

JURÍDICA IBERO NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA





Rector
SAÚL CUAUTLE QUECHOL, S. J.

Vicerrectora
SYLVIA IRENE SCHMELKES DEL VALLE



JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Año 6, núm. 11

julio-diciembre 2021

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A. C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director

José Luis Caballero Ochoa

JURÍDICA IBERO

Director

Diego García Ricci

Coordinación Editorial

Iván Escoto Mora

CONSEJO EDITORIAL

Mónica González Contró	Gilberto Rita Tamés
José Luis Caballero Ochoa	Juan Federico Arriola Cantero
Olga Sánchez Cordero de García Villegas	Rodolfo Gómez Alcalá
Denise González Núñez	Rogelio Flores
Geraldina González de la Vega	Rosalinda Martínez Jaimes
Arturo Cossío Zazueta	Diego García Ricci

COMITÉ EDITORIAL

Diego García Ricci	Isaac de Paz González
María del Refugio González	Jaime Álvarez Garibay
Ariadna Salazar Quiñones	Giovanni Figueroa Mejía
Barbara Stepien	María de Jesús Medina Arellano
César Enrique Olmedo Piña	Ricardo Alberto Ortega Soriano
Dulce Alejandra Camacho Ortiz	Iván Escoto Mora

JURÍDICA IBERO, año VI, núm. 11 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Diego García Ricci. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título: 16843 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 55-5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en diciembre de 2021, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

	Página
<i>Editorial</i>	11
<i>La violencia contra las mujeres en el contexto de la pandemia: entre la eliminación del espacio público y la toma del ciberespacio</i>	15
SOCORRO APREZA SALGADO Y ARMANDO BRAVO SALCIDO	
<i>Crítica a la Guía Bioética que asigna recursos médicos escasos para la atención de la enfermedad por COVID-19: una mirada a los determinantes sociales de la salud</i>	41
DANIEL GARCÍA URBINA	
<i>Las obligaciones del Estado delante de los pueblos originarios amazónicos frente al COVID-19 en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.</i>	65
ADRIANO CORRÊA DE SOUSA Y JUANITA MILUSKA BUENDÍA MUÑOZ	
<i>El concurso civil como una herramienta de solución a problemas económicos derivados de la pandemia COVID-19</i>	89
ROSA M. ROJAS VÉRTIZ C.	
<i>Derechos humanos e integración económica en el derecho internacional</i>	121
RUBÉN SÁNCHEZ GIL	
<i>La judicialización de la política de la salud en México: ¿cuál es el papel de los jueces ante la pandemia por COVID-19?</i>	153
ENRIQUE GARCÍA-TEJEDA Y DANIEL TORRES CHECA	

COMENTARIOS

<i>La proporcionalidad entre el derecho a la salud y el libre tránsito durante la pandemia por el coronavirus en Michoacán.</i>	
<i>Análisis del recurso de queja 52/2020.....</i>	183
OSMAR IVÁN ESPARZA PIÑÓN	
<i>Derecho penal como estrategia de política pública de salud: análisis de la reforma al Código Penal para el Estado de Querétaro</i>	193
ALEJANDRO DOMÍNGUEZ LÓPEZ VELARDE	

INDEX

	Page
<i>Editorial statement</i>	11
<i>The violence against women in the context of the pandemic: between the elimination of the public space and the conquest of cyberspace</i>	15
SOCORRO APREZA SALGADO Y ARMANDO BRAVO SALCIDO	
<i>Critique of the Bioethics Guide that prioritizes resources for the care of the disease of COVID-19: an overview of the social determinants of health</i>	41
DANIEL GARCÍA URBINA	
<i>The obligations of the State ahead of the amazon native's people in the face of COVID-19 within the new Latin American constitutionalism</i>	65
ADRIANO CORRÊA DE SOUSA Y JUANITA MILUSKA BUENDÍA MUÑOZ	
<i>The bankruptcy procedure for non-businesspersons as a tool to deal with the economic problems arising from COVID-19</i>	89
ROSA M. ROJAS VÉRTIZ C.	
<i>Human rights and economic integration in international law</i>	121
RUBÉN SÁNCHEZ GIL	
<i>The judicialization of health policy in Mexico: what is the role of the judges in the COVID-19 pandemic?</i>	153
ENRIQUE GARCÍA-TEJEDA Y DANIEL TORRES CHECA	

ASSESSMENTS

<i>The proportionality between the right to health and free transit during the pandemic due to the coronavirus in Michoacán.</i>	
<i>Complaint remedy analysis 52/2020.</i>	183
OSMAR IVÁN ESPARZA PIÑÓN	
<i>Criminal law as a public health policy strategy: analysis on the Criminal Code for the State of Querétaro amendments</i>	193
ALEJANDRO DOMÍNGUEZ LÓPEZ VELARDE	

EDITORIAL

En febrero de 2019, los medios de comunicación comenzaron a difundir historias sobre una enfermedad cuyo origen y causas de contagio no quedaban del todo claras. En esos primeros momentos, la enfermedad naciente se identificó como una infección respiratoria aguda (IRA), y, posteriormente, como el virus SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19.

Ante lo desconocido, los gobiernos del mundo iniciaron protocolos de seguridad tendientes a limitar la movilidad de las personas para evitar la propagación de infecciones. Algunos calificaron de “desproporcionadas” las medidas, otros de necesarias frente a la emergencia. Según datos de la Organización Mundial de la Salud la enfermedad ha cobrado 5,174,646 de vidas en todo el planeta.¹

Este hecho constituye una oportunidad de análisis en diversas vías: médicas, políticas, económicas, sociales, y, desde luego, también jurídicas, lo que nos lleva a preguntarnos con Boaventura de Sousa: “¿Qué conocimiento potencial proviene de la pandemia de coronavirus?”²

En *Jurídica Ibero* tuvimos oportunidad de lanzar esta pregunta como parte de nuestra reflexión sobre la crisis. La respuesta fue sorprendente; recibimos una importante cantidad de trabajos con gran mérito analítico. A continuación, presentamos los textos que fueron seleccionados para esta edición, después de pasar un estricto proceso de dictaminación a doble ciego. Los artículos abordan las consecuencias del coronavirus a través de perspectivas que conjugan las dimensiones legales, político-administrativas, sociológicas y humanitarias.

El número inicia con el artículo titulado “La violencia contra las mujeres en el contexto de la pandemia: entre la eliminación del espacio público y la toma del ciberespacio”, coautoría de Socorro Apreza Salgado y Armando Bravo Salcido. En este trabajo se analiza la producción de violencia en contra de las mujeres, radicalizada por las condiciones de confinamiento en tiempos de pandemia; así como la respuesta de diversos

¹ Información recuperada el 26 de noviembre de 2021 de la Organización Mundial de la Salud. Véase WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard, disponible en: <https://covid19.who.int>.

² De Sousa Santos, Boaventura, *La cruel pedagogía del virus*, Buenos Aires, CLACSO, 2020.

movimientos sociales y colectivos feministas para hacer frente a esa violencia a través de la apropiación y resignificación del ciberespacio, entendido éste como ámbito de lucha, empoderamiento y reivindicación del derecho de las mujeres a vivir en espacios libres de violencia.

El artículo “Crítica a la guía bioética que asigna recursos médicos escasos para la atención de la enfermedad por COVID-19: una mirada a los determinantes sociales de la salud”, autoría de Daniel García Urbina, construye una reflexión jurídico-filosófica en torno a la controvertida guía, planteada desde ciertos sectores de la academia mexicana, para hacer frente a la crisis sanitaria en medio de recursos médicos escasos. La pregunta respecto a la crisis sanitaria se traduce en dilemas económicos, jurídicos y éticos, estos últimos son abordados a profundidad por el autor.

