundo se resolverá en la mesa más que del azar del azar en la del menú a la carta que elabora a su arbitrio el cocinero de cada algoritmo; de donde cabe enfatizar y resolver, deslindada la cuestión cultural, sobre este asunto de la democracia digital, repito, como aporía y dados sus efectos condicionantes de la autonomía personal.

VI. La inexcusable consideración antropológica

En algunos de mis escritos he optado por remitir a la advertencia que, siendo Cardenal, hizo Benedicto XVI ante el Senado italiano ("Fundamentos espirituales de Europa", 13 de mayo de 2004). Luego del derrumbe comunista, advierte que la progresiva "disolución de la conciencia de los valores morales intangibles es

precisamente ahora nuestro problema; puede conducir a la autodestrucción de la conciencia que debemos comenzar a considerar" independientemente de la visión del ocaso de Spengler [La decadencia de Occidente / Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte, 1918/1923] – como un peligro real". No por azar, el mismo Joseph A. Ratzinger apunta a lo vertebral, lejos de la crisis de cambio que afecta a la democracia o asimismo de su posible desaparición en el "hueco negro" de la gobernanza digital. Habla, en concreto, de la crisis de discernimiento contemporáneo.

Ante el parlamento federal alemán (Discurso de 22 de septiembre de 2011) sucesivamente observa que "cuando en nuestra relación con la realidad hay algo que no funciona, entonces debemos reflexionar todos seriamente sobre el conjunto, y todos estamos invitados a volver sobre la cuestión de los fundamentos de nuestra propia cultura". Y el asunto es que el ahora fallecido Papa jubilado o el último como le describe Nietzsche (Así hablo Zaratustra o Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen, 1883-1885), en su exposición ante los italianos mira a profundidad y sostiene que, más allá del fenómeno de lo digital que acelera la deconstrucción cultural y la experiencia de la libertad, "Occidente siente un odio por sí mismo que es extraño y que solo puede considerarse como algo patológico". "Ya no se ama a sí mismo [Occidente], solo ve de su propia historia lo que es censurable y destructivo [...]", ajusta Ratzinger. Acude, para demostrarlo, a la experiencia del nazismo:

"El Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar al mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo". Luego, solo el discernimiento que quedó en los combatientes de la resistencia, su capacidad para distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho solo aparente como la conciencia de que en Alemania "el derecho vigente era en realidad una injusticia", les permitió prestar un servicio al Derecho y a toda la Humanidad durante la reconstrucción, recuerda Ratzinger.

Así las cosas, el problema de la «democracia digital» deconstructiva de la cultura política contemporánea, reside en que el

hombre "varón o mujer" occidental, tanto como estima de irrelevantes a sus raíces, muy poco le importa, según parece, que las mayorías dirigidas hagan de las suyas; hasta que la perdida de la libertad se le hace insoportable.

No por azar, en su referido encuentro con los parlamentarios de su patria de origen y desde una clara comprensión antropológica, Ratzinger explica que, gran parte de las materias que se han de regular bajo el criterio de las mayorías en nuestra contemporaneidad, con la renovada limitación de la democracia al plano de lo procesal-técnico y como método para elegir, no alcanza ni es evidente para resolver las cuestiones "en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la Humanidad". Todo lo contrario, las subvierte.

En este contexto, al romperse con el molde normativo y para entender al ecosistema digital global emergente al objeto de acometer su lectura desde una perspectiva ética y humanista, he advertido dos premisas que subyacen y sobre las que llamo a la atención en mi libro Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos (2018): la del progresivo agotamiento de la democracia en América Latina a fuerza de reducir su experiencia a la cotidianidad electoral-digital y a su expansión en todos los ámbitos de la vida humana y ciudadana hoy secuestrada por una nueva aristocracia, la de los autores de los algoritmos; y la otra, la inflación de los derechos humanos en proporción a los pedazos en los que se fracturan los sólidos del Estado y de la ciudadanía, con la consiguiente banalización del núcleo pétreo de la dignidad humana, sea al deteriorarse las garantías de aquellos en su relación con el espacio-tiempo de lo jurisdiccional, sea y por sobre todo al predicarse ahora sobre los derechos humanos digitales, como lo ha hace Tim Berners-Lee. El "no-diàlogo" de redes demuestra a cabalidad lo anterior.

Se trata, pues, de superar la desfiguración en la coyuntura de la democracia, tal y como acontece con su versión "postdemocrática", que predica la inmediatez de relación entre el líder y las masas sin mediaciones institucionales, apoyada sobre ese ecosistema que en la actualidad y aún más desde la pandemia facilita la gobernanza del mundo y hasta la compromete, en unos intersticios de ingobernabilidad que asimismo son capaces de es-

timular con sus censuras o interferencias en el quehacer político los mismos patrones de las grandes plataformas tecnológicas. Estados Unidos es un ejemplo paradigmático.

En suma, las plataformas digitales y sus metaversos están comprometiendo los grandes relatos culturales y con ello abroga el valor de los "proyectos de vida" compartidos.

Habían transcurrido 12 años desde el desmoronamiento del Muro de Berlín cuando el Club de Roma advertía sin ser escuchado que "el mundo está pasando un período de trastornos y fluctuaciones en su evolución hacia una sociedad global, para la cual la población no está mentalmente preparada". Agregaba que, como "resultado su reacción es a menudo negativo, inspirada por el miedo a lo desconocido y por la dimensión de los problemas que ya no parecen ser a escala humana"; por lo que previene aquél acerca de estos temores, que "si no se abordan, pueden llevar al público a extremismos peligrosos, un nacionalismo estéril y fuertes confrontaciones sociales".

¿Acaso presenciamos ahora, junto a lo anterior "entre las ciudades-nación que hemos sido desde el subterráneo de nuestro constitucionalismo histórico o el de la trashumancia indígena que se resolviera con estas" un fenómeno de neomedievalismo, como lo planteara en 1977 Hedley Bull, en término que populariza Umberto Eco en 1986 con su texto Diez modos de soñar con la Edad Media? El primer autor hace constar la pérdida, que se actualiza ahora, del sentido de la soberanía y la soberanía, como en la Alta Edad Media, de los mismos Estados, las iglesias y los entes territoriales.

La cuestión la describe Bull de este modo:

> [...] es concebible que los estados soberanos puedan desaparecer y ser reemplazados no por un gobierno mundial sino por un equivalente moderno y secular del tipo de organización política universal que existía en la cristiandad occidental en la Edad Media. En ese sistema, ningún gobernante o estado era soberano en el sentido de ser supremo sobre un territorio dado y un segmento dado de la población cristiana; cada uno tenía que compartir la autoridad con vasallos de abajo, y con el Papa y (en Alemania e Italia) con el Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico arriba. El orden po-

> lítico universal de la cristiandad occidental representa una alternativa al sistema de estados que aún no encarna el gobierno universal.

Lo que no advierte dicha referencia es que los datos de la realidad "a saber, la cristalización a partir de 1989 y su profundización durante el curso de los últimos 30 años de las revoluciones digitales y cuántica o de la inteligencia artificial" muestran, por una parte, la emergencia de esos otros poderes desregulados, supraestatales y transnacionales, globalizados, incluso ajenos a la experiencia no solo del multilateralismo conocido y actuante como gobierno mundial sino de lo lugareño y de lo temporal citados, como lo han conocido todas las civilizaciones a fin de hacerse como tales. Y, por la otra, hace palmaria esa deconstrucción social que trasvasando a la localidad cultural se afirma sobre otras identidades que, por su misma naturaleza, adquieren un carácter transnacional; tal como ocurre con los grupos LGTB+, afrodescendientes, comunidades indígenas quienes encuentran nuevo piso en la extensión y totalización geográfica dentro de un mundo cuyo ambiente igualmente difuso "extensiones selváticas que comparten jurisdicción entre distintos Estados" les habría destetado del Estado-nación que antes les cobijase.

Paradójicamente, el Papa Francisco, en la exposición señalada al principio, ante los jefes de Estado del G7 proclama, con énfasis, que "¡La política sirve! Quiero reiterar en esta ocasión que «ante tantas formas mezquinas e inmediatistas de política [...], la grandeza política se muestra cuando, en momentos difíciles, se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político [al actual, se entiende y por narcisista] le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación".

Restan hoy los Estados, es cierto, pero cada vez más como franquicias sin poder real ni jurisdiccional. Lo ha demostrado el cierre de ciclo en 2019, con el advenimiento y los efectos social y económicamente destructivos de la pandemia universal del Covid-19; la que al paso obligó a la suspensión en Occidente de las regularidades democráticas y del Estado de Derecho. Y los anclajes naturales, de base humana y culturalmente integradores que se resumen en esa idea de la nación "como lo es el mestizaje cósmico que denota como propio de las Américas y obra del trasiego atlántico José de Vasconcelos" ahora, según lo dicho, son

cuestionados, puestos en tela de juicio, no solo sus vestidos constitucionales y republicanos.

Al Estado y los Estados, en suma, se les vacía de contenido y de su conciencia práctica, esos que le dan arraigo y le han permito trascender, incluso dentro de las desviaciones mesiánicas de sus gobernantes. Que sigan allí y tengan gobiernos no cambia la inutilidad que revelan, al punto que se los apropian como nichos de impunidad los dirigentes políticos de cuño reciente, grupos terroristas y hasta el crimen transnacional organizado. No por azar afirma Luigi Ferrajoli, desde la escuela florentina (Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia, II, 2011) que, cada uno se revela incapaz de lidiar por sí solo y aislado con los grandes problemas de la globalización, mientras que en lo interno el Estado moderno se ha vuelto un paquidermo sin la agilidad que demandan estos tiempos, mejor ganados para la instantaneidad y la deslocalización.

VII. Relectura deconstructivista de la democracia

En artículo de hace cuatro años, el ministro federal de relaciones exteriores alemán, Heiko Josef Maas (Welt am Sonntag, 25 de octubre de 2020), pide un nuevo comienzo en la asociación trasatlántica "¿salvar los activos de la democracia apuntalados sobre el patrimonio intelectual de Occidente" a propósito de las elecciones que se realizaban en Estados Unidos. Describe, al efecto, el exacerbado clima que vive Norteamérica valiéndose de un superlativo que copia de los medios y le es familiar a Iberoamérica desde inicios de siglo: "Democracia al borde del abismo". Ese vendría a ser el leitmotiv del enfrentamiento de ayer por la Casa Blanca, entre Donald Trump y Joe Biden, que vuelve a repetirse en el momento.

Refiere Josef Maas que "las instituciones de América [a las que Alemania debe su libertad y democracia, todavía] merecen confianza". Agrega lo que los alemanes han aprendido de los norteamericanos: "La democracia necesita reglas que sean aceptadas por todos sus representantes", es decir, saber ganar y saber perder dentro de un Estado de Derecho.

Por esa vía, incluso admitiéndose que "Occidente sí intenta laudablemente abrirse, lleno de comprensión a valores externos", lo hace situándose ante las otras culturas del mundo en una condición de falta de cultura y disolviendo sus propias certezas. Y el planteamiento no es baladí, salvo que se crea "y lo creen no pocos"que todo lo ahora ocurre en el mundo se resolverá en la mesa del azar norteamericano.

Josef Maas pone el acento sobre la división dentro de Estados Unidos y destaca que "la democracia sufre" con ello. Agrega que así se lo ha experimentado durante el coronavirus, omitiendo que la pandemia y su gestión, siendo mundial y estimulado el pánico a través de los medios digitales, al cabo hubo de volver a manos de las localidades la procura de soluciones; pero, además y es lo que cabe subrayar, comprometiéndose en la circunstancia y para ello a casi todos los elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia, deconstruyéndolos en la emergencia.

Sin embargo, acierta el alto funcionario alemán, aquí sí, al destacar la importancia en democracia de "una cultura de interacción civil" pues en democracia o todo se debate o no hay democracia. Se trata, en efecto, de la cultura que sabe conjugar más allá del Estado y de los "procesos" democráticos. Su supuesto, el señalado, no obstante, y al ser fundamental para la vigencia de la democracia, es el que está siendo negado por la aculturación global en curso y por quienes, como presas de esta se convierten en enemigos por pensar distinto, sobre todo desafiando la corrección política impuesta por la gobernanza digital y sus censuras.

Quizás siguiendo de nuevo a Luigi Ferrajoli, quien sugiere de necesario afrontar las "cosas nuevas" reconstruyendo a partir de los principios de solidaridad y de subsidiariedad, imposibles de practicar si no se les ancla en el piso ordenador de la dignidad de la persona humana como se hiciese al término de la Segunda Gran Guerra del siglo xx, quepa considerar como lo más pertinente lo que propone, al cabo, el alto funcionario alemán y que obliga a conjugar, repito, más allá del Estado.

"Poner la asociación trasatlántica en una base aún más amplia, a través de una política específica que acerque aún más a los Estados, los Estados federados, los municipios, las universidades, las instituciones de investigación, las empresas y los profesiona-

les de la cultura de ambos lados del Atlántico [...] por encima de las divisiones ideológicas", en su consejo.

VIII. Brevísimo epílogo

Esperanza Guisán (Más allá de la democracia, 2000) observa la tendencia hacia la politización "en nombre de la anti política, que es lo propio de las grandes revoluciones tecnológicas en marcha" de todos los actores sociales, prosternándose ahora el argumento clásico de la división del trabajo que obliga a la representación de lo político, por lo que reclama la falta de reflexión por parte de la ética y la filosofía más allá de los ámbitos en que los individuos llevan a cabo sus metas, libremente. Refiere el mal funcionamiento de la democracia que conocemos, por prudencial y por propiciar una existencia mediocre en ausencia de los sueños de perfección y utopía propios a lo humano; reclamando en su defecto de una práctica democrática moral profunda. A lo que Francisco Plaza (El silencio de la democracia, 2011), de su lado y a la luz de temas o problemas como los que he enunciado propone "recobrar el sentido integral de la democracia", más allá de sus formas.

La pregunta actual y pertinente con vistas a la fuerte fragmentación o el deconstructivismo social y la radicalización consiguiente del pluralismo identitario, debido a la desestatización de la política y el predominio de lo digital es, entonces, sobre el límite mínimo de aquella y la de este en modo de procurar una "interacción social" posible y moralmente aceptable como la que nos plantea Josef Maas .

Es acaso esta la vía que podría permitir las transacciones razonables sobre las exclusiones admisibles entre las tribus o retículas surgidas de la deconstrucción de la ciudadanía, para sostenerlas en su "aparente" dispersión sobre unos mínimos denominadores que favorezcan la gobernabilidad dentro de una nueva y acaso inédita gobernanza en democracia y en un contexto digitalizado. Ferrajoli pide, no por azar, que se elaboren otras categorías constitucionales en lo global y a nivel de los actuales Estados, conjugando, lo reitero, más allá del Estado.

La respuesta o solución al complejo problema que plantean los derechos humanos como contenidos de la democracia y esta como exigencia sin la cual aquellos carecen de garantías por vía del Estado de Derecho constitucionalizado y a la manera de un derecho humano totalizador, no la tengo en lo personal; pero habría de ser, otra vez, la del ancla de una nave que puede moverse dentro de unos límites sin alejarse de su eje (Lawrence Whitehead, Teoría y experiencia de la democratización, 2011). En otras palabras, se trata de rescatar como elemento vertebrador dentro del contexto digital el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana, por ser la base o columna interior incluso oculta dentro de un edificio que exteriormente se muestre fragmentado después de su explosión y que le permite, así, sostenerse en pie.

Dos menciones adicionales debo hacer al margen y antes de trazar algunas conclusiones, ante el carácter propositivo del planteamiento del ministro de relaciones exteriores alemán que hemos comentado, que toca a lo sustantivo de la democracia más allá de la incidencia de lo digital sobre su experiencia.

Una es la declaración que adopta el Foro de Sao Paulo (*forodesaopaulo.org*) durante su segunda reunión de 1991, en Ciudad de México, cuyos trazos casualmente coinciden con el Informe posterior del PNUD ya mencionado y que predica la urgencia de Estados fuertes, luego de saludar "la conquista de gobiernos locales, regionales y nacionales" por partidos que denomina "populares"; empero, a renglón seguido denuncia a las "democracias restringidas predominantes".

Observa que se "han diseñado estructuras políticas en las que los que son electos tiene su capacidad de mandato recortada limitándoseles capacidad de acción para modificar y [...] transformar dichas realidades". Y así se explica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en muestra de la banalización de la misma democracia y los derechos fundamentales en curso, haya estudiado y decidido negativamente tal pretensión de perpetuidad de las "dictaduras del siglo xxi" bajo el alegato de un derecho humano de los gobernantes a ser reelegidos sine die (Solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia el 21 de octubre de 2019, decidida mediante la OC-28/21 de 7 de junio de 2021).

Otra es, en orden similar, el paradigma del orden mundial que nace de la Segunda Gran Guerra del siglo xx –fijando como valor superior el de la dignidad de la persona humana y como su consecuencia la precariedad temporal del poder político– pero que ha sido postergado tras una confesión desdorosa de los gobiernos al cumplir la ONU su 75° aniversario: "Las Naciones Unidas han tenido momentos de decepción. Nuestro mundo no es todavía el que nuestros fundadores idearon hace 75 años" (Resolución A/75/L.1 de 16 de septiembre de 2020). Eso sí, prometen que las cosas serán distintas al cumplirse otros 30 años, los primeros del actual siglo, según los términos de la Agenda 2030 (Resolución A/Res/70/1 del 21 de octubre de 2015), que en sus 40 páginas y 91 párrafos apenas cita a la democracia una sola vez y al Estado de Derecho cuatro veces, para concluir con un lacónico predicado: "Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos". Nada más.

De modo que, poco sorprende que la objetividad del "mal absoluto" o de los crímenes de lesa humanidad, afirmada sobre la experiencia del Holocausto en 1945 y renovadora del sentido finalista del Derecho y de la democracia, en pleno siglo XXI esté cediendo y quedando reducida a un mero juicio de valor formal y electoral, de pertinencia y oportunidad política; tal y como ha venido ocurriendo dentro del Consejo de Derechos Humanos y en la Asamblea General de la ONU, una vez como hacen renacer la idea de la neutralidad bajo la forma contemporánea de las abstenciones al votar o de la sola significación política de sus pronunciamientos.

A guisa de las reflexiones precedentes y como síntesis caben, pues, algunas postulaciones mínimas y reconstructivas de la democracia a partir de los datos antes enunciados y que son empíricamente verificables en o más allá de un contexto digital, a saber: (1) La invertebración, indignación e inmediatez social que preceden o siguen al (2) debilitamiento del odre estatal y de los partidos modernos, sedes espaciales o territoriales del poder, excluyentes y representativas de la actividad política, originador aquél del neopopulismo de coyuntura; a la vez que procuradora, la invertebración o deconstrucción social, de una (3) inflación más que de una ampliación en los derechos humanos fundán-

dosela no más en el derecho a no ser discriminado sino en el emergente derecho a la diferencia obra de la pulverización social, y con él en el constatable desbordamiento o desfiguración del pluralismo democrático.

Todo ello, o por obra de ello, como manifestación aparente de una corriente anti política pero libertaria que, además, encubre, mejor aún, el legítimo reclamo por la calidad de la democracia y sus finalidades. Ello compromete o interpela, por lo pronto, (4) la actuación de la Justicia constitucional, sea para salvar los activos democráticos, sea como también ocurre para vaciarlos de contenido purificando los atentados cotidianos a la misma democracia desde el propio vértice del poder.

Los predicados normativos hacia el porvenir serían, entonces, a) la democracia como derecho humano totalizante de los fundamentales; b) la democracia como derecho y servicio a la verdad; c) la democracia como representatividad de lo social; d) la democracia como realización de la justicia y garantía de su coherencia bajo el principio pro homine et libertatis; y e) la democracia como categoría que sujeta a la técnica para asegurarse en su naturaleza.

"Vivir bien significa bregar por crear una vida buena, pero solo sujeta a ciertas restricciones esenciales para la dignidad humana". Es lo que, en suma, enseña Ronald Dworkin (Justicia para erizos, 2014) y es lo que cabe definir, como cuestión antropológica para resolver sobre el aumento actual de la fragmentación social en Occidente, sobre su culto posmoderno del relativismo atizado por los andamiajes digitales y de la inteligencia artificial, y sobre el abismo que le espera a la democracia, obra, según se dice, de una molestia generalizada con ella.

Al plantear como lo he hecho, en fin, la idea de reconstituir con sentido de urgencia nuestras raíces culturales, americanas y atlánticas, como ciudades-naciones que somos y como partes de Occidente, con vistas a que recobremos la conciencia de nación y su significación esencial para la civilización judeocristiana que nos amalgama alrededor del valor eminente de la persona humana, no lo hago como empeño de regresión ni de negación de las tendencias hacia la globalización que dominan desde hace 30 años, a partir de 1989.

Ante el Deus ex machina de los griegos, resucitado para darle punto final al sentido del tiempo y ante la "deificación" del cosmos, ambos reflejos de paganismo, el camino, como lo sugiere Agustín de Hipona (José Luis Villacañas, Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana; Una genealogía de la división de poderes, Trotta, Madrid, 2016) y lo considera innovador para Occidente y su cultura, está en el identificar "la irracionalidad humana, el mal humano", poniéndole rostros para forjar una nueva y contemporánea teoría de la racionalización subjetiva; la de la vida personal y social de un sujeto objetivo y militante que sea capaz del "regreso del alma al origen, a la patria" de la que partimos antes de que nos lanzáramos sobre las autopistas de lo imaginario virtual y lo fugaz instantáneo.

Ratzinger, de pensamiento agudo y perspicaz, a nuestro aviso, resuelve la aporía de la "democracia digital" a través de la importante consideración que hizo ante los participantes de la Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, en 2009.

Escrutando lo anterior y la tarea de la misma Iglesia que condujo hasta su retiro conventual, ajustaba que se trata de "definir una 'diaconía de la cultura' [democrática] en el actual 'continente digital'". Por lo que los años 2010 y 2011 vuelve sobre la cuestión de la inteligencia artificial para alertar sobre la importancia de la educación al respecto; no sin dejar abiertas las puertas para la reflexión sobre un asunto complejo y desafiante como el que nos ha ocupado.

Mientras observa que "hoy no pocos jóvenes, aturdidos por las infinitas posibilidades que ofrecen las redes informáticas u otras tecnologías, entablan formas de comunicación que no contribuyen al crecimiento en humanidad, sino que corren el riesgo de aumentar el sentido de soledad y desorientación", también invoca las consideraciones que hiciese Pablo VI en 1964, 25 años antes de la apertura de la Puerta de Brandemburgo. Refiriéndose a los primeros proyectos de automatización del análisis lingüístico del texto bíblico, preguntaba si "este esfuerzo de infundir en instrumentos mecánicos el reflejo de funciones espirituales, ¿no se ennoblece y eleva a un servicio que toca lo sagrado? ¿Es el espíritu el que se hace prisionero de la materia, o no es quizás la materia, ya domada y obligada a cumplir leyes del espíritu, la que ofrece al propio espíritu un sublime homenaje?".

Neuroderechos y democracia

***

Neurorights and democracy

*Judith Aguirre Moreno**

Resumen: los avances de la tecnología traen aparejadas una serie de herramientas para optimizar nuestro día a día: perfeccionar nuestra salud, facilitar las comunicaciones y acceder a más y mejor participación en la vida democrática, no obstante, el desarrollo de la tecnología junto con la neurociencia y la inteligencia artificial, provocan una serie de peligros que nos pone en situaciones de fragilidad, lo cual hace indispensable la protección de los neuroderechos tanto a nivel nacional como internacional.

Abstract: technological advances bring us many tools to improve our daily lives: improve our health, facilitate our communications or allow us more participation in democratic life, however, the advance of technology along with neuroscience and artificial intelligence, create some risks that put us in situations of vulnerability, this makes indispensable the protection of neuro-rights both nationally and internationally.

Sumario: I. Introducción. II. Cerebro y ciencia. III. Impacto de las nuevas tecnologías en los neuroderechos. IV. Protección de los neuroderechos en el marco legal. V. Perspectivas futuras y recomendaciones. VI. Conclusiones. Referencias.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

I. Introducción

Este capítulo se aborda la interacción entre los adelantos de la tecnología y los derechos que se relacionan con el cerebro y la mente. En él, se presentará un enfoque general sobre la trascendencia de este campo emergente y se delineará la necesidad de analizar los desafíos éticos y legales que surgen a medida que la neurotecnología continúa desarrollándose. Además, se expondrá la preeminencia de proteger los neuroderechos y la privacidad en el empleo de las nuevas tecnologías que se relacionan con el funcionamiento del cerebro.

II. Cerebro y neurociencia

El sistema nervioso es sin duda el más intrincado y deslumbrante de todos y mientras más lo estudiamos, más nos maravilla. Controla nuestros movimientos, voluntarios e involuntarios, regula y coordina de manera muy eficiente todo nuestro cuerpo: órganos, músculos, etc. Este sistema está compuesto por el cerebro, la médula espinal y todos los nervios del cuerpo. Y de entre ellos, el cerebro es el órgano más intrigante y fascinante, en él se crea nuestra autoconciencia, nuestra autopercepción, nuestros pensamientos y voluntad, cuestiones que, ya no solo intrigan a las ciencias médicas, sino también a las sociales.

El cerebro es tan importante que se podemos afirmar que "en pocas palabras, el órgano que nos hace ser lo que somos: seres pensantes, capaces de percibir, sentir, reír, llorar",[1] es decir, nuestra esencia está en nuestro cerebro.

En estos últimos años entramos a la era dorada de la neurociencia, la cual se está desarrollando a un ritmo vertiginoso, tanto, que pareciera que estamos dentro de una película de ciencia ficción. Y, por si fuera poco, estamos comenzando una nueva etapa de su desarrollo: una neurociencia basada en la inteligencia artificial.

[1] Rudomín, Pablo, "El sistema nervioso: maravilla que empezamos a descifrar", *Salud Mental, México*, vol. 3, núm. 1, 2001, p. 6.

Esta ciencia multidisciplinar se encarga de estudiar la organización y funciones del sistema nervioso, lo cual comprende la biología molecular y celular, la anatomía, la fisiología y la farmacología del sistema nervioso.[2] En ella, se están desarrollando nuevas ramas como: la neurociencia computacional, conductual y cognitiva. Y otras disciplinas como la neurociencia aplicada al desempeño laboral, el neuromarketing, la neurociencia educativa, la neuroeconomía, neuroliderazgo, neuromanagement,[3] y muchas otras.

De tal suerte que, hoy resulta innegable el impacto que la neurociencia y sus diversas ramas y disciplinas tienen también en el Derecho, baste recordar que las normas van dirigidas a regular la conducta de las personas, basándose en que son seres racionales, con voluntad y libre albedrío, y estos tres aspectos nacen en nuestro cerebro. Por lo tanto, comprender de qué manera se origina la conducta humana y los condicionantes que la modifican son indispensables para entender el Derecho.

Por lo tanto, para la creación de la legislación, de las políticas públicas y por supuesto la solución de conflictos, la aplicación de sanciones, los testimonios de los testigos, etc. Es necesario apoyarnos en la neurociencia.

Otro aspecto positivo para el Derecho lo encontramos en una rama de la neurociencia llamada neurotecnología, la cual está desarrollando innovaciones que permitirán mejorar la calidad de vida de ancianos, discapacitados, enfermos de cáncer o epilepsia, entre otros, avanzando así en el contenido y desarrollo del derecho a la salud.

III. Impacto de las nuevas tecnologías en los neuroderechos

[2] Durant, Marcel, "Explorando la neurociencia", *VERTEX Revista Argentina de psiquiatría*, Buenos Aires, vol. XIV, 2023, p.76.

[3] Araya-Pizarro, Sebastián C. y Espinoza Pastén, Laura, "Aportes desde las neurociencias para la comprensión de los procesos de aprendizaje en los contextos educativos", *Revista de Psicología Educativa Propósitos y Representaciones*, vol. 8, núm. 1, Lima, 2020, p. 105.

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha traído consigo una importante sacudida en el ámbito de los neuroderechos. El avance de tecnologías innovadoras como la neurociencia ha facilitado un mayor entendimiento del desempeño del cerebro de los humanos y su conexión con los derechos humanos. Asimismo, el empleo de tecnologías como las empleadas para la neurovigilancia ha resultado en serias preocupaciones acerca de su impacto en la privacidad de las personas, en virtud de que, estas herramientas, son capaces de recopilar y analizar información personal de las personas.

De igual manera, la neurotecnología significa amenazas y retos éticos, como la probabilidad de intervención o control de los procesos del cerebro. Es decir, que el progreso tecnológico presenta cuestiones trascendentes relacionadas con los derechos y la protección de la dignidad humana.

Un ejemplo muy claro lo tenemos en los ocurrido durante el periodo de la campaña electoral de Donald Trump en el 2016 y el referéndum del Brexit, así lo plantea María Jesús González Espejo:

> En esta línea, pensemos en el rol que jugó la empresa Cambridge Analítica en la victoria de Donald Trump durante las elecciones estadounidenses de 2016 y que claramente limitó los derechos de muchos estadounidenses para votar libremente a su presidente, así como en la victoria del Brexit. Ambos casos gracias a la información que a través de Facebook se había recolectado sobre los perfiles de millones de usuarios a través de técnicas basadas en Inteligencia Artificial.[4]

En ambos casos, vemos el impacto que tiene la Inteligencia Artificial en la vulneración de derechos básicos para mantener la democracia en los Estados.

[4] González Espejo, María Jesús, "El impacto de la Inteligencia Artificial en la libertad de expresión y de pensamiento. El papel de los neuroderechos", *Hay Derecho*, México, 2022, p. 76, *https://www.hayderecho.com/2022/05/20/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-la-libertad-de-expresion-y-de-pensamiento-el-papel-de-los-neuroderechos/*

3.1. Avances en la neurociencia y su relación con los derechos humanos

Los adelantos en la neurociencia han descubierto nuevos aspectos para percibir la relación entre el cerebro y los derechos humanos. A través de tecnologías tal como la resonancia magnética funcional (fMRI) o la electroencefalografía (EEG), se ha conseguido relacionar patrones cerebrales agrupados a decisiones, emociones, y procesos cognitivos.

Lo cual, ha permitido penetrar en el conocimiento de los procesos mentales relacionados con la toma de decisiones morales y la conducta humana. Estos logros tienen repercusiones trascendentes para la esfera de los derechos humanos, en virtud de que presentan incógnitas sobre la responsabilidad de las personas, su libre albedrío y su capacidad de decisión de las personas.

3.2. Las tecnologías de neurovigilancia y su impacto en la privacidad

El uso de tecnologías de neurovigilancia ha creado inquietud con relación a la privacidad de las personas, debido a que dichas tecnologías admiten el monitoreo de la actividad del cerebro y se allegan de información sobre las emociones, pensamientos, y estados mentales de las personas.

La neurovigilancia plantea, por lo tanto, asuntos morales y jurídicos acerca del consentimiento informado, el acceso y también la protección de los datos conseguidos. Al mismo tiempo, coexiste un peligro real de que la información sea manejada de forma ilícita o manipulada, lo que pudiera perturbar la autonomía y la dignidad humana. Por lo cual, resulta esencial crear mecanismos sólidos para salvaguardar nuestra privacidad en el uso de las tecnologías y garantizar que no se trasgredan los derechos humanos.

Uno de esos conflictos es el uso de los novedosos detectores de mentiras, que están apoyados en EEG y fMRI, y que algunos científicos plantean que son más confiables que el polígrafo, pues revelan la mentira desde su nacimiento en el cerebro. Estos de-

tectores podrían ser utilizados dentro de muy poco tiempo en los tribunales; no obstante, traen aparejados riesgos, en ese orden de ideas Diego y Luisa Borbón sugieren que "En esa dirección, el neuroderecho contra la protección de sesgos algorítmicos es fundamental para garantizar un juicio justo, tanto en la neuropredicción de la reincidencia como en la detección del engaño con neuroimágenes, [...] los casos de sesgo en la actualidad no son escasos".[5]

3.3. Riesgos y desafíos éticos de la neurotecnología

La neurotecnología trae consigo una cadena de incertidumbres y retos éticos que deben ser examinados. Por una parte, está el desafío de que la tecnología aplicada a la neurociencia sea utilizada con la finalidad de manipular y ejercer el control sobre los procesos del cerebro, lo que representa dudas sobre la identidad y la autonomía de las personas, así como, acerca de la posible manipulación del consentimiento informado.

De esta forma, la aproximación a la información de nuestro cerebro puede crear discriminación y desigualdades, ya que quienes no tengan acceso a estas tecnologías estarían en desventaja. Lo anterior, hace surgir la intranquilidad sobre la posible explotación mercantil de la neurotecnología y el potencial uso de la información conseguida. Debido a esto, es necesario, suscitar el debate académico, jurídico y ético para reflexionar los desafíos y certificar que la neurotecnología se utilice de forma responsable, respetando los derechos humanos.

Otro punto amenazador que nos muestran los penalistas, son varios aspectos del derecho penal que se verían impactados por métodos como, por ejemplo, los que se utilizan para predecir la reincidencia a través de tecnologías de neuropredicción que in-

[5] Borbón, Diego y Borbón, Luisa, "NeuroDerechos Humanos y Neuroabolicionismo Penal: Comentarios críticos frente a la neuropredicción y la detección de mentiras", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, vol. 1. núm.46, pp. 29-64, *https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2022.46.17047*

tentan hallar las mentiras, pero dichas técnicas son, usualmente, contrarias a la dignidad humana.[6]

IV. Protección de los neuroderechos en el marco legal

Algunas ramas de la neurociencia están planteando serios cuestionamientos morales y jurídicos, y es en este punto cuando comienza a hablarse de neuroderechos, como la necesidad de un nuevo marco jurídico nacional e internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se produzcan avances en neurotecnología.

Particularmente, porque hay científicos que reflexionan sobre la posibilidad de que a través de la neurotecnología y la Inteligencia Artificial se podría averiguar los pensamientos de una persona, acceder a su memoria e, incluso, modificar o controlar esos pensamientos y memoria, lo cual, sin duda, sería un peligro para la humanidad.

Y, el tema es aún más preocupante porque hay otro sector de científicos que ve esto no como una posibilidad sino como una realidad que ya estamos viviendo. Y consideran que esos datos obtenidos de nuestro cerebro, analizados mediante técnicas de big data y la capacidad de influenciar la voluntad de las personas están creando herramientas extraordinarias para el Neuromarketing por ejemplo, pero que, de igual forma podrían utilizarse en otras esferas como la política, cambiando el sentido del voto de las personas transgrediendo, por supuesto, varios derechos humanos.

Algunos de los principios, derechos y libertades que podrían tener un impacto negativo por la neurotecnología serían: la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la privacidad e intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, el disfrute pleno del derecho a la salud física y mental, y la igualdad ante la ley, entre otros.

---

[6] Julià, Miquel, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2019, p.16.

Por otro lado, en especial, los neuroderechos surgen como una réplica a los adelantos de la neurociencia y su huella en los derechos humanos, trazando riesgos relevantes para la democracia. Este concepto pretende garantizar la integridad mental, así como la privacidad de las personas contra tecnologías que podrían influenciar el cerebro humano. Por lo anterior, podemos afirmar que, la encrucijada entre neurociencia, ética y derecho se vuelve decisiva en países democráticos en los que proteger la dignidad humana es primordial.

Los neuroderechos se presentan como un conjunto de derechos que pueden proteger partes importantísimas de la identidad y autonomía de la persona en medio de las tecnologías y la neurociencia y sus ramas. En ellos se incluyen:

- El Derecho a la privacidad e integridad mental: lo que implica protegernos en contra el acceso sin autorización a nuestros pensamientos y nuestras emociones.
- El derecho a preservar nuestra integridad mental: este Derecho significa que no podemos ser manipulados o sufrir intervenciones que modifiquen nuestra personalidad o identidad.
- Derecho al acceso equitativo a tecnologías que mejoren nuestras funciones cognitivas: se nos debe garantizar a todos por igual que tengamos acceso a esas mejoras, sin ser excluidos por cualquier circunstancia, es decir, sin ningún tipo de discriminación.
- La protección contra sesgos: lo cual significa, asegurar que aquellas decisiones que se basen en datos neurocientíficos no reproduzcan desigualdades y que no nos discriminen o persigan por nuestros pensamientos.
- Derecho a la protección del libre albedrío: lo cual significa, que tanto nuestra voluntad y como nuestro proceso para la toma de decisiones no pueden ser manipulados.

La defensa de los neuroderechos en el orden legal es de trascendental para lograr garantizar de los derechos humanos frente a las nuevas tecnologías. Es por ello necesario instituir leyes que regulen el uso de la neurotecnología y resguarden el libre desarrollo de la personalidad y la integridad física y mental de las personas. Estas legislaciones deben ser claras y concretas, compren-

diendo cuestiones como la privacidad y la seguridad en el uso de la información neurológica, y deben plantear la necesidad de conseguir el consentimiento informado de las personas previamente a cualquier intervención o experimento neurocientífico.

> Lo que se pretende con la implementación de neuroderecho es proteger nuestra identidad de pensamiento, poder mantener en secreto lo que pasa por nuestra mente, así como toda la información que se logre obtener de ella mediante un proceso médico emanado por la implementación de algún instrumento tecnológico, los cuales deberán quedar resguardados y no ser compartidos con terceras personas, evitando darle un mal uso a la información adquirida.[7]

Es esencial que exista un marco legal completo que logre garantizar la defensa de los neuroderechos y permita la solución de conflictos y violaciones de forma justa y eficazmente.

4.1. Legislación internacional sobre neurotecnología y derechos humanos

Las normas internacionales sobre neurotecnología y derechos humanos pretenden instituir medidas y principios que protectores de los neuroderechos a nivel mundial. Así, instituciones como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han propuesto declaraciones y Pactos que se ocupan del uso de la neurotecnología y su posible violación a los derechos humanos. De la misma forma, la Organización de Estados Americanos y la Unión Europea se han puesto a reflexionar sobre la necesidad de unificar la legislación sobre ello.

Por su parte la OEA ha aprobado diversos documentos como los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, mediante la resolución AG/RES. 2974 (LI-O/21), en 2021;

---

[7] Comisión Estatal de los Derechos Humanos Sinaloa, "Neuroderechos", *Boletín electrónico*, *https://cedhsinaloa.org.mx/~documents/difusion/boletines-electronicos/neuroderechos?layout=default#:~:text=Neuroderecho%2C%20puede%20ser%20entendido%20como,que%20no%20son%20sino%20la*

y el Comité Jurídico Interamericano aprobó la Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas, agosto de 2021; la Declaración de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos de marzo de 2023.

Estas legislaciones internacionales buscan regular el desarrollo y uso de la neurotecnología de manera ética, asegurando la privacidad y la protección de los datos neurológicos, así como prevenir la discriminación y el mal uso de estas tecnologías.

En virtud de los anterior, los países han comenzado a preocuparse y a tomar medidas, por ejemplo, Chile que es el primero en incorporar a su Constitución algunos derechos digitales, así como la protección de la integridad mental frente a la neurotecnología y la Inteligencia Artificial.

Pero, además de Chile, también España, Estados Unidos, Francia y, más recientemente, Argentina y México ya han comenzado a analizar el tema y a presentar iniciativas de ley para su protección.

4.2. Marco legal nacional para salvaguardar los neuroderechos

En México, se han llevado a las Cámaras una serie de iniciativas de ley con la finalidad de establecer un marco legal que garantice los neuroderechos. Y muchos otros países han hecho lo mismo, buscando regular el uso de la neurotecnología y proteger los derechos de sus habitantes. Estas normas crean las reglas y procedimientos que deben implementarse con relación con la neurotecnología, conteniendo por supuesto la regulación del consentimiento informado, la protección de la privacidad y de la seguridad de la información de nuestro cerebro, y la eliminación de la discriminación y el mal uso de las tecnologías.

Al mismo tiempo, estas normas también se ocupan de las sanciones y de los mecanismos de resolución de conflictos cuando se presente una violación de los neuroderechos. Es primordial que estas normas nacionales estén actualizadas frecuentemente,

tanto como los avances tecnológicos y el surgimiento de nuevas necesidades de garantías de los derechos de los ciudadanos.

Las principales iniciativas que se han presentado en México son: 1) Reformas la Ley General de Educación para que los medios digitales se conviertan en una herramienta estratégica para la educación. 2) La segunda, se refiere a que a través la Ley de Ciencia, Humanidades e Innovación, se debe proteger el derecho a la identidad personal, para impedir la intrusión en la conciencia a través de la neurotecnología; 3) Se refiere al Derecho de libertad, y al libre albedrío así como a la libertad para conocer y educarse. Esta última pretende una reforma al artículo cuarto de la Constitución Federal.

4.3. Casos emblemáticos de violación de los neuroderechos y su resolución legal

A través de la historia, se han presentado algunos casos emblemáticos de violación de los neuroderechos y su resolución en tribunales. Dichos casos han sido ejemplo de la trascendencia de tener una con protección jurídica y tener algunos mecanismos de solución eficaz de estas situaciones para enfrentar las violaciones de derechos a través de la neurotecnología.

Algunos casos relevantes se refieren a experimentos sin consentimiento en seres humanos, o el uso ilegal de información neurológica con consecuencias discriminatorias o de uso comerciales, y el acceso sin autorización a la actividad del cerebro de las personas. Como respuesta a estas violaciones, ha habido juicios y se han impuesto sanciones a los responsables, dejando importantes precedentes legales y instituyendo medidas de reparación para las víctimas. Estos casos emblemáticos han ayudado a la creación de la normatividad protectora de los neuroderechos en numerosos países.

V. Perspectivas futuras y recomendaciones

Con relación a los neuroderechos, es de suma trascendencia pensar hacia el futuro y proponer recomendaciones para su garantía. Lo cual, significa tomar medidas para hacerlos valer frente al

avance de la neurotecnología. Igualmente plantear que la legislación actual es insuficiente, y es preciso llevar a cabo avances jurídicos para la protección de los neuroderechos. Otro aspecto que considerar es la necesidad de implementar de políticas públicas que fomenten la concientización y amplíen el en la población sobre estos derechos. Asimismo, es fundamental fomentar la investigación y la discusión moral sobre las repercusiones de la inteligencia artificial en los neuroderechos, con el propósito de analizar los probables desafíos y peligros.

Al respecto, se pide crear normas concretas que aborden la tutela de los neuroderechos y cuiden la privacidad de los individuos cuando se requiera el uso de las tecnologías de neurovigilancia. Únicamente a través de la toma de medidas seremos capaces de brindar una protección eficaz de los neuroderechos en el futuro.

5.1. Avances necesarios en la protección de los neuroderechos

Para asegurar una adecuada protección de los neuroderechos, resulta fundamental impulsar avances necesarios en distintos ámbitos. En primer lugar, es esencial fortalecer y ampliar la legislación existente, adaptándola a los avances tecnológicos y científicos en el campo de la neurotecnología. Esto implica establecer normativas claras y precisas que delimiten los límites éticos y legales en el uso de tecnologías neurológicas.

Igualmente, se necesita una inversión mayor en la investigación y el perfeccionamiento de técnicas de neurovigilancia seguras y éticas, que admitan una protección apropiada de la intimidad de las personas. Conjuntamente, es necesaria la promoción de planes y programas enfocados a hacer conciencia y a educar sobre los neuroderechos, en el nivel público y en el privado. Estos adelantos no solo favorecerán la protección de las personas, sino que a la vez fijarán las bases para un uso solidario y ético de las tecnologías neurocientíficas.

5.2. Implicaciones de la inteligencia artificial en los neuroderechos

La incursión de la inteligencia artificial en los neuroderechos presenta significativas contradicciones y desafíos. Por un lado, la IA puede incrementar de forma significativa el ámbito de acción de las tecnologías de neurovigilancia, lo que podría crear intranquilidades encuanto a la privacidad y libertad de los individuos.

Además, es decisivo tomar en cuenta la imparcialidad y el posible sesgo al cuando aplicamos algoritmos de inteligencia artificial en la esfera de la neurociencia, para impedir discriminaciones ilícitas.

Igualmente, el uso de la IA en el diagnóstico y tratamiento de trastornos neurológicos presenta interrogantes éticas sobre la independencia y la toma de decisiones libre e informadas de las personas. Con la finalidad de disminuir estos riesgos, es indispensable crear regulaciones y políticas públicas que generen transparencia y rendición de cuentas, así como la equidad en el uso de la inteligencia artificial en el ámbito de los neuroderechos.

5.3. Neuroderechos y democracia

Los neuroderechos surgen como una contestación a los adelantos en neurociencia y su impacto en los derechos humanos, trazando retos reveladores para la democracia. Esta noción pretende resguardar la integridad mental y la privacidad de las personas frente a la posible intrusión de las tecnologías en el cerebro humano. La encrucijada entre neurociencia, ética y derecho se vuelve decisiva en un marco democrático donde la protección de la dignidad humana es esencial.

Los neuroderechos son "un conjunto de derechos propuestos para salvaguardar aspectos fundamentales de la identidad y autonomía personal en el contexto de las tecnologías neurocientíficas".[8] Incluyen:

[8] Zárate, Sofia, *Los nuevos neuroderechos. Análisis jurídico y filosófico*, Madrid, Endeba, 2024, p. 433.

- El Derecho a la privacidad mental: lo que implica protegernos de sufrir el acceso sin nuestra autorización a nuestros pensamientos y emociones.
- El Derecho a la integridad mental: significa que no podemos ser manipulados o tener intervenciones que trastornen nuestra personalidad o identidad.
- El Derecho a acceder en igualdad de condiciones a las tecnologías cognitivas: esto quiere decir garantizarnos también el acceso a las mejoras para aprender, etc. sin discriminación.
- El Derecho a la protección contra sesgos y la discriminación: esto se refiere a asegurar que las decisiones que tomen tomando en consideración datos neurocientíficos no eternicen las desigualdades.

¿Pero, cual es la relación entre neuroderechos y democracia?

Pues la democracia se fundamenta en los principios de libertad, igualdad y por supuesto, el respeto por la dignidad humana. No obstante, la aparición de los neuroderechos esboza diferentes interrogantes sobre los siguientes aspectos:

- La autonomía personal: pensándola como la capacidad para decidir de manera informada sobre el propio cuerpo y mente, lo que es esencial para el ejercicio pleno de la libertad individual.
- La igualdad ante la ley: el disfrute de los neuroderechos podría contribuir a impedir desigualdades en el acceso a tecnologías que perturban el desarrollo mental y cognitivo.
- La participación ciudadana: la protección de los neuroderechos impulsa un ambiente en el cual las personas puedan involucrarse de forma activa sin desconfianza de ser manipulados por alguien.

De igual manera, considero importante destacar que la intersección entre neuroderechos, nuevas tecnologías y la democracia digital plantea desafíos específicos y a la vez, oportunidades significativas que amplían los canales de participación ciudadana. De tal suerte que, a medida que la neurociencia avanza, especialmente en el ámbito de la neurotecnología, surgen cuestiones

éticas y legales que afectan no solo a las personas, sino también a las estructuras democráticas.

Y es que, la integración de neurotecnologías en el ámbito político puede alterar profundamente cuestiones como la democracia digital. Por ejemplo:

A través de la manipulación del voto, ya que hay herramientas avanzadas que pueden influir en las decisiones electorales al modificar percepciones o emociones.

De la desinformación en virtud de que la capacidad de acceder a pensamientos o recuerdos podría ser utilizada para difundir información errónea o manipular narrativas políticas.

O por la desigualdad en el acceso a las tecnologías porque, si solo ciertos grupos tienen acceso a tecnologías que potencian capacidades cognitivas, esto podría crear una brecha aún mayor en el poder político y social.

Además, debemos referirnos a que la ejecución de los neuroderechos afronta algunos desafíos como:

- Que hay un marco legal escaso: numerosos sistemas jurídicos aún no han tutelado de manera formal los neuroderechos, lo que complica su efectividad.
- La interpretación judicial: la escaza existencia de precedentes en casos que tengan relación con la neurociencia enmaraña la aplicación de estos derechos en los tribunales.
- Y, por último, la tecnología es de rápida evolución: es decir, que los progresos tecnológicos despuntan por encima de la capacidad de las leyes actuales para normar apropiadamente su uso.

Para concluir quiero mencionar que los neuroderechos representan una nueva apuesta en la defensa de los derechos humanos, fundamentalmente en un mundo el cual la tecnología juega un papel cada vez más invasor. La incorporación de estos derechos en las democracias no solo es indispensable para salvaguardar a las personas, sino que además es necesario para lograr tener una sociedad justa e igualitaria.

Mientras más avanzamos hacia una realidad en donde las habilidades humanas pueden mejorar a través de la tecnología, es decisivo instituir un diálogo perpetuo sobre cómo estos derechos deben ser resguardados y promovidos, con el fin de evitar que ese avance tecnológico complique los principios democráticos fundamentales, y a la vez permitir que las tecnologías se incorporen para el bien colectivo, sin sacrificar la libertad o la integridad democrática.

VI. Conclusiones

Para lograr una apropiada protección de los neuroderechos en el futuro, es ineludible acoger una serie de recomendaciones importantes. En primer lugar, es necesario revisar y actualizar frecuentemente la legislación vigente, para adecuarla a los avances tecnológicos y en el ámbito de la neurociencia. Esto hará posible abordar los casos emblemáticos de violaciones de los neuroderechos y crear mecanismos de resolución efectivos.

De igual manera, se tienen que definir estándares éticos y de buenas prácticas en la investigación y aplicación de las tecnologías neurocientíficas, para lograr garantizar los derechos humanos. Igualmente, es indispensable favorecer la colaboración internacional en la protección jurídica de los neuroderechos, mediante el intercambio de experiencias de mejores prácticas y la armonización de las normas jurídicas de la materia. Así, lograremos garantizar una tutela sólida y efectiva de los neuroderechos en un contexto de rápidos avances en la tecnología.

Referencias

Araya-Pizarro, Sebastián C. y Espinoza Pastén, Laura, "Aportes desde las neurociencias para la comprensión de los procesos de aprendizaje en los contextos educativos", *Revista de Psicología Educativa Propósitos y Representaciones*, vol. 8, núm. 1, Lima, 2020.

Borbón, Diego y Borbón, Luisa, "NeuroDerechos Humanos y Neuroabolicionismo Penal: Comentarios críticos frente a

la neuropredicción y la detección de mentiras", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 46.

Comisión Estatal de los Derechos Humanos Sinaloa, "Neuroderechos", *Boletín electrónico*.

Durant, Marcel, "Explorando la neurociencia", *VERTEX Revista Argentina de psiquiatría*, Buenos Aires, vol. XIV, 2023.

González Espejo, María Jesús, "El impacto de la Inteligencia Artificial en la libertad de expresión y de pensamiento. El papel de los neuroderechos", *Hay Derecho*, México, 2022.

Julià, Miquel, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2019.

Rudomín, Pablo, "El sistema nervioso: maravilla que empezamos a descifrar", *Salud Mental*, México, vol. 3, núm. 1, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, 2000.

Zárate, Sofia, *Los nuevos neuroderechos. Análisis jurídico y filosófico*, Endeba, Madrid, 2024.

Inteligencia artificial en la selección de jueces

***

Artificial intelligence in the selection of judges

*Adrián Federico Ambroggio**

Resumen: la selección de jueces en Latinoamérica enfrenta serios desafíos, incluyendo la falta de transparencia, una politización extrema, una alta discrecionalidad y demoras significativas en los procesos. Estos problemas afectan negativamente la legitimidad y eficiencia del sistema judicial. La inteligencia artificial (IA) ofrece soluciones prometedoras, como la mejora de la transparencia y objetividad a través del análisis de grandes volúmenes de datos y la evaluación imparcial de candidatos, lo que aumenta la participación ciudadana y reduce los tiempos de proceso. No obstante, la IA también presenta riesgos, incluyendo la perpetuación de sesgos algorítmicos y la opacidad en los procesos automatizados. Es fundamental un diseño ético y una supervisión humana continua para asegurar decisiones justas y transparentes.

Abstract: the judicial selection in Latin America faces serious challenges, including a lack of transparency, extreme politicization, high discretion, and significant delays in the processes. These problems negatively affect the legitimacy and efficiency of the judicial system. Artificial intelligence (AI) offers promising solutions, such as improving transparency and objectivity through the analysis of large volumes of data and the impartial

* Doctor en Derecho (UNCordoba-Argentina) Profesor de Derecho Constitucional (UNComahue-Argentina).

evaluation of candidates, which increases citizen participation and reduces processing times. However, AI also presents risks, including the perpetuation of algorithmic biases and opacity in automated processes. Ethical design and continuous human oversight are essential to ensure fair and transparent decisions.

Palabras claves: selección de jueces, inteligencia artificial, democracia digital, poder judicial.

Keywords: selection of judges, artificial intelligence, digital democracy, judicial power.

Sumario: I. Introducción. II. La inteligencia artificial en la Justicia. III. Los problemas de la selección de jueces. IV. Desafíos de la implementación de la inteligencia artificial en los procesos de selección de jueces. V. Ventajas. VI. Riesgos. VII. Conclusiones.

I. Introducción

A pesar de que la irrupción de la inteligencia artificial no representa un fenómeno tecnológico reciente[1] ni es original su estudio en los ámbitos académicos y científicos,[2] no es menos cierto que la aparición de sistemas de inteligencia artificial generativa —como ChatGPT o Gemini— han reflotado el tema de forma exponencial. La particularidad de estos sistemas de IA es su capacidad para generar texto coherente y contextualmente relevante basado en instrucciones humanas, generando un diálogo consistente y coherente entre la IA y el operador humano. No obstante, la expansión de estos modelos generativos no se limita al procesamiento de

1 Suele señalarse a Alan Turing como el "padre de la inteligencia artificial" por sus aportes a la ciencia y en particular por el denominado "test de Turing". Véase *in extenso* Turing, Alan, "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*, vol. LIX, núm. 236, octubre 1950, pp. 433-460.

2 Un trabajo pionero al respecto es: McCarthy, John; Minsky, Marvin; Rochester, Nathaniel; y Shannon, Claude E., "Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence", 31 de agosto de 1955. Documento archivado en las colecciones de Dartmouth College y Stanford University.

textos, sino que incluye la producción, procesamiento y modificación de imágenes y sonidos de forma notablemente eficaz y real.

El incipiente desarrollo de las innovaciones tecnológicas en torno a los sistemas de inteligencia artificial causa dos reacciones nítidas e identificables. Por un lado, la expectativa social en torno a las infinitas posibilidades que se abren a partir de la incorporación de IA en la vida cotidiana, en el mundo del trabajo, en el mundo de las comunicaciones, en la salud y en la educación y las posibles soluciones que puede aportar la inteligencia artificial para la mejora de la calidad de vida de las personas en general.[3] Por el otro, la conciencia social de los riesgos sobre los alcances de la inteligencia artificial, incluidos los temores populares sobre las posibilidades de un descontrol de los sistemas de IA y el dominio de la IA sobre los humanos,[4] incluyendo las consideraciones éticas de la implementación de la IA.[5]

---

[3] Lamanna Guiñazu, Emiliano, Karina V. Salierno, y Mariana Sánchez Caparrós, "De los temores y miedos que nos genera ChatGPT. Reflexiones desde la filosofía de Èric Sadin y los temores de Black Mirror: ¿marchamos hacia una nueva realidad educativa?", en *El Derecho-Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, núm. 14, agosto 2023, *ED-IV-DCCLX-70*.

[4] Harari expresa sus preocupaciones al respecto y afirma: "De hecho, la IA tiene el potencial de ayudarnos a vencer el cáncer, descubrir medicamentos que salven vidas e inventar soluciones para nuestras crisis climática y energética. Hay otros innumerables beneficios que no podemos ni siquiera imaginar. Pero no importa cuán alto sea el rascacielos de beneficios que alcance la IA si sus cimientos se derrumban. El momento de contar con la IA es antes de que nuestra política, nuestra economía y nuestra vida diaria se vuelvan dependientes de ella. La democracia es una conversación, la conversación depende del lenguaje, y cuando el lenguaje mismo es pirateado, la conversación se rompe y la democracia se vuelve insostenible. Si esperamos a que sobrevenga el caos, será demasiado tarde para remediarlo". Harari, Yuval Noah, *You can have the blue pill or the red pill, and we're out of blue pills*, New York Times, 24 de marzo de 2023, *https://www.nytimes.com/2023/03/24/opinion/yuval-harari-ai-chatgpt.html*

[5] Al respecto, John Tasioulas afirma correctamente que "La ética humanista en el ámbito de la inteligencia artificial no se trata solo de evitar daños o mejorar la eficiencia, sino de fomentar una tecnología que enriquezca profundamente la calidad de nuestra vida social y personal". Tasioulas, John, "Artificial Intelligence, Humanistic Ethics", *Daedalus*, vol. 151, núm. 2, primavera 2022, pp. 232-243, *https://direct.mit.edu/daed/article-abstract/151/2/232/110615*

Estas dos simétricas interpretaciones acerca de la revolución del tópico han acelerado los procesos de regulación de la inteligencia artificial por parte de los organismos nacionales y supranacionales. De este modo, recientemente la Unión Europea, a través de su Parlamento ha aprobado la Artificial Intelligence Act. A nivel latinoamericano, se reportan distintas iniciativas regulatorias en varios países, como Brasil, México, Argentina y Uruguay, entre otros.[6]

La citada Artificial Intelligence Act ha definido que un sistema de inteligencia artificial (IA) es un "sistema basado en máquinas diseñado para operar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar adaptabilidad después de su implementación y que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de los datos que recibe, cómo generar resultados como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales".[7]

En cuanto a las clasificaciones de los distintos tipos de IA, es relevante el trabajo de Russell y Norvig, que distinguen cuatro tipos de IA: sistemas que piensan como humanos, sistemas que actúan como humanos, sistemas que piensan racionalmente, y sistemas que actúan racionalmente.[8] Esto da lugar a otra importante clasificación con relación a la inteligencia artificial: la IA débil y la IA fuerte. Según el clásico trabajo de Searle, "la perspectiva de la IA fuerte sostiene que la computadora, cuando está apropiadamente programada, realmente posee estados cognitivos, y los programas por lo tanto explican la cognición humana. La perspectiva de la IA débil es que los programas son útiles para estudiar la cognición, pero no poseen literalmente estados mentales".[9]

---

6 Zuazo, Natalia, "Una política propia para la inteligencia artificial de América Latina", *El País*, 17 febrero 2024, *https://elpais.com/america-futura/2024-02-17/una-politica-propia-para-la-inteligencia-artificial-de-america-latina.html*

7 Artículo 3.1, Artificial Intelligence Act, aprobada por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_EN.html#title2*

8 Russell, Stuart, y Norvig, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3a. ed., Prentice Hall, 2010.

9 Searle, John R., "Minds, Brains, and Programs", *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 3, núm. 3, 1980, pp. 417-457.

II. La inteligencia artificial en la Justicia

La revolución de la inteligencia artificial impacta sobre múltiples campos disciplinares y la administración de justicia no permanece ajena a esta notable evolución tecnológica. Como correctamente afirma Martino, es necesario no perseguir el tren tecnológico, sino estar en la próxima estación.[10] Anticiparnos a los cambios y no solo mantenerse al día con los tiempos actuales sino adelantarse a ellos.[11]

En el ámbito de la justicia, la IA tiene el potencial de revolucionar tanto las estructuras judiciales como los procesos judiciales. Sistemas judiciales basados en inteligencia artificial están siendo utilizados para analizar grandes volúmenes de datos legales, predecir resultados de casos y ayudar en la toma de decisiones judiciales. Además, la IA puede contribuir a la celeridad de los procesos judiciales al automatizar tareas administrativas, despacho de providencias simples y organización de las tareas de los empleados judiciales.[12] Ello puede liberar a los jueces y al personal judicial para concentrarse en cuestiones más complejas y de mayor relevancia. Esta redistribución del trabajo no solo mejora la eficiencia del sistema judicial, sino que también incrementa la calidad de las decisiones judiciales.

En efecto, tecnologías de procesamiento de lenguaje natural (PLN) pueden extraer y analizar información relevante de documentos legales, mientras que asistentes jurídicos virtuales pueden proporcionar soporte continuo a los jueces. Recientemente,

---

10 Martino, Antonio, Sistemas inteligentes en la ciencia del derecho y en la administración de justicia, Andruet Armando (ed.), *Impactos y alcances de la inteligencia artificial en el derecho y en el derecho judicial*, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2022, p. 161-183

11 Carnota, Walter y Lucas de Venezia, "JusticIA Inteligente. De la exégesis legal al código digital. Reflexiones sobre la resolución 111/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación", La Ley, Diario, 22 de abril de 2024.

12 Estigarribia Bieber, María Laura, y Shwoihort, Sergio Juniors, "Avances tecnológicos, inteligencia artificial y acceso a la justicia de personas vulnerables", Andruet, Armando (ed.), *Impactos y alcances de la inteligencia artificial en el derecho y en el derecho judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, La Ley, 2022, pp. 81-90.

el lanzamiento de ChatGPT 4 proporciona el análisis de documentos en la propia plataforma de OpenAI.

Sin embargo, la utilización de la IA en la justicia también genera preocupaciones éticas relacionadas con la transparencia, la imparcialidad, la igualdad de acceso y la privacidad. Al respecto, en una interesante mirada latinoamericana del problema, que compartimos, Romina Segura detalla que la implementación de la IA en la justicia en América Latina enfrenta diversas dificultades éticas, de razonamiento y estructurales. Las dificultades éticas incluyen los sesgos en los datos y algoritmos, perpetuando discriminaciones, y la falta de transparencia en los sistemas expertos jurídicos (SEJ). Las dificultades de razonamiento abarcan problemas semánticos del lenguaje natural y las interpretaciones subjetivas de la ley. Estructuralmente, la región enfrenta desigualdad y pobreza, brecha digital, falta de conectividad, inestabilidad social y política, y un sistema judicial arcaico que obstaculiza la integración tecnológica.[13]

Por ello, pensar en la incorporación de sistemas de inteligencia artificial a la administración de justicia es un desafío complejo, pues requiere necesariamente de un programa de acción que defina los diversos aspectos técnicos, éticos y jurídicos inherentes a la temática. La implementación espasmódica, acrítica y no sistematizada de sistemas de IA puede generar más problemas que soluciones. Asimismo, no podemos pensar la implementación de IA en los sistemas judiciales desde una perspectiva meramente eficientista o maximizadora de procesos o resultados. En

[13] Para superar estos obstáculos, Segura sugiere fomentar una educación crítica y multicultural, diseñar mecanismos de integración tecnológica a mediano y largo plazo, y establecer un diálogo interdisciplinario con la comunidad. Es esencial garantizar la alfabetización digital para que toda la población pueda beneficiarse de la tecnología. Además, es necesario redefinir el enfoque procesal y la gobernanza de datos, asegurando una implementación simétrica dentro de los Estados para reducir disparidades internas. Estas acciones deben alinearse con directrices internacionales y adaptarse a las realidades locales, promoviendo la justicia y equidad en el uso de la IA. *Véase in extenso*: Segura, Romina Estefanía, "Inteligencia artificial y administración de justicia: dificultades derivadas del contexto latinoamericano", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 58, Universitat de Barcelona, 2023, pp. 45-72, *DOI: 10.1344/rbd2023.58.40601*

ese sentido, como afirma Tasioulas, "La implicación con la ética es ineludible en la toma de decisiones sobre inteligencia artificial. Las elecciones que hacemos respecto al desarrollo y despliegue de tecnologías basadas en IA solo son comprensibles en términos de la búsqueda falible de valores éticos como la adquisición de conocimiento y control o la promoción de la salud, la justicia y la seguridad".[14]

Ello, no es más que la aplicación de un compromiso con una inteligencia artificial centrada en el ser humano[15] y basada en una perspectiva de derechos humanos.[16]

III. Los problemas de la selección de jueces

La selección de jueces en cualquier sistema constitucional resulta central y decisivo por la importancia asignada a los magistrados en el diseño de la estructura del poder. Ello no puede desvincularse del creciente proceso de *judicialización de la política.*[17]

---

14 Tasioulas, John, "Artificial Intelligence, Humanistic Ethics", *Daedalus*, The MIT Press-American Academy of Arts & Sciences, vol. 151, núm. 2, 2022, pp. 232-243, *https://www.jstor.org/stable/10.2307/48662038*

15 Se ha dicho recientemente que "Para ser efectiva, humana y poner a las personas en el centro del desarrollo de nuevas tecnologías, cualquier solución "cualquier regulación" debe estar basada en el respeto a los derechos humanos". Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "Artificial intelligence must be grounded in human rights, says High Commissioner", 12 de julio de 2023, *https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/07/artificial-intelligence-must-be-grounded-human-rights-says-high*

16 En igual sentido se ha manifestado la OEA, al expresar: "La inteligencia artificial ofrece numerosos beneficios de seguridad, pero también plantea importantes preguntas éticas y legales. Debemos asegurarnos de que su uso se base en principios de transparencia, rendición de cuentas y respeto por los derechos humanos, preservando la privacidad y dignidad de las personas". Organización de los Estados Americanos (OEA), "64th Lecture Series of the Americas: Politics in the Digital Age: Artificial Intelligence and Democracy", 25 de marzo de 2022, *https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=AVI3*

17 Vease al respecto, entre otros: Hirschl, Ran, "Judicialization of Politics", en Whittington, K.; Kelemen, R. y Caldeira, G., *The Oxford Handbook of*

Si el Poder Judicial ha asumido un papel decididamente más activo que en las etapas anteriores, el análisis de los sistemas de selección se torna esencial, debido a que allí se modela a los futuros jueces en lo que se refiere a su independencia, a su idoneidad y a su legitimidad. El postulado básico de la importancia de la selección es una suerte de regla de proporcionalidad directa: *a mayores posibilidades de que los magistrados asuman mayor poder en una determinada sociedad, mayor debe ser el escrutinio social sobre los sistemas de selección de jueces.* No abundaremos en este trabajo en las distinciones entre los diversos sistemas de selección de jueces,[18] pero si podemos advertir algunos problemas comunes —sin desconocer la existencia de otros de igual valía— que se observan en los diferentes sistemas, en especial en los países latinoamericanos.

3.1. Falta de transparencia en los procesos de selección

Uno de los problemas más destacados en la selección de jueces en América Latina es la falta de transparencia. La opacidad en los procesos de selección genera desconfianza y reduce la legitimidad de los nombramientos judiciales y por directa relación, reduce los niveles de confianza en la Justicia. Tanto trabajos como la Cuarta Encuesta de Cultura Constitucional en México, como la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional en Argentina, u otros trabajos como Barómetro de las Américas, revelan que un porcentaje significativo de personas tiene bajos niveles de confianza en los jueces. Ello se trasluce, en una creciente "percepción de arbitrariedad y corrupción"[19] en las designaciones judiciales en

Law and Politics, New York, Oxford University Press, 2008, Ferejohn, John, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, Law and Contemporary Problems, Duke Law School, vol. 65, núm. 3, pp. 41-68 y Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angell, Alan, "Introducción", en Sieder, R. y otros (coord.), *La judicialización de la política en América Latina*, México, CIESAS-Universidad del Externado de Colombia, 2011.

18 Nos remitimos a nuestro trabajo *in extenso*: Ambroggio, Adrian Federico, *La Selección de Jueces,*. Buenos Aires, La Ley -Thomson Reuters, 2024.

19 Pérez-Liñán, Anibal, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, *Cambridge University Press*, 2007, p. 132.

Latinoamérica.[20] En Argentina, particularmente ello se observa en el incorrecto diseño de las etapas del concurso público que se desarrolla dentro del Consejo de la Magistratura.[21] Particularmente, en la etapa de entrevista, se observa la existencia de opacidad en los criterios utilizados para la modificación del orden de mérito que resulta de las etapas estrictamente meritocráticas, como la evaluación de antecedentes y la evaluación mediante examen, sobrevalorando en consecuencia la etapa de entrevista personal.[22] Así se desvirtúan los objetivos principales del Consejo de la Magistratura —seleccionar a los mejores y despolitizar la selección de magistrados— y este órgano se transforma en un mero legitimador de decisiones políticas previamente concertadas por los diversos actores políticos y judiciales del sistema. Por ello, estamos convencidos que los sistemas de selección de jueces inferiores deben equilibrarse y direccionarse hacia modelos de discrecionalidad débil, reduciéndose al máximo las etapas discrecionales.[23]

---

20 Hammergren expresa al respecto: "En muchos países de la región, los criterios y procedimientos para la selección de jueces no son claros ni accesibles al público, lo que reduce la confianza en el sistema judicial", Hammergren, Linn A. *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, Penn State University Press, 2007, p. 89.

21 *Idem*.

22 El artículo 44 del Reglamento del Consejo de la Magistratura de la Nación en Argentina, permite a la Comisión de Selección apartarse del orden de mérito resultante de la sumatoria de los puntajes de antecedentes y oposición "cuando el resultado de la entrevista personal así lo justifique". Lamentablemente, a pesar de que el propio articulo requiere que dicha decisión se fundada, en múltiples ocasiones los criterios no son transparentes. Asimismo, ello se agrava al comprobarse que en la mayoría de los concursos el orden de mérito es modificado luego de la entrevista personal. Recomendamos *in extenso* la lectura de: Benente, Mauro, *Administración del Poder Judicial: Programa de estudios sobre Poder Judicial*, José C. Paz, Edunpaz, 2019.

23 En la tesis realizada para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, hemos realizado un minucioso análisis empírico sobre los procesos de selección de jueces inferiores en la Provincia de Rio Negro en la República Argentina. Quizás la más relevante de las conclusiones arribadas, es la exorbitante influencia empírica de la etapa de entrevista personal en las posteriores designaciones que realiza el Consejo de la Magistratura. De este modo, del análisis de 180 actas del

Todas estas prácticas desvirtúan el proceso de selección y afectan gravemente la integridad del poder judicial, perpetuando un "sistema judicial ineficaz y deslegitimado",[24] siendo un obstáculo significativo para la reforma judicial en América Latina.[25] En efecto, el ingreso a la función judicial mediante mecanismos carentes de transparencia o con etapas excesivamente discrecionales, afecta las tres dimensiones del problema judicial: la independencia judicial, la idoneidad de los jueces y la legitimidad democrática de los magistrados.

Al respecto, debemos señalar que el diseño de los sistemas de selección es una de las variables centrales para determinar el grado de independencia judicial de un determinado sistema jurídico. Incluso, autores de la talla de Ginsburg y Melton, en una fina investigación sobre el análisis de la brecha existente entre independencia judicial formal y la independencia judicial material, han comprobado que las únicas reglas legales "de jure" para garantizar la independencia judicial "de facto" son las que regulan los procesos de selección y remoción de los magistrados, ya que el resto de las garantías legales de independencia judicial no son una valla suficiente para impedir perturbaciones a la independencia de los jueces.[26]

Consejo de la Magistratura rionegrino, hemos comprobado que 8 de cada 10 postulantes que obtuvieron el mejor puntaje en la entrevista se designaron. En tanto, solo 5 de cada 10 postulantes que obtuvieron la mejor nota en antecedentes+oposición y solo 6 de cada 10 postulantes que obtuvieron el mejor puntaje en el orden de mérito total -sumadas las tres etapas- se seleccionaron. Ello revela con toda claridad la presencia de la mencionada discrecionalidad fuerte en la etapa de entrevista, en detrimento de las etapas meritocráticas.

24 Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom, *Judicial Reputation: A Comparative Theory*, University of Chicago Press, 2009, p. 214.

25 Buscaglia, Edgardo, y Dakolias, Maria. *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*, World Bank, 1996, p. 77.

26 Melton, James, y Ginsburg, Tom, "Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence", *Journal of Law and Courts,* vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 187-217.

3.2. Demora en los procesos de selección

La demora en los procesos de selección de jueces es un problema significativo en varios países de América Latina. Los largos períodos para cubrir vacantes judiciales afectan la eficiencia y la capacidad del sistema judicial para administrar justicia de manera oportuna y eficiente.[27] La demora en la cobertura de los cargos vacantes provoca el problema de las subrogancias o suplencias de jueces. En Argentina, incluso ha motivado diversos fallos de la CSJN que cuestionaron el mecanismo utilizado para la cobertura temporal de las vacancias.[28] Pero más allá de las criticas inherentes a los procedimientos utilizados para las subrogancias, el dato relevante es que las subrogancias provocan en múltiples casos, sobrecarga de trabajo en ciertos magistrados que deben abocarse a la tarea jurisdiccional en dos o tres juzgados en el mismo momento, comprometiendo seriamente la administración de justicia,[29] deteriorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del Poder Judicial[30] y afectando la celeridad en la resolución de los casos.

3.3. Ausencia de Diversidad y Representatividad

Otro problema que enfrentan los sistemas de selección de jueces es la baja representatividad de mujeres y minorías en el Poder Judicial. Como dato ejemplificador, según un estudio de la CEPAL, solo el 30.4% de los ministros de las cortes constitucionales son mujeres.[31] Las barreras estructurales y culturales impiden una selección diversa de jueces que refleja y perpetúa desigualdades

---

27 Prillaman, William C., *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*, Praeger, 2000, p. 82.

28 Véase al respecto los argumentos de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en autos "Rosza" (Fallos: 330:2361) y "Uriarte" (Fallos: 338:1216).

29 Dakolias, Maria, *Court Performance Around the World: A Comparative Perspective*, World Bank, 1999, p. 53.

30 Castagnola, Andrea, *Manipulating Courts in New Democracies: Forcing Judges off the Bench in Argentina*, Cambridge University Press, 2018, p. 43.

31 Véase el informe, *https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-judicial-porcentaje-mujeres-ministras-maximo-tribunal-justicia-o-corte-suprema*

estructurales en la sociedad. Sin dudas, como afirman Helmke y Levitsky la inclusión de mujeres y minorías en la judicatura "es esencial para una justicia más equitativa y representativa".[32]

En Argentina, el Mapa de Género 2023 realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia, revela que, en el total del sistema de justicia argentino, a nivel de jueces, defensores y fiscales superiores solo un 29% de esos magistrados son mujeres, frente al 71% de varones. En tanto, a nivel de jueces fiscales y defensores inferiores, el 54% son varones y el 46% son mujeres. Ello no solo revela la falta de paridad de género en la Justicia, sino que afirma la presencia de un notorio "techo de cristal[33]" en las estructuras judiciales argentinas. La necesidad de una mayor igualdad de género en la composición de los planteles tiene estricta relación con la pretensión de una mayor legitimidad democrática en el Poder Judicial.[34]

IV. Desafíos de la implementación de la inteligencia artificial en los procesos de selección de jueces

La introducción de sistemas de inteligencia artificial a los procesos de selección de jueces puede ser una herramienta eficaz para dotar de celeridad y transparencia a los mecanismos de designación de magistrados. No obstante, la automatización de procesos debe ser adecuadamente regulada, controlada y revisada por humanos desde una perspectiva ética y humanista, puesto que si bien las decisiones adoptadas por los sistemas algorítmicos suelen ser más precisas que las tomadas por seres humanos en casos similares, debemos tener presente que pueden arrojar resultados

32 Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven, *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Johns Hopkins University Press, 2006, p. 119.

33 Wirth, Linda, *Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Colección Informes OIT, 2002.

34 Bergallo, Paola, "¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires", en Cabral, Luisa y Motta, Cristina, *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005, pp.145-217.

erróneos, al haberse introducido sesgos durante la configuración de su base de datos, en su entrenamiento e incluso tras su puesta en funcionamiento.[35]

Debemos advertir que la implementación de IA en los procesos de selección será más factible en los sistemas de selección que contemplen etapas "meritocráticas" en su diseño, en los cuales el objetivo del proceso sea elegir a los mejores jueces. Nos referimos particularmente a los sistemas de reclutamiento burocrático o por concurso público, pues en los sistemas "políticos" que no se basan en mecanismos de selección mediante procesos de constatación de la idoneidad y resultan meramente discrecionales en cabeza de los poderes políticos, la aplicación de herramientas de IA tendrá menor impacto.

Detallaremos a continuación algunas de los principales beneficios y riesgos de la implementación de sistemas de IA en la selección de jueces. Advertidos que todos los probables beneficios y los hipotéticos riesgos deben ser adecuadamente matizados, pues dependerán en particular del uso y diseño que se les confiera en cada sistema.

V. Ventajas

5.1. Análisis de datos y documentos

La IA a través del procesamiento de lenguaje natural puede contribuir con el análisis de los curriculum vitae y documentación respaldatoria que se presentan en las denominadas "etapas de antecedentes" en los concursos públicos. Con un diseño estandarizado de la presentación de currículos a través de sistemas informáticos, la IA puede identificar, ordenar y tabular los distintos ítems que se analizan y ponderan para la evaluación de antecedentes. Adicionalmente, si incorporamos un adecuado sistema

[35] Montesinos García, Ana, "Algoritmos predictivos y perspectiva de género en el proceso penal", *Dialnet*, noviembre 2023, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=123456*

de certificación digital[36] de los documentos que se acompañan como prueba documental de los antecedentes consignados, la IA puede verificar que los antecedentes reseñados en los currículos estén respaldados por documentos auténticos y validos legalmente.

5.2. Diseño y corrección de evaluaciones

La inteligencia artificial puede transformar significativamente el proceso de diseño y corrección de exámenes escritos para la selección de jueces.[37] En primer lugar, la IA puede ayudar en la *generación de casos hipotéticos*. Utilizando técnicas de análisis de datos y procesamiento del lenguaje natural (PLN), la IA puede analizar grandes bases de datos de jurisprudencia y casos judiciales reales. A partir de este análisis, puede diseñar nuevos casos hipotéticos que reflejen situaciones complejas y variadas, asegurando que cubran un amplio espectro de temas actuales y relevantes para el tribunal cuya vacante se concursa, incluyendo aspectos específicos como la perspectiva de género. Con un adecuado control de jurados humanos, el diseño de los exámenes puede efectuarse de forma eficiente y equitativa para cargos de la misma competencia material y misma instancia jerárquica.

En cuanto a la *corrección y evaluación automática de los exámenes,* la IA puede utilizar PLN para evaluar las respuestas escritas

[36] En Argentina, la firma digital está regulada por la Ley 25.506, que establece su validez jurídica equiparándola a la firma manuscrita, con actualizaciones introducidas por la Ley 27.446 y reglamentaciones específicas del Decreto 182/19, que detallan los procedimientos para la emisión de certificados digitales. En tanto, en México, la firma digital está regulada por el Código de Comercio, la Ley de Firma Electrónica Avanzada (LFEA), la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016 y el Reglamento de la LFEA, asegurando su validez legal y estableciendo los requisitos para su uso seguro.

[37] Ejemplificaremos el tema con lo dispuesto para la evaluación en el Reglamento de Concursos del Consejo de la Magistratura de Argentina. El artículo 31 del Reglamento establece que los postulantes deben resolver casos hipotéticos, basados en situaciones reales, en un examen escrito que no debe exceder las ocho horas, *https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=148017&CI=INDEX100*

de los candidatos. Este proceso implica comparar las respuestas con modelos de respuestas correctas previamente definidos, analizando aspectos como la comprensión del caso, el uso de lenguaje técnico adecuado, la pertinencia y argumentación jurídica y la aplicación de la ley. La IA puede proporcionar una corrección rápida y uniforme, reduciendo significativamente el tiempo y esfuerzo necesarios para evaluar un gran número de exámenes, reduciendo la demora en los procesos de selección.[38] Además, puede contribuir con la eliminación de sesgos humanos y garantizar una evaluación más justa y objetiva.

5.3. Transparencia de los procesos de selección

Finalmente, además de mejorar la eficiencia y objetividad, la IA puede *garantizar la seguridad y transparencia* del proceso de selección. Por ejemplo, utilizando tecnologías avanzadas de criptografía, la IA puede asegurar que los sobres con los casos se mantengan inviolables hasta el momento del examen. Esto es crucial para mantener la integridad del proceso y asegurar que todos los candidatos sean evaluados bajo las mismas condiciones. También, la encriptación digital de los exámenes permite evitar el papeleo y la impresión de los exámenes, dejando a salvo la transparencia del proceso de corrección y evitando cualquier tipo de indicio que pueda vincular al examen o al candidato con su evaluador hasta el momento posterior a la corrección.

Asimismo, la IA puede ayudar a recopilar, procesar y divulgar información relevante sobre los candidatos a jueces de manera transparente y accesible para el público. Esto puede incluir su currículum vitae, calificaciones de las etapas del concurso, escritos o sentencias judiciales relevantes y otros datos pertinentes. Una mayor publicidad y transparencia permite a los ciudadanos tener una mejor comprensión de los candidatos y facilita la participación ciudadana en los sistemas de selección.

[38] La demora es uno de los grandes problemas del sistema federal de designación de vacantes en Argentina. En un estudio propio realizado a agosto 2023, el 64% de los concursos que tramitaban en el Consejo de la Magistratura se encontraban en mora. Véase *inextenso*: Ambroggio, Adrian Federico, *op. cit.*

5.4. Democratización de los procesos de selección

Correlativamente al último acápite, la introducción de sistemas de IA puede colaborar significativamente en la democratización de los procesos de selección, permitiendo a través de aplicaciones o herramientas digitales que los ciudadanos releven los procesos de selección. En algunos sistemas de selección, como el argentino, en forma previa a la elevación del pliego del candidato al Senado, el Poder Ejecutivo abre una etapa de conocimiento público de los candidatos, los cuales pueden recibir avales o impugnaciones por ciudadanos u organizaciones de la sociedad civil. La IA puede, en palabras de Helene Landemore, colaborar con la idea de una "democracia abierta"[39] puesto que, con un correcto diseño ético y una mirada humanista de los sistemas de IA, podría acercar los alejados procesos de selección de jueces a la ciudadanía, proporcionando herramientas para que las personas puedan participar activamente en la toma de decisiones al respecto.

En efecto, Landemore afirma

> La IA puede ayudar a escalar la democracia deliberativa en múltiples capacidades. Pero al final, tenemos que dejar de lado el ideal original de una deliberación simultánea y completamente inclusiva de todos con todos. Lo mejor que probablemente podamos tener es, o bien millones de personas autoseleccionadas procesando argumentos e ideas juntos en una plataforma en línea aumentada por IA (Deliberación Masiva en Línea), o un porcentaje sustancial de la población participando en mini-públicos deliberativos rotándose varias veces (las asambleas regionales del Gran Debate Nacional a gran escala). Incluso estas aproximaciones a la deliberación totalmente inclusiva son increíblemente exigentes, consumen mucho tiempo y presumiblemente son costosas. Pero pueden ser los puen-

[39] Para Landemore, la democracia abierta no se trata solo de una versión mejorada, más participativa o diferente de la democracia representativa, sino de un paradigma completamente diferente. Su ideal central es poner a los ciudadanos comunes en el centro del sistema político en lugar de en la periferia, enfatizando la accesibilidad y la igualdad de acceso al poder sobre el mero consentimiento al poder y la delegación del poder a las élites electas. Véase in extenso: Landemore, Helene, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*, Princeton University Press, 2020.

tes necesarios para vincular el ideal de la democracia deliberativa con el de la participación masiva.[40]

VI. Riesgos

6.1. Consolidación de sesgos de la IA

La cuestión de los sesgos de la IA o sesgos del algoritmo es una preocupación constante en los estudios relativos a la implementación de la IA en la estructura y funcionamiento de la IA. Paradójicamente, la IA puede reducir los riesgos de los sesgos humanos, pero a la vez, incorporar el denominado "sesgo algorítmico". Como afirma Sánchez Caparros, "aunque suele presumirse que los sistemas de IA son neutros y deciden objetivamente, lo cierto es que se entrenan con datos, y si estos datos incluyen sesgos injustos, estos sistemas van a amplificar estructuralmente esos prejuicios provenientes de los datos, consolidando y expandiendo la discriminación, dando lugar a un círculo vicioso que terminará por excluir definitivamente a muchas personas del acceso a distintos bienes y servicios, sobre todo a aquellas que pertenecen a grupos vulnerables e históricamente desfavorecidos, reiniciando una problemática que desde nuestra disciplina venimos combatiendo hace largo tiempo".[41] Será crucial entonces que el diseño de los sistemas de IA para la selección de jueces sean correctamente estructurados para evitar cualquier tipo de sesgo algorítmico.[42]

---

40 Landemore, Helene, "Can AI bring deliberative democracy to the masses?", *HAI Weekley*, Seminar, *https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/Helen%20Landemore%20Can%20AI%20bring%20deliberative%20democracy%20to%20the%20masses.pdf*

41 Sánchez Caparrós, Mariana, *Prevenir y controlar la discriminación algorítmica*, Rubinzal Culzoni, RC D 427/2021.

42 Los sesgos algorítmicos se pueden clasificar en tres tipos principales: sesgo de recolección de datos, sesgo de diseño del modelo y sesgo de interpretación. El sesgo de recolección de datos ocurre cuando los datos utilizados para entrenar un algoritmo representan de manera desproporcionada ciertos grupos o características, lo que conduce a resultados distorsionados. El sesgo de diseño del modelo surge de decisiones conscientes o incons-

6.2. Falta de confianza en los procesos de selección por IA

Un estudio reciente sobre la introducción de procesos de selección en el área de los recursos humanos demuestra que las percepciones de equidad en los procesos de selección de personas para un determinado trabajo se veían menos justas que los procesos tradicionales llevados adelante por humanos.[43] Las conclusiones del trabajo citado pueden extrapolarse a los sistemas de selección de jueces y deben tenerse en cuenta especialmente al momento de la implementación futura de estas herramientas, para evitar que los procesos de selección de jueces se perciban como inequitativos entre los propios postulantes, afectando la confianza pública en los procesos de selección. Por otro lado, la complejidad de los algoritmos de IA puede hacer que sus decisiones sean vistas como "cajas negras" es decir, decisiones cuyo funcionamiento interno no es fácilmente comprensible para los humanos. Esta falta de transparencia puede generar desconfianza en el sistema, ya que los ciudadanos pueden no entender cómo y por qué se toman ciertas decisiones.[44]

cientes tomadas durante la creación del algoritmo, como la selección de variables y los métodos de procesamiento, que pueden favorecer ciertos resultados. Finalmente, el sesgo de interpretación se manifiesta cuando los resultados del algoritmo se analizan o aplican de manera parcial, influyendo en las decisiones basadas en esos resultados. Para un estudio detallado de los sesgos, véase: Barocas, Solon, Hardt, Moritz, y Narayanan, Arvind, *Fairness and Machine Learning*, The MIT Press, 2019 *y* Sánchez Caparrós, Mariana, "Inteligencia artificial, sesgos y categorías sospechosas. Prevenir y mitigar la discriminación algorítmica", en Corvalán, Juan G., *Tratado de inteligencia artificial y derecho*, La Ley, 2023, t. I, p. 749-773.

43 Acikgoz, Yalcin, Davison, Kristl H., Compagnone, Maira, y Laske, Matt, "Justice perceptions of artificial intelligence in selection", *International Journal of Selection and Assessment*, 20 de septiembre de 2020, *https://doi.org/10.1111/ijsa.12306*

44 Coglianese, Cary, Grimm, P., y Grossman, M., "AI in the Courts: How Worried Should We Be?", *Judicature*, 2020, *https://judicature.duke.edu/articles/ai-in-the-courts-how-worried-should-we-be/*

VII. Conclusiones

La incorporación de la inteligencia artificial (IA) en los procesos de selección de jueces presenta un potencial significativo para mejorar la eficiencia, transparencia y democratización de tales sistemas. Las capacidades de la IA para analizar grandes volúmenes de datos relativos a los antecedentes de los candidatos, diseñar y evaluar exámenes de manera objetiva, y proporcionar información detallada sobre los candidatos de forma accesible, pueden contribuir a procesos menos discrecionales y con mayor legitimidad democrática.

No obstante, la implementación de la IA en la selección de jueces también conlleva riesgos y desafíos importantes. La falta de transparencia en los algoritmos puede generar desconfianza y percepciones de injusticia entre los postulantes y el público. Además, si los datos de entrenamiento contienen sesgos, la IA puede amplificarlos, lo que podría llevar a decisiones discriminatorias. Para mitigar estos riesgos, es crucial que los sistemas de IA sean diseñados con principios éticos robustos y supervisados continuamente por humanos. Es esencial asegurar que las decisiones basadas en IA sean comprensibles y justas, manteniendo así la confianza pública en los procesos de selección.

En síntesis, la IA tiene el potencial de transformar positivamente los procesos de selección de jueces. Sin embargo, su implementación debe gestionarse cuidadosamente, abordando los desafíos y riesgos asociados para maximizar sus beneficios y minimizar posibles impactos negativos.

Sociedad digital y democracia

***

Digital society and democracy

*Francisco Balaguer Callejón**

Resumen: el trabajo analiza la configuración de la democracia en la sociedad digital teniendo en cuenta las transformaciones de pautas culturales que se están generando como consecuencia del modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas. En lugar de una equivalencia entre desarrollo tecnológico y desarrollo democrático como el que se pensaba cuando apareció la Web 2.0 estamos asistiendo a un proceso de involución democrática derivado de la configuración de los procesos comunicativos por parte de las redes sociales y las aplicaciones de Internet. Ese proceso está cambiando las variables de espacio y de tiempo que ahora se configuran en función de los intereses económicos de las compañías tecnológicas y que provocan una asimetría entre procesos comunicativos y procesos políticos, así como una fragmentación y radicalización del espacio público que están minando las condiciones estructurales de la democracia pluralista.

Abstract: this paper analyses the configuration of democracy in the digital society, considering the changes in cultural patterns that are being generated because of the business model of tech companies. Instead of an equivalence between tech-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

nological development and democratic development, as was thought when Web 2.0 appeared, we are witnessing a process of democratic involution resulting from the configuration of communication processes through social networks and Internet applications. This process changes the variables of space and time, which are now configured according to the economic interests of tech companies, creating an asymmetry between communication processes and political processes, as well as a fragmentation and radicalisation of public space that undermine the structural conditions of pluralist democracy.

Palabras clave: sociedad digital, inteligencia artificial, democracia, redes sociales, populismo.

Keywords: digital society, artificial intelligence, democracy, social networks, populism.

Sumario: I. Introducción. II. La asimetría entre procesos comunicativos y procesos democráticos en la configuración del espacio público. III. La disolución del espacio público a través de los algoritmos. IV. La pérdida de una visión social compartida de la realidad. V. La desinformación como rasgo estructural de los procesos comunicativos en la sociedad digital. VI. La IA generativa y la desinformación sistémica.

I. Introducción

Hay una *percepción cultural* de que los avances tecnológicos inciden también en la organización social y política, de tal modo que a mayor desarrollo técnico tendría que haber un mayor desarrollo político y democrático. La sensación de progreso ha estado siempre presente en el ámbito tecnológico, con la aparición constante de nuevo software y hardware capaces de ofrecer mejores prestaciones informáticas. La catalogación de esos productos informáticos con puntuaciones sucesivas que expresaban los nuevos avances pasaría después a la Web (Web 1.0, 2.0, etc.) y de ahí se trasladaría también al ámbito político, donde se comenzará a hablar de una "constitución 2.0" o de una "democracia 2.0", por ejemplo.

Esta percepción cultural tiene que ver con los nuevos procesos comunicativos, que comienzan con la Web 2.0, y que podían ser más participativos, haciendo posible que amplios sectores de población pudieran acceder a una comunicación global a través de instrumentos técnicos de diversa naturaleza, por medio de Internet. Pero esta capacidad de participación se verá pronto canalizada, estructurada y mediada (limitada, en realidad) por grandes compañías tecnológicas que son las que controlan desde hace años los procesos comunicativos a través de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet.

Se podría pensar que estas compañías tecnológicas respetarían la comunión que ha existido en el mundo moderno entre progreso tecnológico y progreso social. Esta vinculación es comprensible porque el mundo moderno necesitaba del poder del Estado y de la constitución estatal para poner en práctica la gran transformación histórica que supuso la construcción de un mercado nacional, liberando las fuerzas del capital y el trabajo de los obstáculos propios del mundo estamental. Pero la globalización establece nuevas reglas de juego y no necesita ya a la constitución estatal para desplegarse. Por el contrario, la constitución estatal, con sus garantías de los derechos fundamentales y sus mecanismos de control del poder se percibe como un obstáculo y de ahí la posición subordinada que está asumiendo en el siglo xxi frente a la economía o a la tecnología, los grandes factores de transformación social de nuestra época.[1]

Estando las sociedades estructuradas en comunidades nacionales, no hay ningún motivo para pensar que los agentes globales (tecnológicos o financieros) puedan tener interés alguno en mejorar el bienestar social o la calidad de la democracia de esas comunidades. Ante todo, porque muchos de ellos tienen su sede en países que carecen de estructuras democráticas. Pero también porque todos ellos tienen un alcance global, actuando tanto en Estados democráticos como no democráticos y porque supeditan a su interés económico cualquier otro interés. Este condicionante

[1] *Cfr*. F. Balaguer Callejón, "Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux", en *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. L.G.D.J., Paris, 2020.

económico está en la base de la atormentada relación entre el desarrollo tecnológico y la constitución que estamos experimentando en el siglo xxi.

La pregunta que tenemos que hacernos es si puede evolucionar la democracia del mismo modo que evoluciona la tecnología. Puesto que la tecnología supone avances concretos desde el punto de vista técnico, se podría pensar que esos avances conllevan necesariamente un progreso constitucional y democrático. Sin embargo, la realidad es que, si bien el avance tecnológico transforma la estructura económica y productiva, así como las pautas culturales de las sociedades, su valoración técnica no necesariamente tiene por qué coincidir con la valoración que hagamos del reflejo político y constitucional de ese desarrollo tecnológico.

En gran medida, precisamente por la utilización interesada que las grandes compañías tecnológicas están haciendo del desarrollo tecnológico que ellas mismas promueven, podemos hablar de una involución democrática que se está produciendo debido al modelo de negocio de estas compañías. No caminamos hacia una democracia 2.0, 3.0 o 4.0 sino hacia una "democracia 0.0", privada de las condiciones estructurales que la hacen viable, debido a la configuración de los procesos comunicativos y del espacio público por las compañías tecnológicas. Una configuración que podría ser de otro modo sin impedir los legítimos rendimientos económicos de estas compañías, favoreciendo así un auténtico desarrollo democrático.

Para resolver los problemas que aquejan a nuestra democracia en el contexto de la sociedad digital, lo primero que tenemos que hacer es analizar esos problemas con una metodología precisa que tenga en cuenta los factores de poder de nuestro tiempo y el modo en que se está conformando la democracia en la sociedad digital. Vamos a hacerlo teniendo en cuenta las transformaciones culturales que se están generando a través de los procesos comunicativos digitales y la manera en que esos procesos están afectando a la configuración del espacio público y a las condiciones estructurales de la democracia pluralista, que es la última fase del desarrollo democrático del Estado constitucional.

II. La asimetría entre procesos comunicativos y procesos democráticos en la configuración del espacio público

La asimetría entre los procesos comunicativos de la sociedad digital y los procesos democráticos se va a analizar aquí desde una metodología de análisis de la realidad digital[2] que tiene en cuenta las transformaciones culturales[3] que se están produciendo debido al desarrollo tecnológico y que están cambiando la percepción del *tiempo* y del *espacio*, las dos variables en las que se producen los procesos comunicativos. Algunas de estas transformaciones van unidas al desarrollo tecnológico, de manera indisoluble, por lo que resultaría difícil pensar en alternativas viables. Otras, por el contrario, son una consecuencia directa del modo en que la tecnología está siendo orientada por los agentes globales, las grandes compañías tecnológicas, en función de su modelo de negocio. Hay alternativas, aunque supongan un menor rendimiento económico para estas compañías, en un contexto en el que la balanza entre los beneficios que obtienen y el daño que provocan a la sociedad está claramente descompensada.

El desarrollo tecnológico está generando efectos positivos en muchos ámbitos y depende, en gran medida, del interés económico legítimo de las compañías tecnológicas que quieren rentabilizar sus productos. Las compañías tecnológicas necesitan obtener beneficios para seguir investigando y para mantener las

---

2 *Cfr*. F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, 2ª. ed., Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, h*ttps://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/e9_2ed_constitucion_algoritmo_seg.pdf*. Versión portuguesa: *A constituição do algoritmo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2023, versión italiana: *La costituzione dell'algoritmo*, Le Monnier Università/Mondadori, Milano, 2023, versión francesa en curso de publicación.

3 *Cfr*. F. Balaguer Callejón, "Inteligencia artificial y cultura constitucional", en F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet (dir.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023. "Intelligenza artificiale e cultura costituzionale", en *Diritti fondamentali e democrazia nel costituzionalismo digitale* a cura di F. Balaguer Callejón-I. W. Sarlet, *lacittadinanzaeuropea*online, Numero Speciale 2, Maggio-Agosto 2023. *Cfr*. F. Balaguer Callejón, "La cultura constitucional en la era digital", en J.M. Pérez Collados, (coord.), *La cultura jurídica en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

estructuras que hacen posible sus aplicaciones y sus programas. Ahora bien, algunas de ellas están configurando esas aplicaciones potenciando transformaciones culturales "adicionales" a las derivadas del desarrollo tecnológico, para generar una interacción permanente con esas aplicaciones orientada a la obtención masiva de datos personales.

En la economía de datos, esa interacción permanente hace posible la configuración de perfiles de usuario que se utilizan para el envío de publicidad personalizada y de propaganda política (incluso de carácter subliminal). Las compañías tecnológicas obtienen una gran parte de sus ingresos de la publicidad (hasta llegar, en el caso de Facebook, al 98% del total)[4] y su voracidad por obtener el mayor número de datos posible para utilizarlos en la venta de publicidad a otras empresas está en el origen de una conformación de sus aplicaciones que aumenta artificialmente el tiempo de uso. Para conseguirlo, estas compañías utilizan diversas técnicas que van desde el diseño de la interfaz de usuario hasta la configuración de los algoritmos. El diseño de la interfaz de usuario está orientado a potenciar una interacción permanente con otros usuarios más allá de lo que es habitual en la comunicación personal. El de los algoritmos está orientado a promover el conflicto en el espacio público para generar una atención constante de los usuarios.

Técnicamente es posible configurar de un modo distinto el interfaz de usuario y los algoritmos sin afectar a la utilidad social de esas aplicaciones, algunas de las cuales han favorecido extraordinariamente los procesos comunicativos a nivel global. Esto lo saben las compañías tecnológicas, porque han transcendido públicamente sus propias investigaciones internas acerca de la posibilidad de un uso más razonable de los algoritmos desde el punto de vista del interés público, por ejemplo.[5] Sabemos tam-

[4] *Cfr*. C. Galindo, "Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia", *El País*, 5 de febrero de 2022.

[5] Así, según la información del *Wall Street Journal*, Facebook encargó un informe interno para determinar si sería técnicamente posible cambiar los algoritmos que usa evitando así efectos negativos tales como la radicalización del espacio público. La conclusión fue que era perfectamente viable pero que la consecuencia sería una pérdida de ingresos por parte de Facebook,

bién que han optado por el beneficio económico, a pesar de ser conscientes del daño que están provocando, porque algunas de ellas han intentado aparentar que defendían valores constitucionales en su propio país mientras de manera subrepticia promovían, a través de sus algoritmos, discursos y planteamientos que después han tenido efectos pésimos en la vida real y no solo en el ciberespacio.[6]

Muchos de los nuevos desarrollos tecnológicos favorecen los procesos comunicativos y la participación política. Algunos lo hacen, sin embargo, produciendo daños que podrían evitarse, debido a una configuración excesivamente orientada hacia el beneficio económico a pesar de conocer el alcance de esos daños. En muchos casos podría mejorarse el rendimiento sin que se pusiera en peligro la existencia de las compañías o su sustentabilidad económica. Bastaría con que las aplicaciones que se lanzan al mercado estuvieran sometidas a un control de impacto tecnológico que permitieran conocer previamente el alcance previsible de los daños y corregir la configuración de la interfaz de usuario o de los algoritmos.

---

de manera que la decisión de la compañía fue no cambiar los algoritmos y continuar generando los mismos problemas. *Cfr*. J. Horwitz y D. Seetharaman, "Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive", *Wall Street Journal,* 26 de mayo de 2020. Las informaciones procedían de Frances Haugen, que trabajaba entonces para Facebook y que denunciaría posteriormente de manera pública las prácticas de la compañía.

6 De nuevo, el ejemplo de Facebook es paradigmático. En efecto, tras las elecciones presidenciales de 2020 en Estados Unidos Facebook tuvo una actitud claramente contraria a Trump en relación con su intento de manipular el resultado electoral y pudo aparecer así ante la opinión pública como una compañía comprometida con la democracia y con los valores constitucionales. Sin embargo, sus algoritmos seguían potenciando una presencia pública masiva de las posiciones *trumpistas*, favoreciendo los discursos en los que se cuestionaba el resultado electoral y se defendía "parar el robo" que según Trump se había producido en las elecciones. En la investigación realizada por *The New York Times*, personas que no habían tenido apenas eco en su actividad en Facebook previamente, pasaron a tener miles de seguidores cuando comenzaron a difundir planteamientos favorables a las posiciones *trumpistas*, gracias a los algoritmos de Facebook. *Cfr*. S.A. Thompson y C. Warzel, "How Facebook Incubated the Insurrection. Right-wing influencers embraced extremist views and Facebook rewarded them", *The New York Times*, 14 de enero de 2021.

Ese control resulta todavía más necesario para las aplicaciones de inteligencia artificial generativa, como el ChatGPT. En este caso estamos ante una aplicación que se ha introducido en el mercado sin una valoración mínima de su impacto y de sus consecuencias. El resultado es que se ha evidenciado una capacidad de producir y difundir desinformación masiva que puede tener efectos sistémicos, afectando de manera estructural a ámbitos que hasta ahora estaban esencialmente excluidos de la desinformación con la que las nuevas tecnologías están infectando el sistema social y político (como es el caso de la economía, la ciencia, el mundo jurídico y la propia inteligencia artificial).[7] Un potencial destructivo sin precedentes que debe ser corregido.

Hay cambios que son inherentes al progreso tecnológico y que no se pueden revertir. La percepción del tiempo era muy diferente en el mundo analógico que en el mundo digital. La información llegaba (y sigue llegando) con más lentitud, a través de la prensa o de los noticiarios de la radio o la televisión en el horario previsto. Salvo que hubiera alguna noticia que tuviera una importancia excepcional, raramente aparecían los "avances informativos" que se dedicaban a dar cuenta de algún hecho extraordinariamente relevante. Lo mismo ocurría con los periódicos, que solamente elaboraban ediciones especiales en circunstancias de alcance histórico. Actualmente lo excepcional se ha convertido en normal. Los periódicos digitales están emitiendo continuamente avisos sobre noticias más o menos relevantes o para dar cuenta simplemente de las opiniones que publican. Avisos que llegan de manera permanente a los teléfonos móviles de los usuarios.

Lo mismo puede decirse de muchos procesos comunicativos, en los que la percepción del tiempo era más pausada. Así, en el ámbito jurídico, podemos recordar que la "*vacatio legis*" estaba orientada, entre otras finalidades, a hacer posible el conocimiento de las normas por sus destinatarios, que no era inmediato, ya que los boletines oficiales donde se publicaban las normas no llegaban en el mismo día a la mayor parte del territorio del Estado.

7 *Cfr*. F. Balaguer Callejón y M.L. Balaguer Callejón, *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

La jurisprudencia tardaba todavía más, a través de los cuadernillos de jurisprudencia a los que Facultades de Derecho y despachos de abogados estaban suscritos. Todo esto ha cambiado radicalmente y ahora podemos hablar de un conocimiento inmediato a través de Internet. No hay ningún perfil negativo en sí mismo en esta evolución, pero es inevitable que esa disponibilidad inmediata cambie la manera de percibir el tiempo, de trabajar y de pensar.

Hay otros cambios que están generando transformaciones culturales "añadidas" que no dependen solamente de la evolución tecnológica sino del modo en que las compañías tecnológicas configuran sus aplicaciones tanto en lo que se refiere a la interfaz de usuario como al diseño de los algoritmos que utilizan en ellas. Pongamos un ejemplo que ilustra esa transformación y que tiene que ver con los procesos comunicativos. La escritura de una carta a mano, propia del mundo analógico, se producía mediante un proceso reflexivo, que requería su tiempo, entre otras cosas porque se sabía que la carta llegaría a su destinatario varios días después de depositarse en el correo. La respuesta también tardaba su tiempo y seguía el mismo patrón ya que el proceso de comunicación podía culminarse en una o dos semanas dependiendo de la distancia entre las personas que se escribían. La percepción del tiempo cambiará algo con el email. Sin embargo, la percepción cultural del tiempo en el proceso comunicativo era muy similar al de la correspondencia mediante cartas: el mensaje que llega, aunque exista constancia de su recepción, no espera una respuesta inmediata.

La utilidad de email no está diseñada para generar una interacción permanente, es neutra a esos efectos. Es importante resaltar que no se trata de una aplicación cerrada y monopolizada por una compañía como ocurre con WhatsApp, sino que hay muy diversos gestores de correo que prestan el servicio y que se pueden utilizar indistintamente para comunicarse a través de email. En el caso de WhatsApp o Telegram, por el contrario, nos encontramos con aplicaciones cerradas que tienen más libertad de configuración de la interfaz de usuario. En ellas el proceso comunicativo se transforma, contribuyendo a generar una nueva percepción del tiempo, como ocurre con otras aplicaciones de Internet y redes sociales. Por ejemplo, en el caso de WhatsApp,

la interfaz de usuario permite conocer no solamente que el destinatario ha recibido el mensaje (como ocurre con el email) sino también que ese destinatario está conectado en ese momento a la aplicación. Esa circunstancia puede producir una tensión en el proceso comunicativo que induzca a responder rápido para no resultar descortés. Una tensión que se puede incrementar mucho por el hecho de que la aplicación te permite también conocer que el destinatario está escribiendo y lo está haciendo para contestar a otros mensajes.

La aplicación de WhatsApp está diseñada, en realidad, como una conversación telefónica y no como una mera aplicación de mensajería, porque permite conocer todo lo que se puede saber en una conversación telefónica. Cuando se envía un mensaje por WhatsApp y no se obtiene respuesta, aunque hay constancia de que la persona que lo ha recibido está conectada y que incluso está escribiendo a otras personas, es como si se hablara por teléfono con esa persona sin obtener respuesta. Se genera una tensión similar y eso conduce a que se den respuestas rápidas y se mantenga una permanente atención a la aplicación generando una interacción que no es necesaria en el proceso comunicativo y que tiene sentido solamente por el interés de los diseñadores de la interfaz de usuario de potenciar el uso de la aplicación el mayor tiempo posible. La motivación es conocida: aumentar el volumen de datos recopilados que posteriormente pueden ser utilizados por Facebook (ahora Meta), la propietaria de WhatsApp, de manera que, aunque la aplicación no genere ingresos directos por publicidad, sí los genera indirectos mediante el uso de esos datos.[8]

Esta interacción permanente y la necesidad de dar respuestas rápidas, que se produce también en otras aplicaciones de Inter-

[8] Mientras Facebook compró en 2012 Instagram por 1.000 millones de dólares, en 2014 pagó una cifra muy superior, 19.000 millones de dólares, por WhatsApp sin que esta última compañía, según indica *The Economist*, a pesar del enorme precio que ha pagado Facebook por ella, genere ingresos directos. Aunque el texto no se pronuncia sobre los posibles motivos, parece evidente que la motivación económica, no estando en la publicidad directa tiene que basarse en algún otro interés para Facebook y no es difícil imaginar cuál es ese interés. *Cfr*. "Dismembering Big Tech", *The Economist*, 24 de octubre de 2019, *https://www.economist.com/business/2019/10/24/dismembering-big-tech*

net (a través de los "me gusta" o los comentarios con los que se responden a otras personas que previamente han hecho uso de esas utilidades) *cambia la percepción cultural del tiempo*. Provoca que los usuarios de esas aplicaciones piensen que las cuestiones que se plantean, por ejemplo, en los procesos políticos, requieren también respuestas rápidas. *Se genera una percepción de disponibilidad inmediata de las cosas y de la necesidad de obtener respuestas rápidas a las cuestiones que se plantean en los procesos comunicativos y en los procesos políticos.*

Pero los procesos políticos en una sociedad democrática requieren de debates y de reflexiones colectivas que se llevan su tiempo. Se genera así una asimetría entre procesos comunicativos y procesos políticos. En las redes sociales cuando se plantea una cuestión que se convierte en tendencia social, se exige una respuesta inmediata: si es un problema que se plantea por la mañana, se debe resolver en la misma mañana, todo lo más por la tarde, porque al día siguiente el problema ya será otro. *Esta asimetría es muy peligrosa porque favorece las respuestas rápidas y simples a problemas complejos y esas respuestas las suelen dar siempre los movimientos populistas*, que se ven así favorecidos por las características de los procesos comunicativos canalizados a través de las redes sociales y las aplicaciones de Internet.

III. La disolución del espacio público a través de los algoritmos

No solo cambia la percepción del tiempo, sino que también se transforma la dimensión espacial en la sociedad digital. La estructura de los procesos comunicativos a través de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet es muy diferente de la de los medios de comunicación tradicionales. Son muchas las variables que explican esas diferencias, a comenzar por el hecho de que las redes sociales se dirigen a un público potencialmente universal, algo que no ocurre con los medios de comunicación tradicionales. No es que un periódico o una emisora de televisión tenga limitados sus destinatarios, sino que se dirigen a un sector de población, aquél que representa mejor su línea editorial o su orientación temática, si no es un medio generalista. Hasta tal

punto la línea editorial se ve condicionada por el público que esa línea se suele mantener incluso cuando la propiedad de la emisora o del periódico cambia de manera significativa, porque perder la línea editorial puede significar perder el público.

Las redes sociales, sin embargo, tienen una estructura diferente. Su público es universal, no se dirigen a un sector concreto de la sociedad. El público de Facebook o de Instagram es la totalidad de la sociedad de cada país, con independencia de las ideologías o los intereses temáticos de sus diversos sectores. Combinar un público universal con la diversidad existente en la sociedad no sería posible si no se pudiera modular el discurso en función de los destinatarios. Si las redes sociales tuvieran una orientación ideológica o temática explícita, no podrían mantener como público más que aquellos sectores de la sociedad que la compartieran.[9] Por ese motivo, tienen que articular discursos muy diferentes, que van dirigidos específicamente a grupos también distintos o incluso a personas concretas cuando quieren influir en esas personas mediante la publicidad comercial o la propaganda política.

Hacer compatible un público universal con la diversidad de opciones y de planteamientos ideológicos y de todo tipo que existen en una sociedad solo es posible a través de los algoritmos. Son los algoritmos los que permiten extraer los datos de cada usuario, elaborar perfiles diversos, psicológicos incluidos, y ordenar la relación de la red social con ese usuario. Pero la configuración de los procesos comunicativos por medio de algoritmos plantea problemas específicos que están transformando el espacio público, dando lugar a fenómenos de fragmentación y radicalización debido a la necesidad de dirigir la información y la opinión en función de la orientación específica de cada usuario.

Para entender bien lo que está ocurriendo en el espacio público necesitamos comparar los procesos comunicativos del mundo digital con los del mundo analógico. Algunas diferencias relevantes explican el impacto que los algoritmos tienen en la configuración del espacio público, partiendo de un hecho importante:

[9] Está por ver la incidencia que el giro de Elon Musk, propietario de X (la antigua Twitter) hacia posiciones ideológicas de extrema derecha puede tener en la red social.

el creciente monopolio de las redes sociales sobre los procesos comunicativos, algo que no tiene precedentes en la historia de las sociedades democráticas. Esto lo podemos comprobar recurriendo al fenómeno "Trump", tan dañino para Estados Unidos y para el mundo como interesante desde el punto de vista del análisis del populismo y de la incidencia de las redes sociales en los procesos políticos.

Donald Trump llegó a acumular más de 144 millones de seguidores a través de su actividad en las redes sociales en su primer mandato como presidente de Estados Unidos. Cuando fue expulsado de las redes sociales -debido a su actividad contraria a la constitución, al promover el asalto al Capitolio- ya como presidente saliente, perdió el acceso a todos esos seguidores. Para intentar recuperarlos creó un blog, llamado *From the Desk of Donald J. Trump*, como alternativa a Facebook y a Twitter, redes de las que había sido expulsado. El blog duró menos de un mes porque estaba teniendo muy poco público.[10] Mientras Trump llegó a tener 88 millones de seguidores en Twitter, 32 millones en Facebook, y 24 millones en Instagram, su blog alcanzó solamente alrededor de doscientas mil interacciones. Posteriormente, creó su propia red social, que tampoco consiguió cifras significativas de seguidores en comparación con los que tenía en las otras redes sociales,[11] de manera que no recuperó a esos seguidores hasta que volvió a ser admitido en ellas.

Este monopolio de los procesos comunicativos no tiene precedentes en sistemas democráticos. Nada menos que el presi-

[10] *Cfr*. B. Zadrozny, "Trump's blog isn't lighting up the internet", *nbcnews.com*, 2021, *https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/trumps-blog-isnt-lighting-internet-rcna890*

[11] Esa red tuvo inicialmente un promedio de 200.000 visitas diarias desde su lanzamiento en Estados Unidos, el 1 de marzo de 2022. *Cfr*. S.A. Thompson y C. Warzel, *op. cit*. El número de seguidores de Trump en su propia red social a enero de 2023 era mucho más alto que el del blog: 4,83 millones. En diciembre de 2023 llegó a 6,53 millones: *https://truthsocial.com/@realDonaldTrump*. Sin embargo, una vez que ha vuelto a ser admitido en las otras redes sociales, la diferencia es enorme respecto de Twitter (87,73) Facebook (34,49) o Instagram (23,3). *Cfr*. "Donald Trump number of followers on selected social platforms 2023", *Statista Research Department*, 2023.

dente saliente de Estados Unidos, una figura con una capacidad de influencia decisiva en el Partido Republicano y muchas posibilidades de volver a ser de nuevo presidente, como finalmente ha ocurrido, perdió la inmensa mayoría de los seguidores que tenía en las redes sociales, en torno a 140 millones de personas.[12] Estamos hablando de compañías privadas que monopolizan procesos comunicativos en el espacio público y lo hacen desde el derecho privado, decidiendo libremente a quiénes admiten y a quiénes no. Una situación que merece una reflexión profunda desde muy distintos ámbitos, comenzando por la propia la distinción entre el derecho público y el derecho privado en el contexto de la globalización y siguiendo por la configuración de la libertad de expresión en el espacio público controlado por las redes sociales

El que nos interesa ahora, sin embargo, es el de la propia configuración del espacio público partiendo de estas condiciones de monopolio, porque la comparación entre el mundo analógico y el digital nos evidencia unas condiciones estructurales muy diferentes. Mientras los medios de comunicación tradicionales ocupaban una parte del espacio público en función de su línea editorial y del sector social al que estaban orientados, *las redes sociales se dirigen a un público universal y tienen a monopolizar los procesos comunicativos* amplificando su impacto sobre la configuración del espacio público.

¿Cómo lo hacen? Aquí también las diferencias son enormes. Pongamos como ejemplo el proceso de lectura de un periódico

[12] Se podría objetar que esta pérdida masiva de seguidores y su exclusión de las redes sociales, hasta que fue admitido de nuevo, no le impidieron volver a ser el candidato del Partido Republicano a la Presidencia (cuestión diferente es la de su elección como presidente, en la que incluso ha tenido el apoyo explícito de alguna de ellas). Esta objeción no tiene en cuenta que, en realidad, la expulsión de las redes sociales de Trump no impidió que se promoviera en esas mismas redes el discurso trumpista, como evidencia la investigación de S.A. Thompson y C. Warzel, *op. cit*. Donal Trump no necesitaba estar presente de manera directa en las redes sociales porque los algoritmos diseñados por las compañías tecnológicas promovían sus posiciones políticas, favoreciendo sus intentos de volver a ser presidente, como así ha sido. Una promoción que en el caso de X (la antigua Twitter) ha sido absolutamente explícita por parte de su nuevo propietario, Elon Musk.

impreso. La persona que lee un periódico comienza por los titulares de la portada y sigue avanzando, página a página, por las diferentes secciones: desde internacional a espectáculos, pasando por sociedad, cultura, deportes, etc. Puede ser que esa persona no tenga mucho interés en algunas de esas secciones, pero el proceso de lectura le lleva a ojearlas y, a veces, a detenerse en algunas de las informaciones. Quizás no le interese nada la sección de cultura, pero puede ser que alguna noticia concreta o algún artículo de opinión llame su atención, o puede ser que se detenga en la sección de internacional quizás por alguna imagen o algún titular, aunque no sea una temática en la que haya tenido interés previamente.

El proceso de lectura de un periódico impreso ofrece una visión global del mundo a la persona que lo lee (algo que también ocurre en gran medida con los programas de noticias de televisión o de radio, por ejemplo, con sus diferentes secciones). No ocurre lo mismo con la información que llega a través de las redes sociales, desagregada[13] y seleccionada por los algoritmos en función del historial previo de búsqueda, por ejemplo, o del perfil que la aplicación ha generado con los datos que extrae de la actividad en Internet. Las redes sociales ofrecen una visión limitada del mundo. Si a alguien le interesan especialmente las noticias sobre deporte, le llegarán solamente ese tipo de noticias, si le interesan las informaciones relacionadas con el cine, le llegarán únicamente esas y lo mismo si le interesan las de sociedad o las de política nacional. El mundo se verá básicamente a través de la retroalimentación que le llegue, pero sin ofrecer la posibilidad de conocer otros ámbitos, empobreciendo cada vez más la visión de cada usuario de las redes.

[13] "Social feeds and search results show snippets and single articles. This creates a more disaggregated news experience than traditional news media." Eso supone que los usuarios no acceden más que a una parte de la información: "Online content is effectively "unbundled". The different sections of a print newspaper are brought together into one product. Online, readers can select only the articles they wish to view, without necessarily being exposed to other content. So, they may be less likely to read public interest news", *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 2019, p. 7.

Pero no solo se limitan los ámbitos de conocimiento de los usuarios, sino que también se reducen sus posibilidades de conocer y comprender otros planteamientos diferentes de los suyos. *La necesidad de combinar un público universal con las diferencias ideológicas existentes en la sociedad conduce a ofrecer, a través de los algoritmos, las opiniones que coinciden en mayor medida con las propias*. Se genera así el efecto burbuja del que nos habla Pariser[14] y que explica la fragmentación y progresiva radicalización del espacio público generada por las redes sociales.

Una tendencia que se ve favorecida por los ecosistemas en los que se desarrollan los procesos comunicativos generados por estos nuevos "mediadores" que son las grandes compañías tecnológicas.[15] En estos ecosistemas las personas que los utilizan tienen una mayor receptividad y una menor capacidad crítica para diferenciar y analizar la información, por tratarse de entornos comunicativos privados en los que se mezclan mensajes personales tales como fotos o videos de amigos o de familiares, con informaciones de carácter político, por ejemplo. No existe la actitud de quien de manera activa quiere informarse, como en el mundo analógico, yendo a un punto de venta de prensa y adquiriendo un periódico que se percibe como un producto informativo y frente al cual se mantiene una distancia que hace posible recibir esas informaciones de una manera más reflexiva y crítica.

La fragmentación y la radicalización tienen un gran potencial destructivo del espacio público porque dificulta su configuración como un lugar común, un ámbito de encuentro en el que se pueden debatir las distintas posiciones desde el respeto a las diferencias, algo esencial en la construcción de una democracia pluralista. *El respeto a las posiciones de los demás se debilita porque las redes sociales solamente alimentan las posiciones propias, de manera que los usuarios tienden a despreciar o minusvalorar las de los otros.*

14 *Cfr*. E. Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

15 F. Balaguer Callejón, "The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech", en Steffen Hindelang and Andreas Moberg (eds.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer, 2022.

Pero la igual dignidad de cada uno de los planteamientos de cada una de las personas que confluyen en el espacio público es fundamental en la democracia pluralista y se refleja, por ejemplo, en la igualdad del voto, en el proceso de decisión que conduce a la formación de la voluntad colectiva. En la democracia es un elemento esencial, como indica Paola Bilancia, la paridad de los participantes en el debate público.[16] Para que esa igual dignidad de la verdad de cada uno sea reconocida es necesario reconocer la verdad de los otros, aunque no se comparta, aunque se discrepe esencialmente y se combata en el plano político. Pero eso es algo cada vez más difícil debido a la progresiva disolución del espacio público que están generando los nuevos mediadores, las grandes compañías tecnológicas, mediante la configuración de los algoritmos en sus entornos comunicativos.

En esos entornos se reduce la visión del mundo de los usuarios y se les alimenta de manera permanente con sus propios planteamientos. De ese modo, se termina por pensar que solamente las propias opiniones son aceptables y que las de los demás están siempre equivocadas. El resultado es la radicalización, el enfrentamiento, la dificultad para llegar a acuerdos, para generar consensos, en definitiva, para construir un espacio público común que sirva de base a la democracia pluralista. *El espacio público termina disolviéndose en un pluralismo de posiciones monistas que no reconocen a las demás y se autoafirman como las únicas posibles cada una de ellas.* Una especie de "monismo plural" en el que la incomunicación entre las diversas visiones del mundo es cada vez mayor. *Los fundamentos de la democracia pluralista se ven así minados por los nuevos procesos comunicativos que se han desarrollado en la sociedad digital.*

IV. La pérdida de una visión social compartida de la realidad

Lo peculiar de esta configuración del espacio público por parte de las redes sociales es que no persiguen imponer una deter-

[16] *Cfr*. P. Bilancia, "Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica", federalismi.it -|numero speciale 1/2017, pp. 3,9 y 15.

minada visión del mundo a través de sus algoritmos. En eso se diferencian de los autócratas que en los Estados autoritarios o dictatoriales (o en los regímenes iliberales) intentan controlar a los medios de comunicación para ponerlos a su servicio e imponer aquellas narrativas que ofrecen una visión del mundo coherente con sus propios idearios y, sobre todo, con su voluntad de mantenerse en el poder. Lo característico de estos sistemas políticos autocráticos o iliberales es que manipulan la realidad, la distorsionan, la reconstruyen a la medida de sus intereses. No se puede decir que no tengan interés por la verdad porque sí lo tienen, justamente para manipularla y desfigurarla siempre que sea necesario para conservar el poder.

Los entornos comunicativos creados por las grandes compañías tecnológicas no tienen ese interés por manipular y *reconstruir* la verdad propio de los Estados dictatoriales o autoritarios. Lo único que les interesa es fomentar la interacción de sus usuarios para obtener mayores rendimientos económicos mediante el tratamiento de sus datos, la elaboración de perfiles personalizados y la venta de publicidad comercial o de propaganda política. Configuran sus algoritmos para satisfacer a sus usuarios y, por ese motivo, no podrían mantener una operación sostenida de propaganda política, por ejemplo, que pretendiera orientar a sectores masivos de la sociedad hacia determinadas opciones.

Una operación de ese tipo conllevaría probablemente una pérdida masiva de usuarios, en concreto de todos aquéllos que no compartieran los planteamientos promovidos por parte de las redes sociales. Eso perjudicaría su rendimiento económico que es, en realidad, la finalidad última de las grandes compañías tecnológicas que diseñan las redes sociales y las aplicaciones de Internet. Hasta tal punto es así que, cuando estas compañías han intervenido en procesos electorales y han promovido el fraude electoral, lo han hecho mediante propaganda subliminal. No han recomendado el voto para determinadas candidaturas ni han configurado sus algoritmos para cambiar la orientación del voto de sus usuarios de manera explícita.[17] La propaganda subliminal

[17] La excepción que representa la reciente participación activa de Elon Musk, propietario de X (la antigua Twitter) en favor de Trump, y su interferencia en otros países apoyando posiciones de extrema derecha tendrá que ser valorada en los próximos tiempos.

se ha basado en los perfiles psicológicos de usuarios que podían verse influidos de manera inconsciente en relación con sus miedos o sus fobias, por ejemplo, para promover su abstención.

En los entornos comunicativos de los medios de comunicación tradicionales, que son la base de la democracia pluralista, el espacio público se configura tendencialmente para favorecer la *construcción* social de la realidad. Los diversos medios de comunicación tienen líneas editoriales que reflejan esencialmente la pluralidad social y confluyen en el debate público aportando cada uno su propia visión que, junto con la de los demás, permite construir una visión social compartida de la realidad. Naturalmente, hay también intereses económicos en las propias empresas, campañas de comunicación que intentan imponer narrativas, intentos de ocultar la verdad o las verdades que perjudican al poder político social o económico de determinados grupos y que introducen distorsiones puntuales en el espacio público. No se trata de un mundo ideal ni de una democracia "perfecta", entre otras cosas porque es consustancial a la idea del pluralismo que estas disfuncionalidades se puedan corregir en mayor o menor medida a través de procesos públicos abiertos que son los que dan la medida de una democracia pluralista.

Estos procesos no son necesariamente una expresión del llamado "libre mercado de las ideas" de Holmes, de dudosa aplicación a un contexto con desigualdad de armas para promover la verdad.[18] Esta desigualdad de armas nos evoca el modo de obte-

[18] Como bien indica F. Schauer: "Once we fathom the full scope of factors other than the truth of a proposition that might determine which propositions individuals or groups will accept and which they will reject—the charisma, authority, or persuasiveness of the speaker; the consistency between the proposition and the prior beliefs of the hearer; the consistency between the proposition and what the hearer believes that other hearers believe; the frequency with which the proposition is uttered; the extent to which the proposition is communicated with photographs and other visual or aural embellishments; the extent to which the proposition will make the reader or listener feel good or happy for content independent reasons; and almost countless others—we can see that placing faith in the superiority of truth over all of these other attributes of a proposition in explaining acceptance and rejection requires a substantial degree of faith in pervasive human rationality and an almost willful disregard of the masses of scienti-

ner la verdad propia del mundo medieval en el que, como indicara Foucault, el sistema estaba orientado no a probar la verdad, sino la fuerza, el peso o la importancia de quien la afirmaba.[19] Ciertamente, la apertura de los procesos y el pluralismo permiten corregir y compensar esa desigualdad, pero no podemos olvidar que también en la configuración "analógica" del espacio público existían grandes grupos mediáticos con una capacidad importante de promover narrativas que no siempre respondían a la realidad de los hechos. Y, aunque, como señala H. Arendt, la orientación finalista de la política puede darle una condición transitoria a la mentira frente a la estabilidad o permanencia de la realidad fáctica,[20] también es cierto que la mentira ha sido un gran motor de la historia, como indica U. Eco.[21] En todo caso,

fic and marketing research to the contrary", F. Schauer, "Facts and the First Amendment", *UCLA Law Review,* vol. 57, núm. 4, 2010, p. 909.