Por su parte, Adriano Corrêa de Sousa y Juanita Miluska Buendía Muñoz presentan el artículo “Las obligaciones del Estado frente de los pueblos originarios amazónicos frente al COVID-19 en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Este trabajo constituye un análisis sobre el papel de Ecuador y Bolivia ante la crisis de la COVID-19. Corrêa y Miluska someten a crítica la categoría de “Estado plurinacional”, para contrastarla con su capacidad de respuesta frente a las necesidades sanitarias de los pueblos indígenas, uno de los sectores más afectados durante la pandemia, más que por la propagación de la enfermedad, por el desmantelamiento de los sistemas de salud pública.

Rosa M. Rojas Vértiz C. escribe “El concurso civil como una herramienta de solución a problemas económicos derivados de la pandemia COVID-19”. En este trabajo la autora presenta una innovadora propuesta para adecuar el marco jurídico en materia de concurso civil, con el objetivo de dotar a los deudores de herramientas legales que les permitan enfrentar sus obligaciones contractuales, pero, al mismo tiempo, contar con espacios de maniobra que hagan posible sortear las condiciones de crisis derivadas de catástrofes económicas y humanitarias como las producidas durante el periodo de la pandemia COVID-19.

En el artículo titulado “Derechos humanos e integración económica en el derecho internacional”, Rubén Sánchez Gil estudia las fricciones y contradicciones producidas a partir de la fragmentación del derecho internacional en materia de derechos humanos y derechos económicos. El autor llama la atención sobre la urgencia de establecer criterios para construir un sistema legal internacional coherente que permita su aplicación responsable y significativa en el contexto local. La propuesta del autor permite someter a crítica categorías como “constitucionalización” o “integración sistémica”, las cuales, según sostiene, no han sido suficientes para cumplir con los objetivos de incorporación eficaz de los criterios internacionales en el ámbito local del derecho.

Enrique García-Tejeda y Daniel Torres Checa escriben para esta edición el artículo “La judicialización de la política de la salud en México: ¿cuál es el papel de los jueces ante la pandemia por COVID-19?”. Los autores analizan tres casos en los que se problematiza judicialmente el acceso a la salud, el suministro de agua potable y el derecho a un

ingreso mínimo vital. Tres elementos que aparecen como ejes centrales para hacer frente a las condiciones de crisis derivadas de una pandemia, como la del COVID-19, y que se vinculan con la necesidad de construir políticas públicas susceptibles de responder a las necesidades fundamentales de la población.

El número concluye con dos comentarios uno de ellos judicial, el otro legislativo, referentes al derecho a la atención médica, el ejercicio de las libertades de movilidad y la política de salud pública en tiempos de pandemia. El primer comentario se titula “La proporcionalidad entre el derecho a la salud y el libre tránsito durante la pandemia por el coronavirus en Michoacán. Análisis del recurso de queja 52/2020”, autoría de Osmar Iván Esparza Piñón. El segundo, “Derecho penal como estrategia de política pública de salud: análisis de la reforma al Código Penal para el Estado de Querétaro”, propuesto por Alejandro Domínguez López Velarde.

Estamos seguros de que este número será de gran interés en estos tiempos tan inciertos, los cuales nos exigen mucha reflexión para encontrar las salidas a las condiciones de crisis derivadas de la pandemia del COVID-19. Esperamos que disfruten su lectura.

LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

Prof. Dr. Diego García Ricci
Director de *Jurídica Ibero*



LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA: ENTRE LA ELIMINACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA TOMA DEL CIBERESPACIO

THE VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC: BETWEEN THE ELIMINATION OF THE PUBLIC SPACE AND THE CONQUEST OF CYBERSPACE

Socorro Apreza Salgado*
Armando Bravo Salcido**

Resumen

El presente artículo tiene por objeto utilizar las categorías de violencia simbólica (Pierre Bourdieu) y de justicia (Jacques Rancière), para analizar la evolución de la violencia contra las mujeres en el contexto de la pandemia global por COVID-19 en México y Chile, así como las respuestas institucionales y sus limitaciones en la garantía de los derechos humanos de las mujeres. El artículo propone, en este contexto, la toma del ciberespacio por diversos movimientos sociales y colectivos feministas como resistencias en busca

* Dra. Socorro Apreza Salgado, Directora del Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Ayudante de Profesor del Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2020.

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2021.

de justicia ante una actuación estatal que está lejos de instrumentar respuestas integrales frente a la exclusión y la violencia simbólica.

Palabras clave: violencia de género contra la mujer, ciberespacio, violencia simbólica, justicia, Chile, México, COVID-19.

Abstract

This paper aims at using the categories of symbolic violence (Pierre Bourdieu), and justice (Jacques Rancière), to analyze the development of gender violence against women in the context of the global pandemic by COVID-19 in México and Chile, as well as the institutional responses and their limitations to guarantee the human rights of women. This paper puts forward the conquest of cyberspace by feminist social movements and collectives, as a process of resistance in the search of justice, and against government actions that are far from implementing integral responses in the face of exclusion and symbolic violence.

Keywords: *genre violence against women, cyberspace, symbolic violence, justice, Chile, México, COVID-19.*

I. Introducción

Llevamos algún tiempo reflexionando sobre el tema de la diversidad de saberes y experiencias en las movilizaciones, en el mes de noviembre de 2019 y durante la pandemia en dos países: Chile y México, con el objetivo de hacer habitables, con y entre lo diverso, la vida y la igualdad de géneros desde nuestra América en el espacio público y el ciberespacio.

En el seguimiento de las movilizaciones de noviembre de 2019, principalmente la de México, cabe señalar que la respuesta de algunos sectores de la sociedad civil y de distintos medios de comunicación refleja desinformación y subinformación, noticias falsas, prejuicios y defensa de sus privilegios. Pocos plantearon un estudio de las consignas, su contexto, y menos se detuvieron a reflexionar acerca de las razones de por qué se alza la voz frente al silencio ensordecedor de las autoridades, y por qué México se ubica entre los diez peores países para ser mujer.

De entrada, la característica común de las movilizaciones de noviembre de 2019 es la toma de un espacio público en el que se manifiesten las “necesidades, solidaridades y cuidados, que permitan los otros/as concretos”.¹ No obstante, hoy, con la emergencia

¹ Campos Quesada, Montserrat, “La democracia deliberativa de Seyla Benhabib: los sujetos políticos y la construcción del diálogo en el espacio público”, *WP: Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, núm. 340, 2015, p. 14.

sanitaria, como señala Galindo, nos enfrentamos a “la eliminación del espacio vital más importante de nuestras vidas como es la calle, ese afuera que virtualmente no debemos atravesar y que en muchos casos era el único espacio que nos quedaba”.² El reto es saber: ¿cómo nos apropiamos del ciberespacio?, ¿cómo nos articulamos para resistir y socavar las formas de violencia?, ¿cómo construir el potencial de reciprocidad que nos lleve a una vida habitable? Más, cuando existen vidas prescindibles, es decir, que se dejan morir, como señala Butler, “al no proporcionar beneficios para la salud o refugios”.³

En consecuencia, es importante reflexionar respecto al poder para producir conexión, de acción efectiva de las feministas en el espacio público y hoy, en el virtual. Principalmente, porque en esta emergencia sanitaria nos enfrentamos a un nuevo reto: el espacio público desaparece y da lugar al ciberespacio, donde se suman la desinformación, las brechas digitales (brecha de acceso: la falta de alfabetización digital) y la deficiente garantía de la neutralidad en la red, que nos coloca en una mayor tensión social al correr el riesgo de que las demandas se pierdan o no se formulen, y solo sean la expresión que evite la frustración y genere una apatía hacia la realidad.