19 Nos recuerda Foucault que la cuestión de la verdad está ausente en ese sistema, basado en la prueba y no en la indagación: "En el derecho feudal, el litigio entre individuos se reglamentaba por el sistema de la prueba (*épreuve*). Cuando un individuo se presentaba llevando una reivindicación, una querella, acusando a otro de haber robado o matado, el litigio entre ambos se resolvía por una serie de pruebas aceptadas por los dos y a las que ambos se sometían. Este sistema no era una manera de probar la verdad, sino la fuerza, el peso o la importancia de quien decía", de tal modo que "la prueba no sirve para nombrar o determinar quién es el que dice la verdad, sino para establecer quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quién tiene razón. En una guerra o prueba no judicial, uno de los dos es siempre el más fuerte, pero esto no prueba que, a la vez, tenga razón. La prueba judicial es una manera de ritualizar la guerra o trasponerla simbólicamente, una manera de darle ciertas formas derivadas y teatrales de tal modo que el más fuerte será designado, por ese motivo, como quien tiene razón", M. Foucault., "De la verdad entre particulares a la verdad pública: el nacimiento de la indagación jurídica", en M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, 1973, Gedisa Editorial, Edición de Kindle, pp. 68, 70, 73-74.

20 Power, by its very nature, can never produce a substitute for the secure stability of factual reality", de tal manera que "In their stubbornness, facts are superior to power; they are less transitory than power formations, which arise when men get together for a purpose but disappear as soon as the purpose is either achieved or lost.", H. Arendt, "Truth and Politics", 1967, en *Between Past and Future*, Penguin, London, 1968, pp. 258-259.

21 De tal manera que se puede hablar con Umberto Eco de una "forza del falso" por contraposición a la fuerza de la verdad que, sea a través de la mentira o por medio del error, ha sido el motor de muchos acontecimien-

como señala P. Häberle, en la democracia pluralista propia del Estado constitucional se dan las condiciones para que las personas puedan buscar libremente la verdad y obtenerla.[22]

Esa búsqueda común es lo que hace posible una visión social compartida de la realidad en sus elementos básicos, que no es incompatible con las distintas verdades que confluyen para construir socialmente esa percepción compartida. Sin embargo, en la sociedad digital, la estructura de los procesos comunicativos (dirigidos tendencialmente a la totalidad del público) conduce a que la verdad permanezca fragmentada a través de los algoritmos para garantizar la fidelidad de ese público, también fragmentado. La realidad se configura en burbujas o compartimentos estancos que se articulan mediante los perfiles de usuario a través de los algoritmos que ordenan los procesos comunicativos dentro de las redes sociales y las aplicaciones de internet.

La pérdida de una percepción social compartida de la realidad pone en dificultad la permanencia de la comunidad política que es la base de una sociedad democrática. Los nuevos procesos comunicativos están propiciando una involución democrática que debería ser controlada desde el derecho constitucional. La formulación de las constituciones y sus reformas tienen que afrontar esta evolución de los procesos comunicativos, incorporando nuevos derechos digitales que permitan a los usuarios de los nuevos en-

tos históricos. *Cfr*. U. Eco, "La forza del falso", en la recopilación del mismo autor *Sulla Letteratura*, Tascabili Bompiani, Milano, 2003, pp. 292 y ss. Para U. Eco, "il riconoscere che la nostra storia è stata mossa da molti racconti che ora riconosciamo come falsi deve renderci attenti, capaci di rimettere continuamente in questione gli stessi racconti che ora teniamo per veri, poiché il criterio della saggezza della comunità si fonda sulla vigilanza continua nei confronti della fallibilità del nostro sapere", p. 322.

22 Como indica P. Häberle, el Estado constitucional se contrapone a los Estados totalitarios y a las pretensiones fundamentalistas de verdad, porque "si caratterizza per la consapevolezza di *non* essere in possesso di precostituite verità eterne, ma di essere invece destinato a una mera *ricerca* della verità". De tal manera que, "L'immagine dell'uomo dello stato costituzionale sottintende un cittadino che necessita di verità e che è in possesso degli strumenti per *ricercarla* e 'conquistarla'", P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, en su versión italiana preparada por G. Zagrebelsky y J. Luther, *Diritto e verità*, Einaudi, 2000, pp. 85 y 110.

tornos comunicativos recibir una información objetiva e independiente. Los nuevos mediadores deben cumplir la misión que les corresponde a los medios de comunicación en una sociedad democrática: contribuir a la formación de una opinión pública reflexiva e informada.

V. La desinformación como rasgo estructural de los procesos comunicativos en la sociedad digital

Los medios de comunicación tradicionales construían narrativas, de acuerdo con sus líneas editoriales, a través de las cuales participaban en la construcción social de la realidad. Esas narrativas podían incluir elementos de desinformación, eventualmente contrastados o refutados a través del pluralismo de los medios. Lo que permite que esas narrativas generen una información relativamente solvente no es que todos los medios repitan las mismas, porque eso solo ocurre en un Estado totalitario, sino justamente que cada uno de ellos aporta su propia visión de la realidad y la comparte y contrasta con las de los demás medios. En sí mismas, esas diferentes narrativas no expresan desinformación o intentos de manipulación, sino que se corresponden con el juego democrático propio de una sociedad pluralista.

Por el contrario, los nuevos mediadores, las grandes compañías tecnológicas, no construyen narrativas, sino que *abren sus aplicaciones a todas las narrativas posibles, aunque privilegian —a través de sus algoritmos— a las que promueven noticias falseadas y realidades alternativas*, porque eso favorece la interacción permanente con sus aplicaciones y facilita así la acumulación de datos que necesitan para obtener mayores rendimientos mediante la venta de publicidad. De ese modo, los nuevos mediadores no reflejan la realidad de las sociedades en las que actúan. Por el contrario, *al potenciar la desinformación mediante las noticias falseadas y las realidades alternativas, generan una tensión sobre la realidad misma que tiene un gran potencial destructivo.*

La destrucción de esa percepción social compartida de la realidad no se extiende a todos los ámbitos del espacio público (al menos no lo ha hecho hasta el desarrollo de la IA generativa) fenómeno este que es digno de análisis. En el campo económico

no encontramos *noticias falsas* ni posverdad. Los fundamentos del tráfico económico siguen intactos en la sociedad digital y no se han visto afectados por los algoritmos. Lo mismo podría decirse de la vertiente tecnológica.[23] Es posible, por tanto, mantener el espacio público libre de *fake news*, posverdad y realidades alternativas. El contraste entre la cultura política digital y la económica es extraordinario, como también es la protección jurídica de la que disfruta esta última frente a la primera.

En Estados Unidos, esta protección del ámbito económico se corresponde con la con la interpretación que se ha realizado de la Primera Enmienda respecto de los límites de la libertad de expresión. Una interpretación que admite cierta regulación en la publicidad comercial, de manera que no quedaría protegida por la Primera Enmienda, a diferencia de la propaganda política y, en general, los debates políticos. El hecho de que la publicidad comercial no esté protegida por la Primera Enmienda en lo que se refiere a las afirmaciones falsas, a los hechos falsos que contiene, evidencia que en este ámbito sí hay un control de la falsedad factual, algo que no ocurre en el ámbito político, al protegerse la libertad de expresión de acuerdo con la interpretación que se le ha dado a la Primera Enmienda.[24]

Es de destacar, sin embargo, el reciente caso de la condena a R. Guliani por difamar a dos empleadas electorales de Georgia en las últimas elecciones presidenciales, que ha generado ciertas expectativas de que los tribunales puedan contener en el futuro la oleada de mentiras y desinformación con la que se está llenando el espacio público en el ámbito político[25]. Como contraste

---

23 *Cfr*. F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, *cit*., pp. 80 y ss.

24 *Cfr*. Como indica F. Schauer: "although the existing doctrine is moderately clear with respect to the permissibility of restricting false or misleading advertising of securities or commercial products, the issue is different when we turn to questions of factual falsity in political debate", F. Schauer, "Facts and the First Amendment", *cit*. p. 913.

25 Por más que esta percepción le parezca excesivamente optimista, señala Andy Kroll que "On a societal level, the real hope for these defamation cases is that over time, as more liars are brought low by their actions and held accountable in court, politicians and political operatives will pause before spreading disinformation and, slowly, this country will move toward a be-

tenemos el caso de Donald Trump, y sus afirmaciones falsas en los cuatro años de su primer mandato, que según el Washington Post alcanzaron el número de 30.573[26] y que se concentran en cuestiones políticas.

La protección de la economía se extiende también al tráfico jurídico, que no se ve afectado, con carácter general, por los nuevos procesos comunicativos creados por las compañías tecnológicas. *El campo de acción de los algoritmos diseñados para promover la desinformación, la posverdad y las realidades alternativas es la política*. Su finalidad no es otra que generar mayor atención del público y una interacción permanente con sus aplicaciones de Internet, así como desprestigiar la política, limitando la capacidad de acción de los legítimos representantes de la ciudadanía y, entre otras cosas, dificultar el control de las propias compañías tecnológicas por las instancias democráticas.

VI. La IA generativa y la desinformación sistémica

Para comprender el alcance de los desafíos que está planteando la IA generativa desde que las primeras aplicaciones se han puesto en el mercado, hace ahora un año (especialmente la más conocida, el ChatGPT) habría que compararla con la experiencia reciente de la pandemia. Imaginemos que, en lugar de testar cada una de las vacunas cuyo uso se permitió por las autoridades sanitarias, tras largos procesos de comprobación de sus efectos y de su eficacia, se les hubiera dado licencia a vacunas que no habían sido objeto de esos procesos de verificación, simplemente porque unas mínimas pruebas iniciales hubieran determinado sus posibles, aunque no contrastados realmente, efectos positivos en el control de la pandemia.

tter, safer political discourse" A. Kroll, "The Unsettling Truth at the Heart of the Giuliani Case", *The New York Times*, 2023.

[26] D. Trump llegó a acumular 30.573 afirmaciones falsas o engañosas en sus cuatro años de mandato, de acuerdo con el trabajo de comprobación realizado por el *Washington Post*, a 24 de enero de 2021, *www.youtube.com/watch?v=Jq5k LbR79*.

Eso es lo que ha ocurrido con el ChatGPT. Se ha introducido en el mercado sin conocer sus efectos reales, con una multitud de deficiencias que la narrativa elaborada por las compañías tecnológicas define de manera muy suave, como ocurre con las llamadas "alucinaciones",[27] como si fuera un problema puntual de la aplicación informática del que nadie tiene que hacerse responsable. Siguiendo la comparación con el ejemplo de las vacunas anteriormente indicado, es como si la vacuna se testara directamente en los usuarios, sin ningún tipo de pruebas intermedias.

Para decirlo claramente, eso es lo que están haciendo los usuarios de esta aplicación y para eso se ha puesto en el mercado: para utilizar a los usuarios y mejorarla. El resultado ha sido una polémica global que parece desvincularse de los auténticos responsables y que ha generado una alarma comprensible en relación con la Inteligencia Artificial generativa.[28] Una alarma que dio lugar a la salida de Sam Altam de OpenAI debido a las dudas que generó sobre el impacto dañino de la aplicación, volviendo en unos pocos días, al imponerse la lógica económica en el seno de la compañía.[29]

Las aplicaciones de IA generativa, como el ChatGPT, se mueven dentro de los parámetros culturales propios de la sociedad digital. Permiten ahorrar tiempo porque ofrecen resultados de manera muy rápida, aunque sean de peor calidad de los que obtendría un investigador riguroso. No cabe duda de que pueden ser un instrumento muy útil, si se utilizan para complementar el propio trabajo, otra cosa es cuando se usan para sustituirlo. Es entonces cuando su potencial destructivo puede operar sin ningún límite.

Por lo que se refiere a su capacidad para generar y difundir masivamente desinformación y dificultar la posibilidad de dis-

---

27 "The systems still make mistakes. They often get facts wrong and will make up information without warning, a phenomenon that researchers call "hallucination." Because the systems deliver all information with what seems like complete confidence, it is often difficult for people to tell what is right and what is wrong", C. Metz and G. Schmidt, "Elon Musk and Others Call for Pause on A.I., Citing 'Profound Risks to Society'", *The New York Times*, 2023.

28 *Cfr*. F. Balaguer Callejón y M.L. Balaguer Callejón, *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, *cit*.

29 *Cfr*. C. Metz y otros, "Five Days of Chaos: How Sam Altman Returned to OpenAI", *The New York Times*, 2023.

tinguir entre lo verdadero y lo falso, podemos señalar algunos ejemplos recientes. En el caso de la ciencia, estas aplicaciones se están utilizando ya para *suplantar* el trabajo de investigación científica.[30] Pero tienden a tergiversar la investigación científica, quizás para evitar los controles de programas antiplagio o quizás para sortear los derechos de autor de las fuentes que utilizan.[31] El resultado es muy pobre porque aparentan ofrecer trabajos científicos para quienes no tengan conocimientos específicos de la temática que abordan, pero que pueden contener errores muy graves.[32] *Si estos trabajos se consolidan en los circuitos académicos van a ser una fuente de desinformación que puede poner en peligro los cimientos del sistema científico a nivel global.*

Tenemos también ejemplos de su uso nefasto en el mundo jurídico, con su utilización para preparar demandas judiciales dando como resultado una indicación de fuentes jurídicas falsas, inventadas por la aplicación ChatGPT, con el riesgo que esto puede provocar para la seguridad jurídica. *Si los tribunales no detectan estas falsedades nos podemos encontrar con la incorporación*

30 Por más que tengan limitaciones inherentes a su actual fase de desarrollo, lo que ha llevado a N. Chomsky a calificarlos como "pseudoscience" y a destacar "the amorality, faux science and linguistic incompetence of these systems", N. Chomsky, I. Roberts, J. Watumull, j., "The False Promise of ChatGPT", *The New York Times*, 2023.

31 O quizás porque no son capaces de hacerlo de otro modo: como indica C. Véliz, "la IA actual tiene una relación poco fiable con la verdad. El tipo de IA más popular se basa en redes neuronales. Una IA como ChatGPT funciona analizando estadísticamente los textos que se le han proporcionado y generando respuestas convincentes basadas en sus datos de entrenamiento. Pero no utiliza la lógica ni se basa en pruebas empíricas. No tiene herramientas para rastrear la verdad. Como resultado, a menudo "alucina" o fabrica respuestas convincentes (basadas en su análisis estadístico) que, sin embargo, son falsas. Cuando le pedí que citara diez libros por Carissa Véliz, inventó nueve títulos plausibles pero falsos", C. Véliz, "Perdiendo habilidades ante la inteligencia artificial", *El País*, 2 de junio de 2023. Al parecer, esta tendencia de ChatGPT a inventarse respuestas cuando no sabe qué decir, está intentado corregirse en otras aplicaciones de otras compañías. Cfr. G.M. Pascual, "Google presenta Bard, su chat inteligente para hacer búsquedas", *El País*, 7 de febrero de 2023.

32 Errores que son difíciles de detectar para quien no tenga un conocimiento específico de la materia. *Cfr.* C. Del Castillo, "La inteligencia artificial ChatGPT reabre el debate de la tecnología en las aulas", *elDiario.es*, 19 de enero de 2023.

al mundo jurídico de referencias a sentencias que no existen (algo especialmente grave en un sistema de *case law* como el norteamericano, donde se ha producido el primer caso conocido hasta ahora)[33] y que terminen asentándose a través de su cita reiterada.

En el ámbito económico y tecnológico, la difusión de información falsa puede tener efectos desastrosos. Pensemos en el sistema bancario, por ejemplo, tan sensible a rumores o a informaciones incorrectas. Lo mismo cabe decir de la propia inteligencia artificial, que se basa en la extracción de datos que después son procesados por algoritmos. La calidad de esos datos es esencial para asegurar un buen funcionamiento de la IA, incluida la propia IA generativa. *Si los datos no son correctos, porque son "inventados" por las aplicaciones de IA generativa, las aplicaciones de IA pueden dejar de funcionar adecuadamente.* De ahí los recelos que se están produciendo respecto de las actuales aplicaciones de IA generativa.[34]

Incluso si estas deficiencias se corrigen porque las aplicaciones actuales de IA generativa mejoren sustancialmente, la experiencia debe servir para el futuro. En el nivel de los textos constitucionales es muy importante que se establezcan los principios para evitar los daños futuros que la Inteligencia Artificial puede provocar. De nuevo *la regulación del mundo digital en la propia constitución es necesaria porque hay que digitalizar la constitución, para que no quede como un documento obsoleto del mundo analógico, al tiempo que es necesario también constitucionalizar el propio mundo digital.*[35]

---

[33] Se trata de un abogado estadounidense que había utilizado la IA generativa para elaborar una demanda. Las sentencias invocadas en la demanda no existían en realidad, habían sido inventadas por ChatGPT. *Cfr*. B. Weiser, "Here's What Happens When Your Lawyer Uses ChatGPT", *The New York Times*, 2023. En 2024 se han producido más casos. *Cfr*. B. Ambrogi, "Federal Court Suspends Florida Attorney Over Filing Fabricated Cases Hallucinated by AI", *LawSites*, 2024 y, del mismo autor, "Not Again! Two More Cases, Just this Week, of Hallucinated Citations in Court Filings Leading to Sanctions", *LawSites*, 2024.

[34] Es el caso de G. Hinton, que ha expresado su temor a que Internet se vea inundada de falsos textos, fotos y vídeos, y que los ciudadanos no puedan ser capaces de distinguir lo que es real. *Cfr*. "Geoffrey Hinton, el"padrino" de la IA, deja Google y avisa de los peligros de esta tecnología", *El País,* 2 de mayo de 2023.

[35] *Cfr*. F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, *cit*.

Democracia digital: el declive de los partidos políticos como institución clave de los procesos políticos electorales

***

Digital democracy: the decline of political parties as a key institution in electoral political processes

*Francisco José De Andrea Sánchez**

* Es Doctor en Derecho de la UNAM con promedio de 9.75; tiene la Maestría en Derecho por la Universidad de HARVARD y la Licenciatura en Derecho de la UNAM con Mención Honorífica. Fue director del Centro de Estudios Parlamentarios de la Fundación Cambio XXI. En su perfil académico y profesional destacan una formación y una escolaridad especializadas en las materias de derecho electoral, derecho constitucional, derecho parlamentario, ciencia política, y derecho comparado, reconocidas nacional e internacionalmente tanto al ser designado por el H. Congreso de la Unión como Consejero Electoral Suplente del IFE (1996 a 2003), como por el hecho de ser repetidamente consultado [Cámara de Diputados, LIX y LX Legislaturas, Congreso de la República de Chile, Senado de México, IEDF], citado en estudios y sentencias [Senado, CADIP, TRIFE y Congresos de Chile y Colombia] y entrevistado [RADIO UNAM y la Revista Siempre !] en las citadas materias y temas, así como por haber participado en los históricos concursos abiertos aplicados por la LX Legislatura de la Cámara de Diputados en el innovador proceso escalonado de selección de consejeros del IFE [ubicándose por calificación y mérito en dos sendos exámenes -noviembre de 2007, y mayo-junio de 2008- entre los primeros 15 de 500 en el primer examen, entre los primeros 12 de 200 en el segundo y finalmente entre los 50 finalistas por quintetas de entre más de 300 aspirantes iniciales para integrar el nuevo INE en 2014.

Sumario: I. Introducción. II. Los factores y condiciones que han ocasionado la decadencia o crisis institucional y de credibilidad de los partidos políticos. III. La regulación jurídica de la IA en el ámbito político-electoral.

I. Introducción

En este ensayo abordaremos dos temáticas de gran relevancia que vincularemos en detalle con el contexto de irrupción de las tecnologías de la información y la inteligencia artificial y la disrupción sistémica de los sistemas políticos y electorales de muchos países del mundo bajo el contexto de la "tormenta perfecta" en que se combinan, primero, *a*) *una aguda crisis del prestigio, la relevancia y regulación tradicional de los partidos políticos* que otrora se erigían como protagonistas indispensables para el buen desarrollo de los procesos electorales y de una gran cantidad de funciones formales e informales desempeñadas en la sociedad y en el quehacer político en su sentido más amplio, y en segundo lugar, *b*) *un aumento en el uso de las redes sociales y los dispositivos inteligentes que empoderan, como nunca antes, al ciudadano común* y corriente que participa en actividades políticas que anteriormente eran un monopolio de los propios partidos, grupos de interés, comités de acción política y de campaña y organizaciones no gubernamentales formales que ahora también ceden paso a una ciudadanía cada vez más participativa e informada sobre los asuntos políticos, decepcionada y alejada de las antiguas formas de hacer política y de sus instituciones que la hacían viable en los ciclos electorales y de toma de decisiones, y, finalmente, c) el *tercer ingrediente de la inteligencia artificial* que —junto a los otros dos factores de este complejo contexto en que se vive actualmente la política a nivel mundial— y parecen condenar a la obsolescencia tanto a los partidos políticos como a los medios masivos tradicionales como la televisión, radio y prensa escrita, que si no se actualizan y si no se promueven reformas legislativas que pongan al día el cuerpo de leyes que regula todos estos campos y que se han visto dramáticamente sobrepasados por la realidad que cambia aceleradamente y que será definida por un uso creciente de las herramientas analizadas en apartados previos y que constituyen hasta ahora los mecanismos a través de los cuales la

inteligencia artificial ha trastocado integralmente casi todos los ámbitos del quehacer político electoral a través de los *deepfakes*, el *doxing*, las guerras miméticas y muchas otras prácticas que se implementarán de manera conjunta en este escenario de la tormenta perfecta que ocasionará condiciones caóticas e inestables en muchos países tanto en vísperas de los procesos electorales de 2024 como durante los mismos y con posterioridad en las estructuras de gobierno que emanen de dichos procesos y que no necesariamente representarán los mejores intereses de la mayoría de la sociedad. Estas condiciones, nunca antes existentes en por lo menos 3 procesos electorales de tres países claves en el concierto mundial, como son los Estados Unidos de Norteamérica, México y la que se acaba de dar con el acceso al poder del candidato contrasistémico por antonomasia, Javier Milei, en la Argentina.[1]

Ahora bien, como ya se podrá concluir de todo lo expuesto es claro el diagnóstico de una crisis aguda en la vida interna y en las actividades externas los partidos políticos en las citadas demarcaciones y el territorio inexplorado en el que dicha crisis institucional presencia la entrada en escenario de fenómenos, herramientas y desarrollos tecnológicos nunca antes aplicados simultáneamente en procesos electorales nacionales que además carecen de una regulación vigente actualizada y de vanguardia en la temática.

II. Los factores y condiciones que han ocasionado la decadencia o crisis institucional y de credibilidad de los partidos políticos

2.1. Factores Internos

La sobreregulación de la vida interna de los partidos en la normativa en materia de financiamiento de las actividades políticas y de su participación en los medios tanto tradicionales como digitales de reciente aparición en el escenario mundial.

[1] González, Juan Luis, El loco: La vida desconocida de Javier Milei y su irrupción en la política argentina, Edición Kindle, *https://www.amazon.com.mx/El-loco-desconocida-irrupción-argentina-ebook/dp/B0C9PD4NQR*

El primer factor y tema que debe tratarse en este rubro es el de la llamada *disciplina interna y la selección de candidatos y líderes políticos de los partidos políticos* que durante gran parte de la primera etapa del desarrollo de los partidos a nivel comparativo en el mundo se mantuvo como una esfera del ámbito estrictamente privado de cada partido político sin intervención o regulación del Estado lo cual tenía tanto ventajas como desventajas en el funcionamiento de los partidos durante los procesos electorales.

A mayor abundamiento, en la primera etapa en que nacieron los partidos políticos, como estos provenían de sus antecedentes que en mucho casos eran los clubes políticos, las facciones o los sindicatos laborales cualquiera que fuera el caso del organismo original que daba pie a la creación de un partido, lo que no se cuestionaba era su independencia e incluso la necesidad de que el *Estado se abstuviera de adoptar una postura intervencionista* a través de una regulación o intento de control de la vida interna de los partidos.

De hecho, en esta época inicial cualquier intento de intervencionismo era clasificado tanto en la sociedad como nivel interno los partidos como un acto autoritario de *intervencionismo antidemocrático a diferencia de lo que sucede en las sociedades que sobreregulan la vida interna de los partidos con el argumento de promover procesos internos más abiertos democráticos e incluyentes* lo que muchas veces sucede, pero con los riesgos también existentes y casi siempre realizados, de un intervencionismo excesivo que obstaculiza el entusiasmo y la creatividad tanto de las bases como de las dirigencias partidistas que ven frustrados muchos esfuerzos organizativos y de participación política debido a un exceso de controles y límites que coartan la libertad de expresión política y la toma de decisiones ordenada y legitimada al interior de los propios partidos que a veces tiene lógicas distintas a las que operan en el quehacer político al exterior de los propios partidos.

Para ejemplificar lo anterior basta decir que *muchos criterios y límites aplicables en la vida democrática a nivel general durante los procesos electorales no son trasladables a la vida interna de los partidos* así como *tampoco podemos implementar en el funcionamiento de las universidades públicas criterios de apertura e inclusión democratizadora* en la selección de rectores o autoridades univer-

sitarias *porque las metas objetivos y lógica operativa de estas instituciones académicas así como lo es también el caso de los partidos en sus tareas internas obedece a resortes y dinámicas sociales y de funcionamiento muy distintas a las necesarias en la sociedad en general.*

Lo anterior queda demostrado incluso en los estudios especializados en materia de la regulación de los partidos en que en el rubro histórico se aprecia con facilidad como las legislaciones que regulan la vida de los partidos y sus actividades se clasifican en *minimalistas y maximalistas* según el grado de intervención regulatoria del Estado en la vida interna de los propios partidos y en el desarrollo de sus diversas actividades tanto administrativas como políticas las legislaciones maximalistas tienden a sobreregular, y al entrar en campos francamente intervencionistas, estropean de hecho el juego democrático pues desincentivan el crecimiento de las membresías de los partidos y del trabajo de base por el exceso de trámites y controles.

En contraposición, tenemos el extremo opuesto que es el de las *legislaciones minimalistas* que se limitan a establecer algunas pautas y principios generales en materia de la vida interna de los partidos y de su reconocimiento como integrantes de los procesos electorales a través de sus funciones generales pero sin intervenir ni afectar la esfera interna y la disciplina partidaria que como hemos dicho antes en este trabajo casi siempre son un requisito *sine qua non* para que los partidos crezcan, florezcan y conserven su vitalidad participativa en las sociedades contemporáneas. *Bajo este contexto es claro que el exceso regulatorio e intervencionista asfixia la espontaneidad y la energía participativa tanto de bases como de liderazgos intermedios de casi todos los partidos políticos.*

Los límites o techos en materia de financiamiento de actividades políticas. El tema de los límites al financiamiento de las actividades de los partidos no solo es un tema fascinante y polémico, sino que es uno de los aspectos claves en la regulación de los partidos políticos hasta muy recientemente. *El dinero y la política siempre han sido una combinación explosiva*, peligrosa y proclive a los abusos y el control hegemónico del poder, sin embargo, irónicamente hay que destacar que si realizamos una mirada retrospectiva al

origen de los partidos y a su época de funcionamiento más vigoroso se puede apreciar que así como el campo de la vida interna de los partidos en que el intervencionismo estatal era mínimo a través de regulación jurídica del tema también en el ámbito del financiamiento de las actividades políticas la libertad interna, de los candidatos y de comités de acción política era considerable. De hecho, es factible incluso encontrar opiniones aún vigentes y existentes en los precedentes tanto de la Suprema Corte Norteamericana[2] como de otras instancias judiciales señalando que como han propuesto muchos defensores de la independencia de los partidos y de la libertad de expresión fundamentalmente los Estados Unidos es factible establecer una *equivalencia entre el espíritu que subyace la existencia de la libertad de expresión protegida nivel constitucional y las donaciones financieras de distinta naturaleza realizadas por particulares a los partidos políticos* en tanto que la propia libertad de expresión en el ámbito político se expresa también en la expresión de apoyo de un ciudadano que económicamente quiere donar o contribuir económicamente a la causa de un partido o candidato con sus propios fondos que de esta manera es *una extensión de su libertad de expresión solo que en este caso la expresión de ese ciudadano se da en forma de contribución o donación de dinero* y dicho ciudadano debería desde esta postura, desde esta perspectiva estar en posición de destinar sus recursos económicos a la causa partido o candidato de su preferencia sin límites e intervención por parte del Estado.

Claro está que la anterior propuesta y postura de equivalencia entre la libertad de expresión y las donaciones económicas en los Estados Unidos es representativa de una corriente muy liberal de rechazo al intervencionismo estatal en los distintos ámbitos de la vida social que no requieren de su participación en muchos casos indispensable y que *no es compartida especialmente en países como México* en que la argumentación fundamental en torno a estos temas en su momento giró en torno al potencial de influencia de grandes capitales tanto nacionales como extranjeros en la política interna de México y lo que es más grave todavía de influencia de la delincuencia organizada a través de contribu-

[2] *https://www.ramapo.edu/law-journal/thesis/money-as-speech-campaign-financing-in-the-democratic-process/*

ciones y reguladas realizadas sin control a candidatos o partidos políticos.

Ciertamente la filosofía que ancla la postura liberal norteamericana en este tema no es extrapolable al ámbito mexicano en especial en las últimas décadas pero lo que tampoco es conveniente es la sobreregulación y el asfixiamiento *de facto* de la dinámica partidaria política y participativa de la ciudadanía puesto que existe evidentemente la postura de que el derecho del ciudadano con medios económicos ciertamente tiene el mismo valor que el derecho del resto de la población de una sociedad no tan favorecida para participar e incidir en la política.

El tema, ciertamente es espinoso y cabe establecer eso sí con claridad que ningún extremo es conveniente y que de hecho en gran parte de la historia de los partidos políticos las contribuciones y *donaciones fluían con evidente libertad como fue el caso en los Estados Unidos de América durante la segunda posguerra y el principio de la década de los sesentas en que este arreglo vio florecer a la economía norteamericana que se convirtió en el motor económico financiero del mundo* por lo cual es factible establecer que dado este éxito evidente y el carácter de potencia mundial que adquirió los Estados Unidos, el esquema de no intervencionismo estatal en la vida partidaria y en el ámbito de contribuciones y donaciones *no necesariamente es un tema negativo o peligroso* para el bienestar de un país.

En contraposición, en la actualidad existen incluso en los Estados Unidos a partir de un crecimiento también en esas latitudes de la regulación de todos estos temas, una gran cantidad de patologías, fenómenos y problemas en los procesos electorales no obstante la existencia de una regulación clara y observada en la temática de contribuciones y donaciones a candidatos y partidos lo cual nos indica que este esquema que se aproxima un maximalismo regulatorio no necesariamente es la panacea del problema del influencia del dinero en la política.

La sobrerregulación en el control estatal del contenido de la propaganda y de los mensajes oficiales de los partidos y candidatos así como de los tiempos en que pueden expresar estos mensajes y utilizar la propaganda política. Un tercer tema que contribuye clara-

mente a la decadencia de los partidos políticos como institución clave de los procesos políticos y electorales es igualmente una sobrerregulación en el control estatal del contenido de la propaganda y de los mensajes oficiales de los partidos y candidatos así como de los tiempos en que pueden expresar estos mensajes y utilizar la propaganda política. El crecimiento de los controles administrativos y contables al igual que los casos anteriores de la disciplina interna y de dos límites al financiamiento nos indica que la sobrerregulación ha coartado e inhibido el ánimo de participación de los ciudadanos en las organizaciones formales de los partidos políticos que ya no son vistos como lo fueron hasta hace unos 10 o 15 años como la mejor opción para la participación política o para realizar los proyectos y aspiraciones de líderes y aspirantes a futuros gobernantes.

En tiempos recientes, en el caso mexicano se han observado una gran cantidad de intervenciones muchas adecuadas y otras excesivas sobre el contenido de las declaraciones entrevistas o informes periódicos presentados por políticos o representantes populares en los medios que llegan incluso a nivel presidencial con las admoniciones, advertencias y limitaciones que ha colocado el Consejo General del INE[3] al presidente López Obrador en especial, como ya analizamos en detalle, en sus conferencias *Mañaneras* que desde el inicio de su mandato presenta cotidianamente ante un auditorio numeroso y compuesto fundamentalmente de seguidores en las distintas redes sociales tanto personales como institucionales del presidente López Obrador.

Si analizamos el ámbito del derecho electoral comparado en su desarrollo histórico se observa que durante la mayor parte de la historia política de las democracias modernas los presidentes, primeros ministros o jefes de gobierno en sentido amplio siempre aprovecharon la inmensa caja de resonancia que implica el *atril presidencial* desde el cual cualquier opinión postura crítica o propuesta es magnificada por la importancia del cargo que se ostenta y por la disposición de medios de distinta naturaleza al alcance del Jefe del Ejecutivo entre otros funcionarios.

[3] *https://www.reforma.com/ine-limita-libertad-de-expresion-a-amlo-acusan-gobernadores/ar2656560*

A mayor abundamiento y analizando este tema no como una justificación o intento de adopción de postura al respecto, pero sí como un ejemplo ilustrativo se observa a nivel histórico que las opiniones de apoyo o de exhibición de logros de un presidente o primer ministro a través de los medios se interpretaba como una prerrogativa de un líder que fue el vencedor en una elección general y que mientras ejerce el poder disponía de esas prerrogativas y otras de privilegio como también tendrían derecho a hacerlo líderes, presidentes o primeros ministros de otras fuerzas políticas al darse una alternancia o cambio de gobierno con otro partido político.

En este sentido esta práctica era vista como natural y como consecuencia lógica del ejercicio del poder y de las victorias por la vía electoral obtenidas en elecciones libres transparentes y democráticas.[4]

La concentración del poder en las dirigencias nacionales de los partidos políticos. Del primer gran rubro de factores que explican el debilitamiento y la crisis de los partidos políticos como instituciones clave de los procesos electorales está un segundo aspecto que engloba varios fenómenos y que definimos como la concentración del poder de los líderes o élites nacionales de los partidos políticos que excluyen tanto a liderazgos medios como a las bases y a las organizaciones formales que integran sus propios partidos políticos.

Si analizamos el desarrollo de la historia de los partidos, así como sus definiciones y orígenes lingüísticos podemos observar que la esencia conceptual de un partido político implica que es una organización, una unión de individuos con pensamientos inclinaciones e intereses afines que se reúnen para de manera organizada magnificar su influencia política y así poder acceder al poder y al ejercicio y a los puestos de representación popular. De este *concepto puro inicial* en la actualidad, en especial en México, ya solo queda el cascarón el membrete del concepto de lo que es un partido político porque en el mejor de los casos solo una élite dirigente compuesta por un número limitado de individuos toman las decisiones de selección de candidatos y de formación

[4] *https://www.britannica.com/topic/spoils-system*

de alianzas con otras fuerzas, excluyendo a las bases[5] que por lo tanto crecientemente han desertado o buscan otras vías de participación política al exterior de los partidos, y en el peor de los casos se aprecian ejemplos como el de Alejandro Moreno Cárdenas en el PRI en que ya ni siquiera un grupo élite o colectividad reducida decide candidaturas y políticas generales sino que todo ello queden mano de un solo dirigente [6]que claramente escapa cualquier control o semblanza de práctica democrática.

La partidocracia.[7] Desde principios del Siglo xxi, ya se avizoraba una patología consistente en que *las democracias occidentales se estaban volviendo democracias de partidos políticos no democracias compuestas por ciudadanos participativos* y libres puesto que los partidos políticos como instituciones y sus élites y con frecuencia también sus bases *acordaban entre sí políticas públicas, plataformas y agendas legislativas que posteriormente sus candidatos vencedores aplicaban en todo un país sin prestar atención a los deseos e intereses de los ciudadanos en general,* de facto excluyéndolos aunque en apariencia eran sus representantes e intermediarios realizando su función de partidos políticos.

De esta manera, *el término partidocracia se volvió de uso común en el ámbito político y en la academia con una connotación negativa y peyorativa que hacía referencia al egoísmo y elitismo de las cúpulas partidistas* que supuestamente representaban a la ciudadanía en los procesos electorales pero que en realidad en cónclave con las nomenclaturas de los otros partidos políticos integrantes del sistema acordaban en Petit Comité todos los asuntos y toma de decisiones importantes respecto a la agenda nacional y legislativa muchas veces a contrapelo del deseo de la inmensa mayoría de los ciudadanos que les habían llevado al poder.

5 *https://elpais.com/mexico/2023-02-28/el-ine-tumba-la-reforma-con-la-que-alito-moreno-buscaba-extender-su-mandato-en-el-pri.html*

6 *https://www.infobae.com/america/mexico/2022/07/13/las-candidaturas-que-alito-quiere-controlar-y-repartir-en-2024/*

7 *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/350/5.pdf*

2.2. Factores externos que propician la crisis de los partidos políticos

El acceso masivo a la redes sociales y a las diversas plataformas digitales de grandes sectores de la población de casi todos los países del mundo posibilitan que actualmente dichos individuos intervengan directamente en la arena política y ya no solo como integrantes de base de algún partido con nula influencia real en los asuntos políticos, *sino que incluso en los casos excepcionales de ciudadanos que se convierten en youtubers8 o influencers con millones de seguidores se transforman en verdaderos protagonistas de primera línea* tanto de la vida política como incluso de los procesos electorales formales. En este sentido, es lógico para este número creciente de ciudadanos resulta mucho más conveniente práctico y accesible adoptar esta forma de acceso a la vida política en contraposición con la integración y trabajo de base en un partido político tradicional que ahora además como hemos analizado son labores que se ven inhibidas y privadas de consecuencia política real bajo los fenómenos y patologías enumerados a lo largo de este ensayo.

La era de las tecnologías de la información y las herramientas de la inteligencia artificial. Como ya se analizó en apartados anteriores de este ensayo, el surgimiento del nuevo actor en el escenario político que son las diversas herramientas de la inteligencia artificial como ChatGPT, el Doxing , los Deepfakes, las guerras meméticas y otras muchas que seguramente surgirán, permiten a cualquier ciudadano de a pie ya no solo participar activamente sino avanzar a niveles de participación que a veces influyen en los resultados finales de una elección y les permite crear y difundir mensajes y contenidos a través de Whatsapp, Telegram, Instagram y Twitter (ahora X), pues *estas comunicaciones se dan claramente en un ámbito de libertad de expresión* lo que implica también que hay un derecho a la privacidad y protección de datos e información de los mensajes que se comunican de persona a persona.

---

8 *https://www.reddit.com/r/mexico/comments/dryejo/fenómeno_de_el_chapucero_tiene_fecha_de/?rdt=35826*

Esta afirmación, que ciertamente puede ser polémica,[9] se puede aclarar con el siguiente ejemplo: es claro al menos en la mayoría de los países de democracia constitucional consolidada que no se puede prohibir que entre amigos, familiares o colegas de trabajo y en privado se intercambien ideas a veces muy críticas sobre asuntos políticos o candidatos electorales puesto que esas comunicaciones son conversaciones como las que se pueden tener en la intimidad del hogar o en una plática casual de persona a persona. Este renglón de comunicación *pertenece a un ámbito privado no público y no tiene posibilidad de control estatal siempre que se limite a la emisión de la opinión, mensaje o comunicación* y que no tenga trascendencia perniciosa o ilegal en la realidad social.

Todos estamos en libertad -en nuestro ámbito particular de amigos, familiares o personas cercanas- de emitir nuestros puntos de vista sin control estatal alguno. *Por extensión, los teléfonos celulares son una extensión de la propia persona del propio individuo10* y en este sentido lo que se comunica a un amigo incluso en el ámbito de contenidos políticos es y regulable y está protegido por el derecho a la expresión libre y a la privacidad.

Bajo este contexto el problema para la vida política y para las autoridades electorales surge cuando los referidos individuos aún en su carácter privado comparten y transmiten el mensaje a través de dispositivos digitales inteligentes lo que se convierta eventualmente en una cadena interminable y gigantesca que por su naturaleza masiva multiplica lo que en esencia son comunicaciones de persona a persona, pero que en todos los momentos de multiplicación en cadena del mensaje original o de esa opinión *conservan el carácter de esa comunicación protegida* que es la opinión que emitimos entre amigos y colegas solo que con los dispositivos digitales y el ciberespacio se magnifican sin control, quedando como única posibilidad de regulación las intervenciones legalizadas mediante intervención judicial que serían consi-

[9] *https://indianexpress.com/article/technology/tech-news-technology/tracing-messages-will-violate-privacy-chill-free-speech-whatsapp-7331846/*

[10] *https://www.vice.com/en/article/qvemgb/is-your-smartphone-an-extension-of-your-mind*

deradas violatorias de derechos elementales y una intromisión intolerable del Estado en la vida privada que las autoridades electorales o en casos extremos en que el propio gobierno presionará políticamente a las compañías de teléfonos celulares y a los fabricantes de los propios dispositivos para violar la privacidad o la libertad de expresión revelando identidades y entregando información de cualquier comunicación realizada de persona a persona lo cual como resulta claro no sería tolerado por ninguna sociedad auténticamente democrática.

Los peligros de las herramientas de la inteligencia artificial en el ámbito político-electoral. El límite, censura y control del lenguaje político emitido públicamente ya no en el ámbito de lo privado a través de plataformas como YouTube, X, Facebook y otras y que sí es regulable y tiene límites de contenido y temporales se enfrenta a la problemática especialmente en países en desarrollo de que la sede del cuartel general formal y reconocido jurídicamente de las compañías que crearon sostienen y operan dichas plataformas de comunicación masiva se encuentran casi todas en el extranjero, especialmente los Estados Unidos de Norteamérica por lo que todo intento de control o censura legitimo se vuelve mucho más complejo e implica diversas jurisdicciones y aplicación de normas de distinta jerarquía y sistema jurídico.

Estos obstáculos no solo dificultan sino que alargan la ruta crítica que debe seguir una autoridad electoral o un ciudadano o candidato quejoso en un caso de noticias falsas, imágenes, textos o audios fabricados con inteligencia artificial y otros fenómenos que ya hemos analizado, *lo que en muchos casos en procesos electorales de gran envergadura y complejidad logística implica que para cuando una autoridad electoral llega a un acuerdo o logra suprimir de la redes y plataformas un contenido el daño ya está hecho* y el momento procesal de la decisión final llega incluso a veces después de finalizada una elección por lo que el intento de control de daños se ve frustrado y los entes que difunden el contenido falso o ilegal finalmente por vía indirecta logran su objetivo.

Es por lo anterior que en nuestro país es urgente la regulación de los *deepfakes*, el *doxing*, las guerras meméticas y otros fenómenos, que en México la urgencia es aún mayor y más compleja que en otras latitudes pues la efectividad de cualquier legislación o

intento de control depende de acuerdos de las autoridades electorales mexicanas con compañías extranjeras que no debemos olvidar tienen sus propios intereses corporativos y nacionales muchas veces contrarios a los mexicanos.

Por otra parte, cabe resaltar que las herramientas de la inteligencia artificial aplicadas al ámbito político potencian lo que calificó como el terrorismo político-electoral y mediático pues a través de herramientas y extensiones a las aplicaciones de los navegadores de Internet como las VPN (redes privadas virtuales)[11] y otras medidas de protección de la privacidad y el anonimato dificultan identificar el origen tanto de campañas de bots como de usuarios fabricados artificialmente en las diversas plataformas para inundar las plataformas con mensajes también artificiales y sin apoyo o sustento real cuyo objetivo es iniciar rumores para que estos se difundan masivamente y puedan crear desconfianza y confusión en el electorado.

Por último, cabría destacar que en la etapa inicial en la que aún nos encontramos de implementación de muchas de las citadas herramientas en el ámbito político-electoral, irónicamente se abre la posibilidad a los partidos y candidatos débiles sin infraestructura consolidada o sin recursos financieros suficientes para que puedan crear mensajes estrategias y hasta discursos *creados a la carta* y con creciente sofisticación y profesionalismo con ChatGPT, Bing y las siguientes versiones de estos modelos de lenguaje generativo, sin necesidad de pagar asesores equipos de especialistas o de sostener instalaciones sofisticadas para realizar esta labor como había sido el caso durante las últimas décadas.

Ahora cualquier ciudadano común y corriente con el tiempo y conocimiento elemental suficiente, puede fabricar, crear y difundir todos estos mensajes desde su casa en cualquier momento e inicialmente sin controles efectivos lo cual posibilita que entre los miles de nuevos participantes en el escenario político por esta vía siempre surgen suficientes pensadores creativos disciplinados informados y articulados en su expresión que puedan crear contenidos que incluso rivalizan con los de infraestructuras partidarias que cuentan con equipos de trabajo y muchos recursos

[11] *https://www.avast.com/c-what-is-a-vpn*

económicos.

En los Estados Unidos de Norteamérica hemos presenciado un florecimiento de este tipo de ciudadanos hiperactivos que ya están teniendo influencia real en los procesos electorales y políticos habrá que esperar que tengan un impacto importante en la elección de 2024.

En México los simpatizantes de los distintos candidatos y partidos que se encuentran fuera de las instituciones establecidas formalmente y que han abandonado la opción de los partidos como posibilidad de participación política también empiezan a organizarse y coordinarse para intervenir desde la trinchera actualmente todavía independiente y libre de las nuevas herramientas del inteligencia artificial combinadas con los teléfonos inteligentes de los cuales dispone ya la inmensa mayoría de la población de todos los niveles socioeconómicos.

III. La regulación jurídica de la IA en el ámbito político-electoral

El último gran apartado temático de este ensayo se refiere a la actualmente inmensa y peligrosa laguna legislativa que existe en la materia que regula las distintas modalidades e implementaciones de los modelos de lenguaje generativo de la inteligencia artificial existentes en el ámbito político-electoral. Es tan novedoso, complejo y hasta cierto punto sorpresivo el surgimiento de muchos de los nuevos fenómenos ocasionados por la referida tecnología que de inicio nos sirve para ilustrar lo que ya anteriormente había sucedido con el marco normativo tanto constitucional como secundario de las actividades políticas en los procesos electorales aunque en ocasiones pasadas siempre había sido el caso con fenómenos cuyo desarrollo e implementación tenían ritmos de incorporación a las sociedades mucho más lentos y por lo tanto se hacía factible solventar y solucionar los vacíos y lagunas en la materia con relativa agilidad legislativa.

Sin embargo, en la actualidad la inteligencia artificial combinada con los otros factores previamente analizados de la decadencia de los partidos políticos, de los cambios sociales para-

digmáticos a raíz de la pandemia de COVID-19 y del contexto de conflictos bélicos que podrían constituir el inicio de una tercera Guerra Mundial añaden elementos de complejidad nunca antes vistos a la regulación de los citados fenómenos.

Tan es así, que el intento regulatorio dado a conocer por el presidente Biden de los Estados Unidos de Norteamérica para enfrentar el fenómeno de manera integral[12] y que sin duda constituye quizá el primer esfuerzo regulatorio de gran aliento que se materializa en un país que se ha erigido como pionero en el campo del inteligencia artificial igual que su rival económico geopolítico China. La regulación norteamericana se encuentra plasmada en un Acuerdo Ejecutivo emitido y publicado por el presidente Biden el 30 de octubre de 2023 y contiene docenas de páginas con una multitud de definiciones, prevenciones y lineamientos generales que deberán ser implementados con fechas determinadas establecidas en el propio Acuerdo Ejecutivo sobre una gran cantidad de materias entre las cuales destacan la seguridad nacional, la protección de los trabajadores ante la potencial de pérdida de empleos con el advenimiento de robots controlados a través de inteligencia artificial e insertados en las distintas cadenas de producción *aún integradas por trabajadores de carne y hueso*, así como en materia de armas biológicas y derechos a la protección de la información y de la privacidad de los ciudadanos norteamericanos y muy enfáticamente controles y limitaciones al intercambio la exportación de tecnología norteamericana a otros países en especial a potencias consideradas hostiles.[13]

Los plazos para la implementación de la legislación secundaria en estas diversas materias que son clasificadas e identificadas por categorías claramente definidas van desde los 90 hasta los 270 días, y en algunos casos sin plazos definidos dentro de los cuales las diversas entidades agencias y secretarías de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica deberán realizar estudios y

12 *https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/*

13 *https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/*

consultas con especialistas academia y expertos para regular en detalle lo que el referido Acuerdo Ejecutivo establece a grandes rasgos y con lineamientos generales.

Cabe destacar que después de haber realizado una búsqueda detallada tanto a través de un análisis con ojo de notario complementado posteriormente con una revisión del texto con las propias herramientas de inteligencia artificial como ChatGPT descubrimos que el Acuerdo Ejecutivo del presidente Biden omite quizá deliberadamente cualquier referencia al tema propiamente político-electoral que incluya las palabras partido, elecciones, candidato o campañas que son vocablos que no se encuentran en ninguna parte del texto.

Ahora bien, aunque es cierto que es factible proponer que el apartado referente a la información y privacidad de los ciudadanos norteamericanos tendría aplicación en el ámbito político-electoral, la omisión de los términos propiamente electorales y políticos referidos obedece más bien desde nuestro punto de vista a una probable estrategia del equipo de asesores del presidente Biden así como del Partido Demócrata que decidieron que el ambiente y el campo no regulado que se propician con la laguna de la regulación jurídica en el tema político-electoral les conviene políticamente puesto que son el partido en el gobierno y los beneficios y privilegios que brinda el ejercicio del poder real del aparato gubernamental les brinda ventajas sobre el Partido Republicano o cualquier otro potencial adversario o grupo político en un escenario no regulado en que las noticias falsas las imágenes y los vídeos creados con inteligencia artificial y la difusión de información confidencial y personal de candidatos opositores sin duda beneficia más a los demócratas que a los republicanos.

Evidentemente, la hipótesis que proponemos es un resultado del análisis del contexto político actual más que una afirmación que pueda sostenerse con evidencia práctica con respecto a los redactores y el equipo de especialistas que apoyó al presidente Biden en la redacción del ambicioso Acuerdo Ejecutivo en materia de inteligencia artificial y su control implementación en Estados Unidos.

A continuación, analizaremos algunos rubros temáticos esenciales para comprender el tema de referencia y presentaremos

una propuesta de temas esenciales que deben regularse a futuro tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en México, pero teniendo en cuenta que muchos de los peligros y riesgos sobre los que hemos alertado en este ensayo seguramente se concretizara pues al menos la elección presidencial de 2024 no contará muy probablemente con un cuerpo regulatorio maduro suficientemente difundido para controlar el uso pernicioso del inteligencia artificial en la elección presidencial más importante de las últimas décadas en la primera potencia comercial y bélica del mundo.

Ahora bien, como se observa de una lectura detallada del referido texto regulatorio general y de aplicación Federal de los Estados Unidos a partir de su publicación la primera potencia comercial y bélica del mundo cuna de muchas de las modalidades y herramientas del inteligencia artificial y como también vimos en este ensayo en la sección introductoria, de gran parte de la tecnología en los campos del ciberespacio y la creación e implementación y comercialización de los teléfonos inteligentes y de las plataformas sociales, también se encuentra en la actualidad aún con una inmensa laguna regulatoria y el primer paso dado por el presidente Biden con su ambicioso acuerdo ejecutivo tan solo bosqueja lineamientos generales con lo cual en el escenario más optimista la regulación efectiva con consecuencias sancionatorias reales se empezará a debatir, aprobar e implementar dentro de un año o dos a partir de la fecha de publicación del Acuerdo Ejecutivo que fue el 30 de octubre de 2023.

Este panorama de desfasamiento entre la realidad y la regulación jurídica de los fenómenos del inteligencia artificial en los Estados Unidos implica que habrá un periodo importante que se observó también en la explosión del uso del Internet en los años noventa en que *el territorio de la inteligencia artificial será uno caracterizado por el desorden, la libertad excesiva de actuación de toda clase de individuos, corporaciones, entidades y partidos en un campo minado sin reglas y normas* que establezcan un crecimiento e implementación con propósitos de beneficio social generalizado.

En este sentido, este lapso de uno a dos años será como el "Lejano Oeste" (*Wild West*) que prevaleció en la expansión norteamericana hacia los territorios y estados del oeste del país en

que la inexistencia y la dispersión de autoridades en muchos casos generó un ambiente peligroso y hostil para la estabilidad social y el crecimiento económico hasta que se pudieron establecer y afianzar instituciones y regulaciones eficaces implementadas y sancionadas por autoridades formalmente constituidas.

Así como el internet de los años noventa careció de regulaciones y florecieron la piratería, la copia descontrolada de audio y de vídeos y los fraudes comerciales, la era actual del explosión del inteligencia al menos artificial mientras se normaliza la conformación de autoridades y el marco regulatorio, constituirá un campo minado para candidatos partidos y políticos en el que habrá como siempre ganadores y perdedores y posiblemente una transferencia de riqueza y de poder no prevista que sin embargo eventualmente deberá ser controlada y encausada como siempre ha sido el caso con las nuevas tecnologías que crean momentos de transformación social generalizada.

Sin un ánimo de ser exhaustivos, se presentan cinco grandes rubros que es necesario regular urgentemente no solo a nivel comparativo sino en particular en México, aprovechándonos de las teorías, ideas y propuestas que pueden surgir tanto en los Estados Unidos de Norteamérica como en Europa y China en este campo puesto que muchos de los fenómenos políticos económicos y sociales serán compartidos por la gran mayoría de los países pues son resultado de fenómenos de interacción humana, participación política y ambiciones de poder todo lo cual es inherente a la naturaleza humana independientemente de fronteras.

Propuesta de temas que deben ser regulados jurídicamente en materia de inteligencia artificial y procesos político-electorales.

1. La administración electoral y sus autoridades. El INE, en México y particularmente su Consejo General, a futuro deberán estar en posibilidad -una vez consensuado, socializado, aprobado y publicado un marco regulatorio del tema en el país- de intervenir en el control y limitación de los peligros y excesos a los que se podrá llegar con el uso indiscriminado durante el proceso electoral de 2024 de las herramientas de la inteligencia artificial a través de un marco normativo que permita llegar a acuerdos

sobre conductas, actividades y acciones que se produzcan con impacto directo en las elecciones y a través de los candidatos, los partidos políticos, e incluso simpatizantes de los mismos. Para la implementación de esas medidas, las autoridades del Instituto Nacional Electoral mexicano deberán contar con nuevas facultades y nuevas direcciones ejecutivas especializadas en la temática.

2. Los Deepfakes. Bajo el rubro de los *Deepfakes*, es necesario contemplar la existencia de contenidos tanto en forma de texto como audio y vídeo creados artificialmente con conductas mensajes o actividades de candidatos y figuras políticas falsos que son inexistentes en la realidad pero que muestran en el caso de los vídeos y audios réplicas fieles eventualmente indistinguibles de las reales en las imágenes y contenidos auditivos que se presentan.

Para el control del fenómeno de los *Deepfakes* deberá mejorar la tecnología para incorporar aplicaciones nuevas que permitan contrarrestar el contenido de vídeos artificiales con alto grado de confiabilidad y sofisticación técnica que equivalga a la sofisticación y eficacia de la herramienta de inteligencia artificial original que crea una imagen vídeo o audio inexistente.

Por otro lado, también se deberán de contemplar normas que permitan a las partes interesadas en un proceso electoral contrarrestar el efecto que potenciales adversarios políticos puedan tener en difundir campañas que nieguen o pongan en entredicho *contenidos que sí son auténticos, genuinos* y que constituirán parte de las campañas formales reconocidas de los distintos candidatos y partidos.

Porque en esta nueva era de la explosión de la inteligencia artificial desde el anonimato habrá actores que busquen aprovechar el ambiente de confusión y caos para debilitar campañas políticas legítimas y contenidos auténticos creados de buena fe y que refieren hechos también verificables, pues no solo se trata con la regulación de los fenómenos referidos evitar el surgimiento de vídeos e imágenes falsas sino también evitar que vídeos textos y mensajes auténticos y genuinos sean también colocados en la misma categoría de la incertidumbre y el cuestionamiento que los contenidos falsos.

3. La desinformación. Como ya referimos en cierto detalle previamente durante los procesos electorales presidenciales de Estados Unidos de Norteamérica y de México en el año 2024, presenciaremos una gran cantidad de contenido engañoso generado de manera instantánea con herramientas de inteligencia artificial que anteriormente llevaba meses para ser creado por equipos especializados y profesionales de seres humanos que integran equipos de campaña y de participación mediática de los propios candidatos y partidos. Este monopolio creativo del contenido sofisticado que antes tenían los candidatos y partidos establecidos con fuertes apoyos económicos ahora podrá ser sustituido en gran parte sin necesidad de esos ejércitos de estrategas, encuestadores y creadores de imagen pues la generación de esos contenidos quizá con la misma calidad puede ser creada instantáneamente lo que nunca antes había ocurrido.

Por otro lado, no solamente es la calidad y rapidez con que se puede generar contenido sofisticado para apoyar un candidato o partido en manos de cualquier ciudadano sino también la cantidad de usuarios cautivos y de audiencia que es posible alcanzar con el efecto modificador y multiplicador de WhatsApp y otras plataformas.

Bajo el rubro de la desinformación, también es necesario atender el tema del empeoramiento, la agresividad y virulencia de los contenidos sobre la temática política electoral que surgen en las redes sociales. La capacidad destructiva de personalidades y de historias personales de vida que es factible obtener respecto a toda persona pública se agrava cada vez más ante la falta de regulación en que los usuarios de plataforma, influencers y políticos se ven obligados literalmente a cerrar sus cuentas y desaparecer de las plataformas para establecer un control de daños personales e institucionales como le sucedió recientemente por ejemplo a muchos cantantes actores e incluso ex presidentes como el ex presidente Vicente Fox que ante la enormidad de su error garrafal y falta de tacto al ningunear y agredir a la esposa del ex gobernador de Nuevo León y actual candidato a la presidencia de movimiento ciudadano al que incluso podría aplicársele sanciones por violar normas en materia de equidad de género.[14]

[14] *https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2023/11/28/vicente-fox-aclara-desaparicion-de-su-cuenta-en-x-fue-suspendida-de-forma-arbitraria/*

La regulación de la inteligencia artificial en el rubro de las desinformación deberá también establecer normas para evitar lo que se conoce como la *contaminación mediática de canales sitios y organizaciones mediáticas* con contenido ajeno insertado en sus secciones de comentarios y que magnifica y reproduce de manera indirecta rumores o aseveraciones falsas basadas también en vídeos y audios inexistentes, este fenómeno que se conoce como de contaminación y proliferación de contenido negativo es extraordinariamente difícil de controlar puesto que normalmente se presenta en la sección de comentarios de los usuarios de un canal o sitio de Internet.

4. El ámbito de los comentarios públicos de todos los canales de las plataformas de difusión de vídeos y audio como YouTube, X e Instagram. Uno de los temas más descuidados y de mayor complejidad como ya adelantamos en la regulación de la inteligencia artificial pero también de las redes sociales es que hacer con los contenidos -que a pesar de la existencia de moderadores muchas veces voluntarios e insuficientes supervisan- de las secciones de los llamados comentarios públicos de los usuarios de los distintos canales de estas plataformas en que se emiten una infinidad de comentarios ejerciendo una libertad de expresión protegida pero con el peligro de que estas mismas secciones pueden también albergar la inundación a través de herramientas de inteligencia artificial de comentarios generados artificialmente que incluso pueden superar en número a los comentarios emanados usuarios de carne y hueso verdaderos y que se mezclan con los comentarios de usuarios certificados y verificados.

En este tema, la regulación es una verdadera Espada de Damocles puesto que quizá eventualmente se concluya que es preferible vivir con los riesgos que implica esta proliferación de comentarios generados por Bots y por otras vías de inteligencia artificial pues cualquier intento de censura o control necesariamente incidiría también en una gran cantidad de comentarios legítimos y verdaderos y conduciría a prácticas autoritarias e intervencionistas que resultan antidemocráticas.

En conclusión, quizá la única solución en este tema como en otros es establecer formas y requisitos que exigen una *certificación de que los comentarios públicos existentes en la sección respectiva en cada canal de contenido político en YouTube por ejemplo sean efectivamente el resultado de la actividad de un usuario que es un ser humano existente verificable comprobado*.

Toward a charter of fundamental rights in cyberspace

***

Hacia una carta de derechos fundamentales en el ciberespacio

Gianmario Demuro

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Reflexiones conclusivas.

In 1996, John Perry Barlow opened his Declaration of Independence in Cyberspace by stating, "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather".

This libertarian vision to the point of anarchy is directly conflated with the claim of constitutional states to extend their sovereignty to cyberspace as well, within the limits and in the forms provided by their constitutions. Although J.P. Barlow's Declaration was written with obvious reference to Thomas Jefferson's Declaration of Independence of the States of America of July 4, 1776, it nevertheless has significant differences. Foremost among them is that the creation of a world, or rather a cyberspace, into which "all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth" and "where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into

silence or conformity" can truly be maintained without any form of control. The antidote to the anti-libertarian degenerations of absolute liberty is to be found in the states. This, Thomas Jefferson, knew well, so much so that the protection of the "self-evident" truths of the U.S. Declaration of Independence-according to which "all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness" was entrusted to Governments, thus to the State, certainly not to anarchist liberty. More specifically, these were democratic governments, "instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed".

However, the outcomes of the inadequate presence of states in cyberspace does not have merely abstract reflections, affecting only the level of the general theory of law. On the contrary, the effects are all concrete. The latest report by the Italian Association for Information Security (CLUSIT) in October 2023, highlights that between 2018 and the first half of 2023, cyberattacks increased globally by 86 percent and, according to analysis by "Cybersecurity Ventures", the cost of cybercrime is projected to hit an annual $10.5 trillion by 2025.

In short, the problem of security in cyberspace now transcends the boundaries of Information and Communication Technologies (ICT) and has far deeper and more lasting impacts: it affects society as a whole and, above all, the protection of fundamental rights.

Therefore, precisely with the aim of making cyber-space permeable to the traditional prerogatives of states to control any form of power (whether public or private) and to protect fundamental rights, an expanded partnership called "Security and Rights in the CyberSpace" (SERICS) was launched in Italy.

This is an impressive form of collaboration between universities, public and private research organizations and businesses, under which the University of Cagliari will be working on the protection of fundamental rights in cyberspace.

On the merits, assuming that the research will be conducted through the prism of constitutional law and in light of a multile-

vel governance perspective involving public and private actors from the European to the national level, the University of Cagliari research team believes it is essential to answer three research questions by the end of 2025: What new technologies create new conflicts between rights? What rights are being violated by the use of new technologies? Are there new problems arising from the use of new technologies for which rights do not yet exist?

With regard to the first question, surely the technology that is having the greatest impact on all aspects of daily life is artificial intelligence (AI). It is certainly no coincidence that in 2017 China's State Council issued a Plan for the Development of Next-Generation AI to achieve AI supremacy by 2030 through investments of billions of dollars. It is likewise no coincidence that the United States, in response to China, has also moved accordingly, with U.S. President Trump, in 2019, signing an executive order to establish a program called the American AI Initiative. Moreover, this U.S. commitment to AI implementation has also been renewed by President Biden who, most recently, in an executive order dated Oct. 30, 2023, mandated federal agencies to implement several provisions concerning AI in various subjects, including, health care, immigration and housing. Also, the European Commission, as part of European Union digital transformation strategy, presented a framework proposal for AI regulation on April 21, 2021 (COM(2021) 206 final). However, problems remain to be solved.

For example, large digital platforms, which hold an invaluable concentration of economic and social power, are increasingly using AI systems, and their actions are still not adequately regulated by the Digital Markets Act and the Digital Services Act, which do not specifically address the use of AI by Big Tech.

With regard to the second question, concerning what rights are violated by the use of new technologies, the answer is broad since the more extensive the use that is made of AI the more fundamental rights could potentially be violated. One thinks of the consequences that determine the new facial recognition and video surveillance systems on the protection of privacy, the right to image and personal identity. In addition, the easy accessibility of AI to any user with the Internet combined with the machine

learning capabilities of AI itself make, today, some particularly insidious phenomena. For example, most recently the U.S., China, England, and the EU are taking steps to limit the spread of deepfakes, i.e., videos altered with faces and voices of famous people. These, in fact, while hardly likely to pose a serious threat to the relationship between states (think of fictitious declarations of hostility), nevertheless have an enormous coefficient of persuasiveness vis-à-vis the population, especially with reference to Internet users who are less aware of the new and sometimes insidious potential of technologies. Consequently, a surgical dissemination of some fake videos, for example during election campaigns, could have considerable repercussions on multiple rights, such as the freedom to vote.

The third question, concerning the possible emergence of new problems arising from the use of new technologies for which rights do not yet exist, also cannot be answered concisely. First, a premise of method is necessary, which is particularly valid if one approaches the research, as one intends to do, through the prism of constitutional law. In this regard, any issues that may arise in the future from the emergence of new and disruptive technologies will always have to be approached starting from the existing normative datum within the Constitutions, seeking to enhance it through classic interpretive techniques, and then going so far as to modify them only in extreme cases (think of the well-known issue of the right of access to the Internet within Article 21 Italian Const.). That being said, certainly the normative datum of implementation of the Constitutions needs updating with respect to new technologies. This is true both at the national level and, more importantly, at the European level. The latter, in fact, because of the extent of cyberspace, is certainly the most appropriate level of government to provide for legislation that can consistently regulate the protection of fundamental rights among European states. With this in mind, just to give a few examples, it is certainly necessary, as mentioned above, to update the Digital Markets Act and the Digital Services Act to Big Tech's use of AI. Again, it is crucial to take action on the General Data Protection Regulation (GDPR), which protects personal data through a complex system of protections that is based on "consent", while, on the other hand, AI works on the basis of "autonomy decision" (machine learning).

Clarification of these three research questions will prove useful in understanding what the latest technologies are and how they impact the protection of fundamental rights. It is clear by now that many of the fundamental rights classically enshrined in the Constitutions find their realization in cyberspace. The net, however, characterizes a place that transcends jurisdictions and boundaries between states. According to some, e.g., proponents of so-called cosmopolitan constitutionalism, the solution to the problem of cyberspace regulation lies in the creation of a "world federation of states" governed by a kind of "federal constitution". This is a vision that must be rejected for two reasons: first, because it postulates the inadequacy of states, as "slow" and "geographically limited" for the protection of fundamental rights in cyberspace; second, much more pragmatic, because it turns out to be simply unfeasible, mere utopia. In general, therefore, one should shy away from attempts to implement any form of global constitutionalism. However, what most realistically approaches the global regulation of cyberspace and the protection of fundamental rights, keeping intact the inalienable primacy of states in the regulation of law, could be sought in a Charter of Fundamental Rights of Cyberspace. This should contain an enumeration of the fundamental rights relevant in cyberspace and, in addition, should provide a set of minimum rules of conduct that are designed to protect these fundamental rights. This would clearly be a soft law instrument without preceptive value. But mind you, that is not why it would be useless. In fact, the usefulness of the Charter of Fundamental Rights in Cyberspace would lie precisely in the persuasive force of a set of minimum rules of conduct whose observance is the condition for achieving a society, or rather a cyber-society, that lays its foundations in the affirmation and respect of fundamental human rights.

En defensa de la libertad de prensa y de las redes sociales. En búsqueda de una equilibrada regulación en Brasil

***

In defense of press freedom and social media. In search of a balanced regulation in Brazil

*Marcelo Figuereido**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones.

Es impresionante que en pleno siglo XXI seamos obligados la volver a ese tema, tan antiguo, para llamar la atención y condenar los sucesivos abusos que ocurren en todo el mundo y en nuestra región, la Ibero América o Latinoamérica.

Llega a ser un truismo la afirmación según la cual no existe democracia estando ausente la libertad de prensa. En realidad, ambas son inseparables, y los ataques a una atingen forzosamente la otra.

Vivimos en la era de la sociedad de la información y de la tecnología, y al mismo tiempo aumentan exponencialmente la

* Abogado. Consultor Jurídico en São Paulo, Brasil. Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, donde da clases en los cursos de grado, extensión, especialización, maestría y doctorado. Exvicepresidente de la AIDC-IACL, presidente de la ABCD - Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas, Sección Brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con sede en México. *mfigueiredo@mfaa.com.br*

desinformación y las falsas noticias (*Fake News*). Ocurre que la vieja y conocida libertad de prensa constituye verdadera barrera a las mentiras y ambiciones de quienes buscan el poder a cualquier costo, y lo ejerce desafiando los hechos, intentando pasar por encima de todo y de todos.

No sorprende, entonces, que la prensa libre y el derecho fundamental a la información sean blanco constante de amenazas. El Día Mundial de la Libertad de Prensa, instituido por las Naciones Unidas hace 30 años, y celebrado en el último día 3 de mayo, tiene gran simbolismo e importancia.

La escalada liberticida que hoy recorre el planeta amplía el simbolismo de esa fecha. Infelizmente, el escenario internacional no es nada animador, y eso quedó claro en el más reciente informe del Instituto sueco V-Dem, que periódicamente traza un panorama de la realidad política en más de 180 países.

En el año pasado, por primera vez desde 1995, había más dictaduras que democracias plenas en el mundo, mientras que también crece el número de países clasificados como democracias imperfectas o autocracias electorales.

Vale registrar que la libertad de prensa es atacada por los más diversos lados del espectro ideológico. Gobiernos de izquierda, derecha y populistas en general no miden esfuerzos para restringir y controlar el trabajo de la prensa, privando la sociedad de un derecho esencial: el libre acceso a la información, base para el ejercicio de la ciudadanía y para el ejercicio legítimo de los demás derechos fundamentales de la persona.

Lamentablemente, perseguir y prender a periodistas, censurar públicamente y prohibir el funcionamiento de vehículos de comunicación son iniciativas que se repiten en diferentes partes del mundo, como se hicieran parte de una especie de manual universal de los enemigos de la democracia; al lado de la asfixia financiera, de la intimidación y de la incitación a la violencia contra profesionales, entre otras estrategias.

En su mensaje por ocasión del Día Mundial de la Libertad de Prensa, el secretario general de la ONU, António Guterres, destacó que “la libertad de todos depende de la libertad de prensa”.

De hecho, silenciar la prensa es abrir la puerta para la arbitrariedad y para los abusos de toda naturaleza, incluso y especialmente para la corrupción. Correctamente el mismo Guterres afirmó: "la libertad de prensa representa la propia esencia de los derechos humanos". Algo que regímenes autoritarios, como se sabe, no toleran.

Conforme informa el periódico brasileño, *O Estado de São Paulo* (del 5 de mayo de 2023, p. A3), la directora-general de la ONU para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO), Audrey Azoulay, añadió un dato grave: el número de periodistas asesinados aumentó en 2022, con 86 profesionales muertos —más de la mitad en Latinoamérica y en el Caribe—, región más afectada por ese tipo de violencia en el mundo.

Ella llamó aun la atención para persecuciones a periodistas en Internet, una forma de intimidación creciente, sobre todo contra profesionales mujeres. Ataques al periodismo y a la libertad de prensa se intensifican en medio a la diseminación de *fake news* en las redes sociales, una verdadera epidemia global capaz de influenciar el resultado de las elecciones y de poner en riesgo la salud y la vida de poblaciones enteras —como hemos visto— en la pandemia de la COVID-19, con el negacionismo científico dificultando el trabajo de autoridades sanitarias.

La Constitución brasileña es pródiga en la defensa de las libertades y derechos fundamentales. Todos reconocen eso. De hecho, en su artículo 5º, incisos IV, V, IX, X, XIII, XIV, XXXIII, § 2º, 220 y sus párrafos, relacionados, directa o indirectamente con el tema disponen.

Los dispositivos arriba citados tienen la siguiente redacción:

> Art. 5º, IV: "Es libre la manifestación del pensamiento, siendo vedado el anonimato";
>
> Art. 5º, V: "Se asegura el derecho de respuesta, proporcional a la infracción, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen";
>
> Art. 5º, IX: "Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia";

> Art. 5º, X: "Son inviolables, la intimidad, la vida privada, el honor, la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral resultante de su violación";
>
> Art. 5º, XIII: "Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establece".
>
> Art. 5º, XIV: "Se asegura a todos el acceso a la información y resguardado el sigilo de la fuente, cuando necesario al ejercicio profesional";
>
> Art. 5º XXXIII: "Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas en el plazo de la ley, bajo pena de responsabilidad, con excepción de aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado";
>
> § 2º: "Los derechos y garantías expresos en esta Constitución, no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte".
>
> Art. 220: "La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, bajo cualquier forma, proceso o vehículo no sufrirán cualquier restricción, observado lo dispuesto en esta Constitución".
>
> § 1º: "Ninguna ley contendrá dispositivo que pueda constituir un obstáculo a la plena libertad de información periodística en cualquier vehículo de comunicación social, observado lo dispuesto en el artículo 5º, IV, V, X, XIII y XIV.

A pesar de todo ese fuerte arsenal constitucional protector de la libertad de prensa en sentido amplio, el Supremo Tribunal Federal suspendió centenares de perfiles de las redes sociales al mismo tiempo que centenares de usuarios de las redes están bajo el riesgo de censura.

Diversos parlamentarios, periodistas, formadores de opinión y autoridades, casi todos del campo de la derecha o críticos del Poder Judicial y de su activismo han sido, de cierto modo, perseguidos o procesados en aquel Tribunal.

Uno de los más grandes problemas apuntados por los que fueron expulsados de las redes y parte relevante de la comunidad

jurídica es la falta de transparencia sobre los motivos de la censura y una débil base jurídica.

Algunas decisiones divulgadas presentan justificativas burdas y repetidas, en distintos casos, para restricciones abusivas a la libertad de expresión, derecho fundamental garantizado en la Constitución como vimos arriba y que, además, contrarían regla expresa, el llamado Marco Civil de la Internet, la Ley 12.965/2014 que regula las redes sociales y las condiciones para la remoción de contenidos publicados por usuarios.

Como bien afirma el periodista Carlos Alberto Di Franco (OESP, 29/04/2024, p. A6): presionar a empleados de una empresa a practicar censura, apoyándose ilegalmente en el expediente de secreto de Justicia- como habría hecho el Tribunal Superior Electoral (TSE), de acuerdo con informaciones del Twitter Files Brasil y de los documentos divulgados por el Congreso norteamericano —es, por sí solo—, fundamento suficiente para un proceso de *impeachment* de magistrados.

En muchos casos, las redes podían decir solamente que la remoción del contenido cumplía una orden judicial, sin especificar de cual instancia de la Justicia partía la determinación. Ellas no tenían acceso a las justificativas de la remoción. Juristas brasileños afirman que, al menos en teoría, las decisiones judiciales y los diálogos entre el TSE y X/Twitter involucrando exigencias de censura y amenazas de multas desproporcionadas, especialmente por haber sido hechas a las oscuras, configuran crimen de responsabilidad.

No resta la menor duda que la regulación de las redes sociales, de las plataformas digitales, es una necesidad fundamental. Es evidente que eso no resolverá todos los problemas actuales, pero ya es un paso importante. Inicialmente, el debate público se concentró alrededor de la propagación de noticias falsas en las redes sociales, razón por la cual el proyecto quedó conocido como PL (proyecto) de las *Fake News*. La nomenclatura engaña, una vez que el texto aborda cuestiones mucho más amplias, como la operación de aplicaciones de Internet en el país, privacidad, seguridad, protección de datos, transparencia, monitoreo sistemático de datos, posibles análisis predictivos, libertad de expresión entre otros.

La desinformación ha estado poniendo a prueba los límites de la gobernanza democrática en Brasil y en el mundo; el alcance y la virulencia de esa práctica se intensificaron drásticamente. Es cierto que la regulación de las redes sociales y de las plataformas digitales para hacer frente a la desinformación y a discursos extremistas no resolverá todos los problemas de la democracia en Brasil, pero una buena regulación es un paso fundamental para su fortalecimiento.

Hasta el momento no avanzamos mucho en esa materia. Hay el Proyecto de Ley (PL) n. 2.630/2020 que tramita en el Congreso Nacional que pretende instituir la Ley Brasileña de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en la Internet. Aunque bien inspirado y con puntos positivos, como la tentativa de vedar el funcionamiento de cuentas no-auténticas o no identificadas, y estimular una autorregulación, el proyecto contiene deficiencias importantes que impiden la plena concretización de sus principios y objetivos. En ese sentido, la correcta observación de Luna Van Brussel Barroso:[1]

> La regulación perfecta de la libertad de expresión en la Internet también es inviable, porque, en los casos más controvertidos sobre libertad de expresión, habrá desacuerdo razonable entre la licitud o ilicitud de determinado discurso. El objetivo de la regulación, por lo tanto, debe ser encontrar un modelo capaz de optimizar la ponderación entre derechos fundamentales de los usuarios y plataformas, reconociendo que siempre habrá casos posibles de errores o en que el consenso no será posible. Por eso, el foco de la regulación debe ser la creación de un procedimiento adecuado, para decisiones sobre moderación de contenido, capaz de:
>
> (i) minimizar errores, y
>
> (ii) legitimar esas decisiones, aunque no estemos de acuerdo con sus resultados.

Teniendo esa premisa como telón de fondo, se divide la propuesta de regulación aquí formulada en tres niveles:

[1] "Liberdade de Expressão e Democracia na Era Digital", 1ª. reimp., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2023, pp. 160-228.

(i) el modelo adecuado de rendición de cuentas de las plataformas por contenido específico publicado por terceros;

(ii) las reglas para regulación del poder de las plataformas cuando estuvieren moderando contenido con fundamento en términos de uso privado; y

(iii) los deberes mínimos de moderación de contenido que represente amenazas concretas a la democracia y/o a la propia libertad de expresión.

El problema, lo sabemos, es mundial. la Suprema Corte de Estados Unidos de América está a punto de rediscutir las reglas aplicables a la Internet. Se sabe que las grandes redes sociales como Facebook, Twitter e Instagram operan hace años bajo dos principios. el primero es que las plataformas tienen el poder de decidir cuales contenidos conservar online y cuales remover. El segundo es que los sitios no pueden ser responsabilizados por la mayor parte de lo que sus usuarios publican en línea.

La Suprema Corte de Estados Unidos está a punto de revisar esas normas, potencialmente llevando a la reformulación más importante de las doctrinas que rigen el discurso online desde que autoridades y tribunales del país decidieron someter la web a algunos reglamentos en la década de los años 90. Dos casos presentados por parientes de víctimas de ataques terroristas dicen que las empresas de redes sociales son responsables por alimentar la violencia con sus algoritmos.

El primer caso, *Gonzales vs. Google*, que ya tuvo una audiencia preliminar, pide al más alto tribunal para determinar si YouTube, el sitio de vídeos de propiedad de Google debe ser responsabilizado por recomendar vídeos terroristas del Estado Islámico. El segundo, tiene como blanco a Twitter y Facebook, además de Google, con alegaciones semejantes.

Juntos ellos pueden representar el reto más importante hasta ahora para la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones, un estatuto que protege empresas de tecnología como YouTube, de ser responsabilizadas por el contenido compartido y recomendado por sus plataformas.

Personalmente entendemos que las redes sociales deben actualizar políticas de seguridad contra contenidos extremistas. De

otro lado, parece importante una regulación estatal equilibrada que pueda definir con cuidado y categóricamente cuales los delitos que atentan verdaderamente contra la democracia.

Así, por ejemplo, la definición precisa de delitos practicados por medio de palabras o de imágenes, como crímenes de incitación de animosidad de las Fuerzas Armadas contra los Poderes constitucionales, la discriminación racial, el discurso de odio, la protección a la infancia y el combate a la explotación de pornografía infantil o los ataques a las urnas en periodo electoral, son, paradójicamente, la forma más segura de proteger la libertad de expresión dentro y fuera de las redes sociales.

Fuera de ese estricto marco establecido por el derecho penal y electoral, todo discurso, por más abyecto, cretino y falso que sea, no debe ser censurado, aunque esté sujeto a regulación.

Creemos que un marco regulador debería centrarse menos en la rendición de cuentas de las redes por los contenidos en sí, salvo las hipótesis arriba mencionadas, y más en transparencia y reglas para el sistema de distribución.

La doble captura de la libertad de expresión

***

The two-fold capture of freedom of speech

*Sergio López Ayllón**
*Saúl López Noriega***

Resumen: el texto analiza los desafíos actuales de la libertad de expresión, destacando la influencia del populismo y las redes sociales como factores clave en su transformación. La evolución histórica del derecho muestra cómo pasó de proteger solo al emisor a incluir los derechos del receptor y promover un acceso plural a la información. En el contexto actual, las redes sociales amplifican los discursos gubernamentales, evadiendo intermediarios y favoreciendo la polarización, especialmente en regímenes populistas. Esto plantea riesgos para la democracia, vulnerando derechos fundamentales y erosionando la deliberación democrática.

Abstract: the text analyzes the current challenges to freedom of expression, emphasizing the influence of populism and social media as key factors driving its transformation. The historical evolution of the rights shows how it transitioned from protec-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Secretario de la Academia Mexicana de Ciencias. Orcid 0000-0003-1204-4898

** Profesor investigador de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Editor del "Juego de la Corte" de la revista Nexos. Orcid 0000-0003-3234-24

ting only the speaker to including the rights of the listener and promoting plural access to information. In the current context, social media amplifies governmental discourses, bypass traditional intermediaries, and fosters polarization, particularly in populist regimes. This poses risks to democracy, undermining fundamental rights and eroding democratic deliberation.

Palabras clave: libertad de expresión, redes sociales, populismo, democracia.

Keywords: freedom of speech, social media, populism, democracy.

Sumario: I. Populismo y redes sociales. La doble captura de la libertad de expresión. II. La libertad de expresión en los populismos. III. El discurso gubernamental en internet. IV. Reflexiones finales.

I. Populismo y redes sociales. La doble captura de la libertad de expresión

La libertad de expresión se enfrenta a desafíos sin precedentes que exigen un replanteamiento de sus premisas fundamentales y la formulación de nuevas interrogantes.[1] Este trabajo examina la evolución de la libertad de expresión, para luego analizar los desafíos que representan tanto el ejercicio del poder en el contexto de los populismos, como en las redes sociales.

[1] Esta ponencia forma parte de una investigación en desarrollo. Parte de sus resultados serán publicados en López Aylllón, Sergio y López Noriega, Saul, El nuevo poder político de la palabra. El constitucionalismo frente a las transformaciones del discurso gubernamental", en María Marván Laborde y Javier Martín Reyes, *Reforma sin regresión: propuestas para fortalecer las elecciones, el pluralismo y la democracia*, México, UNAM-IIJ, en prensa.

1.1. Una brevísima revisión de la evolución de la libertad de expresión

La libertad de expresión, en su concepción original, fue entendida como la capacidad de los individuos para expresar sus pensamientos y opiniones sin intervención ni restricciones por parte del gobierno.[2] Este derecho fundamental permite a los emisores de información comunicar sus ideas de manera libre, constituyendo un pilar esencial de las sociedades democráticas. Con el tiempo, su alcance se amplió para incluir la protección frente a las interferencias de otros poderes fácticos. En este sentido, cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión, ya sea por parte de actores públicos o privados, debe estar sustentada en una justificación robusta y someterse a un escrutinio judicial estricto.[3]

El rápido desarrollo de los medios de comunicación e información,[4] junto con las lecciones derivadas de los totalitarismos de la primera mitad del siglo xx, transformaron significativamente la concepción de la libertad de expresión. En un primer momento, esta evolución amplió su enfoque, pasando de la protección exclusiva del emisor a considerar también los derechos del receptor. Este último debía tener garantizado el acceso a una pluralidad de fuentes informativas y a los contenidos más diversos, reconociendo la libertad de expresión como un derecho bidireccional y fundamental para la construcción de sociedades pluralistas.[5]

---

2 Heymann-Doat, Arlette, *50 libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 108 y ss.

3 Barron, Jerome A. Y C. Thomas Dienes, *First Amendment law in a nutshell*, 5a. ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2018, p. 3.

4 Weaver, Russell L., *From Gutenberg to the Internet. Free Speech, Advancing Technology and the Implications for Democracy*, 2a., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2019, pp. 9-46.

5 Así, el artículo XIX de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Este texto, con algunas modificaciones, fue posteriormente retomado por las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos.

Con el final del siglo xx y el surgimiento masivo de internet y las redes sociales, las coordenadas de la libertad de expresión se modificaron y obligaron a una redefinición que aún está en proceso. En efecto, si en el pasado el desafío consistía en garantizar la mayor difusión posible de la información, actualmente enfrentamos una problemática inversa: la sobreabundancia de emisores y la dificultad para discernir la veracidad de los contenidos. Así, "la tecnología de internet logró invertir la lógica que había marcado la libertad de expresión: si antes era costoso expresarse, ahora lo difícil es ser escuchado".[6]

La democratización de la producción y difusión de información mediante internet ha multiplicado exponencialmente las voces y la capacidad de almacenamiento de contenidos. Sin embargo, este avance también ha traído consigo desafíos significativos, como la proliferación de información falsa, sesgada o malintencionada, y la necesidad de implementar mecanismos de moderación de contenidos. Estos cambios han obligado a replantear los límites de la libertad de expresión y las maneras de garantizarla, sin comprometer su lógica fundamental. Se trata, por tanto, de alcanzar un equilibrio delicado y complejo entre la ampliación de este derecho y la protección de otros valores potencialmente vulnerados, como la verdad, la privacidad o la dignidad humana.

En este contexto, las restricciones tradicionales han sido complementadas con nuevos desafíos derivados de la desinformación. La "desinformación deliberada", como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye una amenaza para el funcionamiento democrático, al obstaculizar su desarrollo pleno y actuar como un arma para vulnerar los derechos de terceros. En ciertos casos, la difusión de información falsa puede ser considerada un abuso del derecho a la libertad de expresión, especialmente cuando se realiza de manera deliberada y con fines lesivos.

Establecidos, de manera general, los retos contemporáneos que enfrenta la libertad de expresión, se torna, necesario reflexionar sobre problemas específicos que emergen de lo que

[6] López Noriega, Saúl, *El futuro de la libertad de expresión. Internet, plataformas y algoritmos*, México, Grano de Sal, 2023, p. 38.

hemos llamado la "doble captura" de este derecho fundamental. Este análisis se enmarca en un contexto de transformación tecnológica y política, en el que la libertad de expresión no solo debe ser protegida, sino también adaptada a las nuevas realidades del siglo XXI.

II. La libertad de expresión en los populismos

A finales del siglo XX y principios del XXI, surgieron en el mundo numerosos movimientos políticos que fueron etiquetados bajo el concepto genérico de "populismos". Aunque este no es un fenómeno nuevo y su existencia puede trazarse hasta el siglo XIX, existe un extenso e intenso debate académico en torno a su definición y características.[7] Más allá, hay quien sostiene que bajo este término se designa a una gran cantidad de fenómenos distintos, cada uno de los cuales requiere de una explicación propia. Así, el "populismo" de Chávez sería diferente el de Vikctor Orbán de Hungría y este del de Donald Trump en Estados Unidos. Lo cierto es que todos estos procesos políticos han implicado la llegada al poder vía las instituciones democráticas que, después se reinterpretan en los Nadia Urbinati ha llamado un "mayoritarismo radical" para después constitucionalizar su mayoría y usarla para mantenerse en él.

Siguiendo la caracterización de Alberto Olvera, el populismo puede ser identificado a través de una serie de rasgos específicos. En primer lugar, funciona como una estrategia de movilización para obtener y mantener el poder. Su legitimidad se construye mediante un discurso que define al "pueblo" como una totalidad homogénea, en contraposición a las élites, percibidas como corruptas y responsables de los males sociales. En este marco, el "pueblo" encuentra su representación en un líder carismático

[7] Véase, entre otros muchos trabajos, Salmorán Villar, Guadalupe, *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, México, UNAM-IIJ, 2021; Mudde, Cas y Cristobal Rovira Kaltwasser, *Populism: a very short introduction*, New York, Oxford University Press, 2017; Müller, Jan-Werner, *¿Qué es el populismo?*, México, Grano de Sal, 2017; y Urbinati, Nadia, *Yo, el pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia*, México, Grano de Sal, 2020.

que concentra la fuerza simbólica y política del populismo. La política, entonces, se estructura como una lucha entre polos antagónicos (buenos/malos, amigos/enemigos), donde los enemigos son excluidos de la acción política legítima. Además, el populismo privilegia la soberanía popular, entendida como un poder constituyente que actúa sobre los poderes constituidos. En este sentido, el populismo propone una "reinvención" de la política que, a partir de la noción monista del pueblo, da lugar a una forma peculiar de constitucionalismo.[8]

No existe tampoco acuerdo en cuanto a las causas que generan el populismo. En general, las crisis económicas, el desencanto con la democracia y sus promesas incumplidas de bienestar general y prosperidad, así como a profunda desconfianza en las instituciones políticas, en particular los partidos políticos tradicionales que difícilmente representan a los electores, las migraciones y la revolución tecnológica, son entre otros factores elementos que intentan explicar las razones que se encuentran detrás de estos movimientos. Lo cierto es que no tenemos aún un entendimiento pleno de las limitaciones estructurales de la democracia y de su reinterpretación por los movimientos populistas que suponen una ruptura con el "orden" del Estado constitucional de derecho y las libertades fundamentales que lo soportan.

El populismo ha tenido un efecto profundamente disruptivo en la libertad de expresión, así como en la manera como se entiende y construye la verdad en la sociedad. En sus versiones más extremas, sostiene que no existe una verdad objetiva, o que esta no puede provenir de lo que hasta ahora se consideraban como fuentes legítimas de una verdad objetiva: universidades, tribunales y laboratorios, y que cada individuo más bien sin importar sus credenciales y formación puede construir su propia verdad. Por si esto no fuese suficiente, el populismo promueve una ideología que divide a la sociedad en dos grupos homogéneos y antagónicos: el "pueblo puro" y las "élites corruptas". En esta narrativa, las instituciones encargadas de producir y difundir información, como los periódicos, universidades o *think tanks,* son desacredi-

[8] Véase Olvera, Alberto J., "Populismo, sociedad civil y espacio público", *El populismo. Estado de la cuestión y el caso de México*, Guadalajara, ITESO, 2024, pp. 62 y 63.

tadas y acusadas de servir a los intereses de las élites.

Es muy importante entender que el discurso es una pieza fundamental de los populismos pues a través de ellas se construyen las narrativas que "explican" la realidad como la batalla entre dos posiciones antagónicas en donde el "pueblo", representado por el líder carismático, toma el poder para instaurar un nueva realidad política. Y por ello, la libertad de expresión se reinterpreta para "servir al pueblo" y eliminar los discursos alternativos.

El problema se agrava cuando los líderes populistas acceden a cargos gubernamentales y trasladan este discurso al ejercicio del poder. Esto plantea una serie de interrogantes fundamentales: ¿Los funcionarios públicos tienen derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de sus funciones? ¿Qué ocurre cuando sus discursos contienen expresiones que agravan a particulares o inhiben el ejercicio de la libertad de expresión de otros ciudadanos? ¿Cuáles son los límites de su discurso? ¿Cómo debe estructurarse la comunicación del Estado para garantizar un balance entre información veraz y el respeto a los derechos humanos?

Aunque no hay un acuerdo absoluto, en la mayoría de las democracias liberales se considera que el gobierno, en sus diversas ramas y poderes, tiene la obligación de comunicar con la sociedad. Este deber no constituye un "derecho" personal de los funcionarios,[9] sino una obligación inherente a su función, que debe cumplirse con base en principios de veracidad, objetividad e imparcialidad. Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ríos vs. Venezuela*, las autoridades tienen, en ocasiones, el deber de pronunciarse sobre temas de interés

[9] Aquí vale la pena detenerse para diferenciar entre los servidores públicos electos y quienes no lo son. Los primeros, al ser electos por votación popular, generalmente como representantes de un partido político, desempeñan un rol mucho más activo en la formación de la opinión pública. Se espera que participen en debates sobre asuntos de interés general, expresen sus posturas y defiendan al gobierno o lo critiquen según se posicionen en el espectro político. Una consecuencia de esto es la inmunidad parlamentaria. Los segundos representan al gobierno y por ello están sujetos a un régimen distinto en cuanto a sus capacidad de expresar sus ideas en tanto funcionarios. En muchas ocasiones esta es una línea difícil de trazar con claridad.

público. Sin embargo, esta comunicación debe cumplir ciertos estándares, como la diligencia en la verificación de los hechos en los que se fundan las opiniones oficiales y el respeto a los derechos humanos, evitando presiones o injerencias indebidas en la deliberación pública.[10]

En una línea similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Garcetti vs. Ceballos*, distinguió entre el "discurso del gobierno" y el "discurso ciudadano", señalando que las declaraciones realizadas por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones oficiales no están protegidas por la Primera Enmienda. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que los altos funcionarios públicos tienen un poder-deber de comunicarse con la ciudadanía, pero que dicha comunicación no entra en el ámbito de la libertad de expresión reconocida a los ciudadanos, sino que se enmarca en el ejercicio de sus funciones gubernamentales.[11]

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios indicativos respecto a la difusión de información gubernamental. En una tesis aislada, la Segunda Sala señaló que dicha información debe cumplir con tres principios fundamentales: (1) ser de interés público o relevancia social; (2) ser veraz, lo que implica una aproximación diligente a la verdad; y (3) ser objetiva e imparcial, evitando valoraciones subjetivas que puedan considerarse contrarias a la función informativa.[12]

---

10 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, párr.139.

11 Schoen, E. J., "Completing Government Speech's Unfinished Business: Clipping Garcetti's Wings and Addressing Scholarship and Teaching", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 43, núm. 3, 2015, pp. 537-585.

12 "[...] la decisión de la autoridad sobre la difusión de cierta información debe basarse en el cumplimiento de los requisitos siguientes: 1) La información emitida por el Estado, sus instituciones o funcionarios, debe ser de interés público, de relevancia pública o de interés general, lo que se cumple si contiene temas de trascendencia social, o bien, versa sobre personas de impacto público o social, es decir, aquellas que ejerzan o pretendan ejercer un cargo público; lleven a cabo actividades socialmente notorias; desarrollen alguna actividad política; por su profesión; por su relación con un caso importante; por su trascendencia en el sistema económico; por alguna relación con la sociedad; así como por otras igualmente relevantes para la sociedad y para el desarrollo de la democracia. 2) Debe ser veraz, es decir,

En contextos populistas, estas reglas de comunicación son frecuentemente sobrepasadas. El discurso gubernamental, en lugar de cumplir con su mandato de informar de manera objetiva y veraz, se transforma en un instrumento político para consolidar el poder del líder populista y construir la narrativa que sustenta su acción política. Esta distorsión del discurso plantea riesgos significativos para la deliberación pública y para el ejercicio de la libertad de expresión, ya que el monopolio de la narrativa oficial puede inhibir la pluralidad de voces y opiniones esenciales para la democracia.

En conclusión, el populismo no solo reconfigura las dinámicas políticas y constitucionales, sino que también altera profundamente las reglas de la comunicación estatal. Frente a estos desafíos, resulta indispensable fortalecer los principios democráticos que garanticen un equilibrio entre el derecho a la información, la libertad de expresión y el respeto por los derechos humanos.

III. El discurso gubernamental en internet

Los problemas asociados a la libertad de expresión no se limitan a los conflictos tradicionales, sino que se amplifican considera-

debe reflejar una diligente difusión de la verdad, ya sea porque la autoridad emisora de la información utilice investigaciones, datos, informes o estadísticas oficiales que le sean propios, o bien, de otras autoridades, así como por aquellos hechos notorios para la sociedad, sin que la veracidad exija la demostración de una verdad contundente y absoluta, sino una certera aproximación a la realidad en el momento en que se difunde, aun cuando por el transcurso del tiempo sea desmentida o no pueda ser demostrada debido a la importancia y trascendencia que representa en ese momento. 3) Debe ser objetiva e imparcial, esto es, se requiere que carezca de toda intervención de juicios o valoraciones subjetivas que puedan considerarse propias de la libertad de expresión y que, por tanto, no tenga por fin informar a la sociedad sino establecer una postura, opinión o crítica respecto a una persona, grupo o situación determinada". Tesis aislada información pública emitida por el estado. Requisitos para su difusión. Segunda Sala. Registro digital 2016930. Esta tesis ha sido seguida por algunos tribunales colegiados. Véase, por ejemplo, el amparo en revisión: R.A. 10/2024 del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito.

blemente en el contexto de la revolución digital que, desde finales de los años ochenta, ha transformado de manera radical las condiciones de su ejercicio. La digitalización de las expresiones mediante internet, junto con su amplificación y distribución personalizada a través de redes sociales y, más recientemente, mediante modelos de inteligencia artificial,[13] ha modificado profundamente las dinámicas del discurso gubernamental y su impacto en las sociedades contemporáneas.

En la actualidad, la voz y el discurso de los gobernantes y líderes no solo cuentan con una resonancia inherente a la investidura del cargo, sino que las plataformas digitales les permiten transmitir mensajes de forma directa, ágil y segmentada a la población o a sectores específicos, eludiendo los filtros de los intermediarios tradicionales, como los medios de comunicación. Este impacto se ve exponencialmente amplificado por la interacción y conversación que generan dichas expresiones entre los usuarios de las redes sociales.

Como resultado, las posibilidades de comunicación e interacción por parte de los gobernantes y funcionarios públicos se han ampliado enormemente. Por ello, diversos tribunales en México y otros países han destacado en los últimos años el valor de la interacción que ocurre en estas plataformas, reconociendo las cuentas de funcionarios públicos y gobernantes como espacios públicos virtuales. Estos espacios no solo están abiertos a la crítica y al debate, sino que también se han consolidado como canales adecuados para que los ciudadanos realicen peticiones y solicitudes a las autoridades.

Sin embargo, la estructura misma de las redes sociales fomenta la simplificación excesiva de la realidad y la polarización de las posturas, en detrimento del debate crítico, fundamentado

[13] En realidad, todas las redes sociales usan IA, ciertamente muy básicamente frente a lo que hoy tenemos, pero suficiente para generar serios problemas democráticos y, a su vez, incontrolable hasta el momento -por cuestiones técnicas, económicas y políticas-. Como dice Yuval Harari, cómo pretendemos domesticar la IA generativa, ChatGPT, si se nos fueron de las manos las redes sociales: You can have the blue pill or the red pill, and we're out of blue pills", *The New York Times*, 24 de marzo de 2024, *https://www.nytimes.com/2023/03/24/opinion/yuval-harari-ai-chatgpt.html*

y racional. En este contexto, el discurso gubernamental corre el riesgo de desbordarse, y sus efectos pueden ser aún más nocivos debido a las características intrínsecas de amplificación y distribución de internet. Ejemplos recientes, como la fractura de la conversación pública en Estados Unidos, muestran cómo las narrativas extremistas, acompañadas de un uso estratégico de redes sociales como X (antes Twitter), han contribuido a la polarización. Aunque estas dinámicas tienen causas multifactoriales que preceden a la presidencia de Donald Trump, su discurso radical y el empleo exitoso de estas plataformas desempeñaron un papel decisivo.

Uno de los principales desafíos de este fenómeno radica en la maleabilidad del discurso en la era digital, exacerbada por los avances tecnológicos. Las redes sociales, a diferencia de los medios tradicionales, no están sujetas a las reglas y principios constitucionales de los Estados, lo que crea un vacío normativo. Estas plataformas han tenido que desarrollar estándares de contenido y sistemas de moderación para monitorear y eliminar expresiones que violen sus políticas internas. Así, los límites y alcances del discurso gubernamental digital no son definidos por un orden jurídico estatal, sino por las reglas de empresas privadas, que operan bajo lógicas distintas a las de los sistemas democráticos. Más recientemente, incluso estas reglas de moderación han sido cuestionadas, abriendo paso a posturas que promueven una libertad de expresión irrestricta, donde la moderación de contenidos recaería en los propios usuarios.

Este escenario plantea preguntas fundamentales: ¿Estamos ante una omisión regulatoria de los Estados? ¿O, más bien, ante un error conceptual que ignora la particularidad del discurso gubernamental, al suponer que los gobernantes gozan de una libertad de expresión equiparable a la de los ciudadanos? En este punto, resulta crucial entender que el poder discursivo de un gobernante, especialmente en regímenes populistas, tiene implicaciones significativas: puede afectar derechos individuales, inhibir voces críticas y deteriorar las condiciones mínimas necesarias para la viabilidad democrática.

En resumen, el poder discursivo de los gobernantes en la era digital, amplificado por el uso de redes sociales y tecnolo-

gías como la inteligencia artificial, plantea retos complejos que encapsulan dos de los mayores desafíos del constitucionalismo contemporáneo: el populismo y la regulación de las tecnologías emergentes. Abordar estas problemáticas requiere un equilibrio cuidadoso entre el respeto a la libertad de expresión, la preservación de los derechos fundamentales y la garantía de un entorno democrático saludable.

IV. Reflexiones finales

El regreso de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos representa no solo un triunfo para los populismos, sino también una serie de riesgos significativos, tanto para ese país como para el resto del mundo, en diversos ámbitos. Entre estos desafíos, la libertad de expresión se encuentra en una posición especialmente vulnerable.

El primer motivo de preocupación radica en que su retorno a la Casa Blanca implica, una vez más, el ejercicio de un enorme poder de tribuna bajo una lógica netamente populista. Este poder discursivo, carente de límites institucionales o de autor restricción, se manifiesta principalmente a través de plataformas de internet y redes sociales. Las consecuencias de este fenómeno son claras: un deterioro de las condiciones mínimas necesarias para sostener una conversación democrática en el espacio público, donde los diferentes actores puedan deliberar de manera abierta y fundamentada.

Una particularidad novedosa de esta nueva etapa es la relación que Trump ha establecido con los medios de comunicación tradicionales y las grandes empresas tecnológicas, una dinámica que parece estar relacionada con el amplio apoyo popular con el que regresó al poder, traducido en una sólida mayoría legislativa. Tanto los medios tradicionales, cuya influencia se encuentra en declive, como los gigantes tecnológicos, que experimentan un ascenso rampante, han mostrado una inusual deferencia hacia el líder populista, incluso antes de que asumiera nuevamente el cargo. Este fenómeno se ha materializado en acciones como el relajamiento de sistemas de verificación de hechos, la eliminación de

restricciones a ciertos contenidos políticos y, en algunos casos, el apoyo explícito durante la campaña presidencial.

Lo novedoso de esta relación no es la colaboración entre los poderes público y privado, un fenómeno históricamente documentado, sino la naturaleza del contubernio que se está configurando. La sumisión de estos dos grandes actores, los medios de comunicación tradicionales y las plataformas tecnológicas, revela un escenario en el que convergen dos de los mayores desafíos contemporáneos para el constitucionalismo y la libertad de expresión: el populismo y la inteligencia artificial.

Este contubernio entre los líderes populistas y los barones tecnológicos plantea preguntas fundamentales para el futuro del debate público y la regulación de los discursos en la era digital. En este contexto, la libertad de expresión se enfrenta a un doble reto: por un lado, la manipulación del discurso público a través de narrativas polarizantes y desinformación, y, por otro, la influencia de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que controlan la visibilidad y la difusión de contenidos. Ambos factores, en combinación con el ascenso del populismo, amenazan con transformar profundamente las condiciones de la deliberación democrática.

En conclusión, el retorno de Trump no solo es un fenómeno político significativo, sino también una advertencia sobre los riesgos que enfrentan las democracias modernas en un mundo donde el populismo y la tecnología convergen para redefinir las reglas de la comunicación y el ejercicio del poder. Este es, sin duda, uno de los mayores desafíos del constitucionalismo en el siglo XXI.

Derechos civiles y filosofía de la tecnología

***

Civil rights and the philosophy of technology

*Guillermo José Mañón Garibay**

Resumen: derechos civiles y filosofía de la tecnología. El desarrollo de la inteligencia artificial (IA) parece amenazar a la inteligencia humana disminuyéndola y sustituyéndola. No obstante, hay otras voces que creen en su contribución al derecho a la felicidad humana, ¿es esto posible?

Abstract: civil rights and philosophy of technology. The development of artificial intelligence (AI) seems to threaten human intelligence by diminishing and replacing it. However, there are other voices that believe in their contribution to the right to human happiness. Is this possible?

Palabras clave: derechos civiles y filosofía de la tecnología. Inteligencia natural, inteligencia artificial, filosofía, felicidad.

Keywords: civil rights and philosophy of technology. Natural intelligence, artificial intelligence, philosophy, happiness.

Sumario: I. Introducción. II. Inteligencia y cultura. III. Inteligencia natural *versus* inteligencia artificia generativa. IV. Conclusión. Referencias.

* Investigador titular A de tiempo completo Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM.

I. Introducción

Este escrito no constituye una presentación argumentada sino una declaración de conjeturas y sospechas. Por ello, no encaja en la forma superior del discurso filosófico, que es el argumentativo, sino en el de una forma inferior, más cercana al manual o manifiesto que al del ensayo o tratado. Lo que quiere decir que expondré mis ideas sobre la *Inteligencia Artificial* sin pretender ser exhaustivo y concluyente.

II. Inteligencia y Cultura

El ideal de ser humano, desde la cultura grecorromana hasta nuestros días, es el del hombre inteligente o racional. Porque, aunque hubiese otras cualidades como fuerza, agilidad o virtud moral, a todas subyace la inteligencia.[1] Este ideal ha prevalecido en la cultura occidental a lo largo del tiempo, al grado que ha adquirido carta de naturalización en las escuelas tradicionales, donde la educación de excelencia es aquella donde se dominan las matemáticas, se conocen las obras de la literatura clásica y se manejan varias lenguas.[2]

Hoy día, el criterio funcional discrimina entre distintas aptitudes, según el campo de especialidad. En el mundo empresarial, por ejemplo, el hombre inteligente es el que *prevé* las oportunidades de negocios; en el mundo de las finanzas, es aquel que sabe correr *riesgos* calculados; en el mundo de las relaciones internacionales, es aquel que se *adapta* a las distintas condiciones geográficas, asume el interés nacional como propio y entabla raudamente relaciones humanas sin involucrarse. Y actualmente, y debido al avance computacional, sobre todo las capacidades para

[1] El titán Prometeo representa desde el origen de la cultura helena la luz, fuego o inteligencia que corona la creación del hombre. Esta misma idea continúa a lo largo de los siglos: primero, Hesíodo, después Esquilo, Platón, Esopo, hasta el s. XIX con Goethe, Nietzsche y Mary Schelley o André Gide en el s. XX.

[2] La división de la enseñanza en trívium et quadrivium (artes liberales) de la Edad Media hace referencia al desarrollo intelectual como condición de la libertad humana.

el análisis de datos y el manejo de los sistemas de cómputo distinguen al hombre inteligente.

Sea la osadía, temeridad o prudencia, la inteligencia sin adjetivos continúa teniendo preponderancia respecto a cualquier otra capacidad, al grado que desde el siglo XIX se le ha vinculado a aspectos genéticos o raciales y se le ha querido medir con distintas pruebas y métodos.[3] Para dilucidar exactamente lo que significaba ser inteligente, las primeras mediciones abarcaron capacidades variopintas, como la agudeza sensorial, la solución de problemas aritméticos y las habilidades psicomotoras. Aunque nadie niega que estos primeros intentos resultaron errados, sin embargo, el proyecto mismo de medir la inteligencia es defendido a ultranza hasta el día de hoy y se persevera en la tarea de elaborar pruebas para definir y medir la inteligencia (que no en pocas ocasiones se enfoca al simple desarrollo y medición del rendimiento laboral). Paralelamente, se ha intentado optimizar las técnicas didácticas, tanto para el estudio como para el trabajo, con el fin de fortalecer la inteligencia[4]. Ambas, pedagogía y psicometría, refuerza a su modo el aspecto distintivo del *homo sapiens*.

Si bien la pedagogía pugna por el impulso de otras cualidades,[5] la psicometría no quita el dedo del renglón, y es muy poco probable que desaparezcan las pruebas de inteligencia, aunque hoy día estén muy desacreditadas y la inteligencia aparezca como algo demasiado amplio y escurridizo como para ser aprehendido en una prueba de aptitudes o mediciones del cerebro.[6]

---

3 Mediciones de inteligencia surgieron para conocer el potencial de aprendizaje y competencias laborales de las personas. De esta manera, se podían optimizar los recursos de las escuelas públicas gratuitas y la selección del personal.

4 Las teorías didácticas han puesto sobre la mesa de discusión las inteligencias múltiples.

5 Además de las teorías didácticas, las inteligencias múltiples han sido analizadas, en general, por Howard Gardner; mientras que Robert Sternberg ha estudiado la diversificación de la inteligencia por su contexto cultural; y, finalmente, a Daniel Goleman y Antonio Damasio se deben los trabajos sobre la diversificación de la inteligencia por su interacción con las emociones.

6 La frenología o craneología fue creada por Franz Joseph Gall (y desarrollada por J. Caspar Spurzheim y George Combe) con el fin de estudiar la relación entre inteligencia y cerebro. Esto permitió la investigación de la inteligencia con fundamento neurofisiológico.

La comprensión de la inteligencia humana continua su marcha, principalmente por dos veredas: la del estudio de las estructuras del cerebro y la del desarrollo de los sistemas computacionales inteligentes (*v.gr.* como la inteligencia artificial "IA" generativa[7]). Ambos estudios ponen al hombre frente a la siguiente disyuntiva, a saber: la de seguir concibiendo el intelecto humano como en el pasado o desarrollar una nueva y distinta.

La pregunta filosófica frente a la *Inteligencia Artificial generativa* concretamente es no solo si con ella se alcanzará una mejor eficacia y desempeño en la oficina o laboratorio, sino sobre todo en la convivencia humana y la felicidad.

Hablar de felicidad hoy día parece algo anacrónico o baladí; sin embargo, hay que recordar que el 20 de marzo ha sido instituido como el día internacional de la felicidad y que las Naciones Unidas miden la felicidad en el mundo mediante un índice global de felicidad (y publican en un reporte anual);[8] y así lo hace también la red española para el desarrollo sostenible. Aquí en México, el TEC de Monterrey cuenta con un *instituto de ciencias del Bienestar y la felicidad*. Y en Copenhague, Dinamarca, existe el *Instituto de Investigación de la Felicidad* que postula seis ingredientes para considerarse feliz: *1. integración a la comunidad; 2. libertad; 3. confianza en el prójimo; 4. asistencia al desvalido; 5. dinero y 6. salud*. De estos seis, la más relevante para el tema presente es la libertad para tomar decisiones inteligentemente.[9]

En mi opinión, dentro de las muchas formas en que convergen la inteligencia artificial y la filosofía, el tema de la felicidad es indudablemente una digna de consideración. Por ello, se puede preguntar: ¿hasta qué punto la IA generativa hará feliz al hombre?

---

7 Ver, Lenzen, Manuela, *Künstliche Intelligenz. Fakten, Chancen, Risiken*, C.H. BECK Verlag, München, 2023, p. 128.

8 Véase reportes de la ONU sobre la felicidad, *https://worldhappiness.report/ed/2022/*

9 Muy cerca y a veces de la mano de los textos de autoayuda y superación personal, se han creado índices de felicidad, *https://www.institutodebienestarintegral.com/cihs*

III. Inteligencia natural *versus* inteligencia artificia generativa

Y para responder, comencemos dirimiendo lo que sea la *inteligencia artificial* con otros términos o palabras, como *artificio de inteligencia* o *inteligencia no-natural* o incluso *anti-natural*. Si se mantiene el concepto *inteligencia artificial* será a sabiendas de su ambigüedad, porque no es claro qué sea exactamente: si se trata de una inteligencia artificiosa, falsa o engañosa o un artificio inteligente o que aparenta inteligencia. Difícil arribar a una solución, porque antes de dirimir lo que sea la inteligencia artificial queda aún pendiente el tema de averiguar lo que sea la inteligencia sin más.[10]

Por un lado, la IA (generativa) nos pone frente al problema de lo que significa pensar inteligentemente. Un mecanismo o persona inteligente piensa, pero no todo pensamiento es inteligente. Entonces, el problema de Heidegger sobre *qué significa pensar* se convierte aquí en el problema de *qué significa pensar inteligentemente*. Por otro lado, tampoco es claro qué se entienda por artificial: ¿es un artefacto, un artificio, una herramienta creada por el hombre, todo lo que no ha sido generado de manera natural? Y, entonces, ¿qué es *lo natural*?

Si natural y artificial no son claros y diferentes, sea porque se trata de una diferencia de grado o matiz o porque nos movemos siempre entre varias maneras de ser natural y artificial, el punto de partida debe ser, primero, aceptar que no hay una sola forma de inteligencia ni, segundo, una sola forma de artificialidad técnica. Desde que el hombre es hombre, lo suyo es ser un híbrido de naturaleza y artificialidad, porque la inteligencia humana, como inteligencia simbólica[11], es un artificio. Esto es inquietante y sugestivo a la vez, sobre todo porque es a través de esa inteligencia o razón simbólica como nos orientamos en nuestro conocimiento de nosotros mismos.

---

[10] Para una disquisición sobre qué sea la inteligencia, ver: Linke, Detlef, *Das Gehirn*, München, 2022, p. 101.

[11] Sobre la razón simbólica, Cassirer, Ernst, ***Philosophie der symbolischen Formen***, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1970.

En principio, la diferencia entre la IA y otras inteligencias reside en el supuesto de un ser natural antecedente y otro artificial subsecuente. Por ello, pareciera que toda inteligencia artificial está contenida ya y de antemano en la inteligencia natural (como la memoria y la creatividad). Así planteadas las cosas, no es de sorprender que la inteligencia artificial resulte un remedo de la natural y que en eso precisamente resida su artificialidad o artificiosidad.

Empero, y como un mentís a esto último, está la idea del *ciborg*, que precisamente cuestiona la pureza del soporte biológico y/o tecnológico. Y respecto a lo segundo, puede alegarse una especie de *petición de principio*, porque puede cuestionarse si debemos vincular la inteligencia artificial invariablemente a la natural o si es posible que algún día la rebase y acceda a nuevas y diferentes formas de inteligencia aún desconocidas y ajenas al hombre. La pregunta de si se continuará la inteligencia biológica en la artificial nos pone en el umbral de todas las distopías y presagios negativos al respeto, porque es innegable que la IA se presta a la ciencia ficción más obscura, como también a la promesa de sacarnos definitivamente de la caverna.

Hoy día se pretende que ambas inteligencias se enriquezcan y amplíen mutuamente, no obstante que, a lo que hemos llamado hasta ahora *inteligencia*, está ya superada (como todas las fantasías y sueños al respecto), de la misma manera que la experiencia de la realidad ha quedado rebasada en las nuevas realidades virtuales. No es casualidad que la inteligencia artificial se acople mejor a las realidades virtuales que a las *realidades reales*, porque sus posibilidades la trascienden.

Aunque en un principio la IA remedaba a la humana, ahora la segunda es reductible a la primera. Una especie de efecto a la inversa, donde la inteligencia artificial resulta hiperinteligente y opaca a la humana, al punto de que cualquier parecido resulte sospechoso y obligue a preguntar qué es lo que hace pasar a la humana por inteligencia. Esto recuerda a Baudrillard y su sentencia sobre el *fin de lo real,*[12] que aquí se parafrasea sentenciando el

[12] Sobre el fin de lo real e hiperrealidad, ver: Baudrillard, Jean, *Cultura y simulacro*, Kairos, Barcelona, 2002, p. 196.

fin de la inteligencia. Porque, así como se puede perder sentido de la realidad frente a la realidad virtual, se puede perder el sentido de lo inteligente con la inteligencia artificial. A esto se debe la convivencia rijosa entre ambas inteligencias (la natural y sus dobles o fantasmas) y la duda sobre su mutua complementariedad.

IV. Conclusión

Finalmente, concluyo que los resabios sobre su capacidad de traer la felicidad residen en que persiste la posibilidad de que nos engañe; y el primer engaño es hacerse pasar por inteligencia humana o, incluso, suplantando la humana. Hasta ahora, la IA representa un inmenso *como si* [...] ([...] como si fuera inteligencia humana), que se diluye al paso que avanza y reduce los espacios de la inteligencia humana, como si la IA estuviera predestinada a hacerse cada vez más real y auténtica.

La IA surge pareciéndose a la inteligencia humana, en un juego de simulación que aviva el viejo debate sobre la pertinencia de los sentidos y la experiencia del mundo material, así como de nosotros mismos, de nuestro cuerpo, de la sociedad, o sea, de nuestro-ser-en-el-mundo y del-ser-con-los-otros.

Ahora bien; si no trae la felicidad, ¿a qué puede ayudarnos la IA generativa? Responderé echando mano de la colección de pintura del artista belga René Magritte intituladas *La condición humana*,[13] que consisten en *cuadros dentro del cuadro*. En casi todos ellos hay un lienzo que se interpone entre el espectador y la realidad, que prosigue la imagen de lo real en el cuadro. De esta forma, Magritte hace ver más con su obra interpuesta, porque, el observador, al advertir el caballete o lomo del lienzo, rompe la perfecta continuidad entre la realidad y la representación, y lo obliga a mantener una mirada crítica y no confundir la experiencia real con la imaginaria o artificial. Gracias a Magritte, entendemos que la confusión entre IA y humana, el disimulo entre lo real o natural y lo artificial o imaginario, desaparecen en la "mirada"

[13] Sobre la serie de pinturas tituladas "la condición humana" de Rene Magritte, *https://historia-arte.com/obras/la-condicion-humana-de-magritte*

inteligente al ejercer una crítica de la razón instrumentalizada como IA y su pretensión de abarcar toda la capacidad cognitiva y su suplantación de la sabiduría humana.

Referencias

Ahmadseresht, Susanne, Geniale Gehirne, *Eine Wissenschaft des Scheiterns? Ein Abriss konkurrierender Konzepte der Hirnforschung nach 1800 bis heute unter gesellschaftspolitischen und kulturellen Aspekten*, GRIN Verlag, München, 2020.

Baudrillard, Jean, *Cultura y simulacro*, Kairos, Barcelona, 2002.

Damasio, Antonio, *El error de Descartes. La razón, la emoción y el cerebro humano*, Booket, Barcelona, 2018.

Flynn, R., James, *¿Qué es la inteligencia? Más allá del efecto Flynn*, Ediciones TEA, Madrid, 2009.

Gardner, Howard, *Inteligencias Múltiples*, Paidós Educación, Barcelona, 2017.

Gardner, Howard, *Estructura de la mente*, FCE, México, 2021.

Gardner, Howard, *La inteligencia reformulada. Las inteligencias múltiples en el siglo XXI,* Paidós, Barcelona, 2022.

Goleman, Daniel, "Emotional Intelligence", *Harvard Business Review*, Boston, 2015.

Lenzen, Manuela, *Künstliche Intelligenz. Fakten, Chancen, Risiken*, *C.H. BECK Verlag*, München, 2023.

Linke, Detlef, Das Gehirn, C.H. BECK Verlag, München, 2022.

Magritte, René, La condición humana.

Sternberg, Robert, *Adaptive Intelligence: Surviving and Thriving in Times of Uncertainty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

Control del poder y participación ciudadana: aspectos esenciales para fortalecer la democracia constitucional

***

Control of power and citizen participation: essential aspects to strengthen constitutional democracy

*Robert Marcial González**

"El precio de la democracia es la eterna vigilancia"
Thomas Jefferson

Resumen: el trabajo apunta a resaltar la importancia que reviste para el buen funcionamiento de la democracia constitucional que existan mecanismos ágiles y eficaces para que la ciudadanía no solo participe en la toma de decisiones públicas, sino que pueda controlar de cerca a quienes ejercen el poder público. De esa manera, se intenta llamar la atención de la ciudadanía para facilitar el tránsito de la Democracia meramente formal a la democracia genuinamente sustancial en la inteligencia de que el control al ejercicio del poder político y la activa participación ciudadana, constituyen soportes claves para robustecer la toma de decisiones públicas y el Estado de derecho.

Abstract: the work aims to highlight the importance of having agile and effective mechanisms for the proper functioning of constitutional democracy, so that citizens can not only partici-

* Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (periodo 2022 – 2025).

pate in public decision-making but also closely monitor those in power. In this way, the goal is to draw the public's attention to facilitate the transition from merely formal democracy to genuinely substantial democracy, with the understanding that controlling the exercise of political power and active citizen participation are key supports to strengthen public decision-making and the rule of law.

Sumario: I. Exordio: control al poder y participación ciudadana en democracia. II. Democracia y Constitución: aspectos relevantes de una tensa relación. III. Control y participación en Democracia. IV. Desafíos para robustecer la participación y reforzar los controles en el marco de la democracia constitucional.

I. Exordio: control al poder y participación ciudadana en democracia

El modelo jurídico–político de convivencia ciudadana dado por la democracia constitucional debe ser entendido —también— como un sistema de valores orientados a cohesionar a la comunidad. La convivencia (vida en común valga el pleonasmo) requiere tanto de la articulación de políticas públicas que permitan que los ciudadanos se encuentren en espacios comunes como de la decisión individual de promover el desarrollo de esos valores en todos los ámbitos de la vida (familiar, laboral, social, académica, cívica, etc). Por esa vía el Estado gana en legitimación mientras que los individuos no solo estarán en mejor posición para potenciar sus proyectos personalísimos en torno a lo que reputan una "vida buena" sino que, además, en una suerte de virtud paradojal, podrán reforzar su autonomía espejándose en el otro a través del necesario ejercicio de alteridad que exige la Democracia para su pleno desarrollo y consolidación.

Precisamente, uno de los grandes prodigios de la democracia constitucional por encima de otros modelos políticos radica en su versatilidad o elasticidad. Este detalle permite la coexistencia pacífica y libre de diversos proyectos de vida individuales o colectivos por antagónicos que resulten. Así, socialistas y anar-

quistas, liberales y conservadores, colectivistas e individualistas, partidarios del libre mercado y defensores de la intervención estatal, católicos y protestantes, musulmanes y judíos, ateos y agnósticos, empresarios y sindicalistas, ius publicistas o ius privatistas, etc., encuentran en la Democracia el escenario ideal para vivir libre y dignamente en sociedad sin tener que sacrificar sus proyectos personales, ni resignar sus creencias o sus ideas[1] y sin que tengan que someterse a la cosmovisión de los demás salvo en lo concerniente al acatamiento de las leyes cuya validez formal y material, a modo de resguardo y garantía, están condicionadas al acatamiento irrestricto de los procedimientos establecidos en la propia Constitución para la toma de decisiones públicas y al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para reducir el riesgo de arbitrariedad en la toma de decisiones públicas al tiempo de garantizar protecciones férreas a las minorías mediante el respeto hacia el núcleo duro de derechos y garantías, la democracia constitucional articula un procedimiento de toma de decisiones que apunta a resguardar en todo momento al ciudadano de los potenciales abusos que se pueden cometer desde el ejercicio del poder político.[2] Ese rasgo característico es el que encumbra a la democracia por encima de cualquier otro modelo político.[3]

Ahora bien, tratándose de un proyecto de vida comunitaria basado en valores compartidos, los prodigios de la democracia constitucional no operan en forma espontánea y tampoco quedan garantizados una vez conquistados, valga la rima. Antes bien, están siempre sujetos a marchas y contramarchas por lo que exige de los ciudadanos un grado de compromiso y participación mínimos de manera a resguardar al sistema de los permanentes

---

1 Cfr. Ortega y Gasset, José, *Ideas y Creencias*, Buenos Aires, Espasa–Calpe, 1945.

2 En la Constitución del Paraguay de 1992 el procedimiento aludido se encuentra establecido en los artículos 203 al 216, Sección II, "De la formación y la sanción de las leyes" y en los artículos 289, 290 y 291, Título IV, "De la reforma y de la enmienda de la Constitución".

3 A modo de acotación anecdótica cabe aquí recordar que Winston Churchill sentenció de manera célebre que "la democracia es el peor de los sistemas políticos con excepción de todos los demás".

e inevitables acechos a los que la someten sus enemigos[4] siempre dispuestos a instalar proyectos autoritarios.[5] De ahí la importancia que revisten la participación cívica y la activación de las herramientas de control al poder público para la buena salud del proyecto democrático y para que los valores constitutivos del modelo de convivencia puedan permear en la población más allá del simple reconocimiento jurídico formal de derechos, deberes, garantías y obligaciones.

En relación a la línea axiológica constitutiva del modelo, el constitucionalista Jorge Alejandro Amaya afirma que la democracia busca prohijar tres grandes valores como la igualdad, la libertad y la fraternidad y que "la instalación y la consolidación de un sistema democrático parece exigir un aprendizaje colectivo. Un aprendizaje que lleva a reconocer derechos y obligaciones recíprocos, a asumir el principio de la pluralidad y la diversidad y a renunciar a dogmas y maniqueísmos políticos".[6]

Por su parte, el educador colombiano Bernardo Toro, ampliando la perspectiva axiológica del modelo democrático, añade que

> La democracia no es un partido, no es una ciencia, no es una religión; la democracia es una forma de ver el mundo, una cosmovi-

[4] Todorov, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, Madrid, Galaxia Gutemberg, 2012. El filósofo búlgaro-francés denuncia en su obra que los peligros que acechan a las democracias occidentales no son tanto externos (terrorismo, extremismos religiosos o dictaduras foráneas) sino internos. Todorov afirma que nadie pone tanto en peligro la democracia como tres tendencias crecientes en occidente a saber: el mesianismo, el ultraliberalismo que se traduce en el imperio del dinero por encima de la política, el poder de los medios de comunicación, el desmantelamiento del estado de bienestar, el populismo y la xenofobia y el aumento del nacionalismo excluyente. Así pues -concluye el autor citado- el enemigo está en nosotros mismos.