A la falta de información plural, la desinformación y a las noticias falsas, se unen los discursos que pretenden negar los conflictos políticos, por ejemplo, los feminicidios, el incremento de la violencia contra las mujeres, las niñas y los niños en tiempos de confinamientos, la desigual situación entre los que no tienen casa ni recursos, todos ellos son a quienes se puede dejar morir.

Resulta importante recordar que la relación de las mujeres con el Estado ha sido una feroz lucha por el reconocimiento de sus demandas; por ejemplo, la sufragista Leonora Cohen hizo añicos una vitrina que contenía las joyas de la corona; igualmente, en Berlín, Mary Leigh intentó incendiar el Teatro Royal, y en las recientes movilizaciones seguimos luchando por nuestros derechos, tomando el espacio público; lo lamentable es la respuesta del Estado a lo largo de la historia. Así, al igual que en la tragedia de Sófocles, *Antígona*, se responde a las sufragistas castigándolas, encerrándolas, en lugar de adoptar medidas de protección, proyectos y protocolos para erradicar la violencia contra las mujeres,⁴ frenar la impunidad, asegurar el acceso a la justicia. No hay duda de que hace falta un poder gubernamental responsable “para asegurar tanto la vida como la igualdad”.⁵

Y de ahí es desde donde queremos hablarles, desde nosotras, desde nuestras luchas, desde nuestras opresiones —que no son las mismas— en las que, como señala Lugones, “las mujeres de esta parte del mundo colonizado no solo [fuimos] racializadas, sino al

² Galindo, María, “Desobediencia, por tu culpa voy a sobrevivir”, en Amadeo, Pablo (ed.), *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, s.l.i., ASPO, 2020, p. 120.

³ Michelson, Constanza, “Judith Butler: Debería haber otras formas de refugio que no dependan de una falsa idea de hogar”, *La Tercera*, 3 de abril de 2020, disponible en: <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/judith-butler-deberia-haber-otras-formas-de-refugio-que-no-dependan-de-una-falsa-idea-del-hogar/MWV43WK4MBFRLEAKUOSSUD5KKI/>.

⁴ Véase Belausteguigoitia, Marisa, “Mexicanas al glitter de Guerra: Protesta, diamantina, espacio público y educación”, *Nexos*, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://educacion.nexos.com.mx/mexicanas-al-glitter-de-guerra-protesta-diamantina-espacio-publico-y-educacion/>.

⁵ Campos Quesada, Montserrat, “La democracia deliberativa de Seyla Benhabib...”, *op. cit.*, *idem*.

mismo tiempo [fuimos] reinventadas como mujeres de acuerdo con códigos y principios discriminatorios de género occidentales”.⁶

Por lo tanto, es necesario reconocer la interseccionalidad de género, raza y clase, para evitar que con la categoría unitaria de género se siga excluyendo a “mujeres pobres, indígenas afrodescendientes, lesbianas”⁷ y transexuales.

Con ese objetivo, en el presente trabajo esclarecemos dos conceptos: primero, la noción de justicia y, después, los distintos tipos de violencia. Las nociones precedentes nos permiten analizar las movilizaciones de noviembre de 2019 en Chile y México, así como la emergencia sanitaria, para exponer los puntos de encuentro y las respuestas desde nuestros saberes en contra de los tipos de violencia contra las mujeres para tener justicia.

II. Marco conceptual

1. Definición de “justicia”

La historia de la filosofía nos muestra que la justicia es una categoría abierta e indefinible, porque existe la persistente imposibilidad de fijar una serie de criterios universales y eternos que puedan proveer de infalibilidad objetiva a los procesos de su impartición en cada caso particular. Tal incapacidad ha quedado manifiesta en los debates que sobre la justicia se han realizado, desde Platón hasta Kelsen.⁸ Sin embargo, consideramos que las reflexiones de autores pertenecientes a la teoría crítica, como Michel Foucault y Jacques Rancière, pueden proveer elementos para pensar las luchas sociales contemporáneas desde una concepción de justicia transhistórica, crítica y plural.

Michel Foucault, en uno de los textos más emblemáticos que escribió sobre el problema de la justicia (la verdad y las formas jurídicas),⁹ analiza, mediante una interpretación muy particular, el mito de Edipo como una ruptura epistemológica que ocurre en la transición entre dos modelos de construir verdad y justicia. En este mito se observa la forma en que se pasa del mecanismo metafísico de “la prueba” al procedimiento de dilucidación de la verdad, mediante el testimonio de un sujeto privilegiado (por ser capaz de ofrecer

⁶ Citada por Mendoza, Breny, “La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano”, en Espinosa Miñoso, Yuderlys *et al.* (eds.), *Tejiendo otro modo: feminismo, epistemología y apuestas decoloniales de Abya Yala*, Colombia, Editoras UC, 2014, pp. 93-94.

⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁸ Kelsen, Hans, “¿Qué es la justicia?”, *Lecturas de filosofía del Derecho*, Vol. II, Ciudad de México, TCJDF, 2001, pp. 4-5.

⁹ En su análisis de Edipo como mito fundacional de un paradigma de verdad en las formas jurídicas, Foucault comenta que “la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban”; Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 54.

una verdad que pone fin a la controversia), pero a la vez, común, porque esta posición estructural puede ser adoptada por un sujeto cualquiera. En sentido estricto, esta ruptura epistemológica puede concebirse como un proceso de “democratización de la verdad”, con la reserva de entender a ésta como un concepto infinitamente abierto e inacabado.

La estructura de esta transición que Foucault extrae del mito de Edipo, es la de la apertura de la justicia en el singular devenir histórico. Desde esta concepción, el movimiento permanente de la transformación de las concepciones de justicia tiene que ver con la pluralización y apertura de las condiciones para que subjetividades previamente excluidas conquisten la voz, y participen activamente en los procesos discursivos de construcción de verdad que permiten moldear la realidad jurídica, política y social.

Las reflexiones en torno a la idea de justicia en Foucault nos hacen recordar, también, la ontología política del pensador francés Jacques Rancière. Para él, el campo de lo político está definido por una incompletitud fundacional, en la que la construcción de un *logos* como horizonte de sentido común de la realidad política, implica necesariamente la exclusión y marginación de determinados grupos frente a ese *logos*. Para el autor francés, el movimiento político por excelencia (y la esencia de la democracia, como tal) se hace presente en la dialéctica entre el *demos* (constituido por aquellos excluidos de la razón de Estado) y el *logos* (horizonte hegemónico de razón que normaliza e invisibiliza la violencia ejercida contra el *demos*).¹⁰ De acuerdo con Rancière, lo político existe porque “quienes no tienen derecho a ser contados como seres parlantes se hacen contar entre estos”,¹¹ y este movimiento es la contradicción entre dos mundos: “En el que son y en el que no son”.¹²

Las deliberaciones de Foucault y Rancière, nos llevan a considerar a las sociedades desde su incompletitud¹³ y como campos en disputa. El principio de incompletitud, de inicio, implica que ninguna sociedad posee, en sus concepciones hegemónicas, los elementos epistemológicos suficientes para dar cuenta de todos los fenómenos y formas de violencia que ocurren en su seno. Los significantes hegemónicos de una sociedad siempre son reduccionistas frente a la pluralidad de actores y luchas en que se disputa la construcción de nuevos significados sociales, por lo cual, la historia de las sociedades es producto de un diálogo de saberes donde se ponen en cuestión los fundamentos de la realidad social misma.