[5] Fenómenos políticos como el de Hugo Chávez y Nicolás Maduro en Venezuela, Alberto Fujimori en el Perú, Ortega en Nicaragua, Bukele en El Salvador, Trump en Estados Unidos o Bolsonaro en Brasil muestran a las claras que en el continente americano los proyectos democráticos sufren el embate permanente de proyectos autoritarios, demagógicos o populistas sean estos de derecha o de izquierda, de extracción militar o civil.

[6] Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 11–14.

> sión. Por eso, nadie puede darle democracia a una sociedad, ningún político puede dársela. La democracia es una decisión que adopta una sociedad para percibir al mundo. Y si decide contemplar al mundo de esa manera, entonces tendría que preguntarse ¿cómo son las familias democráticas?, ¿las parejas democráticas?, ¿los noviazgos democráticos?, ¿las escuelas democráticas?, ¿los partidos democráticos?, ¿las empresas democráticas?, ¿qué poesía genera la democracia?, ¿qué arte genera la democracia? {...}. Cuando comenzamos a hacernos estas preguntas, la democracia se vuelve una cultura; mientras tanto, es un discurso [...].[7]

Y, haciendo énfasis en el compromiso que la democracia requiere de las personas, el lúcido pensador colombiano agrega

> Pero ¿qué es un ciudadano? Un ciudadano es una persona que es capaz de crear o modificar en cooperación con otros, el orden social que se quiere vivir, cumplir y proteger para la dignidad de todos. No nos hace ciudadanos ir a votar ni que nos elijan para un puesto público dentro del gobierno. Esos son derechos ciudadanos. Lo que nos hace ciudadanos es la capacidad de construir, en cooperación con otros, el orden social en que queremos vivir, para la dignidad propia y la de todos. Esto es lo mismo que participar. Pero participar no es estar en una reunión, ni estar en un grupo, ni tampoco contestar una encuesta. Se participa en la medida en que se puede modificar y transformar el orden social para la dignidad de todos. Por eso la democracia es una continua auto fundación del orden. La libertad no es posible si no hay orden, pero el único orden que da libertad es el que uno mismo construye.[8]

Como se puede advertir, la participación (y dentro de ella el ejercicio de los controles cívicos al ejercicio del poder político) resulta clave para que la democracia pueda transitar de su faz formal a la faz sustancial. Si bien existen ritos, procedimientos y formalidades que ayudan a que la democracia sea previsible y brinde seguridad jurídica, la misma, tal como se vio más arriba, debe ser vista como algo muy superior a un simple método aritmético de toma de decisiones o mucho más que la posibilidad de votar

---

7 Toro, José Bernardo, "La democracia como cosmovisión", *Foro de educación cívica y cultura política democrática*, UNAM, México, 2000, pp. 123–135.

8 *Ibidem*.

cada cierto periodo de tiempo para validar relaciones de poder mediante un sintagma monosilábico que constriñe al ciudadano a decir "sí" o "no" frente a una oferta electoral compleja y amplia que, por lo mismo, exige pensar en espacios complementarios de discusión, debate e intercambio que permitan dejar a salvo las reservas que desde la ciudadanía crítica eventualmente se tengan con respecto a los programas que son ofertados por quienes aspiran a cargos públicos.

La democracia no puede quedar reducida a un simple juego de validación de relaciones de poder. El gran desafío que enfrentan las democracias Constitucionales apunta a desarrollar conductas cívicas que ayuden a que el modelo de valores permee en todos los niveles de la cultura de una sociedad para lo cual se hace imprescindible la participación ciudadana y el control al poder público en todas sus variantes.

Al solo efecto de que la ciudadanía crítica pueda dimensionar la complejidad del tema —y a partir de allí la importancia de participar de manera activa— vale recordar que la Democracia en general y la Democracia Constitucional en particular, como todo fenómeno complejo, admite un abordaje multidimensional,[9] desde la libertad, desde el poder, desde los derechos, desde los principios, desde las reglas, desde los valores, desde los límites, desde la relación interinstitucional o inter poderes, en el plano vertical, en el plano horizontal, en su vertiente directa o indirecta, en su faz representativa, electoral, liberal, social, como el poder de las mayorías o como el ámbito de protección de las minorías, etcétera.[10]

A su turno, la complejidad aludida plantea tensiones legítimas e inevitables en muchos niveles de relacionamiento institucional y de convivencia ciudadana. Esas tensiones afectan y condicionan tanto la participación como la activación de los controles reconocidos formalmente por lo que el primer paso para que el ciudadano sepa posicionarse frente al fenómeno jurídico – político

[9] *Cfr*. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, FCE., 2006, pp. 188–221.

[10] *Cfr*. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Buenos Aires, Taurus, 2003, pp. 133-169.

pasa por tratar de entender la relación no siempre cómoda entre democracia y Constitución.

II. Democracia y Constitución: aspectos relevantes de una tensa relación

Contrariamente a lo que pueda intuirse desde la habitual pasividad ciudadana o a lo que se sugiere en forma recurrente desde el discurso político–burocrático edificado desde la comodidad de los lugares comunes a los que las cúpulas partidarias reducen el juego de poder, democracia y Constitución no conviven en armonía plena.

Al contrario, por razones históricas que no pueden ser abordadas en este trabajo sin exceder los límites trazados, ambos vocablos ("Democracia" y "Constitución") se unen en una suerte de "matrimonio por conveniencia" para dar vida a un fenómeno problemático y tenso (legítima y saludablemente problemático e inevitable y edificantemente tenso) que obliga a equilibrar en forma permanente la lógica antagónica que dota de identidad a cada uno de los términos que componen la fórmula.

Si bien se mira, se logra advertir con cierta facilidad lo problemático que resulta mantener el equilibrio entre la democracia y la Constitución desde el momento mismo en que la primera está caracterizada por el gobierno de las mayorías o por la potestad de las mayorías para tomar decisiones públicas vinculantes mientras que la segunda está concebida precisamente para limitar el ejercicio del poder público o la toma de decisiones mayoritarias si estas amenazan derechos fundamentales de los individuos o de las minorías.

Como ya se refirió más arriba la Democracia Constitucional puede ser analizada desde diversas perspectivas,[11] desde la libertad, desde el poder, desde los derechos, desde los principios, desde las reglas, desde los valores, desde la participación, desde la representación, desde los controles externos e internos, desde los límites, desde la relación interinstitucional o inter poderes,

[11] *Cfr*. Bobbio, Norberto, *op. cit*.

en el plano vertical, en el plano horizontal, en su vertiente directa o indirecta, en su faz representativa, electoral, liberal, social, como el poder de las mayorías o como el ámbito de protección de las minorías, etcétera.[12]

El fenómeno deja al descubierto la complejidad del Estado moderno[13] y obliga a que la ciudadanía crítica y comprometida analice los componentes de la fórmula en forma autónoma asumiendo a su vez que ambos vocablos, en sí mismos, también plantean situaciones problemáticas de diversa índole. Por esa vía, tanto la participación como los controles cívicos tendrán mayor entidad y serán más eficaces.

Con respecto a la democracia, más allá de su complejidad,[14] cabe señalar que en su vertiente moderna esta debe ser vista ante todo como

> un método para edificar decisiones públicas, un conjunto de procedimientos para formar gobiernos y para autorizar determinadas políticas. Pero este método presupone —además de reglas y principios— un conjunto de valores éticos y políticos que lo hacen deseable y justificable frente a sus alternativas históricas (el autoritarismo o la dictadura) y frente a otros modelos democráticos que no perfilan tan claramente sus valores.[15]

A su turno, en lo que respecta a la Constitución, la doctrina especializada coincide en señalar que su rasgo distintivo está dado por su pretensión de encorsetar el ejercicio del poder público. En ese sentido, se ha dicho con acierto que la Constitución

---

12 *Cfr*. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la Democracia? cit*.

13 Savater, Fernando, *Política de urgencia*, Bogotá, Ariel, 2014. p. 14. El filósofo español señala con agudeza y perspicacia en ese tramo de la obra que "el progreso de la fórmula democrática ha ido haciendo el Estado cada vez más abstracto; es decir, más necesitado de comprensión educativa y reflexiva [...]."

14 Los interesados en profundizar la compleja relación dada por la Democracia Constitucional pueden recurrir a Amaya, Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política, cit*.; y también a Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 2010.

15 Amaya, Jorge Alejandro, *Los derechos políticos*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 10.

constituye "el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder".[16]

Para los fines del presente ensayo es clave reparar en el detalle apuntado en el párrafo anterior pues, siendo el objetivo de toda Constitución encontrar un antídoto eficaz contra toda forma de poder concentrado, la misma se erige en la principal herramienta para garantizar que la ciudadanía pueda participar de manera amplia al tiempo de ejercitar férreos controles para obligar a quienes ejercen el poder público a transparentar sus actos, a rendir cuentas, a honrar los valores de la democracia, a intentar que el Estado se legitime mediante el desarrollo de políticas públicas eficaces tendientes a la inclusión, etcétera.

La participación ciudadana y el adecuado control al ejercicio del poder son factores claves que permiten dotar de contenido al sistema jurídico–político que nos rige. La participación cívica y la activación permanente de las herramientas de control son el complemento ideal y sirven de pilares a la democracia (ideal de autogobierno popular) Constitucional (ideal regulativo para limitar adecuadamente el ejercicio del poder público).

La participación genuina sumada al control permanente hace que se reduzca notablemente el riesgo de abusos y excesos de autoridad dentro del sistema democrático. Debe considerarse que en clave constitucional existen abusos cuando el poder "excede los límites que le han sido prescriptos; cuando realiza actos no autorizados; cuando se impone arbitrariamente a la voluntad de los administrados y cuando actúa por interés propio o privado y no por interés público".[17]

En definitiva, la democracia constitucional exige que el ideal del autogobierno popular o mayoritario (componente democrático) respete los límites establecidos para que el poder público no incurra en excesos o invasiones indebidas tanto en la esfera de los derechos individuales como en la esfera de competencia de los demás poderes u órganos estatales (componente constitu-

[16] Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 149.

[17] Amaya, Jorge Alejandro, *La Jurisdicción Constitucional*, Asunción, La Ley, 2014, p. 2.

cional). Eso se logra por varias vías, la principal de las cuáles está dada por la participación ciudadana y por el ejercicio constante de control a toda forma de poder público.

La ciudadanía debe hacerle saber a quienes ejercen el poder público que el hecho de haber sido votados o de contar con el respaldo de mayorías coyunturales, no les confiere una suerte de salvoconducto para que puedan sobrepasar ciertos límites dados para evitar excesos y abusos típicos de los modelos autoritarios.

Así las cosas, la soberbia casi inevitable que propicia en la clase política la legitimidad de origen una vez que son ungidos por las mayorías, debe equilibrarse o neutralizarse en la puesta en práctica de la legitimidad de ejercicio que exige prudencia, razonabilidad e incluso humildad republicana para que las decisiones públicas sean compatibles con los valores de la democracia constitucional. Ese baño de humildad y de prudencia a la clase política se logra a través del control y de la participación en el juego democrático de parte de la ciudadanía.

III. Control y participación en democracia

La misión de controlar al poder que se auto asigna la Democracia Constitucional resulta harto compleja y harto difícil. Podría incluso decirse que puestas en el mismo enunciado las palabras "control" y "poder" se raya el oxímoron. No obstante, la dificultad apuntada, la finalidad que motoriza la articulación de herramientas de control al poder hace que cualquier esfuerzo en esa línea merezca la atención y la consideración de la ciudadanía. A su vez, la activación de los controles depende directamente del grado de involucramiento y participación de la ciudadanía en el juego democrático.

La idea de establecer mecanismos eficaces para evitar los efectos nocivos de la concentración del poder público se institucionaliza con la Convención de Filadelfia de 1787 en cuyo seno se logró la instauración de los *checks and balances* de la mano de los Federalistas, muy especialmente, gracias a la labor de dos de los padres fundadores del constitucionalismo americano como Alexander Hamilton y James Madison.

Resulta que Hamilton y Madison tuvieron la lucidez de reelaborar la teoría de la división del poder vislumbrada cuatro décadas antes por Montesquieu. Específicamente, en "El Federalista" números 47, 48, 49, 50 y 51[18] formulan uno de los más extraordinarios aportes políticos, jurídicos, sociológicos e institucionales de la historia a partir del desarrollo de un modelo de organización estatal y gubernamental hasta entonces inédito que apelaba no solo a dividir el poder público sino a que los mismos se controlen recíprocamente en la inevitable interrelación propia de la administración del Estado moderno.

El modelo de frenos y contrapesos nace entonces a partir de la preocupación que generaba en los padres fundadores el peligro de que los gobernantes no adecuasen su actuación a los intereses de la ciudadanía. En palabras del constitucionalista Jorge Alejandro Amaya:

> Aunque se suele enfatizar la forma en que las propuestas institucionales de los federalistas estaban encaminadas a impedir el gobierno tiránico, no es menos cierto que una preocupación central era también garantizar un gobierno efectivo, capaz de responder a las demandas ciudadanas {...}. Ese reto central requería de una hábil ingeniería institucional ya que para Madison los representantes directos del pueblo tenían una irrefrenable tendencia a enredarse en batallas políticas cortoplacistas.[19]

Como se ve, la necesidad de controlar el ejercicio del poder está íntimamente ligada a la intención de evitar abusos y excesos que signaron la vida en sociedad desde la antigüedad misma hasta nuestros días. Si bien siempre queda instalada la interrogante en torno a ¿quién controla al controlador?, la ciudadanía participativa no debe cesar en el empeño de reforzar los límites y los controles institucionales directos e indirectos, internos y externos mientras se articulan y se amplifican los debates en torno a los grandes temas conflictivos del derecho constitucional y la democracia.

---

[18] Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John, *El Federalista*, México, FCE, 2006, pp. 204-223.

[19] Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia vs. Constitución*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012, p. 191.

En definitiva, el principal mérito del constitucionalismo radica precisamente en su obsesiva y deliberada pretensión de "juridizar la política" para tratar de limitar el ejercicio del poder. Dicho de otro modo, al ejercitar la participación en la vida pública la ciudadanía debe remarcarle siempre a la clase política que la Constitución nació y se potenció como un antídoto contra toda forma de abuso o exceso derivado del ejercicio ilimitado del poder. Por ende, participación y control son dos ejes claves para dotar de contenido a la democracia.

Como enseña un prestigioso constitucionalista mexicano

> En una democracia funcional el control del poder involucra a todos los órganos del poder e implica que el ejercicio de este sea: verificable para que se pueda comprobar lo que cada quien ha hecho; responsable para que se pueda sancionar a quien infrinja su deber; razonable, para que no se impida el cumplimiento de la función ajena; evaluable, para que se pueda medir la efectividad del cumplimiento de las asignaciones; renovable para que no se interrumpa la capacidad creativa de las instituciones; revisable, para que se puedan corregir los errores; y equiparable, para que no haya predominancias que perjudiquen el único interés supremo, que es el de los ciudadanos.[20]

En esa línea, además de los controles institucionales derivados del mecanismo de frenos y contrapesos, la democracia ha ido evolucionando hacia nuevas formas de control y participación que ampliaron notablemente la perspectiva con respecto a las lúcidas ideas plasmadas por los Federalistas en la constitución americana de finales del siglo XVIII. Una interesante perspectiva es la que ofrece Rafael Jiménez Asensio cuando relaciona "controles" y "derechos fundamentales" como fórmulas necesarias para potenciar la calidad de la democracia.[21]

El autor referido señala con acierto que

> Los derechos y libertades de las personas están en el origen de la propia idea de Constitución. Acompañan al proceso conocido como

[20] Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 146.

[21] Cfr. Jiménez Asensio, Rafael, *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 184–209.

> constitucionalismo desde sus primeros pasos, pues al fin y a la postre el fenómeno de la Constitución liberal se construye a partir del presupuesto de limitar al poder con la finalidad de garantizar la libertad de los ciudadanos. Desde su concepción tradicional los derechos nacen, por tanto, con la finalidad de impedir que el poder se transforme en despótico o arbitrario, estableciendo una serie de frenos que actúan con mayor o menor intensidad como reglas institucionales que se deben respetar por parte de las instituciones públicas.[22]

La evolución de los mecanismos de control al poder y de los espacios de participación ciudadana han posibilitado que en la actualidad las Democracias Constitucionales cuenten no solo con los tradicionales y primigenios frenos institucionales propios de los *checks and balances* sino que también, han establecido una relación directa entre el reconocimiento genuino de los derechos individuales (civiles y políticos) y los derechos sociales (DESC) y la legitimación del Estado o del poder público a partir del compromiso de traducir en la realidad las múltiples promesas que se realizan desde los textos constitucionales.

Si bien en plena efervescencia de la era tecnológica no resulta fácil (ni conveniente) encasillar o encorsetar a los mecanismos de control de los que dispone la ciudadanía para incidir en la calidad de la democracia, existe una clasificación interesante que presenta el prestigioso constitucionalista Diego Valadés a la cual aludimos sintéticamente a continuación por considerarla sumamente didáctica y pedagógica para empoderar a la ciudadanía crítica.

3.1. Controles internos

Los llamados controles internos están dados por los mecanismos institucionalizados en la propia Constitución como derivación y desarrollo de los *checks and balances* que los padres fundadores idearon para reducir el riesgo de abusos en el ejercicio del poder.

El profesor Valadés explica que el control al ejercicio del poder público

[22] *Ibidem*, p. 184.

> supone dos niveles distintos de acción: por un lado, los que el poder se auto aplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana. A la primera modalidad se la puede denominar controles internos, que se producen con diferentes grados de concentración o desconcentración. Los más concentrados son los que se ejercen dentro de un mismo órgano, y los más desconcentrados son los que se ejercen entre los órganos de un Estado federal [...].[23]

Múltiples y variadas son las herramientas diseñadas por el sistema para que, más allá de sus funciones, atribuciones y competencias propias, los poderes del Estado puedan controlarse recíprocamente. La intensidad y el alcance de las herramientas de control dependerán siempre del diseño institucional de cada Estado y del modelo político que rige pues cada sistema tiene sus matices. Así, la relación entre los poderes en lo que a controles institucionalizados refiere puede resultar similar pero nunca idéntica en el presidencialismo y el parlamentarismo respectivamente o incluso en el presidencialismo fuerte y los modelos de presidencialismo atenuado.

No obstante ello y más allá de las particularidades de cada caso concreto, entre las herramientas de control interno diseñadas orgánicamente y comunes a cualquier Democracia Constitucional pueden citarse, entre otras: el juicio político, la interpelación, la rendición de cuentas, el voto de censura, la pérdida de confianza, la revocatoria de mandato, la interpelación, el control de constitucionalidad, el veto a proyectos de ley, el establecimiento de mayorías calificadas para tratar o aprobar ciertos temas, la participación de al menos dos poderes del Estado para decretar ciertas medidas que afectan a la libertad como el estado de excepción o el toque de queda, las instancias supranacionales de protección de derechos humanos, la pérdida de investidura, las comisiones parlamentarias de investigación, el pedido de informes, entre otras muchas herramientas pensadas para que los poderes se sientan sujetos a control permanente y se puedan transparentar las decisiones públicas.

Lo importante, en definitiva, pasa por entender que

[23] Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, pp. 2 y 3.

> [...] los términos del control son variables, y la intensidad con que se ejercen corresponde al diseño constitucional adoptado. No en todos los casos se alcanza una relación simétrica, y por un esquema deficiente o por una decisión deliberada es común encontrar que entre los órganos del poder existen relaciones que favorecen la posición de alguno de los dos órganos políticos del poder.[24]

3.2. Controles externos

Si acaso es cierto que la Democracia puede/debe ser asociada al gobierno de la gente o si acaso se considera importante darle entidad a esa ficción jurídico-política, resulta clave reforzar y/o añadir instancias de participación y control que den mayor protagonismo a la ciudadanía que muchas veces, sea por estrechez institucional del diseño representativo, sea por falta de voluntad política para ensanchar instancias de protagonismo cívico, sea por apatía propia de la población, reduce la participación al ejercicio del voto que se da cada cierto periodo de tiempo para validar relaciones de poder.

El voto, como conquista cívica-política por excelencia es fundamental[25] pero a nuestro juicio insuficiente si lo que se quiere es alentar el protagonismo de la gente más allá del quehacer de los representantes. Resulta que tal como se halla perfilado desde hace más de doscientos años, el voto se reduce a un ejercicio monosilábico y esporádico (valga la rima) que se limita a validar una relación de poder alentada por estructuras partidarias o electorales que se preocupan menos en generar inclusión genuina que en copar espacios públicos para provecho personal o sectario. Dicho de otro modo, ni la participación ni los controles deberían quedar reducidos al ejercicio quinquenal o periódico del voto previsto en Democracia para elegir autoridades o representantes.

En esa línea de ideas, haciendo gala de una mirada robusta, amplia, abierta y participativa acerca de lo que implica (con) vivir en democracia, el profesor Valadés expone que "los controles

---

[24] Valadés, Diego, *El control del poder*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 24.

[25] Cfr. Amaya, Jorge Alejandro, *Los derechos políticos*, *cit*., pp. 45–170.

externos suponen la intervención de agentes de la sociedad como los medios de comunicación, las organizaciones ciudadanas y los electores. Este último caso constituye la expresión más usual; se manifiesta en los procesos electorales y a través de consultas circunstanciales como los plebiscitos y referendos".[26]

El filósofo español Fernando Savater refuerza esa mirada robusta y participativa recordando que el proyecto democrático requiere de una ciudadanía de avanzada para consolidarse como espacio de convivencia basado en valores compartidos. Afirma Savater que

> La ciudadanía democrática es el invento más audaz de la historia política. Ha habido imperios como el romano que han reconocido derechos ciudadanos [...] aunque no incluían la participación política { }. De tal modo que a través de las épocas, el desarrollo y profundización de la democracia ha consistido en ir ampliando siempre el concepto de la ciudadanía, es decir la titularidad de derechos y deberes políticos, hasta lograr desligarlo de rasgos identitarios de clase, sexo, raza, religión o ideología para referirlo exclusivamente a la aceptación de la ley constitucional del Estado de Derecho.[27]

La participación activa y genuina de la sociedad civil en la activación de los controles políticos externos, a su vez, se encuentra condicionada a que el proyecto democrático cumpla con determinados requisitos elementales de inclusión. En palabras del Profesor Amaya

> [...] la democracia política es prácticamente imposible cuando la sociedad se encuentra desgarrada por polarizaciones extremas, cualquiera que sea su naturaleza, pues entonces no existe la posibilidad de llegar a acuerdos y compromisos, y solo queda la "solución" de fuerza, la exclusión, el sometimiento absoluto de los derrotados, situaciones todas radicalmente incompatibles con los valores democráticos en su conjunto.[28]

---

26 *Idem*.

27 Savater, Fernando, *op. cit.*, p. 9.

28 Amaya, Jorge Alejandro, *Los derechos políticos*, *cit*.

En el mismo sentido, pero haciendo énfasis en la importancia de tomar en serio la puesta en vigencia de los derechos de segunda generación, el Profesor Diego Moreno sostiene "Un régimen de democracia constitucional parece ser incompatible con formas extremas de desigualdad e inequidad social".[29] Más adelante, dejando al descubierto la incoherencia y la falta de compromiso de quienes tienen a su cargo la tarea de acortar la brecha existente entre teoría y práctica o entre promesas constitucionales y realidad social, añade que si bien "[...] la Constitución paraguaya incorpora elementos sociales e igualitarios muy acentuados precisamente para evitar un estado de cosas de este tipo {...} la brecha entre texto y realidad llega a niveles alarmantes, al punto de poner en entredicho la legitimidad del ordenamiento político y erosionar las instituciones republicanas".[30]

Desde esa perspectiva, la participación ciudadana y el ejercicio permanente de los controles externos por parte de la sociedad civil revisten fundamental importancia para fortalecer el proyecto democrático y orientar el rumbo de las políticas públicas cuando estas son escasas o insuficientes como lo muestra la realidad social de muchos países de América Latina.

IV. Desafíos para robustecer la participación y reforzar los controles en el marco de la democracia constitucional

Múltiples son los desafíos que enfrentan las sociedades para fortalecer el proyecto de convivencia dado por la democracia constitucional. Reducir la brecha entre los derechos reconocidos formalmente y la realidad social signada por la exclusión, la marginalidad y los estragos causados por la corrupción y el crimen organizado[31] constituye acaso la tarea prioritaria que deben em-

[29] Moreno Rodríguez, Diego, "La brecha entre la Constitución social e igualitaria y la realidad democrática en Paraguay", en AA.VV., *Democracia, presidencialismo y populismo en Latinoamérica*, Buenos Aires, Astrea, 2022, p. 188.

[30] *Ibidem*.

[31] Mendonca, Daniel, *Paraguay: Las sombras de la democracia*, Asunción, Intercontinental Editora, 2019, pp. 141–196.

prender los Estados que aspiran a dotar de contenido a la democracia.[32]

En esa línea, el catedrático Luca Mezzetti señala que

> [...] una pluralidad de ordenamientos se encuentra en la obligación de afrontar un doble reto: la resolución de los problemas de desarrollo y la modernización de la propia estructura institucional, y las cuestiones planteadas por la globalización y la internacionalización { }. Las funciones relacionadas con estos temas, a menudo, han demostrado ser una carga cualitativa y cuantitativa excesivamente onerosa para las frágiles estructuras de los ordenamientos, que, una vez superada la fase de transición constitucional, deben afrontar la no menos delicada fase de consolidación democrática.[33]

Entendemos que, en la actualidad, lograr que los derechos ganen en eficacia constituye el principal indicador de legitimidad del Estado. En efecto, así como en el primer tramo del constitucionalismo de corte liberal el Estado se legitimaba a partir de la abstención y en el segundo tramo del constitucionalismo de corte social el Estado se legitimaba a través de la intervención, en este tramo del constitucionalismo caracterizado por el contexto de supranacionalidad y reconocimiento de derechos humanos, el Estado debe aspirar a legitimarse a partir de la eficacia.

Las herramientas normativas son abundantes y sólidas. A título meramente referencial basta mencionar que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 23 consagra en forma expresa derechos que propician la participación de los ciudadanos y el mejoramiento de la calidad democrática cuando expresa que

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremen-

[32] Bordón, José Octavio, "Las demandas éticas de la población en América Latina y el rol de los políticos", en AA.VV., *Ética y Desarrollo* " *La relación marginada,* Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 2002, pp. 373-404.

[33] Mezzetti, Luca, "La Democracia sitiada: tendencias y prospectivas en ámbito comparado", en AA.VV., *Democracia, presidencialismo y populismo en Latinoamérica*, Buenos Aires, Astrea, 2022, p. 3.

te elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Relacionando la norma referida con la calidad del proyecto democrático el Profesor Jorge Alejandro Amaya expresa

> [...] el inc. a consagra el derecho de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos. Esta participación puede operarse de manera directa (p.ej., cuando el ciudadano ejerce un cargo público electivo y así forma parte de las acciones de gobierno, o cuando participa mediante las formas de democracia semidirecta) o indirecta, cuando en el contexto del sistema representativo se ejercen los derechos de petición, reunión, asociación, libre expresión y libertad de sufragio con fines netamente políticos { }. Estos conceptos tienen gran relevancia pues su desarrollo impulsa la participación política y el enriquecimiento de los valores democráticos.[34]

Perfilar las instituciones republicanas para que sean más amigables con la participación y los controles cívicos también constituye un desafío importante. Pareciera que la estructura orgánica diseñada por el constitucionalismo en sus albores quedó anquilosada en el pasado pues la maquinaria de poder no acompañó la vertiginosa evolución que se dio en materia de derechos. Al respecto, desarrollando una interesante tesis no exenta de polémica, un prestigioso constitucionalista afirma que mientras las partes dogmáticas de las Constituciones no han hecho más que avanzar en los últimos doscientos años, las estructuras de poder siguen siendo tributarias al modelo socio económico y socio político de finales del siglo XVIII[35] lo que impone realizar ajustes estructurales profundos.

En la misma línea, buscando perfilar la institucionalidad democrática para que sean eficaces en la lucha contra la corrupción a la que se considera el principal flagelo que azota las sociedades

---

[34] Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, *cit*.,

[35] *Cfr*. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, KATZ Editores, 2014.

latinoamericanas, Bruce Ackerman, de manera tan lúcida como audaz propone pensar en una nueva división de poderes que permita ensanchar la participación ciudadana y fortalecer las instituciones incorporando, entre otros estamentos, un nuevo poder encargado de supervisar la integridad burocrática y un nuevo poder con atribuciones para supervisar la calidad de la democracia.[36]

Se tratan de ideas sumamente atractivas y dignas de ser debatidas y exploradas a la luz de los grandes flagelos como la corrupción, el narcotráfico, la miseria y la ignorancia que amenazan a las democracias y facilitan el acceso al poder a los populistas, demagogos y autoritarios que una vez en el gobierno, no dudan en desmantelar las instituciones republicanas. En palabras del propio Ackerman "la división de poderes es una buena idea, pero no hay razón para suponer que los autores clásicos hayan agotado su bondad".[37]

El ejercicio no solo resulta necesario para ejercitar la musculatura cívica de la comunidad sino que, dadas las dificultades que asedian a las democracias modernas deviene necesario si acaso se considera que el modelo de sociedad abierta resulta más conveniente para el ser humano que los proyectos políticos alternativos que discurren sobre la opacidad y la verticalidad autoritaria edificadas sobre premisas de corte oracular que son materializadas por quienes pretenden gobernar o imponer decisiones públicas a la manera del "Rey filósofo" perfilado por Platón.[38]

Un último desafío para los fines del presente ensayo está dado por generar espacios institucionales que involucren con mayor intensidad a la ciudadanía en la toma de, no todas, pero sí determinadas decisiones que, por su envergadura, interés público, repercusión o impacto social merecen de un mayor protagonismo cívico.

---

36 Cfr. Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 83-128.

37 *Ibidem*, p. 124.

38 Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1982, pp. 93-198.

En efecto, la decisión sobre algunos temas trascendentes como por ejemplo la posibilidad de interrumpir o no el embarazo, de portar o no armas, de legalizar o no el consumo de ciertas drogas, prescribir o no ciertos delitos cometidos durante la vigencia de regímenes dictatoriales, desarrollar o no acciones afirmativas o discriminación positiva, realizar o no gastos públicos extraordinarios, condonar o no crímenes de grupos insurgentes por citar solo algunas de las muchas cuestiones sensibles que motorizan a grandes segmentos de la sociedad o a varios colectivos minoritarios, no deberían quedar reducidos al debate de unos pocos representantes del Parlamento o a un grupo reducido de jueces de tribunales superiores.

Para abordar ciertos temas que razonablemente permiten suponer que revisten un interés superlativo a nivel comunitario, se podría pensar en establecer instancias institucionalizadas de debate público de activación sencilla y expeditiva que, desde la propia ley contemplen instancias previas de intercambio y debate que apunten a escuchar (con voz y voto) a la mayor cantidad de ciudadanos o grupos organizados posibles.

En definitiva, todas las medidas que apunten a perfilar el modelo jurídico–político de convivencia de manera más amigable con la participación ciudadana directa y que no nieguen sino complementen la variante representativa del modelo, deberían formar parte de la agenda pública si acaso nos interesa tomar en serio el fuerte compromiso declarativo que las Constituciones asumen con la democracia.

Inteligencia artificial, ciencia y derecho

***

Artificial intelligence, science, and law

*Luca Mezzetti**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones.

Durante los últimos 60 años, la ciencia y la tecnología han permitido al hombre dar saltos extraordinarios hacia adelante, mucho mayores de lo que predijo Armstrong cuando dejó su huella en el suelo lunar. *Usque ad sidera*, por tanto, no solo en sentido metafórico. No fue solo la conquista del espacio: el mapeo del genoma humano, la biomedicina, la expansión de las redes de nueva generación, la revolución de la computación en la nube, las técnicas GPS y USB, la impresión 3D, los láseres, por citar solo algunos ejemplos, lo atestiguan. un fenómeno imparable de evolución en el sentido indicado.

En el mismo período, las regurgitaciones de la historia, en las que lo inhumano parecía haber tocado fondo con Auschwitz y el Holocausto,[1] no dejaron, sin embargo, de volver a proponer fenómenos y acontecimientos que se creían consignados a un pasado incapaz de volver: a mero ejemplo podemos mencionar el terrorismo religioso y político; el genocidio camboyano; la ma-

* Profesor catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Bolonia (Italia).

1 M. Revelli, *Humano. Inhumano. Posthuman Los desafíos del presente*, Einaudi, 2020, pp. 11 y ss.

sacre de la Plaza de Tiananmen; los campos de concentración y la limpieza étnica en los territorios de la ex Yugoslavia durante las guerras de los Balcanes; el genocidio de Ruanda; las guerras civiles y religiosas y las masacres en Siria, Libia, Yemen; las decapitaciones de ISIS; la devastación del medio ambiente y el clima; la tragedia de la inmigración. Una larga lista de horrores humanos: por tanto, también *usque ad infera*. Aquí reside la (única) paradoja aparente: por un lado el hombre que crea la ciencia y la tecnología, el hombre cuya mente alcanza alturas sublimes y, por el otro, el hombre malvado, feroz, bestial, insensible, egoísta, tacaño, envidioso, rencoroso, resentido, el *homo homini* lupus de la memoria hobbesiana (no corrompido por la sociedad -como quería Rousseau- sino corruptor de la sociedad), el hombre que toma la forma de los secuaces que acompañan a Cristo en la Subida al Calvario magistralmente pintada por El Bosco, el hombre domesticado a través del *panem et circenses*, según la intuición original de Juvenal, la masa de oclocracias dirigidas por charlatanes y acróbatas, el populacho de Leopardi e Hidalgo.

Es fundamental tener presentes estas premisas cuando pronto nos preguntaremos por la identificación de los valores y principios que deben "cargarse" en los algoritmos, sobre las infiltraciones de ética que deben realizarse en el hardware de las máquinas, y cómo garantizar su perpetuación y cumplimiento por parte de las máquinas.

Al abordar el estudio de la Inteligencia Artificial, la cuestión fundamental (aunque no exclusiva) que surge es la de su idoneidad para superar la inteligencia humana, volviéndose autónoma e independiente de esta.[2] La cuestión central se refiere a la capacidad de las computadoras para desarrollar una inteligencia sobrehumana, yendo más allá de las capacidades de sus propios programadores.

La cuestión más inquietante está relacionada con la llegada del momento de la Singularidad, en el que las máquinas serán más inteligentes que los propios seres humanos: la percepción del riesgo de la dictadura de los algoritmos, de las consecuencias relaciona-

[2] P. Domingos, *El algoritmo definitivo*, Bollati Boringhieri, 2016.

das con el aumento de la humanidad[3] ¿Qué equilibrio entre hombre y máquina se puede plantear como hipótesis en las fases —descritas por M. Tegmark—[4] de la vida, que puede rediseñar gran parte de su software, permitiendo al ser humano aprender nuevas habilidades complejas y actualizar fundamentalmente su visión del mundo? y sus finalidades, así como vida, que puede rediseñar drásticamente no solo su software, sino también su hardware, sin tener que esperar a que evolucione gradualmente a lo largo de generaciones? Se trata de una cuestión cuya solución requiere dos premisas, "imprescindibles para no caer en el catastrofismo o el fetichismo tecnológico, en la retórica victimista-mística o triunfalista centrada en la dolorosa derrota del hombre por las máquinas o, por el contrario, en su final y final gloriosa victoria sobre ellos",[5] escapando al malentendido de una dicotomía abstrusa o de una "presunta gigantomaquia entre el hombre y la máquina": evitando la oposición frontal del hombre a la máquina y no considerando a las máquinas como "entidades extrañas y opuestas a nuestra especie, sino más bien objetos técnicos", envuelta en "un aura de socialidad", como la propia mente humana se forma, desde la infancia de los individuos y el nacimiento de las primeras civilizaciones, dentro de redes de experiencias y relaciones con el mundo que necesariamente incluyen herramientas y soportes externos.[6] Sin olvidar que "es precisamente a la curiosidad, en particular a la curiosidad científica, a la que debemos un conocimiento genuino y verificable del mundo, y una comprensión parcial de nuestro papel en él, así como de nuestra naturaleza y condición".[7]

Se han asociado tres definiciones principales con el término Singularidad.[8]

---

3 R. Bodei, *Dominio y sumisión. Esclavos, animales, máquinas, inteligencia artificial*, il Mulino, 2019, p. 297.

4 M. Tegmark, *Vida 3.0. El ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Raffaello Cortina, 2018, pp. 44 y ss.

5 R. Bodei, *op. cit*, p. 297.

6 *Ibidem*, 299.

7 I. Mcewan, *Invitación al asombro. Para un encuentro cercano con la ciencia*, Einaudi, 2020, pp. 82-83.

8 E. Yudkowsky, *Three Major Singularity Schools, https://intelligence.org/2007/09/30/three-major-singularity-schools*; M. Shanahan, *The Machi-*

La primera definición se remonta a I.J. I.J. Good[9] que, aunque sin utilizar expresamente el término, lo combinó con la invención de máquinas más inteligentes que el hombre, más hábiles que el hombre en cualquier operación que requiera el uso del cerebro, favoreciendo la liberación de una explosión de inteligencia, mejorando repetidamente y construir máquinas aún más inteligentes. Según Good, la supervivencia del hombre depende de la pronta construcción de una máquina ultrainteligente y este será el último invento necesario para el hombre, suponiendo —añade— que la máquina sea lo suficientemente dócil como para decirnos cómo mantenerla bajo control.

La segunda definición se debe a V. Vinge, quien fue el primero en utilizar el término Singularidad en referencia al futuro tecnológico, utilizando la analogía con la superficie de un agujero negro que la luz no puede atravesar y resaltando la imposibilidad de saber qué sucede más allá. la superficie misma: la metáfora tiene como objetivo definir la Singularidad como una eventualidad de alto riesgo, un tiempo en el que la deducción ya no será posible y habrá que encontrar y aplicar nuevos modelos, y el mundo estará más allá de nuestra comprensión, un lugar temible para el hombre.[10]

Si concebimos —con R. Kurzweil (tercera definición)—[11] la Singularidad como un período futuro en el que el ritmo del cambio tecnológico será tan rápido y su impacto tan profundo que la vida humana se transformará irreversiblemente, una era no utópica ni distópica, que transformará los conceptos en los que confiamos para dar sentido a nuestras vidas, desde nuestros modelos de negocio hasta el ciclo de la vida humana, incluida la muerte misma, se puede plantear la hipótesis —igualmente en la línea de

ne Revolt. Qué es la singularidad tecnológica y cuánto tar-dará en llegar, Luiss University Press, 2018.

9 J. Good, "Speculations Concerning the First Ultraintelligent Machine", en F.L. ALT, M. Rubinoff (eds.), *Advances in Computers*, Academic Press, 1965, pp. 31 y ss.

10 V. Vinge, "The Coming Technological Singularity. How to Survive in the Post-Human Era", en G.A. Landis (ed.), *Vision-21: Interdisciplinary Science and Engineering in the Era of Cyberspace*, NASA Publication, 1993, pp. 11 y ss.

11 R. Kurzweil, *La Singularidad está cerca*, Maggioli, 2014, p. 7.

R. Kurzweil— de que dentro de unas pocas décadas la información basada en tecnologías abarcarán todos los conocimientos y habilidades humanos y eventualmente incluirán capacidades de reconocimiento de patrones, habilidades de resolución de problemas e inteligencia emocional y moral de la naturaleza misma del cerebro humano.[12]

Sin embargo, si los futuros sistemas de Inteligencia Artificial alcanzan el nivel del desempeño humano, ¿tendrían dichos sistemas verdadera inteligencia, verdadera comprensión y verdadera creatividad? ¿Estarían dotados de ego, de valores morales, de libre albedrío? ¿Serían co-conscientes?.[13] Quienes ofrecen una respuesta positiva subrayan cómo la Singularidad nos permitirá superar las limitaciones de nuestros cuerpos y cerebros biológicos, superando y anulando la naturaleza derivativa, de pequeño cabotaje y circunscrita del pensamiento humano. Si la transición hacia la parte no biológica de nuestra inteligencia, miles de millones de veces más poderosa que la inteligencia humana sin ayudas, parece todavía estar en una fase inicial, "la aceleración de la deriva paradigmática (la velocidad a la que modificamos -nuestros valores fundamentales) enfoques técnicos), así como el crecimiento exponencial de las capacidades de la tecnología de la información se acercan al 'codo de la curva', la fase en la que la tendencia exponencial se vuelve apreciable",[14] esto también basándose en la intuición de von Neumann, según el cual el progreso humano experimenta una aceleración que lo lleva a crecer de manera exponencial multiplicado continuamente por una constante y no de manera lineal por la suma de una constante.[15] Una vez superada esta curva, la tendencia se vuelve explosiva. "La Singularidad representará la culminación de la fusión entre nuestro pensamiento y nuestra existencia biológica con nuestra

12 *Ibidem*, pp. 8-9.

13 G. Tamburrini, *Ética de las máquinas. Dilemas morales e inteligencia artificial*, Carocci, 2020; J. Nida-Rümelin, N. Weidenfeld, *Humanismo digital. Una ética para la era de la inteligencia artificial, Franco Angeli*, 2020; P. Dumouchel, L. Damiano, *Vivir con robots. Un ensayo sobre la empatía artificial, Raffaello Cortina*, 2019.

14 R. Kurzweil, *op. cit.,* p. 9.

15 J. Von Neumann, *The Computer & the Brain,* Yale University Press, 2012.

tecnología, lo que dará como resultado un mundo que seguirá siendo humano pero que trascenderá nuestras raíces biológicas. Después de la Singularidad no habrá distinción entre humanos y máquinas o entre realidad física y virtual".[16] Habiendo articulado la historia de la evolución biológica y tecnológica en seis épocas, Kurzweil predice el advenimiento de la Singularidad en la quinta época, caracterizada por la fusión del vasto conocimiento incrustado en nuestros cerebros con la capacidad, velocidad y capacidad de compartir el conocimiento de nuestra tecnología y su propagación desde la Tierra al resto del Universo en la sexta época.

Según la reconstrucción propuesta, superar el test de Turing permitirá a los ordenadores combinar los puntos fuertes tradicionales de la inteligencia humana con los de la inteligencia artificial (caracterizada por la capacidad de recordar miles de millones de hechos y recordarlos instantáneamente y poder aplicarlos repetidamente a gran velocidad), con una precisión óptima y sin cansarse), además de compartir sus conocimientos a velocidades altísimas y descargar habilidades y conocimientos de otras máquinas, así como de humanos. Tres revoluciones superpuestas en genética, nanotecnología y robótica (GNR)[17] nos llevarán a la quinta época. En esta perspectiva, si la primera revolución corresponde a la intersección de la información y la biología que permitirá la reprogramación de esta última para reducir drásticamente el impacto de las enfermedades, el aumento del potencial humano y la extensión radical de la vida, la revolución N —que corresponden a la intersección de la información y el mundo físico— permitirá rediseñar y reconstruir, molécula por molécula, de nuestros cuerpos y cerebros y del mundo con el que interactuamos: las dos primeras temporadas producirán un profundo impacto en el sector militar y espionaje, exploración espacial, medicina, ciencia y matemáticas, negocios, finanzas y producción, manufactura y robótica, ocio y deporte, e impactarán en el medio ambiente, en la energía y el funcionamiento del cuerpo humano; Finalmente, la revolución R se caracterizará por la llegada de robots de nivel humano con inteligencia derivada de la nuestra pero rediseñados para superar con creces las capa-

16 R. Kurzweil, *op. cit*.

17 *Ibidem*, pp. 197 y ss.

cidades humanas. La creación de una inteligencia no biológica superior a la de los humanos sin ayuda marcará el ascenso de la IA "fuerte".

Se predice un profundo impacto de la IA "fuerte" y el predominio relacionado de la inteligencia no biológica en la naturaleza de la experiencia humana: en el cuerpo humano (un nuevo sistema digestivo y nuevos métodos de nutrición, programación de la sangre, el refinamiento del corazón, el rediseño del cerebro humano, lo que Kurzweil define como la ingeniería inversa del cerebro), sobre la multiplicación de la personalidad humana en entornos virtuales tridimensionales, sobre la expansión de las mentes mediante la fusión de la inteligencia biológica y no biológica, sobre longevidad humana (creando una copia de seguridad de nosotros mismos, archivando las formas clave en la base de nuestros conocimientos, nuestras habilidades y nuestra personalidad, a través de una carga del cerebro que permite el escaneo de los detalles relevantes y la reproducción de los mismos en un sistema computacional). Sustrato de potencia adecuada, proceso que nos permitiría captar la personalidad, memoria, habilidades e historia de una persona; al colapso del hardware biológico ya no necesariamente le seguirá el colapso del software mental); sobre la guerra (por ejemplo, pólvoras inteligentes, sistemas de sensores del tamaño de la cabeza de un alfiler, constituirán nanoarmas de apoyo fundamental en misiones ofensivas), sobre el aprendizaje (mediante el desarrollo de entornos de realidad visual-virtual), la inmersión total y el audio de muy alta resolución, que favorecerá la penetración de la educación en los rincones más remotos y pobres del mundo), en el trabajo, en el juego. La demografía, la biosfera, el cambio climático, la ingeniería genética, la biología sintética, la inteligencia artificial, la robótica y la computación cuántica se verán afectados por cambios radicales, tal vez actualmente inconcebibles en su totalidad, pero que en gran medida ya están a nuestro alcance.[18]

Se trata de escenarios que no parecen ciencia ficción si se consideran los enormes avances logrados en los últimos tiempos por la tecnología en la dirección de atenuar y aliviar la pobreza,

[18] J. Al-Khalili (ed.), *El futuro que viene*, Bollati Boringhieri, 2018.

las enfermedades, las condiciones de trabajo, así como la difusión de la cultura, la educación y el arte de la humanidad. Sin embargo, la tecnología (es necesario e intelectualmente honesto reconocerlo) aumenta el poder de nuestra naturaleza tanto creativa como destructiva.

N. Bostrom[19] ha planteado la hipótesis de riesgos existenciales de este lado, como explosiones (bangs), riesgos que producirían una rápida extinción de la vida inteligente en la Tierra debido a accidentes o actos de destrucción deliberados (por ejemplo, un uso inadecuado de las nanotecnologías, un holocausto nuclear poder, el descubrimiento de vivir en una simulación que está desactivada, una superinteligencia artificial fuera de control debido a una programación defectuosa, la propagación de agentes biológicos genéticamente modificados, desastres producidos por experimentos físicos extremos, pandemias extremadamente contagiosas, impactos de asteroides o cometas, calentamiento global fuera de control); crisis, riesgos que impiden que la humanidad se desarrolle hacia una posthumanidad plena (por ejemplo, debido al agotamiento de los recursos, la destrucción ecológica, el establecimiento de un gobierno mundial tiránico o un sistema social que bloquea el desarrollo tecnológico, "presiones disgénicas", arresto tecnológico); chirridos (chillidos), riesgos relacionados con la hegemonía de una superinteligencia humana o artificial fuera de control, con el establecimiento de un régimen mundial totalitario, así como riesgos impredecibles ya que la poshumanidad se ubicaría más allá de la llamada "singularidad tecnológica", es decir, un punto más allá del cual es imposible predecir la evolución tecnológica; gemidos (quejidos), que acompañarían la consecución de la etapa posthumana asociada a la desaparición total de los valores humanos fundamentales. Más recientemente, el mismo autor describió el escenario de una inteligencia artificial tan avanzada que superaría a la humana hasta el punto de sustituir a la humanidad como forma de vida dominante en el planeta, una superinteligencia que acabaría cultivando sus propios objetivos, probablemente lejanos de los de sus programadores, llegando in-

[19] N. Bostrom, "Riesgos existenciales. Analysing Human Extinction Scenarios and Related Hazards", *Journal of Evolution and Technology,* vol. 9, núm. 1, 2002, pp. 1 y ss.

cluso a destruir la especie humana percibida como una amenaza o un obstáculo para su propia existencia, o como un efecto de la búsqueda de sus propios objetivos, por ejemplo tras la reconversión de todos los seres humanos. materia de la Tierra en computronio, es decir, materia para realizar cálculos.[20]

Si una IA "fuerte" promete lograr ventajas exponenciales para la humanidad, no es fácil formular estrategias que garanticen su dirección hacia una IA "amigable" según la definición dada por E. Yudkowsky.[21]

El uso de aplicaciones de software que emplean técnicas de IA se extenderá a funciones de percepción, clasificación y predicción que antes estaban al alcance únicamente de la inteligencia humana. Uno de los problemas más apremiantes que surgen de este lado es, como se sabe, el del alineamiento con las necesidades éticas, que identifica como verdaderamente eficientes solo aquellas tecnologías alineadas con los valores que caracterizan el contexto social en el que se utilizan[22] (de por supuesto, conviene anticiparlo respecto de lo que se observará más adelante, después de limpiar el propio contexto de los disvalores que lo corrompen y descontaminar los procesos de selección de esos valores y principios de sesgos algorítmicos que podrían alterar su correcto funcionamiento y desarrollo fisiológico),[23] sesgos cognitivos que, como "bocas abiertas en los caminos seguidos por la razón", se traducen en una forma de "daltonismo psicológico".[24]

La cuestión de los valores implica un doble problema de correspondencia entre el diseño, distribución, uso y operación de las tecnologías de IA y los valores de las personas involucradas y el patrimonio ético personal, tanto de los sujetos u organismos

20 N. Bostrom, *Superintelligenza, Bollati Boringhieri*, 2018, passim.

21 E. Yudkowsky, *Friendly Artificial Intelligence*, in A. Eden, J. Moor, J. Søraker (eds), Singularity Hy-potheses: A *Scientific and Philosophical Assessment, Springer*, 2012, pp. 181 y ss.

22 S. Quintarelli (ed.), *Inteligencia Artificial*, Bollati Boringhieri, 2020, pp. 84-85

23 A. Jean, *En el país de los algoritmos,* Neri Pozza, 2021, pp. 71 y ss.

24 J. Barrat, *Nuestra invención final. La inteligencia artificial y el fin de la era del hombre*, Nutrimenti, 2019, p. 41.

que las crean. los algoritmos y de las partes interesadas del impacto de los propios algoritmos: "la ética de la Inteligencia Artificial tiene como objetivo alinear los algoritmos con valores relevantes, evaluar críticamente el funcionamiento y uso de los sistemas desde el punto de vista de sus impactos morales, plantear sensibilización de la comunidad científica y de la opinión pública sobre la importancia de asumir conscientemente los retos planteados".[25] En otras palabras, se trata del problema que surge durante el diseño de tecnologías, la implementación de sus actividades de concepción y desarrollo, por un lado, y el problema del grado de control humano sobre las funciones realizadas por los automatismos, por el 'otro'. Esta preocupación es compartida por la Unión Europea y se recoge en las 81 páginas en las que se presenta la propuesta de reglamento eurounitario sobre el enfoque de la Inteligencia Artificial desarrollada por la Comisión Europea y que se presenta actualmente al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea (abril de 2021), que exige que los algoritmos sean "alimentados" con datos que reflejen los valores europeos de dignidad humana, libertad, democracia, Estado de derecho y derechos humanos, posibles víctimas de una Inteligencia Artificial que introduce.[26] Técnicas de manipulación, que conducen a la dependencia, al control social y a la vigilancia indiscriminada, que manipulan a las personas, su comportamiento, sus opiniones y decisiones. Los datos con los que se entrena la Inteligencia Artificial no pueden contener prejuicios voluntarios o involuntarios, postulados en contraste con los valores europeos.

Para los fines descritos se han propuesto diversas soluciones: programación de sistemas de IA interpretables y sensibles, creación de IA ética, creación de sistemas diseñados desde el principio como apoyo a la mejora moral de la vida individual y social (diseño ético informado), creación de figuras especializadas para la gestión de la nueva revolución tecnológica, por ejemplo entrenadores de algoritmos que ayudan a la máquina a cometer menos errores y le enseñan a imitar más comportamientos humanos o a desarrollar una empatía más parecida a nuestros comportamien-

25 S. Quintarelli (ed.), *op. cit*., p. 85.

26 G. Finocchiario, *Inteligencia artificial, que regula*?, Il Mulino, 2024, donde el autor reconstruye la normativa europea sobre el punto.

tos; traductores automáticos, que identifican las causas del error cometido por las máquinas; inspectores de algoritmos, que verifican la constante finalización de la actividad realizada por las máquinas con el objetivo para el que fueron creadas;[27] definición de directivas éticas al diseñar algoritmos y con qué están equipados los propios algoritmos y formación en pensamiento racional para los futuros desarrolladores de IA y políticas tecnológicas;[28] diseño de sistemas que comprendan su propio funcionamiento,[29] supervisen su trabajo y resuelvan posibles problemas, cambiando y evolucionando cuando detecten un defecto de funcionamiento; definición de los métodos de subyugación y represión constante de una IA por parte de un individuo o un comité u otra IA que no sabe cómo mejorarse[30] y que garantiza el progreso de manera segura del sujeto capaz de mejorarse; ampliación y mejora de los instrumentos regulatorios; creación de comités asesores sobre ética de la IA[31] y órganos de gobernanza; establecimiento de órganos de supervisión, como autoridades administrativas independientes; desarrollo de respuestas "inmunitarias" específicas

27 S. Quintarelli (ed.), *op. cit*., p. 85.

28 J. Barrat, *op. cit*., p. 75.

29 S. Omohundro, *The Nature of Self-Improving Artificial Intelligence*, 2008, *https://omohundro.files.wordpress.com/2009/12/nature_of_self_improving_ai.pdf*. El autor, precursor de la ciencia que estudia el comportamiento del agente superinteligente, predice que los sistemas autoconscientes y automejoradores desarrollarán cuatro impulsos primarios similares a los impulsos biológicos humanos: eficiencia, autoconservación, adquisición de recursos y creatividad. El primer impulso impulsa a un sistema que se mejora a sí mismo a asegurarse tantos recursos como sea posible: espacio, tiempo, materia y energía. Con la autoconservación, la IA supera el límite que separa a las máquinas de los seres vivos. La adquisición de recursos induce a la IA a apropiarse de cualquier material que aumente las posibilidades de alcanzar sus objetivos. El cuarto impulso de la IA induciría al sistema a idear nuevas estrategias para alcanzar mejor sus objetivos o evitar situaciones que no le permitirían alcanzarlos de la mejor manera posible. En ausencia de instrucciones meticulosas y compensatorias, de un enorme catálogo de preferencias y de herramientas que le permitan detectar nuestras intenciones, observa Omohundro, un sistema consciente, capaz de mejorarse a sí mismo y empeñado en alcanzar sus objetivos, sería capaz de emprender cualquier acción para tener éxito.

30 J. Barrat, *op. cit*., p. 263.

31 J. Barrat, *op. cit*., p. 76.

de tecnología; descentralización de tecnologías centralizadas en favor de tecnologías distribuidas, que son más flexibles, eficientes y suaves en sus efectos ambientales; prevención del sesgo algorítmico optimizando la probabilidad de que la inteligencia no biológica del futuro refleje nuestros valores de libertad, tolerancia y respeto por el conocimiento y la diversidad;[32] el lanzamiento de un debate abierto al público, sensibilizando a los ciudadanos sobre los riesgos y beneficios de las nuevas tecnologías.[33]

La optimización ética de las aplicaciones de Inteligencia Artificial, sin embargo, representa el problema más espinoso y difícil, aunque no imposible, de resolver.[34] ¿A quién debería confiar esta optimización? Por este lado, la relación entre filosofía moral y ciencia no puede concebirse en términos de antagonismo, irreconciliabilidad, incompatibilidad, sino de interpenetración y complementariedad, de finalización simultánea del objetivo común de la definición y difusión del conocimiento.

La ciencia no es democrática por definición, ya que, comprensiblemente, subordina la participación en el debate científico y la consideración de las implicaciones que implican las aplicaciones científicas por parte de interlocutores informados, dotados de una formación cultural adecuada y una sólida herencia ética: la intervención en el debate mismo por parte de personas con conocimientos pomposos, pedantes, presuntuosos, presuntos omniscientes y su contribución a la definición del orden de prioridades morales a partir de la cultura formada en las redes sociales, la cultura de la masa de seguidores fascinados por la espiritualidad guía de influencers y youtubers.[35] El incultus y los agrestis no tienen derecho a participar en él. En este frente, la opinión que reclama, frente a la tendencia a la simplificación de las ideas, "reducidas a tuits o eslóganes", a una fuerte reivindicación de la tarea de la cultura, "que es enseñar, en todo caso, a complicar, a

32 R. Kurzweil, *op. cit*., p. 312 y ss.; J. Barrat, *op. cit*., p. 71

33 J. Barrat, *op. cit*., p. 261.

34 L. Floridi, *Ética de la inteligencia artificial,* Cortina Editore, 2022.

35 P. Iacci, *Bajo el signo de la ignorancia, Egea, 2021; R. Burioni, La conspiración de los tontos. Por qué la ciencia no puede ser democrática*, Rizzoli, 2017.

mostrar las diferencias y matices entre conceptos y acciones".[36] De lo contrario, ignorar la "actualización crítica programática de la cultura de los individuos y de las comunidades" significaría la generación de una nueva ignorancia masiva que contribuiría a la multiplicación exponencial del ya elevado número de idiotas, "en el sentido griego del término, que es decir, de personas incapaces de participar con suficiente conciencia en la vida política y cultural, porque están cerradas a la particularidad de su profesión y dentro de los límites de su existencia y de sus intereses inmediatos".[37] El riesgo asociado es el de la polarización y concentración del conocimiento y el poder en la cima de la jerarquía social, reservando el acceso y la gestión de algoritmos y bases de datos a un círculo oligárquico de privilegiados, y el confinamiento del resto de los asociados en condiciones de ignorancia y pobreza intelectual.[38] La difusión generalizada del conocimiento científico se encuentra, en definitiva, en una relación de funcionalización directa e inmediata respecto del ejercicio de la soberanía a través de instituciones de democracia directa e indirecta: la participación informada y "el buen funcionamiento de una sociedad democrática impregnada de hiperespecialización, regulada por el principio de mayoría y al mismo tiempo respetuoso del pluralismo de valores, está indisolublemente ligado a la probabilidad de que nuestras opiniones sean correctas o verdaderas".[39] Las XXVI Lecciones sobre Inteligencia Artificial y derecho que siguen hacen una contribución esencial a los propósitos descritos.

¿Cuáles son las razones que justifican la confianza en la ciencia? Entre muchos, algunos parecen dignos de especial reconocimiento.

La primera razón justificativa adquiere una connotación puramente aplicativa y deriva de la percepción de los aspectos funcionales de la ciencia, independientemente de la orientación política subyacente. Confiamos en estos aspectos "porque los ex-

36 R. Bodei, *op. cit.,* p. 328.

37 *Ibidem*, pp. 329-330.

38 *Ibidem*, p. 330.

39 M. Dorato, *Desinformación científica y democracia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino,* Raffaello Cortina, 2019, pp. 106-107.

perimentamos directamente todos los días: indirectamente, y de forma irreflexiva, también confiamos en los científicos que los han hecho posibles con sus teorías".[40]

La segunda razón justificativa deriva de la percepción de la unanimidad de consenso que reina en el seno de la comunidad de científicos y de la intersubjetividad del conocimiento científico, lo que inevitablemente fortalece la persuasión de la corrección de las teorías científicas compartidas por la comunidad de expertos y de los buenos. fe que los caracteriza.[41]

La tercera razón es de carácter objetivo y deriva del realismo científico. La capacidad de la ciencia para describir un mundo independiente de los valores, intereses y necesidades humanos, de manera independiente de la mente, captando aspectos que son independientes de la presencia del hombre en la Tierra, demuestra que "las teorías científicas sobre el mundo natural corresponden, al menos aproximadamente, a 'cómo son realmente las cosas' independientemente de cómo nos gustaría que fueran y, por tanto, de los árbitros y los intereses subjetivos de los científicos individuales. Esta forma de objetividad fuerte sería, por lo tanto, capaz de explicar por qué existe consenso entre los científicos (la objetividad o validez intersubjetiva más débil) sin cuestionar factores exclusivamente sociológicos".[42] La ciencia no puede identificarse con un instrumento de opresión patriarcal, ni con una construcción social: "es simplemente verdad. O al menos la verdad es real y la ciencia es la mejor manera que tenemos de encontrarla".[43]

La cuarta razón tiene una raíz procesal. Si, recorriendo la historia y la filosofía de la ciencia de los dos últimos siglos, uno puede cuestionar la existencia de un método científico único y dorado, esto no puede significar al mismo tiempo renunciar a la defensa de la ciencia contra sus detractores. La confiabilidad superior de las tesis científicas deriva del proceso social que las produce. Este

40 *Ibidem*, p. 81.

41 *Idem*.

42 *Ibidem*, p. 84.