Desde los referentes que se han observado, este movimiento por el cual la realidad social se confronta con el límite de su incompletitud, para abrir paso a los procesos de construcción de nuevos discursos y mundos posibles donde los actores excluidos cobren voz, es el movimiento de la justicia.

¹⁰ Véase Rancière, Jacques, *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Edición Nueva, 1996, p. 85.

¹¹ *Ibidem*, p. 42.

¹² *Idem*.

¹³ En este sentido, apunta, por ejemplo, la concepción de incompletitud cultural desarrollada por De Sousa Santos, y señalada como condición para el diálogo en la hermenéutica diatópica. Véase: Sousa Santos, Boaventura de, *Descolonizar el poder, reinventar el saber*; Montevideo, Trilce, 2010, p. 85.

Por ello, de acuerdo con las ideas de Rancière, existirá justicia cuando se disuelva la exclusión de los desventajados(as), es decir, cuando este “otro” diga y sea visible, para poder tomar parte de la democracia, en la que no solo exista un reconocimiento, sino que posea los derechos humanos.¹⁴ Precisamente el movimiento por la democracia sería un desafío a esta “injusticia constitutiva”; por lo tanto, el de la disolución de esta exclusión, el cese de la violencia y la discriminación, es un momento de justicia. Ésta es crítica porque su movimiento es radical, apunta a la transformación de las bases materiales y simbólicas de las relaciones de dominación; es plural, porque es un proceso de democratización de la verdad en que, lo que se ostenta como diferente, obtiene la voz para determinar su realidad concreta; finalmente, es transhistórica porque se presenta en cada etapa de la historia, pero como forma abstracta que adquiere los significados de las luchas particulares de cada sociedad y momento histórico concreto.

Un concepto crítico de justicia, como el de la teoría de Rancière, no solo tiene la ventaja de superar la abstracción de las definiciones formalistas, sino que también posee la capacidad de proporcionar un marco axiológico para pensar todos los procesos históricos y presentes de resistencia de los sujetos subalternos, y por lo tanto, es útil también como una herramienta analítica de los acontecimientos que confrontan y transforman los mecanismos de los sistemas de dominación actualmente existentes. En el caso particular de la violencia del sistema patriarcal heteronormado, la propuesta es conceptualizar las diversas formas de resistencia, provenientes de colectivos feministas en la toma del espacio público y el ciberespacio de forma complementaria, como parte de esos movimientos dinámicos de lo social, que Rancière denomina “justicia”.

La definición de justicia de Rancière está vinculada con las teorías de la democracia radical, que conciben la democratización como un proceso abierto e inacabado en el que la construcción de lo común se vuelve un principio de todas las dimensiones de la expresión humana. Para el filósofo francés: “La emancipación política no consiste en las constituciones, las leyes, los modos de gobierno, sino que es la creación de una especie de mundo común, que es además un mundo de la capacidad común”.¹⁵ En este sentido, la construcción de lo común debe tomar, no solo los espacios explícitamente políticos y jurídicos, sino también a las dimensiones económica, financiera, cultural, simbólica, existencial, estética, corporal y digital. En este mismo tenor es que De Sousa Santos señala que todo proceso de democratización estatal que no incluya estas territorialidades no estatales, que operan con gran fuerza en la producción de identidades, subjetividades e ideologías, será un proceso inconcluso de democratización.¹⁶

A continuación, es preciso analizar los conceptos de violencia simbólica y del lenguaje, por considerar que son los más invisibilizados en las movilizaciones en Chile y México.

¹⁴ Cfr. Santiago, Jorge, “Democracia, ciudadanía y derechos humanos en la obra de Jacques Rancière”, *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 9, 2009, pp. 270-271.

¹⁵ Fernández-Savater, Amador, “Reportaje: Jacques Rancière. «La democracia es el poder de cualquiera»”, *El País*, 2 de febrero de 2007, disponible en: https://elpais.com/diario/2007/02/03/babelia/1170461828_850215.html.

¹⁶ Cfr. Sousa Santos, Boaventura de, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2006, p. 50.

2. Violencia simbólica, violencia y el lenguaje

La violencia simbólica se refiere, en su sentido más estricto, al modo en que los(as) dominados(as) aceptan como legítima su propia condición de dominación. Bourdieu señala que son los mecanismos mediante los cuales “los dominantes contribuyen a producir la eficacia de aquello que los determina en la medida en que lo estructuran”.¹⁷ Este concepto tiene la función analítica de discernir que las relaciones de dominación no se establecen y perpetúan solo mediante mecanismos de violencia física y directa, sino que existe un conjunto de procesos y estructuras simbólicas mucho más sutiles que dan forma a las jerarquías sociales, y naturalizan la subordinación y la negación de reconocimiento al otro. La principal fuerza de la violencia simbólica reside en presentarse como “neutra”,¹⁸ como un horizonte de sentido común que no necesita justificación ni explicación alguna.

La violencia simbólica produce estructuras de dominación de larga duración, que se prolongan por el continuo ejercicio de la violencia por parte de actores tanto colectivos como individuales. En el contexto de la teoría feminista, podemos señalar que una categoría como el género, visto desde una perspectiva binaria heteronormada, se encuentra construida por símbolos, concepciones, ideas, estereotipos y prejuicios que naturalizan, a partir de la diferencia anatómica de los órganos sexuales,¹⁹ la dominación masculina y la división social del trabajo sexual, como exclusión e intolerancia contra cualquier otra identidad y forma de deseo y vida que no encuadre en la lógica disyuntiva binaria.

El que los procesos sociales contemporáneos se puedan observar, y el estudiar las formas complejas, formas de capital y violencia simbólica que existen en determinadas relaciones sociales de dominación, no significa que no existan otras formas de violencia, incluidas la física y directa. Solo denota que la crítica a las formas de violencia en nuestra vida cotidiana debe ser radical a las estructuras simbólicas, cuya función es la reproducción del orden social. En un sentido kantiano, la violencia simbólica es la condición de posibilidad de existencia de las formas más nítidas de violencia directa que aún existen en nuestras sociedades.

Esta violencia no solo surge en casos de provocación y de relaciones de dominación social reproducidas en nuestras formas de discursos habituales, sino que también está relacionada con el lenguaje como tal, con su imposición de cierto universo de sentido.²⁰

¹⁷ Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loic, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 240.

¹⁸ Varela Menéndez, Nuria, “Barcos y corazones. Las sutilezas del patriarcado en la transmisión de valores que alimentan la violencia de género”, *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, núm. 4, junio de 2016, p. 71.

¹⁹ Véase Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 42.

²⁰ Zizek, Slavoj, *Violence*, trad. de José Antón Fernández, Argentina, Paidós, 2009, p. 10.

3. Violencia y el lenguaje

Esposito señala que, en la tradición filosófica propia de pensadores como Apel o Habermas, existe una oposición clara y antagónica entre “lenguaje y violencia”. Según esta concepción, el lenguaje es “la única esfera en la que es posible una verdadera simetría de posiciones entre los dialogantes”;²¹ esto lo convierte en el espacio ideal para la reconducción ética de la vida política y social. En estas reflexiones filosóficas, el lenguaje se presenta como un espacio neutro y previo a las relaciones de poder, en el que los individuos pueden, de manera transparente, articular sus pretensiones de una manera racional. Contra esta concepción de carácter ilustrado y racionalista, Esposito opone otra, típica de pensadores como Canetti o Benjamin: más que ver el lenguaje como “un ámbito sustraído a la relación fuerza-dominio”, se “lo concibe como el lugar de máxima expresión de ese dominio y de esa fuerza, como la vía de tránsito propia de las relaciones de poder”.²²

A partir del concepto de violencia simbólica, retomado por Bourdieu, es posible pensar al lenguaje como un sistema simbólico cuya reproducción naturaliza las relaciones de dominación y la producción de subjetividades dominadas. Señala Esposito que “no son los sujetos quienes construyen y usan el lenguaje, sino que más bien es este el que los constituye y atraviesa”.²³ Contrario a la primera perspectiva, en la cual el lenguaje es una superficie transparente donde se vuelca la expresión libre de cada individuo, en el modelo de Esposito, el lenguaje “secciona la realidad según determinadas lógicas”,²⁴ y construye de una manera inherentemente violenta los límites epistemológicos de nuestro mundo.