43 R. Dawkins, *Science is not an instrument of patriarchal oppression*, The Spectator, 2021.

proceso no es perfecto, pero nuestra confianza no debe dirigirse a los científicos —por sabios o autorizados que sean— sino a la ciencia como proceso social, que alcanza y garantiza su consenso solo después de haber sometido sus tesis a un escrutinio riguroso y plural. tras un debate que encuentra su lugar natural dentro de la comunidad científica, formada por expertos y especialistas de diferentes sectores.[44] La aparente connotación materialista y mecanicista que parece envolver al determinismo científico se sustenta en realidad en un proceso dialéctico participativo y compartido, predeterminado para la identificación de resultados y reglas comunes, al que contribuyen expertos que someten sus posiciones a la aprobación o crítica de la comunidad. miembros de la comunidad a la que pertenecen. Esto implica una responsabilidad muy significativa de los científicos hacia la sociedad contemporánea, que debe ir acompañada de la preservación, en la máxima medida posible, de su autonomía frente a las necesidades sociales apremiantes, las presiones políticas y las presiones económicas.[45]

La salvaguardia de esta autonomía, por otra parte, no puede evidentemente traducirse en un aislamiento altivo y orgulloso de la ciencia, cuyas contribuciones —por ejemplo la inteligencia artificial— no pueden dejar de ser compatibles con las exigencias peculiares de los diferentes ámbitos de la sociedad, principalmente el derecho de la sociedad y la ética jurídica, que comprensiblemente exigen el enriquecimiento del software de las máquinas, de manera complementaria e integradora, a través de principios compartidos y generalizados dentro de la propia sociedad. En realidad, no existe alternativa como tema de la historia entre el hombre y la tecnología, pero se requiere una coexistencia entre el hombre y la tecnología, así como con otros factores (medio ambiente, clima, flora, fauna), en el contexto de un *koinoceno o novaceno policéntrico* que, evitando un antropocentrismo ya obsoleto, ve al hombre interactuando en una relación

44 N. Orekses, ¿*Por qué confiar en la ciencia*?, Bollati Boringhieri, 2021.

45 G. Gobo, V. MarchesellI, *Sociología de la ciencia y la tecnología*, Carocci, 2021; M. Bucchi, *Ciencia y sociedad. Introducción a la sociología de la ciencia*, Raffaello Cortina, 2020; A. CerronI, Z. Simonella, *Sociología de la ciencia*, Carocci, 2014.

equilibrada con los mismos factores. El diálogo entre ciencia y sociedad implica necesariamente, por otra parte, la fiabilidad de los interlocutores que, si en el lado científico está garantizada por el proceso dialéctico antes mencionado, por otra parte presupone un largo y generalizado proceso de alfabetización de la sociedad respecto a los perfiles esenciales que caracterizan, en el caso concreto que nos ocupa, la inteligencia artificial y sus aplicaciones actuales y potenciales, integrando la formación científica con la formación humanística.[46] Por un lado, la necesidad de "cargar" valores y principios éticos, políticos y legales en máquinas inteligentes con suficiente eficacia y seguridad se satisface mediante la elaboración de códigos éticos y bases de datos para dispositivos inteligentes que les administran millones de situaciones. imágenes, simulaciones, casos[47] y permiten que los propios dispositivos adopten decisiones que cumplan plenamente con los valores y principios propios.[48] En una segunda vertiente —relativa al conocimiento de los dispositivos inteligentes y las aplicaciones concretas o potenciales de los mismos— es imprescindible una labor fundamental de drenaje cultural que de forma capilar difunda la conciencia de los asociados sobre la multifacética y polifacética realidad de la Inteligencia Artificial y su funcionalización para la mejora de la condición humana: "más allá de la intervención directa en los procesos en curso por parte de las instituciones o de la responsabilidad de técnicos, científicos, industriales, hombres de cultura y ciudadanos, la educación es la mejor herramienta para acortar estos nuevos 'dolores de parto'".[49] Además de ser generalizada, esta labor de difusión del conocimiento debe ser constante y cíclica, reiterada en el tiempo:

> dada la rápida obsolescencia de nuestra información y de las propias máquinas, es necesario introducir urgentemente el sistema de educación continua o aprendizaje a lo largo de toda la vida, inventando sistemas educativos que incluyan [...] el recordatorio periódico de los ciudadanos para actualizar sus conocimientos y cultura general, y la

46 M. Dorato, *op. cit*., pp. 105 y ss.

47 M.C. Carrozza, *I robot y nos*, il Mulino, 2017, 24 y ss.

48 R. Bodei, *op. cit*., pp. 322-323.

49 *Ibidem*, p. 326.

> formación, a nivel laboral, en Sistemas Ciberfísicos, y por tanto la capacidad de operar en procesos que conectan a los seres humanos. Trabajar con las nuevas tecnologías, de tal manera que las primeras estén al mando, y no arrastradas por las segundas, para que los hombres no se conviertan en estúpidas prótesis de máquinas inteligentes.[50]

Se trata del proceso gradual de formación de una Bildung, en el sentido hegeliano del término, que debe afectar no solo a los representados, sino también a los representantes en el seno de las democracias modernas: "democracia basada en el principio de mayoría, que expresa la voluntad del pueblo solo funciona si se aplica el principio de competencia".[51] Se trata de leer nuestra época como la era del conocimiento y de orientar la cultura democrática hacia la práctica generalizada y organizada de la comunicación científica, entendida como la principal orientación para desarrollar los aspectos positivos de nuestra era con la transformación de la información en conocimiento, para constituir una ciudadanía científica.[52] La identificación del grupo o representante en quien delegar la tarea de dar respuestas técnicas correctas implica "la necesidad de una alfabetización científica y un mayor nivel cultural, para que las probabilidades que los ciudadanos asignan a las diversas hipótesis se acerquen más a la verdad".[53] De lo contrario, se produce una verticalización del proceso de toma de decisiones a favor de una oligarquía inconsciente y obtusa (representantes desinformados) e incompetentes (científicos, fumadores y charlatanes), o más bien rendición y capitulación en favor de un tecnoliberalismo cada vez más impetuoso.[54]

No podemos dejar de señalar cómo la sociedad contemporánea se ve afectada frecuentemente por la tendencia patológica a

---

50 *Ibidem*, p. 327.

51 M. Dorato, *op. cit*., p. 110.

52 P. Greco, *Homo. Arte y ciencia,* Di Renzo, 2021 y anteriormente N. Wiener, *Introducción a la cibernética. El uso humano de los seres humanos,* Bollati Boringhieri, 2012.

53 *Ibidem*, p. 111.

54 S.Vaccaro, *Los algoritmos de la política,* Elèuthera, 2021; E. Sadin, *La colonización siliconada del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*, Einaudi, 2018; E. Severino, *El ocaso de la política*, Rizzoli, 2017.

discutir ciertos términos sin tener una comprensión clara de su verdadero significado. El psitacismo, relacionado por Leibniz con los llamados pensamientos ciegos o sordos, lleva muchas veces al hombre a pensar y razonar utilizando términos y pensamientos formulados por otros, o sus propios recuerdos, repitiéndolos sin ser verdaderamente consciente de ellos y sin haberlos analizado debidamente.[55] La degeneración del fenómeno es evidente cuando esta conformación se produce a partir de parámetros ofrecidos por influencers, youtubers, cierta prensa o ciertos políticos:

> Internet y las redes sociales, dando rienda suelta al narcisismo que lleva a pensar que todos pueden expresarse en todo, no pocas veces propagan la teoría equivocada como un poderoso virus, propagando rápidamente creencias completamente erróneas. La desintermediación que opera Internet favorece la eliminación parcial o total de cualquier filtro entre expertos/científicos y ciudadanos/inexpertos, de modo que la voz de los primeros pierde toda autoridad.[56]

Finalmente, la razón que lleva a confiar en la ciencia consiste en la actitud libertaria de la tecnología y en la liberación de su poder con fines de liberación, emancipación, redención: "el poder de la tecnología libre" y "crea las condiciones para que el pensamiento pueda liberarse y concebir al ser humano en su integridad y en la potencialidad infinita contenida en su finitud".[57] Si los espacios abiertos por la técnica y el poder pueden encontrar diferentes concretizaciones y realizaciones, incluso extremas, declinaciones capaces de traducirse en la aniquilación de lo humano o en su plena realización, la elección entre los diferentes caminos «depende de la relación que se establece entre el nivel de progreso técnico alcanzado en una época determinada y la capacidad generalizada -social, política, institucional, moral- de gestionar el poder logrado orientándolo de manera que se acerque lo más posible a una condición ideal en la que pueda utilizarse. proteger a la comunidad como un todo, la "integridad del ser humano -de todo el ser humano en su molecularidad granular- y aumentar homogéneamente sus niveles de autorreconocimiento y autono-

55 G.W. LEIBNIZ, *De arte combinatoria*, 1666.

56 M. Dorato, *op. cit*., p. 101.

57 A. Schiavone, Progress, *op. cit*., p. 108.

mía".[58] La ciencia y la tecnología son vehículos de libertad e igualdad. La dirección del camino de la historia se orienta, a la manera hegeliana, hacia la libertad, "indicada por la tendencia a alcanzar, por parte de grupos cada vez más numerosos con respecto a la totalidad de la humanidad, la mayor proporción posible entre el poder técnico disponible -y por tanto el control sobre las propias condiciones de existencia- y el reconocimiento y la valorización de la propia existencia".[59] En este sentido,

> el progreso técnico define la forma general de toda la historia humana, en la infinita variedad de sus aspectos particulares. Esto no significa que el empuje garantizado por este avance se transfiera mecánicamente de un plano a otro, y que todo avance al mismo tiempo. Pero significa que toda la historia refleja y reelabora el progreso de la tecnología en cada parte, y constituye, por así decirlo, una interpretación de la misma, que puede conducir en diferentes direcciones: hacia el abismo o hacia una realización cada vez más completa de lo humano. La elección depende de la relación que se produce cada vez entre control y poder, entre razón y dominación. Y es una relación que, a largo plazo, hasta ahora ha tendido cada vez más a reequilibrarse del lado de la razón.[60]

El hombre ha experimentado el paso del clásico homo faber (capaz de dominar la naturaleza mediante su propia inteligencia) al homo creador, ha concebido herramientas capaces de destruir su propio mundo que no puede controlar,[61] prueba de la "vergüenza prometeica", percibiendo su propia subordinación, como un nuevo Prometeo, al mundo de las máquinas que él mismo creó, siente una sensación de "diferencia", de no sincronicidad, entre él y sus productos mecánicos que, cada vez más nuevos y eficientes, sobrepasan haciéndolo sentir "anticuado".[62] Además de perfecta, la máquina es incansable, repetible, estandarizada,

---

58 *Ibidem*, p. 114.

59 *Ibidem*, p. 117.

60 *Ibidem*, pp. 118-119.

61 E. Pulcini, "Del homo faber al homo creador. Escenarios del posthumano", en I. Sanna (ed.), *El desafío de lo posthumano. ¿Hacia nuevos modelos de existencia?*, Studium, 2005, pp. 13 y ss.

62 G. Anders, *El hombre está anticuado*, Bollati Boringhieri, 2007.

reproducible y posee una especie de eternidad que le es negada al individuo humano: sobreviene una rivalidad, una competencia desigual entre los hombres, una inversión de los medios con los fines, lo que deja claro cómo con el avance de la tecnología el hombre está poniendo en peligro su existencia.[63] Si el hombre, pecando de antropocentrismo ingenuo, creía que podía dominar la naturaleza a través de la tecnología, ahora la situación es al revés. El hombre ya no es sujeto de la historia, sino de la tecnología. La disociación disruptiva "entre la velocidad del avance tecnológico, por un lado, y la fatiga o incapacidad del resto de la historia humana para adaptarse a él de manera positiva, por el otro" se ha vuelto definitivamente evidente.[64] Una desconexión, es decir,

> que ha visto, por un lado, la acumulación de los impetuosos desarrollos de la inteligencia tecnológica y científica, y su proyección transformadora sobre la realidad de cada vida; y, por otro lado, ha sido testigo de la correspondiente producción de una dificultad cada vez mayor para implementar una planificación cultural y social, y una racionalidad política y gubernamental -tanto en el orden geopolítico como dentro de los Estados individuales- apenas proporcional a los escenarios que se planteaban tomando forma.[65]

Una disociación y desequilibrio estructural y sistémico entre poder y razón. La ansiedad de la historia por perseguir racionalmente la técnica que despegó a velocidad exponencial e imparable.

Pero no se trata solo de la brecha entre la capacidad de producir y prever efectos futuros: como observa L. Grion, "la división se está ampliando entre nuestra capacidad de pensar racionalmente sobre los posibles riesgos y la posibilidad de sentirlos realmente como tales en el futuro". Esto significa que, aunque conocemos los problemas, somos incapaces de percibirlos como tales; y por tanto no actuamos como deberíamos para controlar los efectos previsibles de nuestras acciones. Es como si no

63 *Idem*.

64 A. Schiavone, *op. cit*., p. 32.

65 *Ibidem*, p. 33.

estuviéramos adecuadamente equipados para los desafíos que el desarrollo tecnológico nos ha planteado.[66] Es el hombre en el que H. Jonas quisiera ver infundido miedo ante un poder que podría escaparse de sus manos, dispuesto a darse un baño de humildad que le permita identificar los peligros inminentes y las soluciones encaminadas a contenerlos, un heurística del miedo como antídoto contra la arrogancia del nuevo milenio.[67]

Sin embargo, en nuestra opinión, no se trata solo de una falta de humildad, cualidad que rara vez se da en la naturaleza humana: el hombre aparece más bien, en la fase actual de la evolución, desorientado, perdido, extraviado, perdido frente a la realidad, a la finitud la de todas las cosas que la ciencia ha revelado: del Universo, de la Tierra, de las especies, de cada uno de nosotros.[68] Se trata de un "síndrome del futuro" generado por un déficit de cultura y de gobierno que la política no parece capaz de remediar, reducido también, casi en todas partes, a un desafío a corto plazo, empobrecido en lenguaje e ideas, a su vez perpetuamente aplastado en la vida cotidiana; una competencia entre contendientes que se parecen en una identificación cada vez mayor y recíproca hacia abajo, sin proyecto, sin talentos, sin visiones del mundo, sin perspectivas diferentes que no sean la pura y simple conquista o conservación del poder, aquí y ahora - y que el resto espere.[69]

Partidos, harina y horca de la memoria borbónica: el bienestarismo demagógico y desresponsibilizador acompañado del justicialismo y la evaporación del Estado de derecho, al menos en la actual experiencia italiana.

El hombre busca un sentido de la existencia aceptando su propia finitud y entregándose a la ciencia, entregándole su propia perpetuación. El humano crea al posthumano consciente de su propia parcialidad e imperfección: el hombre que ha visto disolverse el holograma de las ideologías utópicas, que habían pro-

66 L. Grion, *¿Quién teme al posthumano*?, Mimesis, 2021, p. 29.

67 H. Jonas, *Tecnología, medicina y ética. Una ética para la civilización tecnológica*, Einaudi, 1977.

68 T. Pievani, *Imperfección*, Raffaello Cortina, 2019; ID., *Finitud*, Raffaello Cortina, 2020.

69 A. Schiavone, *op. cit*., p. 45.

metido la redención escatológica de sus destinos o que han desatendido las expectativas de un bienestar generalizado y de una mayor igualdad;[70] el hombre que vio evaporarse el holograma de la religión, que había construido con la esperanza, igualmente decepcionada y sin respuesta, de liberación, emancipación, liberación y redención de su propia condición de precariedad y fugacidad;[71] el hombre contemporáneo construye el nuevo holograma de la Inteligencia Artificial como herramienta de regeneración y que, en una perspectiva no muy lejana, es capaz de volverla eterna e inmortal. ¿Un desafío a Dios[72]? ¿Una forma de tecnopaganismo?[73] ¿Una nueva "religión" como sistema capaz de dar sentido a la experiencia de un mundo desmaterializado en el que lo invisible y lo intangible se vuelven decisivos?[74] ¿Un paradigma de orientación en un mundo en aceleración vertiginosa, pero percibido como capaz de destruir todo lo que amamos, donde el hombre siente una mezcla de entusiasmo y horror, exaltación y angustia, aceptación y repulsión ante el progreso de la historia?[75] ¿El intento de erradicar el germen innato de muerte advertido por Hegel?[76]

Sin embargo, es un enfoque que denota la superación por parte del hombre de la percepción de la inmutabilidad de sus propios límites y fragilidad en favor de una concepción nueva y diferente que los considera como meras fronteras que ahora pueden ser traspasadas. La salida del presente se confía a la revolución digital, la neurocientífica, la genética y la nanotecnológica: "la imaginación del nuevo hombre tecnológico propone, en

70 M. Cacciari, P. Prodi, *Occidente sin utopías*, il Mulino, 2016.

71 Dios ha muerto según F. Nietzsche, en Así habló Zaratustra, Adelphi, 1986 y La alegría de la ciencia, Adelphi, 1977.

72 R. Dawkins, *Llegar a ser más grande que Dios*, Mondadori, 2019.

73 E. Davis, *Tecnopaganos. ¿Puede renacer el plano astral en el ciberespacio?*, Wired, 1995, p. 128; ID., Techgnosis: Myth, Magic, and Mysticism in the Age of Technology, Three Rivers Press, 1999.

74 M. Ventura, *En manos de Dios*, el Molino, 2021; P. Sloterdijk, Después de Dios, Raffaello Cortina, 2018.

75 M. Berman, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, il Mulino, 2012.

76 G.W.F. Hegel, *Enciclopedia de ciencias filosóficas en compendio* (1817), Bompiani, 2000.

última instancia, antiguas dinámicas antropológicas de las cuales la propia figura idólatra Parece captar con la lógica interna es sorprendentemente eficaz".[77] El resultado positivo de la lucha que emprende el hombre con sus propios límites se traduce -en la narrativa posthumanista - en la conquista y el "saqueo del paraíso",[78] describiendo este éxito como un "robo del cielo", como una condición celestial no obtenida a través de gracia divina, pero conseguida mediante la obra del hombre. El resurgimiento de la cultura gnóstica en el corazón de la modernidad[79] declina "un profundo sentimiento de insatisfacción con la situación actual que va acompañado, en segundo lugar, de la creencia de que las dificultades actuales pueden atribuirse al hecho de que el mundo tiene un sistema intrínsecamente deficiente estructura".[80] Vaciados de sentido y de valor humano, "el límite, la fragilidad, la vulnerabilidad aparecen solo como productos imperfectos que piden ser redimidos y transfigurados a través de un trabajo de superación progresiva",[81] apareciendo el trabajo de trascender continuamente el límite como único factor significativo. En definitiva, la perspectiva del más allá del hombre parece caracterizarse por cuatro perfiles patológicos, que han sido efectivamente resumidos por quienes han tratado de identificar en ella

> una relación enferma con el tiempo y el espacio: un ser en el mundo que se muestra incapaz de de una mirada pacificada con el propio presente, mirada solo en sus aspectos negativos; [...] una relación distorsionada con el conocimiento tecnocientífico, considerado no como un instrumento al servicio del florecimiento de lo humano, sino elegido como el fin último según el cual todo lo que es posible, en la medida en que es cognoscible, también debe ser factible; [...] una relación deformada con el cuerpo, rechazado en sus aspectos de fragilidad y corruptibilidad y objeto de fortalecimiento indefi-

77 L. Grion, *op. cit*., p. 210.

78 A. Vaccaro*, El último exorcismo. Filosofías de la inmortalidad terrenal*, EDB, 2009, pp. 93 y ss.

79 E. Voegelin, *El mito del Nuevo Mundo. Ensayos sobre los movimientos revolucionarios de nuestro tiempo*, Rusconi, 1976, pp. 19 y ss.; H. Jonas, *El Principio Gnóstico*, Morcelliana, 2011.

80 L. Grion, *op. cit*., p. 218.

81 *Ibidem,* p. 219.

> nido para adaptar el propio equipamiento físico a la perfección a la que el nuevo hombre se siente apto; [...] una relación distorsionada con la autonomía, absoluta y colocada como baluarte de la libertad humana.[82]

La categoría de posthumano se basa "en la observación de que el Hombre "Homo sapiens sapiens" ya no posee la prerrogativa exclusiva de esa facultad que constituía, ex origine, la connotación de su especificidad, a saber, el pensamiento".[83] El conocimiento y el intelecto, que constituían el factor que diferenciaba al hombre del resto del cosmos, ya no representan su facultad exclusiva. Compartir capacidades cognitivas con la máquina implica la extinción de la relación de instrumentalidad entre la propia máquina y el hombre y la disolución de la supremacía de este último sobre la primera, dando como resultado el surgimiento de un tipo diferente de relación, marcada por la igualdad de ordenación si no la autonomía y soberanía de la máquina sobre el hombre.[84] Los cyborgs, organismos cibernéticos,

> dan idea, en su detallado estudio de caso, de lo avanzado que está el uso de tecnologías de infiltración/hibridación y de lo extendida que está la producción cada vez más masiva de cuerpos "mestizos", un conjunto de partes heterogéneas, mitad un organismo y medio mecanismo, que borran la identidad original del cuerpo humano (la perfecta autosuficiencia del hombre de Vitruvio como medida del mundo) para inaugurar la temporada de un cuerpo "abierto" y "mutante", la expresión de una "tecnología encarnada" (un soma ahora inseparable e indistinguible de la tekne).[85]

La radiación planetaria de la ciencia y la tecnología implica la revisión de los conceptos de individuo, identidad, libertad, salvación, verdad, significado, propósito, así como los de naturaleza, ética, política, religión, historia, que alimentaron la era humanis-

82 *Ibidem*, pp. 221-222.

83 M. Revelli, *op. cit*., p. 102.

84 U. Galimberti, *Heidegger y el nuevo comienzo. El pensamiento en el ocaso de Occidente*, Feltrinelli, 2020.

85 M. Revelli, *op. cit*., p. 114.

ta y que ahora debe ser reconsiderado, desmantelado o refundado desde la raíz.[86]

El antropocentrismo de origen ptolemaico que ha inervado el humanismo clásico y moderno conlleva responsabilidades muy graves, entre otras cosas, en términos de la devastación del medio ambiente en sus diversos componentes (fauna, flora, agua, aire, tierra), del clima, de culturas minoritarias. En este sentido, se requiere una reubicación del hombre en un mundo plural, dentro de una creación policéntrica, multipolar, reasignándolo en una posición de igualdad respecto de otras criaturas y otros elementos vitales con los que está llamado a convivir y convivir y que debe dejar de dominar y poseer:

> una Humanitas capaz de cuidar no solo del hombre en el sentido limitado de su individualidad como persona o especie, sino de toda la cadena del ser en el mundo: las demás especies vivientes, animales y plantas, las generaciones futuras, el hábitat, la objetividad que nos rodea pero que por tanto se subjetiva en la interacción, los lugares y las cosas [...]. Una Humanitas híbrida e hibridizante, conectiva y recombinante, abierta y plural como híbrida, recombinante y plural es la condición posthumana en la que vivimos nuestras vidas.[87]

Si el humanismo y la Ilustración -aunque identificables como épocas de fuerte expansión de la autonomía y la libertad- expresaron la imposición de un universal abstracto sobre lo particular real, la dictadura de lo idéntico sobre la variedad vital de lo múltiple,[88] el posthumanismo implica adiós a lo real. el legado del hombre cartesiano, sujeto unitario, racional, detentor de derechos y dueño rapaz de un mundo en el que actúa como señor indiscutible,[89] así como la definición de una nueva antropología basada en la unión entre hombre y máquina:[90] es concepto que

---

86 U. Galimberti, *Psique y techné. El hombre en la era de la tecnología*, Feltrinelli, 2016.

87 M. Revelli, *op. cit*., p. 128.

88 L. GRION, *op. cit*., p. 34.

89 R. Braidotti, *Il posthumano. La vida más allá del individuo, más allá de la especie, más allá de la muerte,* DeriveApprodi, 2014.

90 D.J. Harawey, *Manifiesto Cyborg. Mujeres, tecnologías y biopolítica del cuerpo*, Feltrinelli, 2018.

abarca las diferentes posiciones que comparten el denominador común de la crítica a la humanidad tradicional y la afirmación de la necesidad de superar la idea habitual del hombre, como rechazo a toda forma de antropocentrismo (posthumanismo) o como trascendencia autohumana. concebido en el centro de la historia y validación del protagonismo del sujeto moderno (transhumanismo).[91]

¿Qué le espera al hombre cuando alcance la condición posthumana habiendo completado el cruce de los tres puentes imaginados por Kurzweil y Grossman y consistentes en la preservación de una buena salud física y mental, la revolución biotecnológica y el pleno desarrollo de la nanotecnología y la inteligencia artificial?[92]

¿Cuál es el "lugar" y la importancia del hombre en la época del Koinoceno, neologismo que tiende a evocar la era de las

[91] Estas versiones aplicadas del posthumanismo han sido resumidas por A. Allegra, Transhuman Visions. Técnica, salvación, ideología, Orthotes, 2017, 9 y ss.; L. Grion, *op. cit*, 48, propone un sincretismo entre posthumanismo y posthumanismo utilizando los dos términos como sinónimos "para indicar el resultado posible (y esperado) de un proceso de progresiva despedida de los límites de la condición humana actual"; El posthumanismo, en este sentido, se concibe "como el desenlace de un viaje que llevará al hombre a superar el desafío que ha asumido con sus propios límites constitutivos", en la creencia "de que la tecnología ha llevado al hombre al umbral de un pasaje epocal que le llevará, en el breve espacio de pocas décadas, a ver radicalmente modificadas las coordenadas típicas de su propia estrella en el mundo": vivir sin "fecha de caducidad", eliminando los rasgos de fragilidad y vulnerabilidad que caracterizan hoy la experiencia humana; disfrutar sin descanso de emociones y sensaciones placenteras, al tiempo que pone bajo control las emociones negativas, los malos recuerdos y las experiencias inoportunas; poder contar con capacidades físicas y cognitivas potenciadas; y caminar sin miedo por los senderos de la inteligencia artificial (IA) y la hibridación con las máquinas. Las estrategias del transhumanismo se esbozan originalmente en las obras de J. Huxley, New Bottles for New Wine, Chatto & Windus, 1957; P. Teilhard De Chardin, The Future of Man, Il Saggiatore, 1972; F.M. Esfandiary, Are you a transhuman?: monitoring and stimulating your personal rate of growth in a rapidly changing world, Warner Books, 1989; M. More, N. Vita-More (eds), The Transhumanist Reader, Wiley-Blackwell, 2013

[92] R. Kurzweil, T. Grossman, *Fantastic Voyage: Live Enough to Live Forever*, Rodale Books, 2004.

conexiones o participaciones, que impone el reconocimiento definitivo de los profundos vínculos, conexiones, participaciones entre seres vivos y no vivos? animales que conviven en el planeta, entre colectivos humanos y no humanos?[93] Cuál es la relación del hombre con las máquinas inteligentes y cuál es el destino de la Tierra en la fase de superación del Antropoceno, fue una de profundas heridas infligidas por el hombre a la naturaleza, el clima, el medio ambiente —la era geológica en la que nuestra especie ha demostrado ¿Será un factor crítico para todo el planeta:[94] hacia un Novaceno caracterizado por la interacción y colaboración entre humanos y máquinas? Hoy en día es difícil determinar la hipótesis según la cual en un futuro próximo surgirán nuevos seres a partir de la inteligencia artificial que hemos diseñado y que pensarán 10.000 veces más rápido que el hombre; sin embargo, es plausible que, como seres hiperinteligentes, sabrán mejor que nosotros que dependemos totalmente del estado de salud del planeta. Al igual que nosotros, las máquinas también necesitarán el sistema regulador de Gaia para sobrevivir y, dado que Gaia depende de la vida orgánica, les interesará preservarla. El Novaceno podría ser el comienzo de la conquista de todo el cosmos por una inteligencia generalizada, el amanecer de un nuevo universo.[95]

Lo que es cierto e incontrovertible es que la naturaleza y la ciencia han relativizado profundamente la visión antropocéntrica de la realidad, sacando a relucir la crisis del individuo y de su lugar en el mundo: la crisis actual constituye una oportunidad imperdible para redefinir la identidad colectiva y dar sentido al mundo.[96]

El desafío trascendental que espera al hombre en sus relaciones con la ciencia y la tecnología consiste en el desarrollo y

---

93 B. Latour, *La ciencia en acción. Introducción a la sociología de la ciencia*, Edizioni di Comunità, 1998; ID., *Política de la naturaleza, Por una democracia de la ciencia*, Raffaello Cortina, 2000.

94 S. Peppoloni, G. DI Capua, *Geoética. Manifiesto por una ética de la responsabilidad hacia la Tierra*, Donzelli, 2021.

95 J. Lovelock, *Novacene. La era de la hiperinteligencia, Bollati Boringhieri*, 2019, pp. 79 y ss.

96 P. Blom, *El gran teatro del mundo,* Marsilio, 2021.

crecimiento,[97] junto con la competencia en la construcción y funcionamiento de sistemas inteligentes no biológicos, de la comprensión de los usos de los propios sistemas, como conciencia de su funcionalización hacia objetivos compatibles con los valores, principios e intereses humanos.[98] Dejando de lado la histeria y el catastrofismo, el hombre debe concebir la ciencia como una herramienta necesaria para dar a los dos paralelos de libertad e igualdad el giro que permita su curvatura y convergencia definitiva hacia un punto de síntesis: el sincretismo entre libertad efectiva e igualdad sustancial.

97 H. Kissinger, D. Huttenlocher, E. Schmidt, *La era de la inteligencia artificial. El futuro de la identidad humana,* Mondadori, 2023.

98 M. Ferraris, *Documanidad. Filosofía del nuevo mundo*, Laterza, 2021, pp. 200 y ss.

Gobernabilidad democrática y régimen de gobierno en el Perú

***

Democratic governance and system of government in Peru

*Francisco Miró Quesada Rada**

Resumen: este trabajo tiene por finalidad explicar y analizar qué tipo de régimen político-constitucional tiene la República del Perú. Para ello, haremos una breve exposición sobre el significado del sistema parlamentario, presidencial y de los denominados híbridos o mixtos. Luego de hacer una aproximada comparación entre dichos sistemas, concluimos que el régimen político -constitucional peruano tiene una forma de gobierno presidencial, pero no es un presidencialismo integral, como por ejemplo en norteamericano o el mexicano, más bien es un presidencialismo atenuado o moderado, porque el poder del Presidente, que tanto constitucionalmente como políticamente es importante, está limitado por un conjunto de facultades que tiene el legislativo, que son mecanismo normativos para controlar el poder presidencial.

Esta modalidad, en diversas circunstancias, a lo largo de la historia política del Perú, ha producido fuertes choques entre ambos poderes, generando crisis políticas que han afectado y continúan afectando la calidad de la democracia.

* Profesor de Ciencia Política y Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección Perú).

Abstract: this paper aims to explain and analyze the type of political-constitutional regime of the Republic of Peru. To achieve this objective, we will start with a brief presentation about the meaning of the parliamentary, presidential and so-called hybrid or mixed systems. After roughly comparing these systems, we conclude that the Peruvian political-constitutional regime has a form of presidential government. However, it is not a comprehensive presidentialism —as in North America or Mexico—, rather it is an attenuated or moderate presidentialism. This occurs because the power of the President, important both constitutionally and politically, is limited by a set of powers by the legislature, which are regulatory mechanisms to control presidential power.

This modality, in various circumstances, throughout the political history of Peru, has produced strong clashes between both powers, generating political crises that have affected and continue to affect the quality of democracy.

Palabras clave: presidencialismo, parlamentarismo, regímenes híbridos o mixtos, sistema, forma de gobierno, crisis, inestabilidad, poder, presidencialismo atenuado, presidencialismo limitado.

Keywords: presidentialism, parliamentarism, hybrid or mixed regimes, system, form of government, crisis, instability.

Sumario: I. Introducción. II. El sistema parlamentario. III. El sistema presidencial. IV. Los sistemas híbridos. V. Régimen político y forma de gobierno en el Perú. Referencias.

I. Introducción

Todo régimen democrático cumple con un conjunto de características básicas, pero entre ellas a nuestro criterio hay dos que son fundamentales: la libre voluntad del pueblo para participar en política a través del voto y diversas instituciones que permiten la participación popular, como, por ejemplo, el referéndum y la revocatoria de las autoridades elegidas. La segunda característica es la división de poderes, porque no puede haber democracia

sin división de poderes, aunque como se sabe a lo largo de la historia, muchas veces no se ha podido o no se ha querido lograr o mantener un equilibrio entre los poderes del Estado, porque hay circunstancia en que el poder tiende a concentrarse o inclinarse hacia el ejecutivo o hacia el legislativo, según la realidad política de cada sociedad. Esta es una tendencia que se nota en la gran mayoría de las naciones latinoamericanas, de corte presidencialista, integral o atenuado, según la Constitución de cada país, pero también de acuerdo a su historia política y problemática socioeconómica.

Para explicar cuál es el régimen político constitucional del Perú en la hora actual, en el marco de la división de poderes, haremos una explicación reducida en qué consiste el parlamentarismo, el presidencialismo y regímenes híbridos, llamados también mixtos.

II. El sistema parlamentario

Apareció en momentos históricos bien precisos de cambios sucedidos en Europa y es de raigambre anglosajona. Tuvo lugar a mediados del siglo XVIII en Inglaterra y a mediados del siglo XIX fue asumido en Francia, luego un poco más tarde en otros países de este Continente. Este régimen tiene instituciones y prácticas que lo definen. Es un régimen en donde el gobierno debe disponer en todo momento de la confianza de la mayoría parlamentaria. Este es el elemento base a partir del cual se explican todo el demás mecanismo parlamentarios. Existe fusión de poderes, porque el gobierno sale del parlamento, está ligado al poder legislativo. La responsabilidad política recae en el ejecutivo bajo control de un partido político que tiene mayoría en el Parlamento. Cabe resaltar que este régimen tiene mecanismo y prácticas que le permiten disolver la cámara baja para los casos en que se presentan crisis políticas extremas y convocar a elecciones con la finalidad que el pueblo, ejerciendo el libre sufragio, elija nuevos representantes o reelija a los que estaban representándolos en momentos de la crisis.

Esta es una modalidad británica, pero regímenes parlamentarios no británicos, como Alemania, España e Italia, para dar tres ejemplos conocidos, tienen el mismo procedimiento.

Como se sabe el parlamentarismo funciona en las monarquías constitucionales y en la mayoría de las repúblicas europeas. El gobierno está a cargo del ejecutivo y si bien rinde cuentas de su gestión al Parlamento, en cuanto tal tiene una relativa autonomía. Al jefe del Gabinete se le denomina indistintamente Primer Ministro (Inglaterra), Premier (Francia), Canciller (Alemania), Presidente del Gobierno (España).

En este régimen el sistema de partidos puede ser bipartidista como multipartidista. Es Bicameral. Existen, según mandato constitucional y práctica política, instituciones de la democracia directa y el sistema de votación también varía. Puede haber sistemas y técnicas electorales de mayoría con representación minoritaria lo que sucede donde existe bipartidismo perfecto o, representación proporcional sobre todo en las repúblicas parlamentarias. De este grupo Inglaterra y la mayoría de los países que forman la Mancomunidad Británica no tienen constituciones escritas. En América, por ejemplo. Canadá. Belice y Guyana Británicas. También en el Caribe: Jamaica, Barbados, Trinidad y Tobago, por citar solo a tres.

En su *Droit Constitutionnel*, los constitucionalistas franceses, Ferdinand Mélin Soucramanian y Pierre Pactet, sostienen lo que para ellos es un nuevo significado de régimen parlamentario, afirmando que ha devenido en régimen de partidos porque los diputados elegidos pertenecen a los partidos, son elegidos a través de ellos, entonces una vez elegidos, deben seguir disciplinadamente las consignas partidarias y si ellas funcionan correctamente, no podemos considerar al gobierno y a la asamblea como dos órganos antagónicos puesto que el mismo partido o la misma coalición dispone del premier y de la mayoría en el seno de la segunda.

Por esta razón, argumentan los constitucionalistas franceses que el régimen parlamentario, que, si bien es uno de concentración de poderes, (nosotros preferimos llamar fusión de poderes), porque disfruta de un partido o de una coalición en el gobierno, es equilibrado, lo que constituye una ventaja.

III. El sistema presidencial

Siguiendo el derrotero histórico de los tres sistemas o regímenes políticos, el presidencial apareció a finales del siglo XVIII con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, es decir, medio siglo después de que se había establecido el régimen parlamentario en Inglaterra. Desde luego se dieron en condiciones muy diferentes y fue parte del proceso de la independencia de las trece colonias de norteamérica angloparlantes. Este presidencialismo campea en Latino América y algunas islas del Caribe, con variantes que obedecen a las realidades políticas y socioculturales de nuestros países, ello debido a diversos procesos de crisis e inestabilidad políticas por las que hemos pasado y seguimos pasando en nuestro subcontinente.

Una característica esencial de este sistema, en condiciones normales, es que el equilibrio que se busca entre el poder ejecutivo y legislativo es el resultado de una independencia recíproca y de la certidumbre de que ambos duran hasta la expiración de su mandato. En ese contexto, para los casos de Estados Unidos, Argentina y Francia, hay renovación por tercios (Estados Unidos) o por mitades (Argentina y Francia). El régimen presidencial es poco practicado en Europa en general, que se inclina hacia el sistema parlamentario.

Como se ha señalado hay presidencialismo concentrado, donde el presidente de la República tiene mucho poder, caso Estados Unidos y México, y otros más laxos como sucede en algunos países de América Latina como el Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, Uruguay, Brasil, Paraguay, en estos casos el poder del presidente, aunque importante, está limitado en sus relaciones con el poder legislativo. Se puede decir que son un presidencialismo frenado. Sin embargo, ello no significa que el presidente no tenga un amplio poder que está definido en las constituciones de nuestros países

Quizás la característica más importante del régimen presidencial sea el monocefalismo ejecutivo. Como se sabe el presidente es elegido directamente a través del voto popular y en los Estados Unidos por unos colegios electorales estatales derivados del voto popular, pero, en cualquier caso, con primera o segunda

vuelta electoral solo un candidato será el ganador, lo que significa que funciona la fórmula suma cero, el que gana se los lleva todo. Uno solo va a gobernar. En este caso, al no haber fusión de poderes como en el sistema parlamentario el presidente es jefe de Estado y jefe de Gobierno, a la vez. El presidente puede nombrar al jefe de su gabinete cuyo poder no es tan amplio como el Premier del régimen parlamentario. Al ser uno el presidente es el titular exclusivo del poder ejecutivo, con los naturales pesos y contrapesos que hay en todo sistema democrático. El nombra a sus secretarios o ministros para formar su gabinete, los mantiene o remueve, aunque en algunos regímenes presidenciales, como sucede en el Perú, el legislativo puede controlar al ejecutivo a través de la interpelación y censura de los ministros e incluso a todo el gabinete. Tema que trataremos luego.

Existe otra característica que requiere nuestra atención. Es la independencia recíproca entre el ejecutivo y el legislativo, El legislativo dispone plena y libremente su derecho a representar, legislar, fiscalizar e interrogar. Tiene plena autonomía en sus decisiones en el marco de sus derechos establecidos en la Constitución.

La casuística ha demostrado que esta separación de poderes, diferente al régimen parlamentario donde existe fusión de poderes, puede funcionar equilibradamente, pero también puede suceder que se produzcan conflictos entre ambos poderes, no solo ocasionalmente que es lo más regular, sino permanentemente, lo que significa que el sistema entra en crisis e incluso en un serio proceso de inestabilidad que afecta la calidad de la democracia y pone en riesgo su permanencia como ha sucedido en diversos países de América Latina llegando a producirse golpes de Estado o golpes desde Palacio y también golpes desde el legislativo. Así todos los órganos del Estado se ponen al servicio del presidente golpista. Decimos esto porque pensamos en los presidencialismos autoritarios que en este siglo hay en América Latina y que denominamos autocracias revestidas de formalidades democráticas. En este caso la política entendida como voluntad de poder individual se impone a la política entendida como expresión del voto popular.

IV. Sistemas híbridos

También se les llama mixtos porque tienen prestados instituciones y prácticas del régimen parlamentario al régimen presidencial. En este caso los dos regímenes interactúan procedimientos que les corresponden. Es una mezcla de presidencialismo con parlamentarismo. Implica la existencia de un gobierno colegiado y solidario, responsable ante la Asamblea de los representantes elegidos por sufragio universal y directo, pero a su vez el presidente es elegido por esta misma modalidad. Lo que sucede en este caso es que el presidente dispone, no solo de la autoridad que le confiere este modo de elección, sino de un poder considerable, pero el jefe de Gobierno o Premier es elegido por el Parlamento.

Este régimen híbrido, que mezcla al presidente electo por el pueblo y un Premier electo por el Congreso funciona en Austria, Finlandia, Irlanda, Islandia y Portugal, pero el que más se conoce es el francés desde que se fundó la quinta república.

Los regímenes híbridos no son homogéneos, sin embargo, a pesar de su forma de gobierno variable, tienen ciertas características comunes. Por ejemplo, en algunos casos las dificultades que pueden surgir son eludidas porque el presidente renuncia de hecho a tener el control de la conducción del gobierno que queda en manos del Premier. La explicación es de orden estructural. Son los casos de Austria, Irlanda y de Islandia, que se aproximan más a los regímenes parlamentarios, aunque eligen a un presidente. EL caso de Francia es distinto porque el presidente como jefe de Estado tiene un gran poder, pero también el Premier, que sale de la mayoría del Congreso posee un amplio espacio de poder, como jefe de Gobierno. Este país ha pasado por momentos históricos donde, por ejemplo, el Premier y su gabinete, que debe ser aprobado por el presidente a propuesta del Premier, son del mismo partido. Pero se han presentado casos contrarios en que el Premier es del partido de la oposición que tiene la mayoría en el Parlamento. A esta situación los franceses la llaman cohabitación. Sin embargo, a pesar de ello el sistema mixto siguió funcionando.

El hibridismo o si se quiere la mixtura presidencialismo-parlamentarismo tiene una cierta fragilidad. A diferencia del régi-

men parlamentario y del presidencial, que cada uno cuenta con procedimientos para solucionar las crisis que se pudieran presentar, y que para nosotros el régimen parlamentario posee mecanismos más eficaces para salir de ellas, a los regímenes mixtos les puede faltar coherencia en la solución de potenciales crisis políticas, sobre todo si cada órgano tiende a utilizar plenamente sus poderes, en detrimento del otro y producirse riesgos en el equilibrio de poderes, que bloqueen instituciones importantes. Estos bloqueos pueden paralizar el funcionamiento del régimen democrático. En el Perú, siguiendo el modelo francés algunos politólogos, constitucionalistas y periodistas han planteado que el sistema presidencial se cambie por un régimen híbrido o mixto.

V. Régimen político y forma de gobierno en el Perú.

Luego de hacer una breve explicación de los tres sistemas de organizar la democracia, en términos generales podemos afirmar que el régimen político-constitucional peruano es presidencialista, pero no es de tipo integral como por ejemplo el estadounidense, sino más bien el Perú tiene un sistema presidencial atenuado, que se expresa en las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo. El poder legislativo tiene mecanismos de control jurídico sobre el ejecutivo, tiene la facultad de "frenar" el poder del presidente y su gabinete.

La definición de presidencialismo atenuado parte del análisis que, sobre esta modalidad, realiza el constitucionalista Domingo García Belaúnde, en su artículo académico "El presidencialismo atenuado y su funcionamiento". Hay dos aspectos a destacar en relación con esta modalidad.

El Congreso tiene el poder de vacar al presidente de la República, tal como lo establece el artículo 113 de la Constitución peruana. Son cinco los incisos referentes a este tema, entre los que resaltan dos. El inciso segundo, que se refiere a la incapacidad permanente moral o física, declarada por el Congreso y el inciso quinto que precisa la destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117. Dicho artículo establece que el presidente puede ser acusado por trai-

ción a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. Además, el artículo 114 dice que el ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por incapacidad temporal del presidente, declarada por el Congreso o, por hallarse sometido a proceso judicial, conforme lo establece el artículo 117 antes citado.

Nos referimos a estos casos y a las normas que los regulan, porque a partir del 2015, la vacancia por incapacidad moral permanente se ha utilizado como arma política contra el presidente de turno con la finalidad de destituirlo. Aunque es cierto que se dieron casos de inmoralidad, más en unos recientes presidentes que en otros, lo cierto es que la interpretación de esta norma es demasiada laxa y muchas veces carece de prueba objetiva quedando, de esta manera, en el espacio de la interpretación política producto de rencillas, no solo políticas e ideológicas, sino personales. Por eso se requiere de una norma que defina con mayor claridad qué se entiende por permanente incapacidad moral.

Otro caso es que el Congreso puede interpelar y censurar a los ministros de Estado e incluso a todo un Gabinete. Esta norma, que es de control, también ha sido utilizada políticamente como instrumento para frenar o paralizar la acción del gobierno. Ha sido una práctica muy común en la historia política-constitucional peruana, sobre todo a partir de la Constitución de 1933. Incluso se han dado casos de excesivos abusos en dicha materia que han terminado en golpe de Estado como sucedió durante el primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry (1963-1968). También ha servido para justificar un golpe desde Palacio, como el que dio Fujimori en 1992, quien al no poder entenderse con el Congreso decidió "disolverlo", o el fracasado intento golpista de Pedro Castillo en el 2022. En este caso se produjeron dos argumentos, el de la vacancia por incapacidad moral permanente y las constantes censuras a los ministros de Estado.

El Constitucionalista Enrique Bernales Ballesteros, en su obra "La Constitución de 1993", dice tomando una expresión de Maurice Duverger que el presidencialismo peruano es un "pre-

sidencialismo atípico, "proveniente de una deformación del régimen presidencial clásico por debilitamiento de los poderes del parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente". Sin embargo, desde el punto de vista de nuestra historia constitucional, el jurista y politólogo peruano, sostiene que por esta interacción, con relativo poder del parlamento sobre el ejecutivo, el régimen político-constitucional peruano es mixto, pero al inclinarse el poder un poco más hacia el presidente de la República su carácter mixto es imperfecto.

Otro autor, el jurista Jorge Melo coincide con Bernales, al definir el régimen político-constitucional peruano de mixto y sostiene que esta tendencia se ha producido desde la Constitución de 1993, no obstante, según este autor la realidad "balancea" la mixtura porque es imperfecta.

-El presidente tiene 25 atribuciones políticas, económicas y funcionales. Por ejemplo preside el sistema de defensa nacional, organiza, distribuye y dispone del empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, lo que es usual en el sistema Presidencial, pero en el caso peruano y de algunos países latinoamericanos, cuyo poder presidencial es similar en su modalidad al peruano, se ha convertido en una tentación no solo para concentrar el poder, sino utilizar el poder militar para clausurar el Congreso como lo hizo Fujimori con éxito e intentó hacerlo Castillo, sin éxito. En el primer caso las Fuerzas Armadas estuvieron dispuestas a romper el orden constitucional, en el segundo decidieron proceder de acuerdo a lo que le manda la Constitución en su artículo 165, cuya finalidad primordial es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

También podemos poner como ejemplo el inciso 19 del artículo 118 donde se establece claramente que el Congreso puede modificar o derogar decretos de urgencia sobre medidas extraordinarias con fuerza de ley, en materia económica y financiera.

Del análisis de los sistemas presidenciales, parlamentarios e híbridos y a cuáles de estos regímenes político-constitucionales pertenece el peruano, podemos concluir que es fundamentalmente presidencialista, pero que este presidencialismo está limitado por un conjunto de atribuciones, sobre todo debido a mecanismos de control constitucional, que tiene el legislativo sobre

el ejecutivo. También podemos afirmar que el mal uso o abuso en el ejercicio de ambos poderes ha producido golpes de Estado y crisis políticas que han afectado la calidad de la democracia. A lo largo de su historia siempre el Perú se debatió entre el orden constitucional vigente y nuestras agónicas relaciones políticas.

Referencias

Amaya, Jorge Alejandro, Luca Mazetti, *Democracia. Presidencialismo y populismo en Latino América*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2022.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993*, Lima, Ed. Idemsa, 2020.

Berlín Valenzuela, Francisco, *Derecho Parlamentario*, México, Ed. FCE, 1993.

Borea Odría, Alberto, *Manual de la Constitución*, Lima, Ed. El Búho, 2016.

Eto Cruz, Gerardo, *La Constitución Política del Perú*, Lima, Ed Grijley, 2019.

Eguiguren, Praelli, *La Constitución Política Peruana de 1979*, Lima, Ed. Cuzco, 2016.

Friendly Fred W. Elliot Martha, *Frenos y Contapesos del Poder*, Barcelona, Edts. Tesys-Bosch, 1984.

Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional Español,* Madrid. Ed. Dykinson, 1992.

Ferrero Costa, Raúl, *La Reforma Constitucional Pendiente,* Lima Ed., Grijley, 2008.

García Belaúnde, Domingo, *Tiempos de Constitucionalismo*, Lima., Ed. Gaceta, 2020.

García Belaunde, Domingo, Paiva Goyburu, Dante, *Revista de Derecho Público. Especial sobre el golpe de Estado*, Lima, Ed. Correspondencia, 2023.

García Toma, Victor, 2016, *La Constitución Política del Perú*, Lima. Ed. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.

Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona. Ed. Ariel, 1980.

Häberle, Peter, García Belaunde, Domingo, *El Control del Poder*, Lima, Ed. Inca Garcilaso de la Vega, 2012.

Holeindre Jean-Vincent, Richard Benoit, *La Démocratie. Histoire. Theories. Pratiques,* París, Ed. Sciences Humaines, 2010.

Melin-Soucramanien Ferdinand, Pactet Pierre, *Droit Constitutionnel París*, Ed. Dalluz, 2024.

Rodríguez Chávez, Iván, (comp.), *La Constitución de 1993*, Lima, Ed. Universitaria- URP, 2013.

Paredes Castro, Juan, *La República Incompleta*, Lima, Ed. Friedrich Ebert, 2003.

Sánchez Agesta, Luis, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*, Madrid, Ed Nacional, 1982.

Sutherland, Arthur, *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*, Buenos Aires, Ed. Tea, 1972.

Liberalismo e inteligencia artificial. Los retos de la libertad

***

Liberalism and artificial intelligence: the challenges of freedom

*Arturo Oropeza García**

Resumen: el liberalismo y la democracia enfrentan una crisis provocada por la irrupción de la que denominamos Primera Revolución Digital. La inteligencia artificial (IA) ha transformado las relaciones de poder, dando paso a un ciberleviatán (Lassalle) y una infocracia (Byung-Chul Han), en la que los algoritmos y las Big Tech controlan la libertad individual. La democracia, que parecía fortalecerse en el siglo XX, se debilita ante un sistema que centraliza el poder en manos privadas. Ante esta amenaza se propone una República Digital que, con regulación y control de la IA, garantice la libertad, la equidad y la democracia, preservando la soberanía humana en la era digital.

Abstract: liberalism and democracy are facing a crisis triggered by the advent of what is called the First Digital Revolution. Artificial Intelligence (AI) has transformed power relations, giving rise to a cyber-Leviathan (Lassalle) and an infocracy (Byung-Chul Han), where algorithms and Big Tech control individual freedom. Democracy, which seemed to

* Doctor en Derecho e Investigador Nacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM). Presidente del Instituto para el Desarrollo Industrial y la Transformación Digital A.C. (INADI).

strengthen during the 20th century, is now weakened by a system that centralizes power in private hands. In response to this threat, the concept of a Digital Republic is proposed, aimed at ensuring freedom, equity, and democracy through the regulation and control of AI, thereby preserving human sovereignty in the digital era.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Democracia enferma? III. ¿El liberalismo agotado? IV. Liberalismo, democracia y algoritmos. V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Desde finales del siglo xx, un clamor que ha ido subiendo en intensidad y ha estado ocupando la preocupación de los especialistas y de los políticos; al propio tiempo que se ha estado convirtiendo en agobio de los ciudadanos.

La sensación de que en la política occidental algo no va bien ha rebasado en muchos países la línea de lo tolerable. No son pocas las voces ni los movimientos que en medio de esta preocupación han iniciado la búsqueda de las causas de una *democracia enferma*.

Desde diferentes plataformas se habla de *El ocaso de la democracia* (Applebaum); *Cómo mueren las democracias* (Levitsky y Ziblatt); *La caída y ascenso de la democracia* (Stasavage); *Una teoría de la democracia compleja (*Innerarity); *Los linderos del caos* (Moyo); *El pueblo contra la democracia* (Mounk), y muchos otros que nos hablan de una enfermedad creciente (déficit, recesión, agotamiento, etc.) de la democracia de nuestro tiempo.

Otro grupo de especialistas no se limita solamente a llamar la atención de un déficit democrático. Ampliando la mirada nos hablan de *El liberalismo y sus desencantados* (Fukuyama); De *la crisis del capitalismo democrático* (Wolf); Del *postcapitalismo* (Mason); *Del ascenso y la caída del orden neoliberal* (Gerstle); *De un mundo después del liberalismo* (Rose); De *el liberalismo herido* (Lassalle), etc., subrayando que el problema político del siglo xxi no se limita a un déficit de democracia, sino que la enfermedad política

de la sociedad occidental escala hacia un modelo explicativo filosófico, político, económico y social que la orientó a lo largo de casi tres siglos. Por otro lado, en una pequeña bibliografía que empieza a surgir, autores como Suleyman (*La ola que viene*), Lassalle (*Ciberleviatán*), Zuboff (*La era del capitalismo de la vigilancia*), Acemoğlu y Johnson (*Power and progress*), Susskind (*The Digital Republic*), Noah (*21 lecciones para el siglo XXI*), Sadin (*La inteligencia artificial o el desafío del siglo*), Crawford (*Atlas of AI*) y otros, inician la construcción de un análisis más acuciante sobre las nuevas dificultades que se están sumando a la enfermedad democrática y a la crisis del liberalismo, ante la posible aparición de una *infocracia* (Byung-Chul Han),[1] un *ciberleviatán* (Lassalle), un *capitalismo de la vigilancia* (Zuboff), etc., que como una medusa de mil cabezas, a través de su enredadera digital va cubriendo poco a poco la vida política, económica y social del ser humano.

Los retos no son fáciles. Junto a enfermedades endémicas y las recientes de finales del siglo XX y principios del XXI, propias de un proceso sociopolítico en permanente corrección, surge disruptivamente una poderosa fuerza digital que cuestiona los litigios políticos de hoy, al propio tiempo que convoca a la sociedad global a reflexionar sobre la aparición de una nueva época tecnológica que entre sus múltiples manifestaciones presenta la posibilidad de desaparecer políticamente al ejercicio democrático y a la sociedad que lo contiene, en un futuro de mediano plazo que está más cerca de lo que se le supone. A continuación, se presentan algunas reflexiones generales sobre el tema.

[1] Llamamos "régimen de la información" a la forma de dominio en la que la información y su procesamiento mediante algoritmos e inteligencia artificial determinan de modo decisivo los procesos sociales, económicos y políticos. A diferencia del régimen de la disciplina, no se explotan cuerpos y energías, sino información y datos. El factor decisivo para obtener el poder no es ahora la posesión de medios de producción, sino el acceso a la información, que se utiliza para la vigilancia psicopolítica y el control y pronóstico del comportamiento. El régimen de la información está acoplado al capitalismo de la información, que hoy deviene en un capitalismo de la vigilancia y que degrada a las personas a la condición de datos y ganado consumidor. Han, Byung-Chul, *Infocracia*, México, Penguin Random House, 2022, p. 9.

II. ¿Democracia enferma?

A pesar de la importancia que se le reconoce, la democracia aparece como un fenómeno sociopolítico de nuevo cuño donde todavía en 1800 no había ningún país que cumpliera con los imperativos democráticos. Cien años después, en 1900, solo había 12 naciones que clasificaban como democráticas y solo una de ellas, Nueva Zelandia, era la que contaba con sufragio universal. Es a lo largo del siglo xx, o sea apenas hace 100 años, cuando la democracia empezó a participar de manera más activa en la vida política y social de Occidente. En 1922 se eleva a 24 naciones y en 1989 duplica su número a 48 países, llegando a 2016 a ser parte de la realidad política de aproximadamente la mitad de los países del mundo (97).[2]

A pesar de este éxito aparente, se argumenta que desde el inicio del siglo no menos de 25 democracias se han declarado fallidas alrededor del mundo, incluyendo a Rusia, Turquía y Hungría, como un ejemplo de lo que se padece desde la misma Europa.[3] Freedom House por su lado, reporta que se han registrado 16 años consecutivos de declinamiento de las libertades; y que a la fecha el 80% de la población mundial vive en países autoritarios o parcialmente libres.[4]

De que la democracia está enferma no hay duda de ello. Donde todavía no hay coincidencia es en la naturaleza principal de su padecimiento, para de ahí intentar la reconstrucción de los andamiajes sociales que se hubieran oxidado con el paso del tiempo. Rose, por ejemplo, no duda en señalar que vivimos un momento pos-neoliberal y sus razones de fondo las ubica en la pérdida de la libertad individual, en la excesiva participación del gobierno y en el cuestionamiento del mercado. También habla de un gran desacuerdo en temas de raza, religión, economía y estrategia política; agregando los aspectos de inmigración, cambio democráti-

2 Wolf, Martín, *La crisis del capitalismo democrático*, Arial, 2024, p. 66.

3 Luce, Edward, *The retreat of Western Liberalism*, Nueva York, Atlantic Monthly Press, 2017, p. 12.

4 Stiglitz, Joseph, *The road to freedom*, Nueva York, Norton Company, 2024, p. 1.

co, crecimiento económico, el colapso de la autoridad religiosa, feminismo, igualdad matrimonial, justicia racial, multiculturalismo, etcétera.[5]

Bajo una visión más economicista donde se parte del supuesto de que el crecimiento económico es el mejor adhesivo de la democracia liberal, Luce fundamenta la crisis política en el detente económico sufrido por las clases medias a quienes señala como las principales afectadas del mal comportamiento económico desde la década de los 90's, ocasionando lo que en Francia se ha denominado como la aparición de los *coaches moyennes* (las capas medias afectadas); en Inglaterra como los *left behind* (abandonados), y en América los *squeezed middle* (clase media oprimida); agrupando a todos ellos bajo el término de *precariat* (inestable/limitado). Reconoce que la modernidad ha reducido la pobreza de la humanidad, pero reitera que la clase media, entre una mitad y dos terceras partes, ha sido sacrificada.[6]

Mounk también arriesga una serie de consideraciones partiendo de la idea de la indisolubilidad entre democracia y liberalismo, donde el debilitamiento de alguno de sus supuestos significa el adelgazamiento o el quiebre del otro. Coincide en que el componente económico es la causa principal de la debilidad democrática occidental; argumentando que los ciudadanos disfrutaron de un rápido incremento de su nivel de vida después de la gran depresión y hasta la década de los 80, donde, por ejemplo, de 1935 a 1960 la renta de un hogar estadounidense típico se duplicó y de 1960 a 1985 volvió a duplicarse.[7]

No obstante, desde esa fecha el ingreso medio norteamericano y europeo se estancó, creando una idea de suma cero, en la que cualquier eventualidad económica corre a cuenta de la clase media. En un segundo término coloca el componente racial o étnico, que ante el congelamiento del ascenso económico de las clases medias se ha traducido en un temor a perder jerarquía

5 Rose, Matthew, *A world after liberalism*, Nueva York, Yale University Press, 2021, pp. 2-4.

6 Luce, Edward, *op. cit*., pp.12-13.

7 Mounk, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, Madrid, Espasa, 2018, pp. 22-24.

social, lo que está generando una rebelión occidental contra el pluralismo étnico y cultural. Como un tercer factor de la crisis democrática y solo de una manera referencial, incluye al ascenso de internet como uno de los factores de inestabilidad al separar la distancia entre centro y periferia.[8]

De las diversas posturas se desprende que la preocupación sobre la enfermedad democrática resulta inversamente proporcional a la coincidencia que pudiera haber sobre los puntos centrales de su debilitamiento, generando con ello una multiplicidad de dolencias, posiblemente todas reales, pero que dificultan el avance del debate democrático provocando un horizonte de discusión de amplio espectro que lleva a la toma de soluciones parciales que no han ayudado mucho a la mejora de su operación.

III. ¿El liberalismo agotado?

La parte final del siglo xvii y el siglo xviii significan un momento estelar en la historia occidental, donde aparecen de manera simultánea una cosmogonía de naturaleza liberal, junto a una Primera Revolución Industrial donde juntas cambiaron la vida del ser humano para siempre.

Antes del siglo xviii, a pesar de las epopeyas premodernas, la humanidad había sido una larga planicie donde lo que sucedía no tenía un impacto general en la población mundial. Es la revolución industrial la que permite el nacimiento del comercio mundial, la manufactura, los incrementos de competitividad, la multiplicación de la innovación, el crecimiento de la economía del mundo, y de manera especial, el descubrimiento de un potencial científico y tecnológico que maravilló a través de sus invenciones al mundo de su época. Por otro lado, la aparición de un pensamiento lúcido e ilustrado encabezado por Locke, Hobbes, Rousseau, Smith, entre muchos otros, crearon una reflexión que, a través de sus propuestas de contrato social; libertad, Estado de Derecho, derechos humanos, mercado, entre otros; tuvo la virtud de conducir y arropar a una innovación industrial y tecnológica

[8] *Idem*.

que en el liberalismo encontró una explicación de vida que le dio sentido y rumbo.

El liberalismo del siglo XVIII vino a ser una suma de las principales líneas de pensamiento que desde los tiempos griegos intentaron la dignificación del ser humano en sociedad. Sus propuestas sobre la creación de un Estado moderno, de una comunidad social basada en el derecho y en la libertad, dieron lugar a una teoría general del desarrollo que se fue imponiendo en la mayoría de los países occidentales bajo sus propias condiciones.

A lo largo de estos últimos siglos de liberalismo han surgido diferentes tendencias: liberalismo social, libertario, neoliberalismo, etc. Sin embargo, el liberalismo clásico, agrega Fukuyama, es un gran paraguas bajo el que se cobija una amplia gama de posicionamientos políticos que coinciden en cuanto a la importancia fundamental de la igualdad de los derechos individuales, la ley y la libertad.[9]

La poderosa fuerza del pensamiento liberal fue una piedra de toque de un liberalismo económico que se convirtió en una constante para la mayoría de las naciones occidentales, las cuales fueron instrumentando un capitalismo manufacturero ante la aparición de un poderoso sector secundario que desplazaba rápidamente a la economía agrícola. Este liberalismo económico, ante sus propias contradicciones y excesos, vivió con intensidad los ajustes sociales que fueron apareciendo en la segunda parte del siglo XIX y que explotaron en la primera mitad del siglo XX.

Después de esta convulsiva etapa de reacomodo político, económico y social, a partir de 1950 vivió una segunda etapa muy exitosa donde el comercio global tuvo tazas de crecimiento aproximadas de 7.4% anual promedio y la economía en su conjunto de un 5% anual promedio hasta mediados de la década de los 70 (Ocampo, 2017), donde el mundo pudo demostrarse a sí mismo que podían convivir de manera armoniosa tanto el comercio global como el desarrollo económico, y de manera importante, la mejora de las condiciones sociales de las personas que hacían posible la marcha de la industria y la manufactura en el mundo.

[9] Oropeza, Arturo, *Hacia una nueva visión del desarrollo industrial digital en México*, México, 2024, p. 39.

No obstante, las crisis presentadas en la década de los 70 detuvieron el avance de estos logros y en el marco de los conflictos del petróleo, del aumento de las materias primas y los alimentos, entre otros, abrieron la puerta para que se introdujeran corrientes económicas como el neoliberalismo, que, en congruencia a la línea de sus postulados, expulsó al Estado de su responsabilidad de orquestador del desarrollo económico, condenándolo al papel de testigo de los hechos económicos.

Desde finales de la década de 1970, reconoce Fukuyama, el liberalismo económico evolucionó hacia lo que actualmente se denomina neoliberalismo, el cual incrementó drásticamente la desigualdad económica y provocó devastadoras crisis financieras que han perjudicado a la gente corriente mucho más que a las élites adineradas en muchos países del mundo. En esta desigualdad, agrega el mismo autor, se basa el argumento progresista en contra del liberalismo y sistema capitalista asociado. Esta desigualdad, este desencanto sobre el liberalismo económico ha evolucionado en las últimas décadas, generando demandas tanto de derecha como de izquierda, pidiendo que esta doctrina sea sustituida de raíz por un sistema diferente.[10]

A pesar de existir una idea generalizada del fracaso del neoliberalismo, el debate de su procedencia continúa en un reciclaje de filias y fobias con relación al papel que el Estado debe tener en el desarrollo económico. Al fracaso económico que se reconoce del modelo neoliberal ante la insatisfacción de sus clases media y populares; pero también de su competencia geopolítica y económica comprometida con el acenso exitoso de China y la región de Asia del Este; habría que añadir ahora la aparición de un nuevo capitalismo digital que lo compromete con sus líneas esenciales.