Como apunta Sanfélix, el lenguaje no es aséptico. Así, los calificativos no solo tienen valor descriptivo, sino que incorporan valoraciones que reflejan el reparto asimétrico del estatus. Por ejemplo, una mujer y un hombre no se formulan las mismas expectativas que razonablemente pueden formarse en el contexto de una sociedad de relaciones patriarcales.²⁵ De tal modo, “el uso del discurso, del lenguaje, para intentar mantener y justificar esa situación de desequilibrio, es una forma de uso violento del mismo”.²⁶ En este sentido, “la mujer está sometida en la actualidad a tres procesos fundamentales de representación que se vinculan a partir del uso de la lengua: la dependencia frente al hombre, la ocultación con respecto al hombre y la construcción estereotipada”.²⁷

Coincidimos en que el lenguaje y sus manifestaciones discursivas en las esferas públicas (medios de comunicación, industrias culturales, entre otros), intervienen en la

²¹ Espósito, Robert, “Lenguaje y violencia entre Benjamin y Canetti”, en *Δαίμων Revista de Filosofía*, núm. 38, 2006, p. 62.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Véase Sanfélix Vidarte, Vicente, “Palabra y silencio, reflexiones sobre la violencia y el lenguaje”, *Thémata. Revista de Filosofía*, España, núm. 37, 2006, p. 379.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Cabeza Pereiro, Carmen y Rodríguez Barcia, Susana, “Lenguaje excluyente y género”, *Actas del XIII Congreso Internacional de Lingüística Xeral*, España, Universidad de Vigo, 2018, p. 146.

construcción estereotipada de la mujer, y en general, de los roles de género.²⁸ Por lo tanto, consideramos que es indispensable un cambio de las representaciones hacia géneros fluidos, y no géneros binarios que vayan en la línea de la eliminación de los estereotipos de la mujer y la jerarquía del hombre con respecto a la mujer.

La violencia simbólica y la del lenguaje se traducen en una violencia contra las mujeres, es decir, “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.²⁹

La utilidad de conceptos como los de violencia simbólica y lingüística, estriba en que nos permiten conceptualizar aquella violencia no explícita que construye la impresión de la realidad en nuestras sociedades, y que forma parte de la sustancia de las estructuras mismas que nos conforman como sujetos sociales, cuya profundidad apunta a la necesidad de la deconstrucción radical de diversas concepciones fundamentales aún de nuestras sociedades, tales como la concepción binaria y heteronormada del género, la cual es puesta en cuestión por una pluralidad de prácticas contra-hegemónicas en el marco del movimiento de las contradicciones immanentes de todo cuerpo social, que se han conceptualizado como “justicia”, en términos de Rancière.

Una vez señalada la definición y la importancia de los conceptos de “justicia”, “violencia simbólica” y la del “lenguaje” —aspectos que no suelen enfatizarse cuando se aborda la criminalización de las protestas de mujeres contra la violencia en el espacio público—, es momento de tener un primer acercamiento al contexto social de Chile y México, para exponer los puntos de encuentro en la construcción de movilizaciones desde Latinoamérica, así como los tipos de violencia utilizados en las movilizaciones en la toma del espacio público.

III. Breves consideraciones sobre el contexto social de Chile y México

México se ubica entre los diez peores países para ser mujer, en el lugar 60, por encima de Kazajistán (59), Turquía (52), Israel (43) y Arabia Saudita (41), los cuales lo superan en aspectos de derechos humanos, igualdad de género e igualdad de ingresos.³⁰ Esta situación se infiere al triplicarse en los últimos diez años los feminicidios en México, y al incrementarse las desapariciones y las violaciones. Incluso, de acuerdo con el Índice Global de Paz, México se ubica entre los países menos pacíficos.³¹

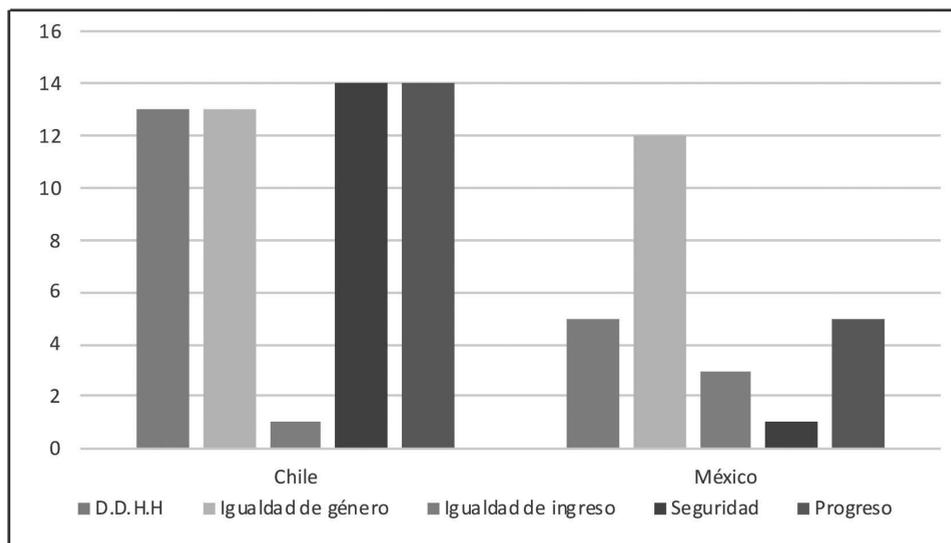
²⁸ *Ibidem*, p. 150.

²⁹ Convención de Belém do Pará, art.1°.

³⁰ FORBES Staff, “México, entre los 20 peores países para ser mujer”, *Forbes*, 3 de enero de 2020, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/mexico-entre-los-20-peores-paises-para-ser-mujer/>.

³¹ Arellano García, César, “En 10 años se triplicaron los feminicidios en México: INMUJERES”, *La Jornada*, 25 de noviembre de 2019.

En cambio, Chile está en el lugar 45 del informe *U.S. News & World Report*,³² y se encuentra colocado en mejor situación que México en materia de derechos humanos, igualdad de género, seguridad y progreso, como se desprende del siguiente gráfico.



Fuente: Elaboración propia con datos de U.S. News & World report 2019. Disponible en: <https://www.usnews.com/news/best-countries> (Consultado 29 de noviembre de 2019).

Pese a encontrarse en distinta posición, Chile y México tienen un punto en común: un nivel bajo en el aseguramiento del reconocimiento de la igualdad de ingreso, en la garantía de los derechos humanos y, habría que añadir, en la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres.