Después de casi tres siglos de haberse presentado como un relato virtuoso y convincente de la cosmogonía occidental, el liberalismo a través de sus diferentes manifestaciones y escuelas, se enfrenta ahora a uno de los retos más importantes en la historia de la humanidad, que van desde la posibilidad de replantearse a través de sus conceptos y valores originales, hasta el punto de su propia desaparición.

[10] *Ibidem*, pp. 40-41.

A esta debilidad del liberalismo occidental habría que sumar la llegada intempestiva de una Primera Revolución Digital, que, advertida con toda su fuerza a partir de la primera década del siglo XXI, ha demostrado con su llegada, como lo señala Noah, que la sociedad occidental no estaba preparada para administrar un cambio de estas dimensiones, el cual está poniendo al liberalismo contra la pared de su sobrevivencia.

IV. Liberalismo, democracia y algoritmos

La sociedad global en su conjunto, enfrenta desde finales del siglo pasado una disrupción civilizatoria provocada por el avance tecnológico de una Primera Revolución Digital que, como su antecesora, la Primera Revolución Industrial, viene a retar todo lo conocido; cuestionando a cada una de sus estructuras y poniendo una vez más al hombre frente a su sentido de futuro.

El avasallamiento que hoy provoca un sinnúmero de tecnologías digitales que están cambiando la vida del ser humano con una velocidad vertiginosa, solo es comparable con la conmoción que causó en su momento a la sociedad de 1750 la aparición de la innovación industrial. En Occidente estamos ante el surgimiento de una nueva era digital, de un nuevo poder digital, el cual a través de la fuerza del algoritmo amenaza con maravillar e impulsar el avance civilizatorio de la humanidad, de igual modo que de controlar su destino.

La Revolución Digital es muchas cosas. Es una transformación digital de lo intangible, de los bytes y los genes. De la llegada de una nueva tecnología 5G y sus aceleradores de velocidad; de las latencias en milisegundos; del aumento de la taza de datos; de los altos gigabytes por segundo; de las bandas anchas miles de veces más rápidas; etcétera; que traducidas en aceleradores de la innovación se desbordan en cómputo en la nube, centros de datos, big data, internet de las cosas, robótica, ciberseguridad, biotecnología, etcétera, y como la cúspide de este geométrico desarrollo, una inteligencia artificial que emplaza desde ahora la evolución o destrucción de su propio creador.

La inteligencia artificial como nombre y concepto no es del todo reciente. En 1950 se fabricó el primer ordenador que per-

mitió el juego de ajedrez entre humano y máquina; en 1956 John Mccarthy acuñó el nombre y desarrolló el primer lenguaje de programación de inteligencia artificial, en 1964-1966 *Eliza* fue el primer Chatbot que simuló una conversación entre humanos y máquinas; en 1997 la supercomputadora llamada *Deep Blue* derrotó al campeón mundial de ajedrez Gary Kaspárov, como una premonición de lo que está siendo ya la inteligencia artificial, y en 2016 *Alpha Go* derrotó al campeón mundial de la especialidad con jugadas imprevisibles que denotaron el éxito de los sistemas de inteligencia digital (Vanguardia 2020).

En materia de inversiones, la inteligencia artificial alcanzará los 200 mil millones de dólares en 2025 y se espera escale a 2 billones de dólares para 2030. Se estima que tan solo los sistemas y aplicaciones de I.A. generativa producirán 7 billones de dólares en 2030[11]. La fascinación y el espanto que causa hoy la inteligencia artificial ha recorrido un largo camino desde sus orígenes militares, donde el pentágono desde finales de la Segunda Guerra Mundial ha estado apoyando económica y tecnológicamente a la mayor parte de la innovación que está en el mercado.[12]

La inteligencia artificial recorre un largo camino hasta llegar a una primera etapa de madurez, gracias su mejora técnica y a la acumulación de datos que se han estado produciendo en las redes sociales, los cuales les han permitido escalar en información y poder, provocando una división de la sociedad entre aquellos que de manera eufórica encuentran apasionante el desenlace de un futuro digital que desconocen, y una sociedad ludita temerosa de no saber que sigue.

Los dueños de las nuevas armas del poder digital como Mark Zuckerberg, dueño de Meta, defienden que cualquiera que sea la nueva tecnología que venga a cambiar la naturaleza de las cosas, motiva la aparición de gente que se preocupa de estos cambios y

11 López Portillo, José Ramón, *Blog Nexos*, julio de 2024, p. 29.

12 Las agencias norteamericanas de inteligencia artificial, señala Crawford, han sido los viejos guardianes de la big data, y a través de los grandes proyectos de investigación de defensa, han sido los principales conductores de la inteligencia artificial desde los inicios de los cincuenta. (Crawford, Kate, *Atlas of AI*, Yale, 2021, p.184).

desea regresar al pasado. Asimismo, empresarios del sector indican que la mayoría de los temores sobre la inteligencia artificial están sobrevalorados, si no es que totalmente infundados. Que solo será hasta que la tecnología esté integrada en su totalidad a la vida de las personas cuando paren de temerle.[13]

Otros como Lassalle, encabezando la línea radical de la corriente que advierte de una enorme amenaza para la humanidad ante el manejo de una inteligencia artificial sin regulación, nos advierte que: "Un mundo de fibra óptica y tecnología 5G, dominado por una visión poshumana, desbordará y marginará el concepto que hemos tenido del hombre desde la Grecia clásica a nuestros días".[14]

Ambos grupos, geeks y luditas; tecnófilos y tecnófobos, se dividen ante la llegada de una IA donde los primeros la ven como un santo grial que resolverá todos los problemas del mundo; mientras que el otro grupo la aprecia como un enorme reto que como ya se señaló, atenta no solo al sistema liberal y democrático, sino que ataca el trabajo y la forma de vida del ser humano, condenándolo a la intrascendencia.

Es en este entorno de los asombros y los miedos donde se ha ido colando sin mucho aspaviento la amenaza más grande que se ha intentado contra la libertad del ser humano y por ende de sus instituciones como la democracia y el propio liberalismo.

Amparado en un debate democrático infinito, la distopía digital avanza más rápido de lo que se supone, introduciéndose silenciosamente en la voluntad de la sociedad actual mientras esta discute alrededor de una agenda interminable donde aparecen todo tipo de temas de naturaleza económica, política y social.

Sin embargo, más allá de la procedencia de cada uno de los derechos que se intentan reivindicar para contar con una democracia mejor; de manera paralela ha estado avanzando una humedad que se cuela poco a poco en cientos de millones de seres humanos, un mundo panóptico disfrazado de utopía que va

[13] Acemoglu, Daron y Johnson, Simon, *Power and Progress*, Nueva York, Publicaffairs, 2023, p. 373.

[14] Lassalle, José María, *Ciberleviatán*, Madrid, Arpa, 2019, pp. 17-18.

mermando progresivamente tanto los ámbitos de libertad del ser humano como la fortaleza del Estado occidental.

V. Reflexiones finales

Resulta evidente que somos pasajeros de una etapa estelar de la historia de la humanidad.

Bajo el enfoque que se acepte, con la profundidad que se vea; una primera coincidencia podría ser que la llegada de la revolución digital nos invita como humanidad a repensarnos como sociedad humana en el marco de nuestra historia, con todas nuestras fortalezas, pero al mismo tiempo con nuestras debilidades. En este sentido, exagerar sobre la conciencia del momento que se vive no sería más que intentar ubicarse lo más cercano posible a un fenómeno de dimensiones estelares que ya está cambiando de manera disruptiva e ininteligible la vida personal, familiar, social y política de la humanidad.

La aparición de los discursos de alerta que empiezan a escribirse en este siglo, resulta por demás valiosos ante la ausencia de una bibliografía que explique de manera suficiente la aparición de un fenómeno digital que carece de relato. A lo largo de este pequeño ensayo, lo que se intenta subrayar es que junto con la llegada de una nueva era digital aparece la debilidad de un esquema liberal que hasta el siglo pasado había sido suficiente para que la sociedad occidental debatiera las distintas formas de su identidad y progreso.

Que el quebranto de un modelo neoliberal, bajo la idea de la desaparición o adelgazamiento del Estado por cerca de medio siglo, ha dejado por herencia una insatisfacción social, económica y un vacío de poder que ha resultado en el mayor beneficio de los dueños de la era digital. Ante el debilitamiento de una plataforma liberal que nos daba rumbo y sentido, están apareciendo en el campo geopolítico, económico y social, diversas voces que intentan llamar a la plaza pública a debatir el tema.

Desde luego, junto con estas voces de alarma aparece una corriente muy poderosa encabezada por los propios monopolios de la tecnología, que amparados por las grandes luces que ema-

nan de la inteligencia artificial, encabezan el desfile de un gran ejército de la población mundial que, sin bandera, sin relato y sin objetivos claros, conducen a la humanidad a una *utopía distópica* que hoy no es posible dibujar. Autores como Kai-Fu Lee, Bostrom, Floridi, Tegmark, Schmidt, etc., nos entusiasman con sus arengas sobre una inteligencia artificial que a la fecha ya está dando grandes frutos.

El brillo que emana de estos logros del intelecto humano, concretados por las primeras etapas de la inteligencia artificial, se convierten en alimento y muchas veces en adicción de una parte de la sociedad que sin reparos; seducida ante las innovaciones digitales e ilusionada por ese futuro de inmortalidad, de vejez eterna, de perfección física y de felicidad; va cayendo en una enfermedad datológica que la va trasladando a una libertad asistida donde paulatinamente va perdiendo su capacidad de decidir.

Por otro lado, aparecen autores como Byung-Chul Han, Lassalle, Zuboff, Suleyman, Acemoglu, Johnson, Susskind, Noah, y otros que, tratando de alejarse de la fascinación digital, se han colocado en una posición crítica respecto a los dueños del avance tecnológico, denunciando que se ha perdido mucho tiempo en tomar las decisiones correctas de una regulación digital en favor de la humanidad.

Autores como Lassalle nos hablan de un tecnopoder que socava ya los fundamentos de equidad de la democracia liberal, al promover una estructura algorítmica de la sociedad que influye en el ejercicio de la libertad de los seres humanos sin debate público ni legalidad. De igual modo nos advierte de la llegada de un ciberleviatán en marcha que se allanará sin violencia, si no se hace algo a tiempo. Agrega que cuando la ciudadanía admita que ha dejado de ser el sujeto de la soberanía de forma natural y sin resistencias, caerá en un ciberpopulismo de redes sociales.[15]

Estos conceptos por demás audaces, para un público escéptico, se fundamentan entre otras razones en el ejercicio de un neoliberalismo que siempre soñó con la desaparición del Estado, y que su posible extinción ahora a través de un nuevo poder digital

[15] *Ibidem*, pp. 95-120.

no le parece reprobable; aludiendo incluso al caso de tecnólogos hipelibertarios como el fundador de Paypal y capitalista de riesgo Peter Thiel y otros.

Mustafa Suleyman, cofundador de Deepmind, una de las empresas líderes en inteligencia artificial a escala internacional, de manera reciente ha referido que la tecnología surgida de la inteligencia artificial no es un invento más dentro del amplio abanico de logros científicos que el ser humano ha conseguido a lo largo de su historia. Por ello señala que "Necesitamos con urgencia respuestas indiscutibles sobre como contener y controlar la ola que viene, sobre cómo sería posible mantener las salvaguardas y las posibilidades del estado nación democrático "aunque reconoce" que por ahora, nadie tiene un plan así".[16]

Acemoglu comenta que desafortunadamente la democracia no es compatible con los nuevos escenarios de la ilusión de la inteligencia artificial manejados por las grandes compañías tecnológicas; que al contrario, que son opuestos en cuanto al manejo de la libertad y la voluntad algorítmica de la inteligencia artificial y de sus intereses, lo cual debilita la democracia cuando más necesidad se tiene de ella.[17]

Susskind contribuye al perfil de este nuevo poder digital, aduciendo que no es moralmente neutro u objetivo; que tiene una naturaleza política y que dada su novedad, no reside en palacios de gobierno o parlamentos; que opera fuera de los canales de la política tradicional profanando la libertad y deteriorando la democracia bajo un grupo de fuerzas que no pueden ser atribuidas a una sola corporación o persona.[18]

Zuboff agrega que el capitalismo de la vigilancia no es una tecnología, que es una lógica que impregna la tecnología y que la pone en acción. Y deja claro que es el capitalismo de la vigilancia y no la tecnología lo que pone precio a la subyugación y a la impotencia, al moldear el comportamiento para que favorezca los resultados comerciales (y ahora políticos) de los capitalistas de

16 Suleyman, Mustafa, *La ola que viene*, Barcelona, Debate, 2024, p. 26.

17 Acemoglu, Daron y Johnson, Simon, *op. cit*., 2023, pp. 372-380.

18 Susskind, Jamie, *The Digital Republic*, Barcelona, Pegasus, 2022, pp. 4-5.

la vigilancia, debilitando con ello a la política y a la democracia.[19] Noah declara que "en su forma actual, la democracia no sobrevivirá a la fusión de la biotecnología y la infotecnología. O bien se reinventa a si misma con éxito y de una forma radicalmente nueva, o bien los humanos acabarán viviendo en dictaduras digitales".[20]

5.1. De contención y otros remedios

El avance del poder digital ya es notorio en el campo económico ante el tamaño que han adquirido las grandes empresas de tecnología. En materia política, ante su intervención cada vez más irreverente en la venta del mercado de datos, como la propia intervención de los CEO's en los diversos procesos políticos no solo de Estados Unidos, sino de otras partes del mundo. Y en la parte social, ante la acumulación de los datos de miles de millones de seres humanos que al día de hoy si estuvieran en CD's podrían darle la vuelta al mundo 222 veces.

A esto habría que agregar el proceso que ya se ha echado a andar con base a estos datos, de un esquema de aprendizaje (machine learning) de una inteligencia artificial que trabaja las 24 horas del día los 7 días de la semana en su mejora generativa y en consecuencia de todos los procesos que se le han encargado en los diferentes campos del conocimiento.

Dada la magnitud de lo que el tema representa para el presente y el futuro de la humanidad, sería deseable la celebración de una convocatoria lo más amplia posible, a fin de que bajo las diferentes ópticas con las que hoy se explica al ser humano, entiéndase la filosofía, historia, psicología, economía, sociedad, política, ecológica, entre otras, se reflexionará con rigor y seriedad, más allá de la fascinación y del espanto, sobre cómo utilizar este gran avance de la inteligencia artificial para beneficio de la mayor parte de la humanidad.

---

19 Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós, 2020, p. 30.

20 Noah, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, Debate, 2018, p. 89.

En este punto surge la inquietud de algunos científicos o especialistas, sabiendo de antemano la enorme dificultad que esto representa. Sin embargo, como lo sintetiza Suleyman "A simple vista, la contención (de la inteligencia artificial) no es posible, pero por el bien de todos, es imprescindible que lo sea".[21] En esta negativa a priori de algo que una mayoría no ve posible de lograr por sus implicaciones geopolíticas y económicas, estriba el reto de una sociedad de la tercera década del siglo xxi, para que en un momento de claridad pudiera darse una oportunidad de trascender hacia un futuro de lucidez en el marco de la Revolución Digital.

Destacan también alternativas como atender a incentivos de mercado, inhibir políticas de vigilancia; ralentizar el desempleo tecnológico; pagar por el uso de datos consentidos, control a las grandes Big Techs; ralentizar la automatización; invertir en los trabajadores; recuperación del poder del Estado; protección de datos; legislar sobre responsabilidad de contenidos; impuestos a los anuncios digitales; educación digital; compartimiento de tecnologías; tribunales especiales y otros sinnúmero de medidas que en vez de que nos lleven a un ciberleviatán, nos puedan conducir a una República Digital donde de alguna manera se preserve la libertad, la democracia y el Estado de Derecho, bajo nuevos conceptos que permitan una civilización digital del siglo xxi. En los próximos días, en los próximos años, tendremos que decidir obligadamente entre la estelaridad o la intrascendencia.

Referencias

Acemoglu, Daron y Johnson, Simon, *Power and Progress*, Nueva York, Publicaffairs, 2023.

Crawford, Kate, *Atlas of AI*, Nueva York, Yale, 2021.

Han, Byung-Chul, *Infocracia*, México, Penguin Random House, 2022.

Lassalle, José María, *Ciberleviatán*, Barcelona, Arpa, 2019.

López Portillo, José Ramón, "Blog Nexos", julio de 2024.

[21] Suleyman, Mustafa, *op. cit*., p. 28.

Luce, Edward, *The retreat of Western Liberalism*, Nueva York, Atlantic Monthly Press, 2017.

Mounk, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, Madrid, Espasa, 2018.

Noah, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, México, Debate, 2018.

Oropeza, Arturo, *Hacia una nueva visión del desarrollo industrial digital en México*, México, 2024.

Rose, Matthew, *A world after liberalism*, Nueva York, Yale, 2021.

Stiglitz, Joseph, *The road to freedom*, Nueva York, Norton Company, 2024.

Suleyman, Mustafa, *La ola que viene*, México, Debate, 2024.

Susskind, Jamie, *The Digital Republic*, Nueva York, Pegasus, 2022.

Wolf, Martín, *La crisis del capitalismo democrático*, México, Arial, 2024.

Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, México, Paidós, 2020.

En torno al derecho a la protesta

***

Considerations on the right to protest

*Miguel Revenga Sánchez**

Resumen: el presente trabajo estudia si el derecho a la protesta puede ser considerado como un "nuevo" derecho fundamental, o bien si es tan solo el nombre que otorgamos a determinadas formas de ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. A tal efecto, se realiza una aproximación conceptual al derecho, se lo inscribe en el contexto de los conflictos sociales y políticos de los últimos años, y se discute su encuadramiento en las normas que desarrollan los referidos derechos. Se traen a colación algunos casos relevantes y se establece, como conclusión, que el derecho a la protesta, sin llegar a ser un nuevo derecho, sí ejerce un impacto decisivo en las concepciones actuales de los derechos de reunión y manifestación.

Abstract: the article explores whether the right to protest can be considered a "new" fundamental right, or if it is just the name we give to certain forms of exercising the rights of assembly and demonstration. To this end, a conceptual approach to the law is made, it is inscribed in the context of the social and political conflicts of recent years, and its framing in the norms that develop the aforementioned rights is discussed. Some relevant cases are brought up and it is established, in conclusion,

* Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Cádiz. Presidente emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España. Vicepresidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

that the right to protest, without becoming a new right, does have a decisive impact on the current conceptions of the rights of assembly and demonstration.

Palabras clave: derecho a la protesta, nuevos derechos, derechos de reunión y manifestación.

Keywords: right to protest, new rights, rights of assembly and demonstration.

Sumario: I. ¿De qué hablamos? Precisiones conceptuales. II. ¿No es esto lo que tenemos? III. Conclusión: una cuestión de nombre, pero sobre todo de interpretación. Referencias.

I. ¿De qué hablamos? Precisiones conceptuales

¿Es en verdad el derecho a la protesta un nuevo derecho con perfiles diferenciados con respecto a otros derechos que se nos pueden aparecer *prima facie* como asimilables o muy próximos conceptualmente hablando? Además de los derechos de reunión y manifestación "que ya en sí mismos obligan a entrar en precisiones para esclarecer de qué hablamos exactamente" otros candidatos a disputar al derecho a la protesta el carácter de derecho emergente o *in fieri,* podrían ser el derecho de resistencia o incluso el derecho a la desobediencia, ambos derechos de larga data, pero que podrían tenerse por derechos "dormidos" o poco frecuentados desde el punto de vista práctico. Empezando por este último, no es difícil percibir que el contenido que comúnmente se asocia a la desobediencia cuadra mal con las características que se le asignan al derecho a la protesta como una acción social o derecho de ejercicio colectivo. La desobediencia civil tiene un carácter rigurosamente individual y se asocia a un incumplimiento consciente y obstinado de deberes o de obligaciones públicas en razón de las convicciones ideológicas (o morales o religiosas) del desobediente. Filósofos del Derecho de tanto renombre como Rawls o Dworkin, cuando hablan de la desobediencia civil, destacan el rasgo que tiene la desobediencia como incumplimiento deliberado de una ley dirigido a impugnar su legitimidad y/o a reclamar la derogación de la misma.

Por lo que se refiere al derecho de resistencia, nos encontramos con uno de los derechos de más hondo raigambre en el devenir del pensamiento político; un derecho "él mismo resistente" que reaparece con singular fuerza simbólica, desde la escolástica, en los momentos estelares del surgimiento de lo constitucional, con la denuncia de los agravios pasados como presupuesto, y con el espaldarazo solemne que le confiere su presencia en el selecto elenco de derechos que, a modo de concentrado introductorio, enuncia el artículo 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En llamativo contraste con el escaso interés que muestra por el derecho de resistencia el constitucionalismo escrito de las siguientes décadas, tal derecho volverá a tener un *momentum* estelar en 1968, con ocasión de la reforma constitucional que adicionó al artículo 20 de la (entonces llamada Ley Fundamental de Bonn) un Párrafo 4 en el que se dice que "Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuera posible otro recurso". "Este orden" es el del Estado federal, democrático y social, que el propio artículo 20 enuncia como "fundamento del orden estatal" al que se le asigna en el artículo 79 el carácter de "cláusula de eternidad" o norma irreformable.

También la Constitución de Portugal de 1976 y la de Ecuador de 2008 se refieren al derecho de resistencia, en este último caso con el añadido de la posibilidad de reivindicar nuevos derechos. Según la interpretación más extendida, nos hallamos ante disposiciones que enuncian una *última ratio* de defensa del Estado de derecho ante un peligro existencial (una "errata molesta, que desgraciadamente ya no se puede corregir", dijo irónicamente Kaufmann a propósito de la reforma alemana de 1968 que introdujo el derecho de resistencia), un oxímoron lógico jurídico o trampantojo de efectos más simbólicos que reales y cuyo valor radica en lo que tiene de reafirmación de los fundamentos axiológicos de la Constitución frente a los horrores del pasado, trasladada al lenguaje de los derechos o, mejor, al de los derechos que son al mismo tiempo deberes de conservación y restauración cuando el ordenamiento jurídico ha perdido la posibilidad fáctica de hacer frente a la injusticia y a su propia destrucción.

Con ese nombre –o a veces refiriéndose a él como un derecho a la resistencia puesto al día –el derecho a la protesta tiene hoy

valedores que, depurándolo de los componentes de "caso extremo" o "último recurso", reclaman para él un lugar destacado en el repertorio de los derechos por lo que significa para acrecentar la calidad de la democracia. A veces se lo relaciona con la importancia que tienen las libertades expresivas en el constitucionalismo democrático; singularmente por la conexión simbiótica entre la libertad de expresión y el ideal regulativo del autogobierno, tal y como lo han explicado en la doctrina norteamericana Alexander Meiklejhon o contemporáneamente Owen Fiss. Este último en sus importantes aportaciones sobre la libertad de expresión (que cuentan con traducción española) ha insistido en el carácter nuclear de la libre determinación sobre el modelo de vida en común (lo que él llama el principio de la elección meditada); ha explicado las razones por las cuales la realización efectiva de tal principio depende del compromiso sostenido con un debate público "desinhibido, vigoroso y completamente abierto" (por decirlo con los adjetivos que utilizó el Tribunal Supremo en el célebre caso *New York Times vs. Sullivan*); y ha advertido de manera rotunda y pionera sobre las tensiones que se producen entre el interés público basado en la conservación de dicho compromiso y la concurrencia de intereses de carácter privado/empresarial que empujan en una dirección no necesariamente acorde con el mismo.

Pero sin duda quien más enfáticamente se ha ocupado del derecho a la protesta, con una mira encomiástica que cuadra a la perfección con sus ideas sobre el carácter deliberativo de la democracia (y más recientemente sobre el Derecho como una "conversación entre iguales") es Roberto Gargarella. En esta última y notable aportación –que es a la vez un examen de las expectativas no atendidas por la democracia, y un prontuario de soluciones concebidas para cumplirlas– Gargarella insiste en el valor de la *confianza democrática*. Con fundamento en ella, defiende la necesidad de instituciones sensibles a lo que la ciudadanía afirma y remarca cuando se pone en pie por ciertos temas, Y concluye:

> el ideal regulativo sugiere prestar especial atención a los reclamos sociales que persisten en el tiempo [...]; y por ello también propone considerar *como primero el derecho a la protesta*, porque entiende que la ciudadanía no toma como un pasatiempo los graves costos y

> riesgos que implica la protesta, ni los afronta por divertimento, sino por su necesidad de expresar algo que le importa y que el sistema institucional no le ayuda a expresar de otro modo.

Cabría preguntar si es cierto que el sistema institucional no ayuda, habida cuenta de que el mismo incluye, en la democracia constitucional, el respeto de los derechos y, entre ellos, el de los derechos de reunión y manifestación. Creo que el iusfilósofo argentino es bien consciente de ello, como lo acreditan sus extensos alegatos sobre los derechos fundamentales que encontramos en otras partes del libro. A buen seguro se refiere a las insuficiencias del sistema institucional medido desde los inconvenientes y los déficits que acusan los diseñados precisamente para dar vida a la representación política. Por eso insiste: "las instituciones de una sociedad igualitaria deben mostrarse especialmente sensibles frente a esas manifestaciones, tratando de reconocer y tomar en cuenta el valor de los reclamos (aunque sus formas no les gusten, aunque sus mensajes las irriten, aunque coyunturales diferencias ideológicas las muevan hacia el lado contrario"). Y quizá la clave esté ahí: en las formas, más que en los contenidos más o menos "chocantes" o "irritantes".

En las aportaciones anteriores, Gargarella ya se había ocupado del valor del derecho a la protesta en lo que tiene de reivindicación esencial de derechos desatendidos, y había escrito extensamente sobre cuáles son (y, sobre todo, sobre cuáles deberían ser) las respuestas judiciales frente a las protestas. Él toma como referencia los "piqueteos", los cortes de tráfico y las demás formas de protesta que se sucedieron en Argentina durante la década de los 90 y más allá. Y lo hace con el presupuesto de los debates norteamericanos sobre la doctrina del "foro público", puesta en pie por el Tribunal Supremo a partir del caso *Hague contra Committee for Industrial Organization,* en el que se realiza un intento de encuadrar los márgenes de los que dispone el Gobierno a la hora de regular el derecho a reunirse en las calles y en los parques para expresarse sobre asuntos de interés público En línea de principio, las regulaciones (y las restricciones) deben ser neutrales al contenido de las protestas, por lo que su justificación solo puede basarse en razones relacionadas con el tiempo (no a las 3 de la mañana, por ejemplo), el lugar y la propia forma (o modalidad)

de la manifestación. La jurisprudencia norteamericana completa esa idea central con un par de principios que el propio Gargarella (re)denomina como el principio de la "distancia deliberativa" y el principio de las "violaciones sistemáticas". De conformidad con el primero de ellos (que el Tribunal Supremo desarrolló en el caso *Adderley contra Florida*), cuanto más marginado del debate público se encuentre un grupo por razones ajenas a su voluntad, más receptivos han de ser los jueces a las demandas de dicho grupo y mayor protección debe dispensar a los medios elegidos para hacerlas valer, por muy desafiantes que sean. Y conforme al segundo, cuando se trata de la denuncia de vulneraciones masivas de derechos básicos que se han ido arrastrando a lo largo del tiempo, es decir, cuando se pone de manifiesto una situación de injusticia grave y flagrante, las autoridades públicas deberían permitir y justificar ciertas acciones, incluso disruptivas, que serían rechazables en otras circunstancias.

II. ¿No es eso lo que tenemos?

Los dos principios expuestos por Gargarella inspirados en la jurisprudencia norteamericana, y sobre todo el segundo de ellos, se aproximan bastante a lo que podría ser uno de los enunciados básicos de cualquier teoría de la justicia. Nadie con un mínimo de sensibilidad democrática negaría que hay protestas e incluso modos de protestar que merecen más respeto y consideración que otros. La cuestión es si es esa idea tan elemental tiene respaldo jurídico, de manera que, de ser así, habría una escala de tolerancia frente a la protesta que obligaría a considerar (contrariamente a la idea de la neutralidad frente al contenido) qué es lo que se reclama, cuáles son las razones que avalan la reclamación, y hasta qué punto deben admitirse modalidades de protestar que, por su forma de materializarse, puedan resultar especialmente chocantes o molestas.

Naturalmente ningún régimen jurídico desciende tanto en la casuística como para establecer reglas sobre los márgenes de tolerancia con los que deben operar quienes tienen que decidir. Lo propio del Derecho de los derechos es fiar las cosas a la capacidad de los principios para guiar la búsqueda de soluciones de

caso razonadas a partir de argumentos y balances ponderativos. Se enuncia el derecho, se lo delimita mediante enunciados más o menos precisos y, a veces, se fijan límites expresos que se yuxtaponen a los que el intérprete puede "descubrir" en el conjunto de las estipulaciones constitucionales. Si hay alguna prevención es frente al legislador antes que ante el juez. Por eso se hace la llamada al respeto del contenido esencial para la ley que regule el ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE). Y a través de ese juego de habilitaciones al legislador y de prevenciones frente a lo que pueda hacer a la hora de encuadrar el derecho fundamental en marcos regulativos es como las normas adquieren "densidad dirigente", esto es, capacidad para circunscribir la capacidad re-creadora del intérprete "o de los sucesivos intérpretes del caso" a márgenes razonables.

Para ciertos teóricos de la protesta esta jamás podría ajustarse a formalidades jurídicas o reglamentaciones sin perder su prístino sentido como fenómeno político de carácter disruptivo. Regularlo vendría a ser "de manera semejante a lo que ocurre con el derecho de resistencia, pero por razones que no son las mismas" una neutralización inadmisible de su potencial sentido "rompedor". En un lugar destacado encajan aquí las reflexiones de Judith Butler sobre el *We the People* y la teoría performativa de la asamblea, que es una reivindicación de la legitimidad incondicionada del "cuerpo político" emancipado del Derecho y de las estructuras estatales para reafirmarse como soberano. Es verdad que entre la *fluidez* del ejercicio de las libertades de reunión y manifestación y el *fárrago* de las normativas que lo propician, pero a la vez lo condicionan y lo limitan, existe una tensión.

Hay por así decir una parquedad un tanto tosca en la enunciación básica del derecho que propicia reglamentaciones que a menudo cargan la mano sobre las limitaciones y acaban produciendo una monitorización sobre el ejercicio que puede ser propositiva "digamos bajo la forma de un *soft law* minucioso y garantista" o reactiva, bajo la especie de resoluciones judiciales amparadoras cuya impronta se deja sentir mucho más allá de las singularidades del caso.

Si nos fijamos en el artículo 21 de la Constitución española y en los desarrollos normativos y jurisprudenciales todo esto

se cumple a rajatabla. Tenemos un enunciado básico que actúa como prescripción general: el derecho a reunirse de manera pacífica está garantizado. Luego viene la proscripción garantista (se supone que también genérica) expresada como regla: el ejercicio del derecho no necesitará autorización previa. Los problemas comienzan en el Párrafo Segundo, que parece sujetar el caso específico "el de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones" a un régimen particular en sí mismo confuso y contradictorio: hay que *comunicar* ("se dará comunicación previa a la autoridad", se dice con lenguaje arcaico), y de la obligación de hacerlo se deriva una correspondiente potestad pública sobre la pretensión de ejercitar el derecho que, para el caso de la prohibición, aparece enmarcada en férreos parámetros: esta solo procederá "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

Situándonos bajo el "velo de ignorancia" de los ulteriores desarrollos, resulta todo bastante problemático. En primer lugar, porque si la regla general es la no necesidad de comunicación del artículo 21.1, no se entiende el carácter imperativo con el que se contempla la comunicación en el artículo 21.2. Ello salvo que dicha regla general lo sea solo para la reunión en espacios privados, y no para los espacios públicos. Pero entonces, si trazamos la barrera en el espacio, privado en el caso del 21.1, y público en el 21.2, lo que no tendría sentido es la referencia al carácter "pacífica y sin armas", que parecería pensada para la reunión en espacio privado, pero no para los lugares de tránsito público. Una glosa en sí misma paradójica y absurda por cuanto si en algún lugar es más necesario que en otro el condicionante es en el espacio público. Con lo cual no queda más remedio que concluir que la "delimitación" de partida tiene un efecto irradiante sobre todos y cada uno de los entresijos del régimen jurídico, sea cual fuere el lugar o la modalidad (estática o dinámica) de la reunión. Y siendo ello así, se entienden mejor la cortapisa que el propio artículo 21.2 enuncia con respecto a la respuesta de la autoridad y la propia necesidad (conveniencia más bien) de la comunicación, que es, más que ninguna otra cosa, propiciatoria para el ejercicio del derecho.

Por lo demás, es verdad que la referencia al orden público, en sí misma y sin más aditamentos, podría hacer saltar todas

las alarmas. Orden público es un sintagma que evoca lo peor de una trayectoria constitucional errática, pero proclive siempre a desentenderse del compromiso constitucional con los derechos. Solo mediante una operación de lavado y formateo, que sentó las bases para una interpretación del orden público compatible con los derechos fundamentales, fue posible revertir las inercias de esa trayectoria. El anclaje del orden público, con sus elementos constitutivos, en el ámbito de la sociedad democrática se ha realizado e España bajo el modelo y a semejanza de la técnica empleada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para evitar el ensanche *ultra vires* de las limitaciones. Y ha actuado como el *leit motiv* de los equilibrios normativos y jurisprudenciales dirigidos a evitar las lecturas *old style* del orden público. De ese modo, con las exigencias de la sociedad democrática como trasfondo, y a la vista de los modos de razonamiento del Tribunal de Estrasburgo, en el que dichas exigencias son las que al final inclinan la balanza hacia el respaldo de la limitación o hacia la condena del Estado demandado, el orden público ha ido perdiendo peso para dejar su lugar a otros elementos del régimen jurídico del derecho que son los que determinan la legitimidad de las respuestas estatales ante su ejercicio. La Ley Orgánica del año 1983, llamada secamente "reguladora del derecho de reunión" apenas hizo algo más que reproducir los dictados constitucionales. Trazó los contornos del ámbito de aplicación ("la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada") y desarrolló en sus artículos 8 a 11 los plazos y las formalidades de la comunicación previa, la respuesta de la autoridad gubernativa y el recurso contencioso accionable en su caso contra la misma. Todo ello sin entrar en más precisiones que pudieran servir de guía para enfrentar la contradicción de fondo entre la garantía de la proscripción de un régimen de autorización previa, y el establecimiento imperativo de la comunicación previa y por escrito.

La verdadera sede regulativa de las limitaciones de los derechos de reunión y manifestación han sido las dos grandes leyes post constitucionales de seguridad ciudadana: la LO 1/1992 y la vigente LO 4/2015. Las dos fueron leyes polémicas y "mediáticas"; se aprobaron tras un proceso de deliberación detenido, con intervención relevante de la actividad de Informe (por parte del Consejo de Estado y por parte del Consejo General del Poder

Judicial) y acabaron siendo objeto de diversos Recursos de Inconstitucionalidad que el TC resolvió en sentencias parcialmente estimativas. Si las polémicas en torno a la conocida como "ley de la patada a la puerta" se centraron en las potestades de la policía en la persecución del delito, las de la vigente ley lo han sido, sobre todo, en torno a la regulación de la actividad sancionadora de la Administración, considerada como innecesaria y/o excesiva por su profunda incidencia en el ejercicio de los derechos que venimos comentando. Acaso el calificativo popular de la ley como "ley mordaza" puede resultar algo exagerado, sobre todo si se considera que quizá no es achacable a ella sola, sino al efecto añadido que generó sobre los derechos a la libertad de expresión la importante reforma del Código Penal (LO 1/2015) y los consiguientes retoques "expansivos" en la tipificación de los delitos de incitación al odio (artículo 510) y de apología del terrorismo (artículo 578).

Pero una vez que el Tribunal eliminó de la ley la sanción por difusión "no autorizada" de imágenes de miembros de la policía, la parte más polémica de la ley es la relacionada con la punición administrativa de las manifestaciones. Ello, unido a las pautas de actuación de la propia policía a propósito de la celebración de las mismas, resultan a la postre los elementos clave para responder a la cuestión de si el derecho a la protesta puede considerarse como el ejercicio normalizado (pero con otro nombre) de los derechos del artículo 21 de la Constitución, o bien si estamos ante nuevos derechos o nuevos contenidos que desbordan la imagen del derecho plasmada en el texto constitucional.

Encuadradas en la correspondiente gradación (muy graves, graves y leves), los ilícitos administrativos contemplados en la ley pueden clasificarse, a nuestros efectos, en tres grupos: a) el que proviene del incumplimiento del requisito de comunicación previa, cuya responsabilidad recaerá "dice la ley un tanto enigmáticamente" en los organizadores o promotores (infracción leve del artículo 37.1); b) los que provienen de conductas individuales con ocasión de manifestaciones, como la negativa a la disolución (infracción grave del artículo 36.7), o las faltas de respeto y consideración hacia los agentes de la policía, o el incumplimiento de restricciones de circulación peatonal o itinerario cuando pro-

voquen alteraciones menores (infracciones leves de los artículos 37.4 y 37.3); c) restricciones por razón del lugar: la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos o la permanencia en ellos contra la voluntad del propietario (infracción leve del artículo 37.7), la perturbación grave de la seguridad ciudadana con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso, del Senado o de los Parlamentos autonómicos, aunque no estuvieran reunidos (infracción grave del artículo 37.2), y reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones (infracción muy grave del artículo 35.1).

Dejando de lado –lo que es mucho dejar– las imprecisiones y expresiones abiertas de la ley y a falta de un *quantum* capaz de desvelar la foto completa de la actividad administrativa sancionadora (y la de la revisión judicial, que no sería un dato menor) desde 2015 para acá, del conjunto de la regulación legal lo que puede inferirse es el repudio de las actuaciones violentas como la verdadera marca distintiva o criterio abarcador y directriz de toda la normativa. Desde la delimitación inicial en sede de Constitución hasta los pormenores de las conductas susceptibles de ser sancionadas, nos encontramos con un repudio de lo violento que es completo y bidireccional: hacia los manifestantes, sí, pero también dirigida hacia la actuación de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana y a las pautas reguladoras de su actividad de intervención: solo ante amenazas concretas o comportamientos objetivamente peligrosos susceptibles de causar perjuicios para la seguridad, como dice el artículo 4 de la LO 4/2015.

Si algo aporta, en definitiva, el derecho a la protesta pacífica a los contenidos de los derechos de reunión y manifestación es en lo que tal derecho significa para potenciar una concepción de los mismos más apegada a las exigencias de la sociedad democrática. Al tenerlo presente como una pujante e irreversible realidad social, se ensancha el ámbito de ejercicio legítimo del derecho fundamental en la misma medida en que se contiene y refrena el de las limitaciones dimanantes de la intervención administrativa y (con mucha más razón) penal. Pero ello con la condición y bajo

el presupuesto de que el carácter o el modo de la protesta, en el que caben incumplimientos puntuales de exigencias legales "típicamente, la obligación de la comunicación previa" nunca podrá dar respaldo a actuaciones violentas que vayan más allá de las molestias o coacciones simbólicas ocasionadas a terceros como consecuencia del despliegue de la propia protesta.

III. Conclusión: una cuestión de nombre, pero sobre todo de interpretación

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la importante STC 66/1995, hasta la aprobada en noviembre de 2023 afirmando el derecho que amparaba a la UGT para manifestarse el 8 de marzo de 2021, durante el segundo estado de alarma, que le fue negado en sede administrativa y judicial, está llena de *dicta* que valoran positiva y enfáticamente la ocupación del espacio público como un mecanismo vigoroso de participación democrática. Lo que vemos consolidarse ahora, sobre todo gracias a las aportaciones de los órganos supranacionales de garantía de los derechos –con la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo en un lugar destacado –pero también gracias a la actividad de relatoría e informe de organizaciones e instancias de la sociedad internacional, es el lugar que va ocupando el derecho a la protesta en el núcleo mismo de los derechos políticos y de participación democrática.

En buen número de resoluciones judiciales observamos que el derecho a la protesta se convierte en el eje vertebrador de razonamientos que se inclinan a encuadrar determinadas conductas dentro del ámbito del ejercicio legítimo de derechos fundamentales. En el caso de España, al hilo del clima de protesta social de 2011 en adelante, pueden aducirse en este sentido resoluciones a propósito de ciertos "escraches" ante el domicilio de la entonces vicepresidenta del Gobierno, o sobre iniciativas de gran resonancia en su momento como la de "Ocupa el Congreso", o las del caso "Aturem el Parlament". Es verdad que las que cito, con excepción de la del Tribunal Constitucional, son anteriores a la aprobación en 2015 de la LOPC. Pero no creo que las novedades que haya podido aportar dicha norma sean de tal entidad como

para alzar un muro frente a la irrupción de la protesta en tanto que un derecho que reclama su lugar en el elenco de los derechos de mayor rango. Si acaso, lo que la ley ha propiciado es un reverdecer de los debates en torno al contenido esencial (o mejor sobre los contenidos básicos y concomitantes) de los derechos de reunión y manifestación, sobre la exigencia de la proporcionalidad en el uso de la potestad sancionadora de la Administración y sobre la contención en el recurso al Derecho Penal.

En torno a tales cuestiones, y sobre el efecto desalentador que puedan tener para el ejercicio normalizado del derecho, se observan puntos de discordia no solo entre algunas sentencias de los tribunales españoles y la doctrina del TEDH, sino *dentro* de los propios tribunales, y señaladamente en el seno del Tribunal Constitucional. El derecho a la protesta, con sus profundas implicaciones sobre la calidad de la democracia, y sobre la tarea de los poderes públicos dirigida a "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política" (artículo 9.2 de la Constitución) está en el trasfondo de tales discordias. El tiempo decidirá sobre si el derecho a la protesta prosigue su andadura hacia la incorporación en el sistema de los derechos, o si tan solo será visto como la *versión 5.0* (o la que corresponda) de los derechos de reunión y manifestación. Al fin y al cabo, como indicó Víctor Klemperer, en el Capítulo XX (¿Qué quedará?) de su trascendental estudio sobre la lengua del Tercer Reich "no es la voluntad y la precisión del experto la que decide sobre la adopción generalizada de una palabra nueva, sino el estado de ánimo y la imaginación del público".

Referencias

Amnistía Internacional, *Derecho a la protesta en España. Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta en España*, 2022.

Arancibia C., "Las palabras de la guerra: cuatro días del octubre chileno de 2019", *IusInkarri.*

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, vol. 11, 2022.

Ballbé M., Ballbé, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983),* Madrid, Alianza, 1984.

Bassa J. y Moncada D., "Protesta social y derecho: una tensión irresoluble", *Izquierdas,* vol. 46, 2019.

Beltrán De Felipe M. y González García J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, Madrid, CEPC, 2005.

Bilbao Ubillos, J.M., "La llamada Ley *Mordaza:* La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana", *Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 36, 2015.

Bilbao Ubillos, J.M., "La doctrina del TEDH sobre el uso excesivo de la fuerza para disolver manifestaciones pacíficas (Comentario a las SSTEDH de 6 de octubre de 2020 en el asunto Laguna Guzmán c. España; y 9 de marzo de 2021 en el asunto López Martínez c. España)", *Revista de Estudios Europeos,* vol. 80, 2022.

Butler J., *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la Asamblea*, Bogotá, Paidós/Planeta, 2017.

Butler J., "Nosotros el Pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión", *¿Qué es un pueblo?*, Santiago, LOM, 2014.

Castells M. *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*, Madrid, Alianza, 2015.

Colomer Egea, D., "La doctrina del efecto desaliento como punto de conexiónentre el Derecho penal y los derechos fundamentales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 41, 2019.

Comisión De Venecia, European Commission for Democracy through Law (Venice Commssion). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal".

De Lucas, J. y Añón, M.J., "Sobre resistencia, ciudadanía y democracia", *Claves de Razón Práctica*, 32, 2012.

Escobar Roca, G., "Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000.

Falcón Tella, M., *La desobediencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

Fiss O., *Libertad de expresión y estructura social,* México, Fontamara, 1997.

Fiss O., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.

García Amado, J.A., "Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña", en María Luisa Cuerda Arnau y Juan Antonio García Amado (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant, 2016.

García Bello, L., "El ejercicio de los derechos fundamentales y el efecto desaliento: a resultas de las protestas ecologistas", *La Ley,* 12 de diciembre de 2022.

Gargarella R., *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

Gargarella R., "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", *Derecho PUCP*, 61, 2008.

Gargarella R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran " por fin " al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

Iglesias Turrión, P., "Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 5, 2002.

Klemperer V., *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Minúscula, 2001.

López Guerra, L., "Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en A. Alonso Rima (dir.) y D. Colomer Bea (coord.), *Dere-*

cho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

Lovera D. "La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta", *Latin America Law Review,* 6, 2021.

Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, (A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013).

Naciones Unidas, Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas (A/HRC/RES/25/38, de 11 de abril de 2014).

Naciones Unidas, "A step-by-step checklist for monitoring implementation of the practical recommendations on the management of assemblies" *Report by United Nations Special Rapporteurs Maina Kiai and Cristof Heyns*" (A/HRC/31/66, septiembre de 2016).

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación*, (A/HRC/38/34, de 26 de julio de 2018).

O'Neill, K. F., "Disentangling the Law of Public Protest", *Loyola Law Review*, 21, 1999.

Peña, C., *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Santiago, Taurus, 2020.

Portilla, G., "La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho Penal y Administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil", en María Luisa Cuerda Arnau y Juan Antonio García Amado (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant, 2016.

Revenga, M., "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 64, 2002.

Revenga, M., "El discurso del odio entre la trivialización y la hiper-penalización", en Adela Cortina y Miguel Revenga, *Sobre el Discurso del Odio. Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión,* 22, 2018.

Revenga, M., "El catálogo de los derechos en la era del *Ius Constitutionale Commune",* ponencia al Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, dirigido por los profesores Ugartemendía y de Martinico, sobre *Ius Constitutionale Commune e Interpretación Conforme*, Próxima publicación.

Revenga, M., "El tiempo de los derechos en la era digital", en Juan Manuel López Ulla (dir.) *El impacto de la era digital en el derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.

Saldaña, J., "Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Investigación del CICAJ-PUCP*, 2018-2019.

Santos, J. A., "Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn", en Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016.

Santos, J. A., "Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las Constituciones contemporáneas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 48, 2014.

Squella, A., *Apuntes de un constituyente,* Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2022.

Ugartemendia, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*. Madrid, Marcial Pons, 1999,

Varela Suances-Carpegna, J., (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Madrid, CEPC, 1998.

El reconocimiento facial para preservar la seguridad: el nuevo marco del reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea

***

Facial recognition to preserve security: the new framework of the European Union artificial intelligence regulation

*Ma. Josefa Ridaura Martínez**

Resumen: esta ponencia aborda el reconocimiento facial —basado en inteligencia artificial— como herramienta securitaria. Trataré de determinar su régimen jurídico, así como las ventajas y los riesgos que plantea su uso en el proceloso intento de graduar las respuestas a los nuevos riesgos a los que se enfrenta la seguridad en el marco de una sociedad democrática. Abordando, fundamentalmente, la nueva ordenación del recientemente aprobado Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, que nos puede ofrecer un marco jurídico más garantista para el empleo de la identificación biométrica.

Abstract: this paper deals with the use of facial recognition -based on artificial intelligence- as a security tool. I will try to determine its legal regime, as well as the advantages and risks posed by its use in the tempestuous attempt to graduate the responses to the new risks faced by security in the framework of a democratic society. I will address, fundamentally, the new

* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia.

regulation of the recently approved European Regulation on Artificial Intelligence, which may offer us a more guaranteeing legal framework for the use of biometric identification.

Palabras clave: seguridad, reconocimiento facial, inteligencia artificial, derechos fundamentales.

Keywords: security, facial recognition, artificial intelligence, fundamental rights.

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza y régimen jurídico del reconocimiento facial basado en inteligencia artificial. III. El reconocimiento facial con fines de seguridad: ventajas y riesgos. IV. La generalización de su uso, aun sin la debida cobertura legal. IV. El nuevo reglamento de inteligencia artificial europeo.

I. Introducción[1]

La seguridad es un valor esencial en nuestra sociedad. Los posibles daños a la misma, además de generar temor y preocupación en la ciudadanía, son susceptibles de desestabilizar el normal funcionamiento de las instituciones y el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Se justifica, en consecuencia, la acción de los poderes públicos para ofrecer garantías securitarias, ya que de no adoptarlas se puede llegar a resquebrajar el orden de valores democráticos. En todo caso, las herramientas para su consecución no pueden conducir a *zonas de no derechos*[2] desprovistas de un sistema jurídico capaz de asegurar su realización efectiva.

La demanda de seguridad siempre ha sido persistente y sigue siéndolo, hoy, en esa sociedad del riesgo que caracteriza, según Ulrich Beck, a la edad moderna. Pero lo que ha cambiado son los riesgos y las amenazas que pueden menoscabarla, así como

1 Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-136548NB-I00. *Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022.

2 En terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la Sentencia de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamma y otros contra Italia*.

los medios y los métodos para asegurarla. Ciertamente, la aceleración de la tecnología ha ido ofreciendo nuevas y sofisticadas herramientas; y es en este contexto en el que se implantan las cámaras de alta definición con el objeto de identificación facial basadas en Inteligencia Artificial.

En este trabajo trato de indagar si, en el siempre proceloso intento de graduar las respuestas en función de los riesgos a los que se enfrenta la seguridad, el reconocimiento facial puede constituir una herramienta idónea para ello. Me propongo abordar, asimismo, si, ante la ausencia de normativa que ordene cabalmente su uso, la aprobación del reciente Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea nos puede ofrecer un marco jurídico adecuado que armonice el reconocimiento facial como herramienta securitaria con las debidas garantías.

II. Naturaleza y régimen jurídico del reconocimiento facial basado en inteligencia artificial

Conviene precisar, en primer término, las diferencias entre dos sistemas de reconocimiento facial: el de verificación y el de identificación, ya que sus posibilidades de uso, así como las consecuencias que derivan de uno y otro y las importantes aristas que presentan son distintas.

En el sistema de verificación se contrastan imágenes entre dos plantillas, produciéndose una correspondencia de 1 a 1: por ejemplo, el uso particular en celulares o cuentas bancarias; incluso el control laboral, o bien como sustituto para la comprobación documental[3] en aeropuertos. Usos que, en la mayoría de las ocasiones, se aceptan voluntariamente, y es dicho consentimiento el que determina la licitud de la medida. Mientras que el sistema de identificación biométrica permite captar una imagen y compararla -incluso en tiempo real- con imágenes almacenadas previamente en unas bases de datos (de 1 a muchos). Este es el princi-

[3] El sistema utiliza el reconocimiento de la cara para embarcar sin necesidad de mostrar la documentación. Su objetivo es incrementar la seguridad y agilizar y facilitar los procesos en el aeropuerto en una gran cantidad de vuelos y destinos diferentes: *www.aena.es.*

pal sistema que se viene utilizando en lugares públicos con fines de preservar la seguridad; y, aunque se implantó en la década de los 90 del siglo pasado, la inteligencia artificial ha potenciado y mejorado su rendimiento[4].

Aunque no es una tesis pacíficamente admitida, la normativa europea concibe la cara de una persona como un dato personal, y cuando dicha imagen es tratada técnicamente se considera como dato biométrico,[5] ya que estos son datos relacionados con las características del rostro de una persona que nos permiten su identificación. Así, por ejemplo, la Autoridad Española de Protección de Datos viene considerando a las imágenes captadas por medio de videovigilancia como datos de carácter personal en la medida en que tanto en los controles de acceso o en la reacción ante la comisión del ilícito se busca identificar a la persona. Cuando se emplean videocámaras y sistemas de información con capacidades de identificación biométrica se considera, además, que el tratamiento afecta a una categoría especial de datos. También en el marco del Consejo de Europa, el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de carácter personal (modificado por Protocolo de 2018) clasifica los datos biométricos como categoría especial de datos.

De esta configuración de la normativa europea se desprende que la imagen facial es un dato sujeto a las exigencias de licitud para su tratamiento (art. 6 Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD). Además, como dato biométrico "al ser especial" su tratamiento solo cabe: cuando sea necesario por razones de un interés público esencial; permitiéndose que los Es-

4 Simón Castellano, Pere, "Tecnología ad hoc para la seguridad y para la valoración del riesgo", *Thêmis-Revista de Derecho,* núm. 79, enero-junio, 2021, p. 165.

5 Artículo 4, punto 14, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo; en el artículo 3, punto 18, del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo y en el artículo 3, punto 13, de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo. Vid también Grupo de Trabajo del Artículo 29. Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas (00720/12/ES WP193), *https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp193_es.pdf*. incluye entre las técnicas biométricas el reconocimiento facial.

tados miembros puedan mantener o introducir condiciones adicionales; y que, además, su utilización esté prevista en una norma con rango de ley (art. 9.2 del RGPD, g). De igual forma, se debe proceder a una evaluación de impacto (art. 35 RGPD); y en el caso de que exista un elevado riesgo, hay obligación de consultar previamente a la autoridad nacional en materia de protección de datos para realizar para realizar una evaluación de impacto (art. 36).

En la misma dirección que el RGPD, la Directiva 2016/680,[6] relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, permite el uso de datos biométricos sólo cuando exista una necesidad estricta; siempre que estén autorizados también por la legislación nacional o de la Unión y que se revista de las debidas garantías; pudiendo solo utilizarse con fines de identificación biométrica remota cuando dicho uso esté debidamente justificado, sea proporcionado y esté sujeto a garantías adecuadas (artículo 10).

A pesar de este marco —que es muy general— aplicable al tratamiento de los datos, la normativa europea no ofrece respuestas suficientemente definidas para el uso del reconocimiento facial. Ello ha abocado a que se haya operado con normas de *soft law,* más que con normas vinculantes. En efecto, hasta ahora se han ido adoptando importantes resoluciones que no tenían carácter vinculante y que alertaban de los riesgos de la utilización de técnicas de reconocimiento facial, tratando de determinar los principios y exigencias para su empleo y marcando la dirección en la que debería caminar la normativa europea que la ordene.

Ante las aristas tan importantes que presenta el tema, el Parlamento Europeo se ha venido mostrando contrario al uso del

[6] Directiva (UE) 2016/680 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

reconocimiento facial, solicitando una moratoria en su empleo hasta que las normas técnicas pudieran considerarse plenamente acordes con los derechos fundamentales y los resultados obtenidos no estuvieran sesgados, ni fueran discriminatorios; asegurando, además, su empleo de acuerdo con los exigibles principios de necesidad y proporcionalidad y adoptando las medidas necesarias para paliar sus efectos adversos. Mientras, la posición de la Comisión siempre ha sido más flexible aceptando su uso, al igual que la de los Estados Miembro de la Unión Europea.

Asimismo, en el marco del Consejo de Europa se ha resaltado que el uso de sistemas de reconocimiento facial por parte de las fuerzas del orden sólo debe permitirse cuando sea estrictamente necesario para prevenir un riesgo inminente y grave para la seguridad pública.

III. El reconocimiento facial con fines de seguridad: ventajas y riesgos

El reconocimiento facial está fuertemente implantado, tanto en el ámbito privado,[7] como en el público. En particular, yo me adentraré en su uso en el marco de la seguridad pública.

El reconocimiento facial tiene innumerables ventajas; particularmente en el ámbito de la seguridad que es el que nos ocupa, ya que puede coadyubar al esclarecimiento de la investigación criminal; también se ha demostrado su utilidad en el reconocimiento de acosadores, en la búsqueda de personas desaparecidas y en la lucha antiterrorista, o en la identificación de víctimas de catástrofes, entre otros. Así, por ejemplo, desde que a finales de 2016 se puso en marcha el Sistema de Reconocimiento Facial de INTERPOL,[8] se ha logrado identificar a cerca de 1. 500

[7] El uso del reconocimiento facial con fines de seguridad privada lo abordé en mi trabajo "El uso de cámaras de reconocimiento facial por empresas privadas de seguridad", en Ridaura Martínez, Ma. Josefa (coord.), *Retos para la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

[8] Organización Internacional de Policía Criminal, que es una Organización intergubernamental de la que forman parte 196 países: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Policia-cientifica/Reconocimiento-fa-

terroristas, delincuentes, prófugos o desaparecidos. Y en el Libro Blanco sobre IA de la Unión Europea se afirma que la técnica del reconocimiento facial aporta "numerosas ventajas a los ciudadanos, las empresas y la sociedad en su conjunto, siempre y cuando sea antropocéntrica, ética y sostenible y respete los derechos y valores fundamentales".[9]

Junto a las fortalezas que el reconocimiento facial presenta, también las debilidades son sustanciales,[10] ya que la ausencia de una ordenación jurídica con garantías con la que hemos venido operando hasta ahora puede conducirnos a escenarios de vigilancia masiva, afectando a derechos fundamentales que son nucleares en un estado democrático. Derechos que van más allá de la privacidad y la protección de datos, pues también puede perturbar la libertad de movimiento, la libertad ideológica, la de reunión, la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva, o la prohibición de discriminación, por poner algunos ejemplos. Afectación de derechos que se agrava si tenemos en cuenta que el uso de cámaras de reconocimiento facial con fines de seguridad no entraña consentimiento, como el que se produce con otros usos voluntarios o "al menos" consentidos que hemos referido. Nada consiente el que transita por un lugar público cuyo rostro es captado por una cámara de reconocimiento facial que lo transforma en un dato para su tratamiento.

En relación con la vigilancia masiva, debemos tener en cuenta que esta tiene un encaje espinoso en el marco de las sociedades democráticas, planteándose la permanente cuestión de si es proporcional vigilar a todos para controlar solo a algunos, pues el seguimiento que se hace en la vía pública es generalizado e indiscriminado, no sólo de aquellos rostros buscados. Y es que la aceleración de la tecnología ha revolucionado las posibilidades de la hipervigilancia, obligando a cuestionarnos si una sociedad hipervigilada es una sociedad más segura y libre.

---

cial&ved=2ahUKEwik5o3x-qWGAxWSVqQEHbMwBAUQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw0W6hsP-sSWkDTGv68KBBAi

9 *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 final.

10 Presno Linera, Miguel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

Que la hipervigilancia afecta a la privacidad es evidente, pero también lo es que ésta última no tiene carácter absoluto. En cualquier caso, en un Estado de Derecho las intromisiones en la privacidad para preservar la seguridad demandan justificación y deben respetar criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; además de cumplir con las exigencias que reconoció el TEDH en el caso *Marper c. the United Kingdom*, para la implementación de un programa de vigilancia activa: (a) debe existir una cobertura legal muy precisa y clara. (b) y la normativa debe ofrecer garantías sólidas de los derechos de las personas concernidas. Además, no debe olvidarse que, sin ambages, se ha reconocido que puede suponer una afectación de la vida privada la existencia de un registro sistemático o permanente de datos personales, en particular imágenes de una persona identificada (*Peck c. el Reino Unido*, y *Vukota-Bojić c. Switzerland*, 18 de octubre de 2016).

Uno de los problemas que plantea el reconocimiento facial es que provoca detenciones por error; y ello se produce, sobre todo, cuando la policía no lleva a cabo ninguna labor de contraste y aseguramiento adicional de las imágenes y su resultado. Tengamos en cuenta que la respuesta de un sistema de comparación biométrica nunca es binaria (sí o no); es una probabilidad de coincidencia;[11] de ahí que requiera ser contrastada. En este sentido, las empresas de software reconocen que los algoritmos de reconocimiento facial no son tan precisos como puedan serlo los de otros datos biométricos como las huellas dactilares o el iris,[12] lo que puede provocar falsa positividad o negatividad. Los importantes márgenes de error demandan, pues, mayores garantías de comprobación.

Adviértase que, generalmente, la identificación errónea suele coincidir con sesgos discriminatorios, pues la mayoría de las per-

[11] Así lo advierte el CNIL, "Reconnaissance faciale. Pour un debat à ka hauteur des enjeux", 14/11/2019, *https://www.cnil.fr/fr/reconnaissance-faciale-pour-un-debat-la-hauteur-des-enjeux*

[12] Así se resalta en el Informe realizado por Garvie, C.; Bedoya, A.; Y Frankle J., *Center on Privacy & Technology, de la Universidad de Georgetown*, del uso del RF por la policía, *https://www.perpetuallineup.org/findings/accuracy. acerca*

sonas detenidas erróneamente han sido negras y muchas otras mujeres. La gravedad de estos sesgos aboca a que las detenciones por error en el reconocimiento facial quebranten la libertad personal, produciéndose detenciones ilegales y socavando la presunción de inocencia. Debido a este elevado riesgo, su empleo con fines policiales exige, nuevamente, comprobación, más allá del resultado arrojado por la máquina.

La escasa garantía en relación con la obtención de las imágenes que van a servir para cotejar opera como riesgo, pues en muchas ocasiones la policía usa bases privadas que se obtienen, incluso, de redes sociales que ofrecen muy poca fiabilidad.

El reconocimiento facial aboca al *chilling effect*, ya que el saberse constantemente vigilados provoca un efecto desalentador en el ejercicio de los derechos, como pueden ser la libertad de reunión y manifestación. Así lo ha reconocido recientemente el TEDH cuando ha afirmado que el uso de tecnología de reconocimiento facial "sumamente intrusiva" para identificar y detener a participantes de una manifestación pacífica podría tener un efecto amedrentador ('*chilling ef*fect') respecto a los derechos a la libertad de expresión y asociación. En consecuencia, su uso "contra una persona que ejerce su derecho a la libertad de expresión es incompatible con los ideales y valores de una sociedad democrática" (STEDH *Glukhin c. Rusia*, de 4 de julio de 2023).

IV. La generalización de su uso, aun sin la debida cobertura legal

El uso del reconocimiento facial con fines de preservar la seguridad es una realidad a nivel mundial. Pese a que en algunos casos está prevista legalmente con fines policiales, la mayoría de los ordenamientos no contienen una regulación cabal que ofrezca suficientes garantías para su uso. Incluso tropezamos con algunas normas que ignoran la realidad patente de su uso y ni siquiera se atisba en ellas una ordenación de lo que realmente es un hecho incontestable: que el reconocimiento facial está fuertemente implantado y lo ha hecho mucho antes de que tuviera cobertura para ello.

Que su uso no es pacífico queda reflejado en la existencia de normas que lo prohíben, así en Europa distintos países han utilizado el reconocimiento facial en eventos públicos; por ejemplo, en Hamburgo, y ello pese a que la autoridad de datos lo consideró inadmisible. En Colonia se detuvo su utilización jurisdiccionalmente. En Países Bajos se viene utilizando, pese a que la autoridad de datos ha considerado que su marco normativo es insuficiente. Y en Italia el Sistema SARI no se ha aceptado por la autoridad italiana de protección de datos. En Alemania, la Ley de Hesse sobre seguridad y orden público (2018) y la Ley de Procesamiento de datos de la Policía de Hamburgo (2019),[13] han sido declaradas inconstitucionales en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de febrero de 2023, en la que el Alto Órgano estima su inconstitucionalidad debido a la ausencia de las debidas garantías legales dada la intensidad de la intrusión en los derechos fundamentales. Las principales razones aducidas por el Tribunal se centran en la redacción demasiado amplia de los poderes policiales para la realización de tratamientos de datos automatizados, sin que se regule de modo suficiente el peligro identificable que puede permitir estos tratamientos de datos, ni los datos concretos a tratar y los métodos a utilizar.

También se esta planteando su uso en estadios o recintos de grandes eventos. En particular, en el Brøndby IF (Dinamarca) se anunció el uso del reconocimiento facial con la intención de identificar a aquellas personas sobre las que, por haber incumplido las normas de conducta del club, pesara una prohibición de acceder al mismo. El problema esencial residía en que el Estado danés no contaba con una legislación específica en la materia que avalara este uso, que únicamente podía encontrar amparo en el

[13] Un análisis de esta Sentencia, en el que nos basamos lo realiza Cotino Hueso, Lorenzo, "Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España", *Revista General de Derecho Administrativo*,2023, 63. Otros estudios del autor que se ha ocupado del tema son "Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal", en *El Cronista del Estado Social*, IUSTEL, monográfico Inteligencia artificial, núm.100, septiembre-octubre 2022, pp. 68-79.

artículo 7.4 de la Ley danesa de Protección de Datos. La Agencia de protección de datos determinó que existía un interés público sustancial, resultando el tratamiento propuesto proporcional a la hora de tratar los datos de los asistentes a los partidos. A juicio de la Agencia danesa, el fútbol es un evento de masas a cuya seguridad puede contribuir de forma efectiva la instalación de sistemas de reconocimiento facial.

Sin embargo, en otras ocasiones la respuesta ha sido bien distinta, ya que, por ejemplo, cuando el Udienese Calcio (Italia) planteó el uso del reconocimiento facial en dicho estadio, la autoridad administrativa italiana en materia de protección de datos señaló que existían soluciones menos intrusivas en el ámbito de la privacidad que permitían alcanzar idénticos o muy similares resultados.

En España, el uso del reconocimiento facial en el marco de la seguridad pública distingue, por un lado, entre su empleo con fines de investigación criminal, utilizando un sistema que, aún no exento de aristas vidriosas, no plantearía el riesgo de una vigilancia masiva, ya que su uso estaba previsto que fuera post-delictual (ABIS); además, no procesa imágenes en tiempo real. Su mayor efectividad deriva de la posibilidad de identificación sin tener que tomar muestras, como en el caso de huellas o ADN. Sin embargo, con el tiempo, se está utilizando ya para la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Y ello si que plantea mayores problemas, pues la norma española en la que se ampara presenta contradicciones importantes.

Y, por otro lado, el uso de herramientas de reconocimiento facial con fines de preservar la seguridad mediante la vigilancia pública que está regulado en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Esta norma prevé el uso de datos biométricos sujeto a una serie de exigencias y sólo cuando sea estrictamente necesario. Sin embargo, dicha ley es deficitaria y no cuenta con las debidas garantías.

Mención especial merecen las infraestructuras críticas concebidas como "las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas,

por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales" (artículo 2.d de la Ley 8/2011, de 28 de abril). En su protección confluye, al menos en España, seguridad pública y seguridad privada. Y es cierto que en este caso la Agencia Española de Protección de Datos ha sido más flexible y ha entendido que, ya que su adecuada protección tiene por finalidad garantizar la seguridad de los ciudadanos y el correcto funcionamiento de los servicios esenciales, la autorización por el legislador del empleo de técnicas de reconocimiento facial, estableciendo las garantías adecuadas, podría considerarse proporcional.

La Agencia Española de Protección de Datos en diversos Informes, así como en la resolución de expedientes sancionadores, ha ofrecido luces en el uso del reconocimiento facial que contrastan con los claroscuros de las normas. En ellos ha venido cuestionando los sistemas de reconocimiento facial en el ámbito de la seguridad privada, considerando que constituye una técnica extremadamente intrusiva, con riesgos muy elevado. En todo caso, también cabría su uso ante la concurrencia del interés público esencial y la evaluación de impacto, ya que las respuestas no siempre son binarias.

En definitiva, estamos ante un marco regulador incierto que demanda la aprobación de una norma con rango de ley que justifique los requisitos para su utilización y las razones de interés público esencial que avalen su uso. Y es que, en el marco de una sociedad democrática no cabe una actuación de las autoridades policiales sin tener en cuenta las garantías inherentes al Estado de Derecho; en consecuencia, el uso de las herramientas de reconocimiento facial requiere un marco jurídico preciso y detallado.

V. El nuevo reglamento de inteligencia artificial europeo

Los persistentes problemas derivados del deficitario marco normativo para el uso del reconocimiento facial han permitido, finalmente, la aprobación del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (la denominada Ley de Inteligencia Artificial, en ade-

lante RIA). El texto nace tras arduas negociaciones, en las que uno de los escollos más importantes ha sido la oposición del Parlamento Europeo para el uso del reconocimiento facial. Finalmente, el 8 de diciembre de 2023 se ha alcanzado un acuerdo entre la Eurocámara y los Estados.[14] Precisamente, en este acuerdo uno de temas más significativos ha sido la aceptación del reconocimiento facial por parte de las fuerzas de seguridad, ya que los Estados exigían introducir unas cláusulas vinculadas a la seguridad nacional. El texto se ha aprobado definitivamente el 21 de mayo de 2024, convirtiéndose en el primer texto a nivel mundial que regula la Inteligencia Artificial, y su implantación definitiva se pospondrá hasta 2026/27. Sin embargo, pese a la *vacatio legis* prevista, se creará una Agencia Europea de IA, y se podrá aplicar en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor, la prohibición del reconocimiento facial, con unas excepciones.

Quedan excluidos de las exigencias del RIA los sistemas de IA destinados a la verificación biométrica (1 a 1), cuyo único propósito es confirmar que una persona física concreta es la persona que dice ser, así como la identidad de una persona física con la finalidad exclusiva de que tenga acceso a un servicio, desbloquee un dispositivo o tenga acceso de seguridad a un local. Esa exclusión se justifica en la menor repercusión en los derechos fundamentales. Son sistemas en los que, como hemos apuntado con anterioridad, media el conocimiento y el consentimiento.

En relación con el reconocimiento facial basado en la identificación (1 a muchos), su régimen es complejo.

En primer término, cabe precisar que el propio RIA establece[15] un marco riguroso para el reconocimiento facial, pero aclara que su uso en el territorio de un Estado miembro solo debe ser posible cuando el Estado miembro haya decidido contemplar expresamente la posibilidad de autorizarlo en las normas detalladas de su Derecho nacional, y en la medida en que lo haya contemplado. En consecuencia, se requiere norma estatal que habilite "en los términos de la norma comunitaria" para el empleo de la

[14] Presno Linera, Miguel, "La propuesta de <Ley de Inteligencia Artificial Europea>", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, 2023, pp. 81-133.

[15] Considerando 37.

identificación biométrica. Por tanto, los Estados siguen teniendo la libertad de no ofrecer esta posibilidad o de ofrecerla únicamente en relación con algunos de los objetivos que pueden justificar un uso autorizado conforme al presente Reglamento. Dichas normas nacionales deben notificarse a la Comisión en un plazo de treinta días a partir de su adopción.

En segundo término, el Reglamento no se aplica a actividades con fines militares, de defensa o de seguridad nacional; pero si a la seguridad pública.

Partiendo de dichas consideraciones previas, tras la aprobación del RIA, dos son los regímenes jurídicos que confluyen en el uso de la identificación biométrica: I. los sujetos al Reglamento de Inteligencia Artificial y II. los regulados por normativa específica de protección de datos, ya que el Reglamento no pretende afectar a la aplicación del Derecho de la Unión vigente que regula el tratamiento de datos personales.

En relación con la identificación biométrica regulada en el Reglamento, se trata de una identificación remota, entendiendo por tal el sistema de IA destinado a identificar a personas físicas "sin su participación activa, generalmente a distancia, comparando sus datos biométricos con los que figuren en una base de datos de referencia".

Es muy ilustrativa la referencia de Cotino Hueso[16] cuando afirma que el Reglamento se aplica como una especie de semáforo: el Rojo prohíbe algunos usos (art. 5), el Amarillo (fija algunos usos como de alto riesgo que deben cumplir numerosas obligaciones que ocupan el grueso del Reglamento). Verde: no es obligatorio cumplir la regulación del Reglamento (verificación de 1 a 1); estos, como hemos visto, quedan excluidos.

El Reglamento prohíbe la identificación biométrica en tiempo real y con fines policiales, en espacios públicos, salvo en de-

[16] Cotino Hueso, Lorenzo, "Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos", en Balaguer Callejón, Francisco y Cotino Hueso, Lorenzo (coords), *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 366.

terminadas situaciones que enumera de manera taxativa en las que sea necesario su uso para lograr un interés público esencial cuya importancia compense los riesgos. Dichas excepciones están previstas en el Artículo 5(1)(h), y están rodeadas de unas precisas garantías:

- Cuando se esté realizando una búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un determinado delito (secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos), y personas desaparecidas.
- Para prevenir amenazas específicas, importantes e inminentes para la vida o seguridad de las personas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista.

Esa amenaza alcanza a las infraestructuras críticas en las que podría aplicarse la identificación biométrica cuando la perturbación o destrucción de dichas infraestructuras suponga una amenaza inminente para la vida o la seguridad física de una persona, también al perjudicar gravemente el suministro de productos básicos a la población o el ejercicio de la función esencial del Estado.

- Para la detección, localización, identificación o enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos recogidos en el Anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.[17]

Aún en estos supuestos, debe realizarse una evaluación de impacto y debe mediar autorización judicial expresa y previa o

[17] Terrorismo, "trata de seres humanos," explotación sexual de menores y pornografía infantil," tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas," tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos," homicidio voluntario, agresión con lesiones graves," tráfico ilícito de órganos o tejidos humanos," tráfico ilícito de materiales nucleares o radiactivos," secuestro, detención ilegal o toma de rehenes, delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional," secuestro de aeronaves o buques," violación," delitos contra el medio ambiente," robo organizado o a mano armada," sabotaje," participación en una organización delictiva implicada en uno o varios de los delitos enumerados en esta lista.

de la autoridad administrativa independiente de un Estado cuya decisión sea vinculante. Autorización que se prestará sólo cuando tenga constancia de que el uso del sistema de identificación biométrica remota "en tiempo real" sea necesario y proporcionado para alcanzar alguno de los objetivos que figuran en este precepto. No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización, siempre que se solicite sin demora indebida, a más tardar en un plazo de 24 horas. Ahora bien, si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente. Asimismo, se imponen limitaciones temporales, geográficas y personales.

Y, por último, su aplicación se deberá notificar a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y a la autoridad nacional de protección de datos, que deberán presentar informes anuales ante la Comisión sobre su aplicación; informes que se publicarán, sin incluir datos operativos sensibles.

Por otro lado, cuando no estén aplicados a fines policiales, los sistemas de identificación biométrica están considerados como sistemas de alto riesgo, en atención a su impacto sobre derechos fundamentales. Estos no están prohibidos como en el caso anterior, pero han de sujetarse a las obligaciones previstas en el Reglamento (art. 6), debiendo realizarse evaluaciones de riesgos, quedando sujetos a exigencias de transparencia y supervisión humana constantes.

El uso de la identificación biométrica sujeta a la normativa específica de protección de datos.

Todo tratamiento de datos biométricos y de datos personales de otra índole asociado al uso de sistemas de IA para la identificación biométrica, debe seguir cumpliendo todos los requisitos derivados de la normativa de protección de datos,[18] a los que nos

[18] Artículo 10 de la Directiva (UE) 2016/680, así como el Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725. En consecuencia, se permite su uso siguiendo las exigencias previstas en el artículo 9 del RGPD 2016/679 y la Directiva de tratamiento de datos personales por las autoridades policiales 2016/680.

hemos referido con anterioridad. La concurrencia de ambos regímenes es compleja. Pero, dicha normativa específica de protección de datos podrá aplicarse, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad privada, o en espacios en los que se requieran medidas excepcionales de control, como, por ejemplo, los estadios y recintos para grandes eventos, entre otros; incluso determinadas infraestructuras críticas.

En síntesis, puede afirmarse que, en el marco de una sociedad democrática no cabe una actuación de las autoridades policiales alejada de las garantías inherentes al Estado de derecho; en consecuencia, el uso de las herramientas de reconocimiento facial requiere un marco jurídico preciso y detallado (STEDH *Glukhin c. Rusia*, de 4 de julio de 2023). El RIA puede ofrecer dicho marco, ya que, por primera vez, se ofrecen unas garantías que deberán incorporarse a las normas internas de los Estados, tan ayunas de la debida coherencia. Marco normativo que habrá de completarse con el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, aprobado este mismo año.

La libertad de expresión y la "infocracia" en la comunicación política: el rol de la Inteligencia Artificial (IA) en las elecciones

***

Freedom of expression and the "infocracia" in political communication: the role of Artificial Intelligence (AI) in elections

*Paula S. Suárez**

Resumen: en los últimos tiempos los derechos políticos enfrentan un gran desafío respecto a las diversas innovaciones tecnológicas que el campo electoral hoy les presenta, y que en muchos casos despierta opiniones encontradas.

Ello exige reflexionar sobre un nuevo paradigma que se viene gestando desde hace un tiempo en la vida política de los Estados, en los que se relega cada vez más el uso de los medios tradicionales como la televisión, la radio o la prensa escrita, para hacer política.

* Subsecretaria de la Cámara Nacional Electoral de Argentina. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Abogada -diploma de honor-. Máster en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla La Mancha. Máster en Justicia Constitucional y DDHH por la Universidad de Bologna. Doctoranda en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora regular y Coordinadora de Relaciones Institucionales del Observatorio Electoral de la citada universidad. Miembro del Consejo Directivo del Observatorio de Independencia Judicial e Integridad Electoral de la Red Mundial de Justicia Electoral. *paulasuarez@derecho.uba.ar.*

En ese contexto, se puede advertir que los partidos políticos y los candidatos hacen uso cada vez más de las redes sociales y de todo tipo de innovación tecnológica para llegar a los electores, movilizar apoyos y recaudar fondos; en tanto que los electores las usan para implicarse en las campañas y llamar la atención de los responsables políticos y de otros ciudadanos sobre problemáticas relacionadas con los comicios.[1]

Esta potencial incidencia de los medios digitales en el ámbito político se debe a varios componentes fundamentales, entre los que se encuentran: el cambio en la producción y circulación de información, la facilidad de uso, el bajo coste y la instantaneidad.[2]

Es sabido que en este tema podrá encontrarse doctrina a favor de la utilización de los medios digitales en el campo de lo político, pues entienden que con ello se contribuye al fortalecimiento de una democracia participativa con una ciudadanía más activa, pero también y con casi igual porcentaje encontraremos quienes -sin estar en contra- se ven preocupados por los abusos que pueden originarse con la utilización malintencionada de tales medios a causa de una inexistente regulación que enmarque dicho accionar y que podría llegar a quebrantar la confianza en la transparencia e integridad de los procesos electorales.

Lo cierto es que, nos ubiquemos en cualquiera de las posturas antes descriptas, no puede soslayarse la influencia que está teniendo, la innovación tecnológica en todo el mundo, especialmente la inteligencia artificial (IA) en la arena política-pública y por ende en las elecciones, y cómo esto afecta o fortalece la libertad de expresión en la comunicación política, en particular y al sistema democrático constitucional, en general.

Abstract: In recent times, political rights face a great challenge regarding the various technological innovations that the electoral field presents to them today, and which in many cases arouses conflicting opinions.

1 "Reforzar la integridad y la transparencia de las elecciones en la era de las redes sociales", UNESCO, 5 de febrero de 2018, *https://www.unesco.org/es/articles/reforzar-la-integridad-y-la-transparencia-de-las-elecciones-en-la-era-de-las-redes-sociales*

2 Tullio, Alejandro, "Redes sociales digitales y política", *Diccionario electoral*, 3a. ed., Costa Rica-México, IIDH/CAPEL y TEPJF, 2017, pp. 902-906.

This requires reflecting on a new paradigm that has been developing for some time in the political life of States, in which the use of traditional media such as television, radio or the written press is increasingly relegated to make policy.

In this context, it can be seen that political parties and candidates increasingly make use of social networks and all types of technological innovation to reach voters, mobilize support and raise funds; while voters use them to get involved in campaigns and draw the attention of political leaders and other citizens to problems related to the elections.

This potential impact of digital media in the political sphere is due to several fundamental components, among which are: the change in production and circulation of information, ease of use, low cost and instantaneity.

It is known that on this topic one can find doctrine in favor of the use of digital media in the political field, since they understand that this contributes to the strengthening of a participatory democracy with a more active citizenry, but also and with almost the same percentage we will find those who - without being against it - are concerned about the abuses that may arise from the malicious use of such media due to a non-existent regulation that frames such actions and that could break confidence in the transparency and integrity of the electoral processes.

The truth is that, whether we take any of the positions described above, we cannot ignore the influence that technological innovation is having throughout the world, especially artificial intelligence (AI) in the political-public arena and therefore in the elections, and how this affects or strengthens freedom of expression in political communication, in particular and to the constitutional democratic system, in general.

Palabras claves: libertad de expresión, redes sociales, inteligencia artificial, elecciones, desinformación.

Keywords: freedom of expression, social media, artificial intelligence, elections, disinformation.,

Sumario: I. Introducción. II. La libertad de expresión en la era digital ¿libertad absoluta o libertad reglada? III. El efecto de la

"infocracia" en la comunicación política: el rol de la IA en las elecciones. IV. Consideraciones finales. Referencias.

I. Introducción

La era digital nos obliga a reflexionar sobre un nuevo paradigma que se viene gestando desde hace un tiempo en la vida política de los Estados.

La democracia parece haberse trasladado a la pantalla de los electores, pero no a la de la televisión precisamente, sino más bien a la de los *ipads*, *tablets*, *iphones*, entre muchos otros dispositivos, que han ingresado a la vida cotidiana de la ciudadanía de manera exponencial.

Con ello comienzan a adoptarse otras formas de hacer política relegando cada vez más del uso de los medios tradicionales como la televisión, la radio o la prensa escrita.

En ese contexto, se puede advertir que los partidos políticos y los candidatos utilizan cada vez más las redes sociales y todo avance tecnológico -como el uso de la inteligencia artificial (IA), en especial la generativa- para llegar a los electores, movilizar apoyos y recaudar fondos; en tanto que los electores las usan para implicarse en las campañas y llamar la atención de los responsables políticos y de otros ciudadanos sobre problemáticas relacionadas con los comicios.[3]

Esta potencial incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito político se debe a varios componentes fundamentales, entre los que se encuentran: el cambio en la producción y circulación de información, la facilidad de uso, el bajo coste y la instantaneidad.[4]

Es sabido que en este tema podrá encontrarse doctrina a favor de la utilización de los medios digitales en el campo de lo

[3] "Reforzar la integridad y la transparencia de las elecciones en la era de las redes sociales", UNESCO, 5 de febrero de 2018, *https://www.unesco.org/es/articles/reforzar-la-integridad-y-la-transparencia-de-las-elecciones-en-la-era-de-las-redes-sociales*

[4] Tullio, Alejandro, *op. cit*.

político, pues entienden que con ello se contribuye al fortalecimiento de una democracia participativa con una ciudadanía más activa, pero también y con casi igual porcentaje encontraremos quienes —sin estar en contra— se ven preocupados por los abusos que pueden originarse con el uso malintencionado de tales medios a causa de una inexistente regulación que enmarque dicho accionar y que podría llegar a quebrantar la confianza en la integridad de los procesos electorales.

Lo cierto es que, nos ubiquemos en cualquiera de las posturas antes descriptas, no puede soslayarse la influencia que está teniendo, la innovación tecnológica en todo el mundo, especialmente la IA en la arena política-pública y por ende en las elecciones; y cómo esto debilita o fortalece la libertad de expresión en la comunicación política, en particular, y al sistema democrático constitucional, en general.

II. La libertad de expresión en la era digital ¿libertad absoluta o libertad reglada?

La libertad de expresión —que, asimismo, es comprensiva del derecho a la información— es uno de los pilares fundamentales para la vida de la democracia constitucional de un Estado.

Al respecto, nos enseña Segundo V. Linares Quintana que la libertad de expresión es una libertad institucional porque sin ella no pueden existir la tolerancia y el pluralismo que tipifican a un sistema político democrático constitucional. Pero también es una libertad estratégica porque de su existencia depende la subsistencia de las restantes libertades.[5] Por ello, afirma que donde la libertad de expresión está presente, ya existe el germen de una sociedad libre y está a disposición un medio necesario para toda ampliación de libertad.[6]

[5] Badeni, Gregorio, "Los límites de la libertad de expresión", *Diario La Nación*, 28 de julio de 2016.

[6] Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 4.

Por su parte, el constitucionalista Gregorio Badeni,[7] señala que "no cabe duda de que la libertad de expresión es un derecho fundamental por medio del cual se exterioriza el pensamiento humano. Pero, como todo derecho [...] no tiene carácter absoluto y su ejercicio debe ser lícito".

De otro lado, no podemos dejar de mencionar las dos dimensiones –individual y colectiva— de la libertad de expresión que se encuentran delineadas en la Opinión Consultiva n° 5/85[8] por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De esta manera destaca que la dimensión individual comprende la libertad de expresarse, y de modo indivisible, el derecho de difusión del pensamiento, ideas e informaciones a través de cualquier medio; en cuanto a la dimensión social señala que es la libertad de expresión un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos.

Ahora bien, siguiendo estos lineamientos cuando se habla, entonces, del modo de expresión "por cualquier medio", se alude —dentro de la amplitud de tal concepto— a Internet.

En igual orden de consideraciones, la Relatoría Especial sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión (RELE-ONU), ya había manifestado -en el informe A/66/290- que

> el marco de la normativa internacional de los derechos humanos, en particular las disposiciones relativas al derecho a la libertad de expresión, sigue siendo pertinente y aplicable a Internet. De hecho, al establecer explícitamente que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión por cualquier procedimiento de su elección, sin consideración de fronteras, la propia formulación del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preveía la posibilidad de incluir y dar cabida a futuros adelantos tecnológicos para permitir a las personas ejercer este derecho.

---

7 Badeni, Gregorio, *op. cit*.

8 Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/ 13 de noviembre 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf*

Por último, resulta enriquecedora la lectura de las opiniones vertidas en el reporte "Libertad de Expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas", donde se concluye, en su mayoría, que sería adecuado que los Estados soliciten a la Corte IDH una nueva opinión consultiva para que estos medios de expresión tengan normas que regulen su utilización.

De todas maneras, entendemos que la cautela y prudencia deben reinar a la hora de pensar una reglamentación de los diversos entornos digitales, pues es muy importante el pleno y libre desarrollo de las ideas para la construcción de un debate abierto y sincero que merece cualquier sociedad que se repute democrática.

Sin perjuicio de ello, y en virtud del impacto negativo que ha tenido la intervención de *Cambridge Analytica* en los acontecimientos políticos de diversos Estados, como uno de los hechos originarios de gran impacto en la materia, las grandes plataformas digitales como *Facebook* y *X* comenzaron a lanzar un paquete de medidas especialmente para combatir el *astroturfing,*[9] que es el modo más utilizado para influir en el debate público, con la creación de ejércitos de usuarios (*bots*) que en forma coordinada publican mensajes predefinidos, apoyando o atacando a cierta persona o ideología, y la difusión de noticias falsas,[10] más conocidas como *fakenews*.

Ahora bien, tanto en América como en Europa se está tratando de profundizar más sobre el tema e incluso algunos países cuentan con marcos regulatorios específicos en torno al accionar de los medios digitales a fin de combatir la viralización de noticias falsas y la identificación de cuentas anónimas o robóticas, e incluso abordar a la inteligencia artificial desde un marco más integral.

---

9 *Astroturf* es una marca norteamericana de césped artificial diseñado de tal manera para parecer natural. Así, *astroturfing* hace referencia a esa artificialidad y al armado falso o fabricado de ciertas campañas electorales, en lo que se refiere al campo político.

10 Quaglia, Juan, "Astroturfing político: como manipulan los gobiernos las redes sociales", 28 de diciembre de 2017, *https://www.economiapersonal.com.ar/astroturfing-politico-como-manipulan-los-gobiernos-las-redes-sociales/#*

Ejemplifica lo expuesto las legislaciones en Alemania (2017)[11] y Francia (2018),[12] que han establecido especiales obligaciones a las plataformas de Internet como *Google*, *X* y *Facebook*.[13]

En Estados Unidos, la lucha contra las noticias falsas es especialmente difícil debido a la protección que la Primera Enmienda de la Constitución concede a la libertad de expresión.[14] Sin embargo se creó una comisión investigadora en el Senado.

En cambio, en algunos países de América Latina, no se elaboró un marco regulatorio, pero se optó por negociar con las grande entidades, a través de la firma de convenios con la intención de promover el voto informado y libre, así como las firmas de pactos éticos digitales (Argentina, México, Brasil, Panamá, entre otros; cada uno con sus diferentes matices).

Sin duda, son temas de gran importancia y que merecen una pronta solución de carácter legislativo o de otro tipo pero siempre respetuosa de las garantías consagradas en todo sistema democrático constitucional.

III. El efecto de la "infocracia" en la comunicación política: el rol de la IA en las elecciones

En los últimos años la relación entre Política e Internet ha crecido de manera exponencial, creando una especie de fenómeno

11 Ley para la mejora de la aplicación de la ley en las redes sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz o NetzDG*), *http://bcn.cl/28lx1*

12 Ley orgánica relativa a la lucha contra la manipulación de la información (*Loi organique* n° 2018-1201 y n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 *relative à la lutte contre la manipulation de l'information*), *http://bcn.cl/28lwz*

13 Weidenslaufer, Christine, "La regulación de las "fakenews" en el derecho comparado", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN "Asesoría Técnica Parlamentaria*, enero 2019, *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26901/1/Regulacion_de_las_fake_news_2018.pdf*

14 Pauner Chulvi, Cristina, "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 41, 2018, pp. 297-318, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/teoria-realidad/article/view/36060*

de ciberactivismo político-electoral, como un nuevo modelo de participación democrática del siglo XXI.

Baste recordar los efectos y el impacto que tuvo en las sociedades del mundo la supuesta injerencia rusa en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos, el *Brexit* en Inglaterra, el plebiscito sobre los acuerdos de paz en Colombia, entre otros muchos sucesos. En los tres casos se trató de campañas muy polarizadas y, tras el resultado, se habló del papel de los medios y las plataformas digitales, que habrían "intoxicado" la campaña e influido de ese modo en el resultado, que en todos los casos resultó inesperado.[15]

En 2021 salió publicado un libro denominado *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia* por el autor surcoreano ByungChul Han,[16] que causó gran impacto por su temática y texto sugerente. En dicha obra el escritor intenta advertir las consecuencias negativas que la era digital conlleva para la democracia.

Para llegar a esa conclusión sostiene que el *tsunami* de la información que se produce hoy en día se ha apoderado también de la esfera política y está provocando distorsiones y trastornos masivos en el proceso democrático. De ahí que considere que la democracia está degenerando en infocracia.[17]

Así, en la era de la infocracia, se pierde el sentido de buscar las condiciones ideales de comunicación para una política igualitaria, en el marco de las democracias representativas liberales. En ella, la deliberación, el debate y la verdad dejan de ser relevantes como lo eran porque han sido reemplazadas por una guerra de escenificaciones mediáticas en la que la discusión y la verdad son reemplazadas por una guerra de información.[18]

---

15 Fernández García, Nuria, "Fake News: una oportunidad para la alfabetización mediática", *NUSO* Nº 269 / mayo-junio 2017, *http://nuso.org/articulo/fake-news-una-oportunidad-para-la-alfabetizacion-mediatica/*

16 Han, Byung-Chul, *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia*, Madrid, Taurus, 2022.

17 Castellanos Claramunt, Jorge, *Inteligencia artificial y democracia: garantías, límites constitucionales y perspectiva ética ante la transformación digital*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 194.

18 Martin, Alan, reseña a la obra *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia* de Byung-Chul Han, *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602022000100209*

Por su parte, en su libro *A Preface to DemocraticTheory*, Robert Dahl enumeraba una lista de ocho requisitos para crear una mayoría decisiva. Tras identificar el sufragio en los cuatro primeros requisitos, la quinta condición que presenta el profesor norteamericano es que "todos los individuos posean una información idéntica sobre las alternativas existentes".[19]

Así, la apertura a la entrada de flujos no controlados de información a través de Internet es una buena noticia frente al poder que, en su concepción tradicional, se le asignaba a la prensa como determinante de la agenda política y puede afirmarse que el mundo se ha democratizado extraordinariamente gracias a la accesibilidad a nuevos canales por los que desarrollarse. Pero esta apertura también tiene un ángulo negativo ya que el consenso debe construirse sobre unas bases comunes y el esparcimiento de la desinformación puede hacer imposible ese mínimo compartido. La gravedad de esta amenaza y la magnitud del fenómeno de las noticias falsas han puesto en alerta a los medios de comunicación y los poderes públicos y es motivo de preocupación a nivel mundial.[20]

A ello se le suma el rol cada vez más presente de la IA, como una tecnología que ha ido ganando terreno en muchos ámbitos de la sociedad, y el espacio político-electoral no es una excepción.

Todos sabemos que un aspecto central de cualquier sistema democrático constitucional es el referido a la integridad electoral. De igual manera, estamos de acuerdo en que en la era de la IA, la integridad electoral se vuelve aún más crítica ya que puede ser utilizada para manipular las elecciones de diversas maneras, por ejemplo, como se dijo, mediante la creación y propagación de información falsa o desinformación. En efecto, el concepto de integridad electoral y su correlato negativo, el de mala práctica electoral (*electoral malpractice*), se han convertido en objeto de intenso debate y de investigaciones académicas en los últimos tiempos.[21]

---

19 Dahl, R., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago-Londres, the University of Chicago Press, 1956, p. 71.

20 Pauner Chulvi, Cristina, *op. cit*.

21 Dalla via, Alberto R, *Derecho electoral. Teoría y práctica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021. Ver también Garrido, Antonio y Nohlen, Dieter, "Integridad Electoral y Derecho Electoral Comparado: Evaluando Evaluacio-

La IA determina, con algoritmos, cuáles y cuantos mensajes deben aparecer en nuestras pantallas, así como el orden en la distribución de la información a través de las nuevas y tecnificadas redes sociales.[22]

Para abordar estos desafíos, entonces, es necesario adoptar medidas que garanticen la transparencia y la responsabilidad en la implementación de la IA en las elecciones. Esto incluye la transparencia en la recolección y el uso de datos, la identificación y eliminación de cuentas falsas o *bots*, y la regulación de los anuncios políticos en línea.

Además, es importante que los ciudadanos estén informados sobre los riesgos y desafíos que plantea la IA en las elecciones, y estén equipados para identificar y resistir la manipulación y la desinformación. La educación cívica y la alfabetización digital son herramientas importantes para empoderar a los votantes y proteger la integridad electoral.

Por ello celebramos las diversas medidas que fueron adoptando los organismos internacionales. Así, podemos citar —a modo de ejemplo— la Recomendación sobre la Ética de la IA, adoptada en noviembre de 2021 por los 193 Estados miembros de la Conferencia General de la UNESCO, constituyendo así, el primer instrumento normativo mundial sobre el tema. Allí se dijo que las tecnologías de la IA pueden ser de gran utilidad para la humanidad y todos los países pueden beneficiarse de ellas, pero también suscitan preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas.[23]

---

nes", *Derecho Electoral Latinoamericano. Un enfoque Comparativo*, México, Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Nacional Electoral, IDEA Internacional, 2019, p.1369.

22 Cortes Olivo, David, "La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente", *Revista Conjeturas Sociológicas Universidad, El Salvador*, vol. 7 núm. 19, 2019.

23 "Recomendación sobre la ética de la IA", UNESCO, 30 de agosto de 2023, *https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial*

Asimismo, resulta oportuno destacar a la resolución del 21 de marzo de 2024 adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la cual se pide a los Estados que se abstengan de utilizar sistemas de inteligencia artificial que no puedan funcionar de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos o los pongan en riesgo; la ley de IA aprobada por el Parlamento Europeo del 13 de marzo de 2024; y el acuerdo de Múnich donde veinte compañías líderes en tecnología mediante el "Pacto Tecnológico contra el Uso Engañoso de la IA en las Elecciones de 2024", se comprometieron a implementar tecnología para detectar y contrarrestar el contenido de IA perjudicial diseñado para engañar a los votantes.

También, corresponde señalar la aprobación del primer tratado internacional sobre inteligencia artificial por el Consejo de Europa, el mismo resulta jurídicamente vinculante destinado a garantizar el respeto de los derechos humanos, del estado de derecho y las normas jurídicas democráticas en el uso de los sistemas de IA. El tratado, asimismo, está abierto a países no europeos. El Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial y derechos humanos, democracia y estado de derecho, ha sido adoptado en Estrasburgo durante la 133 sesión, el día 17 de mayo de 2024.[24]

En conclusión, la IA presenta desafíos significativos para la integridad electoral, pero también podría ofrecer oportunidades para mejorar la eficiencia de los procesos electorales, ello dependerá de la implementación de principios fundamentales tales como la transparencia que deberá regir todo proceso electoral en sus diversas etapas preelectorales, electorales y postelectorales.

Para que un sistema funcione bien no hace falta mucha virtud por parte del gobernante; lo que hace falta son instituciones que funcionen, que vigilen, que tengan transparencia, que establezcan protocolos en los cuales el mal comportamiento sea automáticamente castigado, o ni siquiera se produzca porque el propio sistema lo impide.[25]

---

[24] Ver *https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence#:~:text=El%20Consejo%20de%20Europa%20ha,de%20inteligencia%20artificial%20(IA)*

[25] Innerarity, Daniel, "Inteligencia artificial y democracia", en Lazzarini, Carlos G. (dir.) y Quilici, Federico D. y Amador, Esteban (coords.), *La inte-*

Así, como bien recomienda la UNESCO, dispositivos tanto técnicos como institucionales deberían garantizar la auditabilidad y la trazabilidad (del funcionamiento) de los sistemas de IA, en particular para intentar solucionar cualquier conflicto con las normas relativas a los derechos humanos, más específicamente en el caso que nos ocupa, relativas a los derechos de la participación política.

IV. Consideraciones finales

Como pudimos observar el tema que en esta oportunidad nos ocupa, tiene infinidad de aristas en un escenario muy complejo.

En ese sentido, la tarea que les espera a los Estados a los fines de preservar los valores éticos y democráticos de la ciudadanía, en especial en tiempos de elección, es titánica.

No debemos olvidar que la democracia representativa se construyó basada en el pluralismo de ideas, de pensamiento, de libertad de expresión, dentro de un pluralismo de partidos políticos.

Ahora bien, tampoco podemos ignorar que con la expansión de las redes sociales y la utilización que la política hace de ellas, así como el rol cada vez más presente de la IA, esos valores se ven potenciados, pero también en muchos casos, y producto de ese impacto, debilitados o altamente afectados.

En ese punto, es un buen momento para reflexionar si la transformación normativa sigue adecuadamente a esa revolución digital, o bien, la carrera ha sido ganada ya por la tecnología. Dable es afirmar que cualquiera que sea el modelo que pretenda construirse para fijar los límites válidos de la comunicación política, enfrenta los obstáculos propios de las características de ese canal de comunicación (interactividad, instantaneidad, internacionalidad e impacto intercultural). Todo ello, como se vio, hace

ligencia artificial y política. Los desafíos de una tecnología acelerada en las instituciones contemporáneas, Buenos Aires, Colección Parlamento futuro–ICAP Secretaría Parlamentaria HCDN, 2022, pp. 25-37, *https://www4.hcdn.gob.ar/icap/archivos/Inteligencia-artificial-y-politica-1668028317.pdf*

muy complejo un modelo o diseño de regulación, pero no imposible, como lo han demostrado algunos países y los organismos internacionales.

Ahora bien, el fenómeno de la desinformación es un hecho que debe ser atendido por que, si bien están en juego derechos de raigambre constitucional como el derecho a la información, especialmente en tiempos electorales, hay que pregonar para que el manejo de esa información sea no solo libre, sino veraz, transparente y sincera, pues es en base a ello que la ciudadanía o el elector toma sus decisiones a los fines de expresar su opción en las urnas.

En ese entendimiento, se ha señalado que "en la medida en que los procesos electorales se realicen en mejores condiciones de información, imparcialidad y libertad, mayor será la calidad de la democracia".[26]

Como señala Brunner "una información política de mala calidad —unilateral, sesgada, superficial o puramente retórica, —crea una opinión pública mal informada y reduce la relación entre gobernantes y gobernados a un mero juego, sin incidencia en el curso de las políticas. Nunca antes, por lo mismo, la responsabilidad de los comunicadores ha sido más formidable y exigente. De ellos depende, en gran medida, que pueda florecer una opinión pública activa e influyente".[27]

Por ello resulta necesario empoderar a los ciudadanos y facilitarles la adquisición de las competencias mediáticas necesarias para acceder, comprender, analizar, evaluar y producir contenido y para distinguir entre noticias o acontecimientos reales y falsos. En ese sentido, la alfabetización mediática con un sentido cívico se torna imprescindible a los fines de fortalecer una demo-

[26] Molina, José E., "Elecciones en América Latina (2005-2006): desafíos y lecciones para la organización de procesos electorales", Cuadernos de CAPEL, núm. 52, 2008, pp. 13 y 14.

[27] Brunner Ried, José Joaquín, "Comunicación y Política en la Sociedad Democrática", *Contribuciones* n° 2, 1996, pp. 9-11, *cit*. en Serrafero, Mario D., "Política, Democracia y Medios de Comunicación", correspondiente a su obra *Poder Político y Libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pp. 281-294.

cracia y construir una ciudadanía informada que pueda decidir libremente.[28]

Si bien hay que hacer todo lo posible por aumentar la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA, incluidos los que tienen un efecto extraterritorial, a lo largo de su ciclo de vida para respaldar la gobernanza democrática, el grado de tales principios debería ser siempre adecuado al contexto y al efecto, ya que puede ser necesario encontrar un equilibrio entre la transparencia y la explicabilidad y otros principios como la privacidad, la seguridad y la protección. Las personas deberían estar plenamente informadas cuando una decisión se basa en algoritmos de IA o se toma a partir de ellos, en particular cuando afecta a su seguridad o a sus derechos humanos; en esas circunstancias, deberían tener la oportunidad de solicitar explicaciones e información al actor de la IA o a las instituciones del sector público correspondientes.[29]

Los algoritmos cohabitan con nosotros, nos allanan el camino en la rutina diaria. Sin embargo, las voces de alerta comienzan a sonar cada vez más fuerte. ¿Acaso no estamos entregando nuestra libertad a cambio de nuestros datos? La dimensión ética empieza a aflorar cuando *Big data* y la utilización de algoritmos confrontan con nuestras libertades más fundamentales: dignidad, privacidad y libre albedrío.[30] La IA debe estar al servicio de los intereses de los ciudadanos, y no al revés.

En ese mismo orden de ideas Lasalle advierte con claridad que el algoritmo no puede ser "una ley por la ausencia de la ley del Estado. Ha de subordinarse a la naturaleza instrumental que debe revestir la técnica con relación al ser humano".[31]

---

28 Fernández García, Nuria, *op. cit*.

29 "Recomendación sobre la ética de la IA", UNESCO, 30 de agosto de 2023, *https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial*

30 Colombo, María Celeste, "¿Qué es la inteligencia artificial?", *Dossier Legislativo Inteligencia artificial*, Buenos Aires, año XII, núm. 279, febrero de 2024, p. 21, *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-279-legis-nacional-inteligencia-artificial-feb-2024.pdf*

31 Lasalle, J. M., *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Arpa, 2019, p. 158.

Es claro que cada vez más nos alejamos de la sociedad teledirigida de Sartori, y nos dirigimos hacia un escenario de entornos digitales complejo que exige que tanto los operadores de la justicia electoral como la ciudadanía en general, tengan una aptitud consciente y que favorezca al voto informado, pudiendo lograr, con tal fin, identificar los contenidos que efectivamente faciliten la formación de una opinión pública libre y auténtica.

De ahí la importancia y la oportunidad de recordar las palabras de Octavio Paz al decir que "una Nación sin elecciones libres es una nación sin voz, sin ojos y sin brazos".

Referencias

Badeni, Gregorio, "Los límites de la libertad de expresión", *Diario La Nación*, 28 de julio de 2016.

Castellanos Claramunt, Jorge, *Inteligencia artificial y democracia: garantías, límites constitucionales y perspectiva ética ante la transformación digital*, Barcelona, Atelier, 2023.

Colombo, María Celeste, "¿Qué es la inteligencia artificial?", *Dossier Legislativo Inteligencia artificial*, Buenos Aires, año XII, núm. 279, febrero de 2024.

Cortes Olivo, David, "La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente", *Revista Conjeturas Sociológicas Universidad, El Salvador*, vol. 7 núm. 19, 2019.

Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/ 13 de noviembre 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

Corvalán, Juan Gustavo (dir.), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2023.

Dahl, R., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago-Londres, the University of Chicago Press, 1956.

Dalla via, Alberto R, *Derecho electoral. Teoría y práctica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021.

Fernández García, Nuria, "Fake News: una oportunidad para la alfabetización mediática", *NUSO* Nº 269 / mayo-junio 2017.

Garrido, Antonio y Nohlen, Dieter, "Integridad Electoral y Derecho Electoral Comparado: Evaluando Evaluaciones", en *Derecho Electoral Latinoamericano. Un enfoque Comparativo*, México, Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Nacional Electoral, IDEA Internacional, 2019.

Han, Byung-Chul, *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia*, Madrid, Taurus, 2022.

Informe, "Desinformación en Internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe", contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital de enero de 2019.

Informe, "Inteligencia artificial y democracia", UNESCO, 2024.

Lazzarini, Carlos G. (dir.) y Quilici, Federico D. y Amador, Esteban (coords.), *La inteligencia artificial y política. Los desafíos de una tecnología acelerada en las instituciones contemporáneas*, Buenos Aires, Colección Parlamento futuro–ICAP Secretaría Parlamentaria HCDN, 2022.

Lasalle, J. M., *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, Arpa, 2019.

Ley para la mejora de la aplicación de la ley en las redes sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz o NetzDG*).

Ley orgánica relativa a la lucha contra la manipulación de la información (*Loi organique n°* 2018-1201 y n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 *relative à la lutte contre la manipulation de l'information*).

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 4.

Martin, Alan, reseña a la obra *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia* de Byung-Chul Han.

Molina, José E., "Elecciones en América Latina (2005-2006): desafíos y lecciones para la organización de procesos electorales", *Cuadernos de CAPEL,* núm. 52, 2008.

Pauner Chulvi, Cristina, "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 41, 2018.

Quaglia, Juan, "Astroturfing político: como manipulan los gobiernos las redes sociales", 28 de diciembre de 2017.

"Recomendación sobre la ética de la IA", UNESCO, 30 de agosto de 2023.

"Reforzar la integridad y la transparencia de las elecciones en la era de las redes sociales", UNESCO, 5 de febrero de 2018.

Serrafero, Mario D., *Poder Político y Libertad de expresión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

Tullio, Alejandro, "Redes sociales digitales y política", *Diccionario electoral*, 3ra. edición, Costa Rica-México, IIDH/CAPEL y TEPJF, 2017.

Weidenslaufer, Christine, "La regulación de las "fakenews" en el derecho comparado", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN – Asesoría Técnica Parlamentaria*, enero 2019

La democracia digital y los desafíos del derecho

***

Digital democracy and the challenges of law

*Jaime Arturo Verdín Pérez**

Resumen: el objetivo general de este trabajo es demostrar la necesaria regulación de las tecnologías vinculadas a la democracia que dan lugar a un concepto novedoso desde una perspectiva digital. Así, se enfoca en identificar un tema actual que constituye un desafío para el derecho constitucional, para la justicia constitucional y particularmente para la democracia, lo cual no excluye el derecho electoral. Desde este enfoque, la democracia digital considera el desarrollo científico y tecnológico, pero no deja de lado el contexto de los derechos humanos, ya que involucra a las sociedades, su representación y su interferencia en la vida pública para su participación en asuntos de participación política, balance de poderes, entre otros.

Abstract: the general objective of this work is to demonstrate the necessary regulation of technologies that are linked to democracy and that give rise to a novel concept from a digital perspective, thus, it focuses on identifying a current issue that constitutes a challenge for the law. constitutional, for constitutional justice and particularly for democracy, which does not exclude the electoral right.

* Doctor en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y Nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores de Conahcyt.

From this approach, digital democracy considers scientific and technological development, but does not leave out the context of human rights, since it involves societies, their representation, and their interference in public life for their involvement in matters of political participation, balance of powers, among some.

Palabras clave: democracia, acceso a la justicia, democracia digital.

Keywords: democracy, access to justice, digital democracy.

Sumario: I. Introducción. II. Democracia digital, ¿qué entendemos? III. Acceso a la justicia y democracia digital. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo general, demostrar la necesaria regulación de las tecnologías que se vinculan con la democracia y que dan lugar a un concepto novedoso desde una vertiente digital, así, se enfoca en identificar un tema actual que constituye un desafío para el derecho constitucional, para la justicia constitucional y de forma particular para la democracia, que no excluye al derecho electoral.

Desde este planteamiento, la democracia digital considera el desarrollo científico y tecnológico, pero no deja fuera el contexto de los derechos humanos, pues involucra a las sociedades, su representación, y su injerencia en la vida pública para su implicación en asuntos de participación política, de equilibrio de poderes, entre algunos.

Por lo tanto, nos encontramos frente a un nuevo derrotero en el ámbito de la justicia, la gobernanza y la participación política. Como todo criterio innovador, alberga esperanzas en temas de representatividad y participación, pues dado el contexto del avance tecnológico, este concepto echa mano de los alcances que en la actualidad tienen las redes sociales,

Desde ahora, advertimos con preocupación los enormes retos presentes y futuros que diversos órganos —no solo jurisdiccionales— en el conocimiento de casos vinculados con el avance tecnológico y la participación política, también sobresale la idea que esperamos en un modelo constitucional bajo un modelo de democracia electrónica.

Desde esta constatación es importante en un ejercicio crítico, hacer hincapié en visibilizar algunos peligros que existen en la actualidad para la democracia, en general, para la democracia digital en particular, provocado "en muchos casos" por regímenes populistas, plataformas abiertas, propagandas electrónicas que en algunos casos dan lugar a la desinformación, además de los riesgos que enfrentan hoy las democracias latinoamericanas.[1]

Por lo tanto, este objeto de estudio amerita una participación de la academia para definir conceptos e implicaciones políticas de las aplicaciones tecnológicas presentes en nuestra sociedad actual, vinculadas con el ejercicio de los derechos político-electorales.

En dicha tesitura, hacemos hincapié en la relevancia del pronunciamiento, inicialmente legislativo, para definir leyes adecuadas a estas tecnologías, que consideran datos de algoritmos con los que tradicionalmente no converge el derecho pero que se hacen presentes en la actualidad y que obligan a que las autoridades legislativas se pronuncien.

Consideramos la importancia de la temática que es punto de inflexión de forma transversal en otras disciplinas como la transparencia, rendición de cuentas, privacidad y participación, libertad de expresión, gobernanza entre otros. En este sentido el impacto que dichas plataformas tienen en el ejercicio de los derechos fundamentales,[2] incluidos, los político-electorales. A este respecto habrá que incluir la participación de los órganos

---

1 Sobre este tema, se recomienda consultar, Mires, Fernando, "Los diez peligros de la democracia en América Latina", *Cuadernos del Cendes, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, año 23, núm. 61, tercera época, enero-abril de 2006, Venezuela, 2006, pp. 1-38.

2 Se recomienda, Guerrero Aguirre, Francisco Javier, "El impacto de las redes sociales en los sistemas electorales" en Ayala Sánchez, Alfonso, *Democracia en la era digital*, México, H. Congreso de Veracruz, UNAM, IIJ, 2012, pp. 307-318.

custodios de la constitucionalidad, así como el propio concepto del acceso a la justicia desde esta perspectiva.

No debe soslayarse la importancia que tiene para los derechos humanos la democracia, constituye un binomio indisoluble, por lo que la democracia digital también representa un tema de derechos humanos, involucra libertad de expresión, y donde también pueden existir espacios para ejercer violencia, inclusive, violencia de género. Ilustra este planteamiento el Juicio Electoral en el Procedimiento Especial Sancionador que analiza la violencia política de género realizada a través de una cuenta de Facebook en donde las autoridades tienen amplias obligaciones constitucionales y convencionales.[3]

Por lo tanto, los espacios públicos en donde interaccionan las personas y las autoridades deben ser objeto de regulación, permiten intercambiar ideas, ejercer los derechos, participar y proponer, ejercer la democracia, pero también múltiples formas de violencia y de menoscabo a las libertades individuales.

También es correcto que la inteligencia artificial se vincula con otros problemas más, algunos más evidentes que otros, no imitados a los derechos político-electorales, por ejemplo, la violencia y los impactos diferenciados que amerita considerar para personas más desaventajadas social y económicamente, que tienen una incidencia en el reconocimiento y ejercicio de los derechos, por lo que debemos considerar la desigualdad tan marcada entre las personas y la discusión de las obligaciones generales en materia de derechos humanos a cargo de las autoridades del Estado para dar lugar a una democracia incluyente que aproveche los beneficios científicos en la que exista una real oportunidad de participación de todas las personas. Así, "la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte y constituye un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del sistema interamericano".[4]

---

[3] Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Regional Especializada, SRE-JE-111/2018, *https://www.te.gob.mx/herramientas_genero/media/pdf/c34b19a77758807.pdf*

[4] Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 302, pár. 149.

Revelar la manera en que las tecnologías y la democracia digital se ponen al servicio de los derechos, constituye el desafío más importante, debe considerar la interdependencia en los derechos fundamentales, pues no es suficiente la existencia de dicho desarrollo científico, si no se encuentra disponible desde un presupuesto de igualdad a las personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) dispone, "el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio".[5] En concordancia un de los desafíos imperantes es lograr la igualdad en un amplio espectro a partir de las tecnologías digitales.

No pasa inadvertido en este proemio la consideración de que el enfoque jurídico ya no es meramente formalista analiza conceptos y definiciones reales que tienen cabida en el estudio de otras disciplinas por lo que existe una apertura del derecho al respecto.

II. Democracia digital, ¿qué entendemos?

Como se ha enfatizado, existe una vertiente actual que considera que la democracia debe ser comprendida como un genuino derecho fundamental, el desarrollo tecnológico ha dado lugar a nuevos espacios de regulación que aprovechan el internet y otros desarrollos algorítmicos para la creación y difusión de datos, permiten la circulación de información y a participación de las personas y autoridades.

Así, como lo señala Carrillo Werring, "la democracia digital se refiere a un conjunto de elementos que conforman una infraestructura tecnológica y humana, así como un marco legal, con el objetivo principal de brindar certeza y confiablidad a la ciuda-

[5] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párr. 201.

danía".[6] Sumaríamos a esta definición, los ámbitos privados que tienen incidencia en la toma de decisiones, así como los datos en sentido amplio que se encuentran disponibles a los usuarios que proveen de información a la sociedad, confiable o no.

Encontramos como ejemplos, plataformas personales que posicionan a las personas en espacios públicos, Instagram, *TikTok, Twitter* (hoy X) y que circulan datos que legitiman a las instituciones, autoridades o las descalifican, dan lugar a un intercambio de información individual y colectivo con trascendencia ara el derecho.

En el ámbito electoral, sobresale contenido vinculado con propaganda, campañas, información, perfiles, datos estadísticos, no siempre sometido a un escrutinio estricto que garantice su veracidad pero que se encuentra disponible para la sociedad. En este tenor es de relevancia, elaborar disposiciones jurídicas en torno al acceso a la información a través de redes sociales, pero también la creación de contenidos digitales sometidos al marco jurídico, en sentido estricto por la temática que nos ocupa, cuando su impacto se vincula con el ejercicio de los derechos político-electorales y los límites que impone la norma fundamental a la autoridad cuando se trata de los derechos humanos.

Para Galindo Vácha se utilizan indistintamente los conceptos de democracia digital y democracia electrónica, no obstante, de forma acertada enfatiza en distinciones importantes entre ambos conceptos. En dicho tener reconoce que "el vocablo digital se refiere a los dedos, a las extremidades superiores finales", se asocia a la tecnología, por su parte lo electrónico incluye "dos tecnologías, la analógica y la digital", por lo que, a juicio de Galindo, resulta más acertado hablar de "democracia digital".[7]

Coincidimos con el autor y cabe afirmar que es un concepto novedoso sobre el que existen sendas necesidades en su precisión legal que requieren de disciplinas que puntualicen en un futuro

[6] Carrillo Werring, Erick, "La democracia digital y la aceptación social-política", en, Ayala Sánchez, Alfonso, *op. cit*., pp. 193-210.

[7] *Cfr*. Galindo Vácha, Juan Carlos, "La democracia digital", en *Vniversitas Jurídica*, vol., 73, 2024, Pontificia Universidad Javeriana, *https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/73(2024)/6722660011/index.html*

su contenido, con el objetivo de garantizar de manera efectiva su presencia en el ámbito jurídico.

Desde este apartado entonces identificamos importantes retos, para por un lado identificar los avances que se generan en estas tecnologías digitales de comunicación y la forma en la que el Estado da cumplimiento a sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos al vigilar la información que se transmite en los espacios públicos y privados que tienen impacto relevante en la democracia y la representación, diseñando, inclusive políticas públicas para su ejercicio y libre participación, por el otro, la regulación en la interacción que se propicia en estos espacios que no están limitados a un determinado espacio geográfico y que por tanto constituye un área de estudio del *ius commune*.

Es claro que este apartado se vincula con acceso a la justicia, con libertades individuales y con obligaciones del Estado, por lo que las instituciones no deben ser ajenas a este desarrollo tecnológico, considerarlas como un área de oportunidad en el acceso a la información y la erradicación de monopolios que permita tomar las mejores decisiones en el momento de la participación política, lo cual coadyuva a construir sociedades informadas y empoderadas que ejercen sus libertades, siempre que dicha, siempre que estos procesos innovadores se encuentren al servicio de las y los ciudadanos, lo cual nos obliga a identificar presupuestos para su ejercicio, el acceso al internet y el conocimiento en las plataformas.

De conformidad con la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, (ENDUTIH), en 2023, 97.0 millones de personas usaban internet, es decir, 81.2 % de la población de 6 años o más. También que el internet se usó con más frecuencia para comunicarse (93.3 %), para acceder a redes sociales (91.5 %) y para entretenimiento (88.1 %).[8]

Ahora bien, el acceso al internet no es suficiente para la efectividad de estas tecnologías, es indispensable la alfabetización, la

[8] INEGI, *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, (ENDUTIH),* 2023, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/ENDUTIH/ENDUTIH_23.pdf*

información, la vigilancia de los contenidos que se ofrecen en las plataformas que permita que las y los ciudadanos potencialicen los procesos de representación y decisión de asuntos públicos.

En este renglón sobresale el contenido jurisprudencial del tribunal regional americano, que dispone que, "los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático",[9] por lo que el ejercicio efectivo de estos derechos coadyuva a la realización de la democracia.

En este sentido, Caso Prado[10] refiere que las plataformas sociales también son herramientas a disposición de los partidos políticos o personas candidatas, pus permiten enviar mensajes e inclusive compartir resultados electorales, por lo que el derecho electoral a juicio de quien suscribe se encuentra frente a una dimensión novedosa de estudio, la justicia constitucional en la era digital.

Coincidimos con la autora en el sentido de que el mundo digital constituye un instrumento relevante para las instituciones electorales, pero también para los actores políticos, que obligan al Estado a pronunciarse sobre las aplicaciones tecnológicas y su incidencia en la democracia, entendida esta última no solo cm el gobierno de las mayorás, sino la participación y decisión informada que reconoce a las minorías y disensos.

---

9 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 140.

10 *Cfr*. Caso Prado, Fernanda, "La tecnología en la democracia ¿cómo y hacia dónde?", en, *Justicia en una Democracia Constitucional*, TEPJF, México, 2020, pp. 105-125, *https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/120420241812035850.pdf*

III. Acceso a la justicia y democracia digital

El acceso a la justicia desempeña un derecho fundamental de vital importancia para el ejercicio de otros derechos. En consonancia con esta idea, el tema de la democracia digital no solo representa un desafío en su regulación, también implica un rediseño de las instituciones, procesos y mecanismos de garantía, representa una forma novedosa en la que los tribunales deberán analizar los casos que se sometan a su conocimiento.

Ahora bien, la democracia digital es una vertiente que debe ser analizada desde el concepto amplio del acceso a la justicia, pues constituyen no solo una plataforma de expresión, sino verdaderas herramientas para la garantía de los derechos. Ejemplo de lo anterior es el criterio jurisprudencial[11] que dio lugar a la interpretación de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dieron lugar a resolver las peticiones que una persona dirigió a un ayuntamiento a través de la red social Twitter, entre ellas, una solicitud de información, un pedimento y una denuncia para la realización de una obra pública, mismo que no fue contestado, al considerarse por la autoridad, que no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 8 de la Constitución General de la República, por lo que resultaba imposible que comentarios en redes sociales, permitieran atender demandas ciudadanas.

El tribunal constitucional determinó "entre algunos elementos" que el derecho de petición es pilar de la democracia y debe advertirse en el contexto de una sociedad moderna en la que las tecnologías de información han presentado una evolución importante, por lo que su criterio fue que las redes sociales representan una oportunidad de tutela del derecho de petición.[12]

Sin duda alguna estas herramientas y el avance tecnológico, convergen, y pueden inclusive advertirse como auxiliares en la

---

11 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 13. /20124, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, registro digital, 2028069.

12 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 245/2022, *https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/asuntoID-297584*

participación y representación política de la sociedad en general, pero puede fungir como un mecanismo disponible que disminuya la brecha de desigualdad y permita la participación de las personas indígenas, afrodescendientes, o de las personas con discapacidad, que se encuentran subrepresentadas y que amerita la necesidad de una democracia digital incluyente.

En dicho sentido, la inteligencia artificial, promueve y posibilita, en algunos casos la participación de las y los ciudadanos en la toma de decisiones gubernamentales, pues funge en algunos casos como un canal de comunicación que también permite la rendición de cuentas. En ese aspecto, este escenario de libertades implica una participación y sometimiento de las autoridades, pues como se ha indicado en líneas anteriores se ancla en las obligaciones de los derechos humanos a cargo de toda autoridad, por lo que inclusive, la participación de entes privados queda bajo el resguardo del Estado.

En conclusión, el marco jurídico de dichas tecnologías es indispensable, dotará no solo de contenidos a los derechos, e impondrá límites a las autoridades y a las personas. Permitirá la eficacia y el aprovechamiento de estas plataformas y el desarrollo científico y tecnológico a favor de las sociedades para lograr una mayor inclusión.

IV. Conclusiones

Como se ha mencionado a lo largo de la presente participación la inteligencia artificial y el desarrollo de nuevas tecnologías han puesto en descubierto nuevas necesidades para la sociedad, así también han definido conceptos novedosos entre los que se encuentra la democracia digital.

Como se ha descrito, la democracia es el contexto indispensable para el ejercicio de los derechos y constituye no solo una forma de gobierno que se ejerce a través de la representación de las mayorías, sino que reconoce la participación de minorías y enfatiza en grupos que se encuentran en condiciones desaventajadas y propicia la igualdad.

También importa para la democracia la división de poderes, pues el ejercicio del poder político, no solo se encuentra subordinado a la regla de las mayorías, sino también a los pesos y contrapesos que propician las instituciones y los poderes del Estado, por lo que no constituye un argumento de veracidad, el que la democracia se limite a la participación y toma de decisiones de asuntos públicos por parte de la ciudadanía, también tiene un impacto el cumplimiento del marco normativo y los equilibrios que provocan los órganos del Estado independientes.

En suma, la democracia ha evolucionado y se ha apoyado de plataformas digitales, espacios electrónicos y el internet para constituir una herramienta en la participación política de la ciudadanía, por lo que las instituciones, los procesos y la normativa deben ajustarse a esta nueva realidad.

Consideramos entonces, que esta nueva dimensión en ámbito jurídico implica propuestas gubernamentales para el rediseño de los procesos de participación, por ejemplo, el voto electrónico, la libertad de expresión o la tramitación de los propios juicios que hacen una justicia más cercana, especialmente a las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, en dicho entendido, la tecnología puede estar al servicio de la sociedad.

Referencias

Carrillo Werring, Erick, "La democracia digital y la aceptación social-política", en Ayala Sánchez, Alfonso, *Democracia en la era digital*, México, H. Congreso de Veracruz, IIJ- UNAM, 2012.

Caso Prado, Fernanda, "La tecnología en la democracia ¿cómo y hacia dónde?", *Justicia en una Democracia Constitucional*, México, TEPJF, 2020.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 302.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

Galindo Vácha, Juan Carlos, "La democracia digital", *Vniversitas Jurídica*, vol. 73, 2024, Pontificia Universidad Javeriana.

Guerrero Aguirre, Francisco Javier, "El impacto de las redes sociales en los sistemas electorales" en Ayala Sánchez, Alfonso, *Democracia en la era digital*, México, H. Congreso de Veracruz, IIJ- UNAM, 2012.

Mires, Fernando, "Los diez peligros de la democracia en América Latina", *Cuadernos del Cendes, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, año 23, núm. 61, Tercera época, enero-abril de 2006, Venezuela, 2006.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 13. /20124, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, registro digital, 2028069.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 245/2022.

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo VI Justicia constitucional.
Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática
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.

EL TOMO VI DESARROLLA, DENTRO DEL eje de federalismo y descentralización, la fórmula y distribución de competencias, subrayando la importancia de delimitar claramente las atribuciones entre los distintos órdenes de gobierno para evitar duplicidades, vacíos normativos y conflictos de autoridad, garantizando así un ejercicio más eficaz y coordinado del poder público.

En lo relativo a los regímenes de gobierno y la gobernabilidad democrática, se aborda el tema de la democracia digital, entendida como la incorporación de las tecnologías de la información en los procesos democráticos, lo que fortalece la participación ciudadana, la transparencia institucional y la rendición de cuentas, al tiempo que plantea retos en materia de inclusión, seguridad y protección de datos.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-642-858-0
UNAM
ISBN 978-607-8908-31-8
IECEQ