Frente a ese contexto, resulta necesario examinar las movilizaciones del 25 de noviembre de 2019 en México y en Chile, en las que se tomó el espacio público. Principalmente en México, dicho contexto se caracteriza por la violencia simbólica, en la que se usa el lenguaje para mantener la situación de desequilibrio. El aumento de la violencia en contra de la mujer en un contexto como el mexicano, puede pensarse como vinculado a una serie de estructuras discursivas, lingüísticas, culturales y jurídicas, donde no solo se reproduce un concepto estereotipado de la mujer y su rol en la sociedad, sino que también se invisibiliza la forma en la que tales expresiones simbólicas son la condición de posibilidad de agudización de la violencia física, de la que son víctimas las mujeres en estos escenarios.

³² Véase US News, disponible en: <https://www.usnews.com/news/best-countries>.

Cabe destacar que el principal caldo de cultivo de la marea feminista chilena es el latinoamericano; el pañuelo verde, símbolo de la lucha por el derecho al aborto en Argentina, atraviesa la cordillera de los Andes, así como el grito de “¡Ni una menos!”, que denuncia los feminicidios³³ y, recientemente, “Un violador en tu camino”. Además, la resistencia frente a los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez está también muy presente.

Pese a que existen avances en Chile y México, la falta de respuesta a la problemática estructural de la violencia contra las mujeres —reproducción de estereotipos sexistas, limitaciones a la autonomía económica, continuas brechas salariales, violencia en la participación política, violencia sexual, feminicidios, acoso y hostigamiento sexual, impunidad y falta de acceso a la justicia— provoca que hoy, en Chile y México, las mujeres —no idénticas— hayan tomado el espacio público para frenar las opresiones —que no son las mismas— y la dominación que parece no tener fin. Frente a este panorama, en principio no se puede hablar de justicia, porque no cesa la violencia ni la discriminación contra las mujeres. Como hemos señalado en nuestro marco conceptual, la violencia simbólica puede concebirse como una condición de posibilidad estructural para la violencia física. En este caso particular, la violencia simbólica de género construye la idea del cuerpo de mujer como objeto de violencia y consumo, con lo que crea un sentido común en el que la naturalización de la violencia de género se vuelve invisible.

El aumento en la incidencia de estas formas de violencia, es consecuencia de la reproducción y profundización de estas concepciones hegemónicas, no solo en los imaginarios colectivos, sino incluso en los presupuestos jurídicos y políticos desde los que se crea el derecho y se implementan las políticas públicas, por lo que, mientras el discurso de aquellos con el poder para determinar la realidad jurídica y política se encuentre habitado por estas concepciones, será un componente persistente de nuestras sociedades, frente al que no cesarán de crearse y oponerse nuevas resistencias.

IV. Articulación de saberes y experiencias de las mujeres en Chile y México en la denuncia de las violencias contra las mujeres: en el espacio público y en el ciberespacio

Cabe mencionar que aterrizar en los saberes y experiencias de mujeres —no idénticas— de Chile y México, constituye una forma de revelarnos desde la toma del espacio público, frente a lo que nos silencia y encierra, hasta desafiar las formas ideológicas dominantes, garantizar la justicia y fortalecer relaciones sociales igualitarias en la que las mujeres —no idénticas— crezcamos libres de violencia, tanto en lo privado como en lo

³³ Gaudichaud, Franck, “Contra la opresión del patriarcado. Una marea feminista”, *Le Monde Diplomatique*, París, 6 de septiembre de 2019, p. 5.

público. Con esa misma idea, es importante reflexionar sobre los retos para democratizar el ciberespacio con el fin de tomarlo.

Así, este rubro y el siguiente nos permiten evidenciar los tipos de violencia utilizados en las movilizaciones de la toma del espacio público y los retos del espacio virtual, en la lucha permanente por la justicia.

1. Resistencias en las movilizaciones de Chile y México el 25 de noviembre de 2019

Las movilizaciones de ambos países son un ejemplo de la toma del espacio público para frenar la violencia contra las mujeres y garantizar la justicia. Estas resistencias, y las que se suman, son ya imposibles de parar. Incluso en la pandemia del Covid-19 hay una respuesta para vencer algunos de los retos para democratizar el ciberespacio, como se expone más adelante. Sin embargo, existen muchos retos para construir comunidades digitales, los cuales se agravan para las mujeres pobres, indígenas, negras y rurales. De ahí que sea indispensable que, en los grupos de mujeres no idénticas, las mujeres indígenas, negras y pobres tomen la palabra y las mujeres con privilegios la cedan y desarrollen la escucha.

A. Chile, movilización del 25 de noviembre de 2019: resistencia del movimiento feminista

A la movilización del 25 de noviembre, la antecedió la del 8 de marzo de 2019, que ha sido una de las más importantes desde el comienzo de la transición democrática, en 1990. En ella, se unieron organizaciones no gubernamentales —Pan y Rosas—, asociaciones, sindicatos, mujeres mapuches, habitantes de barrios populares, entre otras. Parafraseando a Lugones, es el despertar de mujeres —no idénticas: mestizas, indígenas, pobres y negras— que han sido víctimas de dominación y explotación violentas, y el reconocimiento de la complicidad y la colaboración que muestran frente al ejercicio de la dominación violenta.³⁴

La movilización del 25 de noviembre se caracterizó por ser una protesta feminista con un centenar de voces que interpretaron “Un violador en tu camino”; el 28 se replicó mundialmente. Esta movilización responde a un ejercicio de estética, ingenioso y creativo, en el que se tejen hebras de narraciones “a fin de que se incorporen las necesidades, solidaridades y cuidados, que permita los otros/as concretos”,³⁵ tal como se apuntó en la introducción.

Asimismo, parafraseando a Benhabib, en la interpretación de “Un violador en tu camino” se invocaron y revocaron las normas de la colectividad, y se transformaron por mujeres —no idénticas— como sujetos políticos participantes por su actuación.³⁶

³⁴ Lugones, María, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, núm. 9, julio-diciembre de 2008, p. 79.

³⁵ Campos Quesada, Monserrat, “La democracia deliberativa de Seyla Benhabib...”, *op. cit.*, p. 14.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

B. México, movilización del 25 de noviembre: resistencia del movimiento feminista

En esta movilización vivimos ese límite tenso, entre mujeres, sectores de la sociedad y Estado. Las mujeres protestaron, desobedecieron y se lanzaron a manifestar sus demandas a la calle, al espacio público, avanzando hacia una participación en la lucha por la justicia.

En este pulso histórico de ingreso tardío y regateado al Estado, no es gratuito que dejaran diversos “mensajes” en los monumentos. Sin embargo, ese mismo día, grupos de limpieza de la CDMX eliminaban las consignas que habían dejado en los monumentos y en los edificios: “Femicidas”, “No tenemos miedo”, “UNAM feminicida”, “No me quiero morir en la UNAM”, “Esto no vale más que mi vida”, “Mujer policía, el gas es para los violadores”.

En la actuación de las autoridades de la CDMX, estamos frente a la violencia simbólica, desde el momento en que se pretende que sean *invisibles* la desesperación, las ganas de vivir, el enojo de cada una de las manifestantes frente a la violencia contra las mujeres —no idénticas—; había que dejar clara la dominación social y detener el largo proceso para considerarlas ciudadanas en igualdad de condiciones.

En ambas manifestaciones, la construcción de los saberes desde Latinoamérica es reiterar, como apunta Virginia Woolf, que no hay barrera, cerradura, ni cerrojo que puedan imponer a la libertad de nuestra mente. Especialmente, “es imprescindible introducir modificaciones en la conceptualización del espacio público a fin de que este incorpore las necesidades, solidaridades y cuidados, que permita los otros/as concretos”.³⁷

Hasta aquí, es evidente la toma del espacio público por los distintos movimientos feministas como una forma de resistencia y de búsqueda de la justicia. Es momento de examinar los retos de la toma del ciberespacio en el contexto de la pandemia de COVID-19, por los movimientos de las mujeres no idénticas en nuestra América, que amplíe las resistencias y frene los posibles retrocesos.

2. Los efectos diferenciados de la pandemia de COVID-19. De un espacio social que nos quedaba, a un ciberespacio por democratizar

Es relevante reflexionar sobre cómo el entorno de la digitalización puede eliminar la realidad. En este sentido, Han señala que: “la realidad se experimenta gracias a la resistencia que ofrece, y que también puede resultar dolorosa. En la digitalización toda cultura del me gusta suprime la negatividad de la resistencia. Y en la época de los *fake news* y los *deepfakes* surge una apatía por la realidad”.³⁸

³⁷ *Ibidem*, p. 14.

³⁸ Byung-Chul, Han, “La emergencia viral y el mundo del mañana”, en Amadeo, Pablo (ed.), *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, s.l.i., ASPO, 2020, p. 109.

Las advertencias del filósofo Han nos hacen cuestionarnos: ¿qué entendemos por ciberespacio y cuáles son los retos para crear comunidades digitales que contribuyan a frenar las violencias contra las mujeres en la pandemia, con la suma de las estrategias, resultado de las movilizaciones en el espacio público? Cabe señalar que ambas territorialidades, el ciberespacio y el espacio público, son complementarias e interdependientes para frenar la violencia contra las mujeres y garantizar la justicia.

A. Definición del concepto de “ciberespacio”

Sin duda, es el ciberespacio como un elemento definidor del espacio virtual de relación entre los usuarios de la red informática, y de otras redes telemáticas o de computadoras³⁹ donde se puede generar una conmoción por la realidad, que nos individualiza y no genera un sentimiento colectivo fuerte. Somos nosotras(os) quienes debemos repensar cómo frenar la desigualdad social y económica que asegura la discriminación y la xenofobia, para resistir y socavar formas de violencia contra las mujeres —no idénticas—, y al mismo tiempo, construir un potencial de reciprocidad donde prevalezcan los derechos humanos para lograr una vida habitable, teniendo claro que nuestras opresiones no son las mismas.

Para vencer estas opresiones y democratizar el ciberespacio, se vuelve indispensable, en tiempos de COVID, generar comunidades digitales, y de forma simultánea, seguir fortaleciendo las resistencias en el espacio público. Para ello, conviene apuntar qué entendemos por ciberespacio, cuáles son sus características y los retos para conformar comunidades digitales.

DEFINICIÓN

Como señala Valdés, el ciberespacio se constituye en un lugar de debate de asuntos comunes, “definido por la interacción, pero una interacción explícitamente corpórea y percibida como tal en el espacio y en el tiempo. Una interacción que no se limita al uso compartido de un mismo medio, sino a una verdadera relación mantenida entre un cierto grupo de personas que se comunican asiduamente”.⁴⁰

En esta comunicación, Internet permite “establecer fuertes relaciones sociales entre personas que no comparten el espacio geográfico, pero sí el espacio virtual o ciberespacio”.⁴¹ Para la construcción de este tipo de lazos, es necesario eliminar o disminuir condicionantes interdependientes, el acceso a Internet, la alfabetización digital, la neutralidad de la red y crear el interés. Éstas se abordarán, de manera introductoria, en el apartado sobre los retos de la constitución de comunidades digitales.

³⁹ Véase Valdés Godínez, Juan Carlos y Mendoza Cabrera, Elizabeth, “Ciberespacio y cibernsiedad, su relación con las formas alternativas de socialización para la apropiación social de las TIC’s”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, México, núm. 10, enero-junio de 2013.

⁴⁰ Díaz Parra, Iván y Candón Mena, José, “Espacio geográfico y ciberespacio en movimiento 15 M”, *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, núm. 470, marzo de 2014, p. 4.

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

El ciberespacio, pues, tiene las siguientes características: 1) la existencia de un lugar de encuentro; 2) la interacción; 3) el debate de asuntos comunes entre las personas; 4) la no compartición, necesariamente, de un espacio geográfico.

Incluimos las características de interacción y la de debate de forma separada, porque la primera no siempre implica que se expongan y se defiendan ideas; puede ser solo una acción o reacción en las redes sociales con un “me gusta”, sin comentarios. En cambio, el debate siempre implica una exposición y defensa de las ideas entre dos o más personas.

Junto a las cuatro características, cabe añadir una quinta: la utilización como mediador de una pantalla, cables, redes de utilización social y técnica. Son estas cinco características las que constituyen el ciberespacio.

El ciberespacio, al ser una territorialidad dentro de la cual los individuos se conectan, comunican, comparten intereses y construyen identidades, es también un espacio de reproducción de la violencia simbólica y lingüística. En particular, es preocupante su capacidad potencial para reproducir estereotipos y concepciones que normalizan la violencia contra la mujer, debido a la disponibilidad de páginas electrónicas con contenidos violentos, pornográficos, sangrientos y agresivos, que parten de la idea del cuerpo femenino como objeto de consumo. En este sentido, el ciberespacio se vuelve un campo más de disputa simbólica para crear nuevos horizontes de sentido que permitan a las mujeres tener una vida libre de violencia.

La pandemia de COVID-19 nos coloca en la necesidad de construir comunidades digitales que fortalezcan las resistencias, con ayuda de Internet y con base en intereses compartidos “o identidades mutuas de forma independiente a las proximidades geográficas y suponen una reconstrucción de la comunidad en el ciberespacio”.⁴²

Ahora bien, para que se creen y articulen comunidades digitales, al igual que en el espacio público, es indispensable la existencia de una información plural y veraz, la eliminación o disminución de la brecha digital, y la neutralidad en la red (que no responda solo a los intereses de los grupos económicos), para que en el espacio virtual o ciberespacio se mantenga la interrelación y se generen “confianza y empatías propias, de espacios realmente comunitarios”.⁴³

B. Retos para crear comunidades digitales

Puesto que elaborar una presentación exhaustiva de los retos rebasa las intenciones y posibilidades de este artículo, se debe limitar a realizar una presentación muy general.

⁴² Díaz Parra, Iván y Candón Mena, José, “Espacio geográfico y ciberespacio...”, *op. cit.*, p. 5.

⁴³ *Idem.*

A. INFORMACIÓN VERAZ Y PLURAL

Este tipo de información permite que se creen intereses comunes que motivan debates, hasta constituir comunidades digitales que fortalecen la toma del ciberespacio y el espacio público.

La veracidad es el contraste de los hechos con datos objetivos, de modo que no se pretende tanto la exigencia de una rigurosa o total exactitud en el contenido de la información transmitida, sino más bien, una actitud diligente y profesional en la búsqueda y transmisión de la información por el emisor.

Por su parte, la CIDH declara que tienen un mayor deber de diligencia las autoridades estatales, debido a su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos, como para evitar que lxs ciudadanxs y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de los hechos.⁴⁴

Así, el requisito de veracidad frena la desinformación, que lleva a distorsionar los hechos a quien lo escucha, lee o ve, al transmitir y difundir información incompleta, omitir algo de ésta o difundir noticias que se saben falsas.

Al mismo tiempo, es indispensable garantizar el pluralismo informativo interno y externo, porque el primero implica que se asegure la entrada de una pluralidad de opiniones, y el segundo, una diversidad de fuentes de información contrapuestas.

La problemática a la que nos enfrentamos en el ciberespacio es que proliferan las noticias falsas y se omite información, junto a una concentración en las redes sociales y los buscadores,⁴⁵ lo que debilita la posibilidad de la formación y manifestación libre de las comunidades digitales. Esta situación trasciende la toma del espacio público, y con ello, la formación de resistencias para frenar la violencia contra las mujeres.

Además de la concentración que tienen Google y Facebook en publicidad digital, y el primero, en el mercado de búsquedas, la desinformación en la era digital, aunada a la brecha digital, profundiza las desigualdades entre las indignadas y las víctimas.

B. DISMINUIR LA BRECHA DIGITAL

Pérez de Hacha destaca que, a escala mundial, en Internet hay más hombres que mujeres, y además, éstas, con menos recursos económicos, tienen 50% menos de probabilidades de estar conectadas que los hombres. En México, la brecha digital se manifiesta aun cuando en 2016, 51.5% de las mujeres tenían conexión a Internet — en la encuesta de 2020, se señala que es 51.3% del total de los usuarixs—, porque ello no implicaba ne-

⁴⁴ CIDH, *Casos Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia 28 de enero de 2009, Serie C, 195, Párr. 151; *Ríos y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, 194, Párr. 139. Véase Apreza Salgado, Socorro, *Libertad de expresión y derechos de los periodistas*, Colección Nuestros Derechos, México, INEHRM, IJ-UNAM, 2018, pp. 14-15.

⁴⁵ Como apunta Zuazo, hoy en la economía de plataformas, cada una de las empresas domina un gran mercado, por ejemplo: Amazon, las ventas; Uber, el transporte; Google y Facebook, la publicidad. Así, Google y Facebook se llevan 85% de toda la inversión en publicidad digital, al tiempo que Google tiene 89% del mercado de búsquedas; Zuazo, Natalia, *Los dueños del internet*, Bueno Aires, Debate, 2018, pp. 91 y 90.

cesariamente que fuera una herramienta para aprender y conocer, además de un espacio seguro para compartir y disentir, en su idioma.⁴⁶

Ahora bien, el hecho de que más mujeres tengan acceso a Internet que los hombres,⁴⁷ no significa que no exista brecha digital, porque de ésta hay tres tipos: acceso, uso y apropiación, y en todas hay grandes retos para las mujeres.

La brecha digital de acceso incluye el físico, el motivacional y el de la alfabetización digital, vinculado con la educación para adquirir las habilidades digitales. La brecha de uso se refiere al tipo de contacto con las TIC; por último, la de apropiación se relaciona con el uso significativo de las TIC, en el que se ejerce el grado de control y elección sobre la tecnología, además de los contenidos.⁴⁸

En las brechas de uso y apropiación existen más retos para la población en general, pero más aún para las mujeres. Asimismo, es importante reiterar que en el acceso existe una brecha en la educación para adquirir habilidades.

La brecha de apropiación, evidencia la necesaria neutralidad en la red, porque al hecho de que las mujeres no idénticas no tengan mayor grado de control y elección de la tecnología y de los contenidos, se pueden sumar problemas de deficiencia en los lineamientos de la neutralidad de la red, lo que nos coloca a la disposición de las empresas que controlan las plataformas y dificultan la democratización del ciberespacio, así como la formación de comunidades digitales para frenar la violencia contra las mujeres y un acceso a la justicia.

C. NEUTRALIDAD DE LA RED

La neutralidad de la red es indispensable para que los proveedores de acceso a Internet (PAI) aseguren el libre acceso, la no discriminación, la privacidad y la transparencia —principios previstos en el artículo 145 de la LFTR— en las aplicaciones, contenidos, servicios, por origen, destino y tipo de datos.

Pese a la relevancia de la neutralidad en la red, el órgano garante, el Instituto Federal de las Telecomunicaciones (IFT), se negó por siete años a emitir los lineamientos de la Neutralidad de la red, y fue R3D quien, a través de la vía jurisdiccional —con un amparo—, logró que se emitieran.

Sin embargo, los Lineamientos para gestión y administración de la red, elaborados por el IFT, trajeron consigo serias críticas de diversas organizaciones, entre ellas R3D, por incumplir la obligación de proteger la neutralidad de la red. Hay que coincidir con

⁴⁶ Cfr. Pérez de Hacha, Giselle, “Brecha digital de género en México. ¿De qué hablamos cuando hablamos de acceso?”, *Derechos digitales*, World Wide Web Foundation, 2016, p. 3.

⁴⁷ En la Encuesta Nacional de Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, de 2020, se apunta que 51.3% del total de los usuarios de Internet son mujeres, y 78.3% de los usuarios está ubicado en áreas urbanas, mientras que en el área rural, la proporción es de 50.4%; INEGI, *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares* (ENDUTIH), 2020.

⁴⁸ Gómez Navarro, Dulce Angélica *et al.*, “La brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México”, *Entreciencias: Diálogo en la sociedad del conocimiento*, México, UNAM, 2018, vol. 6, núm. 16, pp. 51-52.

estas organizaciones en el hecho de que el IFT emitió Lineamientos que permiten que los proveedores de acceso a Internet (PAI) puedan discriminar el tráfico de ciertas aplicaciones, contenidos y servicios con base en criterios comerciales. Asimismo, la falta de disposiciones que prevean obligaciones de transparencia o supervisión de incumplimiento, no evita que la gestión de tráfico por parte de los PAI no viole la neutralidad de la red, la privacidad y los derechos humanos.⁴⁹ De este modo, la falta de obligaciones de transparencia limita que todos podamos saber las prácticas que los PAI emplean para la gestión del tráfico a la información.

En consecuencia, es indispensable contar con información veraz y plural, políticas públicas para frenar la brecha digital y lineamientos de neutralidad de la red, que aseguren los principios de libre elección, no discriminación, privacidad y transparencia, para avanzar en la democratización del ciberespacio, que evite la apatía de la realidad y favorezca la formación de comunidades digitales, con el fin de resistir y socavar las formas de violencia contra las mujeres y, mediante la toma del espacio público, frenar hasta eliminar dicha violencia y así alcanzar el acceso a la justicia.

Solo ajustándolo, es posible lograr que el ciberespacio, aun con la brecha digital, se constituya en un espacio de posibilidades ilimitadas, si evaluamos la desinformación y las noticias falsas, y cómo canalizar acciones, sobre todo cuando en el aislamiento se requiere mayor información para generar ese debate intersubjetivo en Internet, hasta establecer un espacio más vital donde se incorporen las necesidades, solidaridades y cuidados de las mujeres no idénticas.⁵⁰

Sobre todo cuando los países latinoamericanos “se caracterizan por altos índices de violencia generalizada y especialmente por razones de género, de raza o etnia”;⁵¹ y donde, lamentablemente, en este confinamiento hay un incremento de la violencia doméstica, las mujeres, niñas y niños se encuentran expuestas a la violencia en sus propias casas, porque, como apunta Butler, el “hogar suele figurar como un espacio seguro contra el virus. Incluso si lo es (lo cual no es siempre cierto), eso no significa que sea seguro para las mujeres que sufren violencia dentro de sus propios hogares”.⁵²

Frente a los retos antes descritos, es momento de exponer las debilidades de la institucionalidad y de las estructuras públicas en la pandemia por COVID-19, en Chile y México, para después analizar la respuesta de las organizaciones que sostienen la vida en ambos países, en la pandemia, en el ciberespacio, ante un Estado ausente.

⁴⁹ R3D, “Lineamientos del IFT incumplen obligación de proteger la neutralidad de la red y favorecen empresas”, julio de 2021.

⁵⁰ Por ello, es necesario incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional, “para contener la pandemia, teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición migrante o desplazada, la condición de discapacidad, la privación de la libertad, el origen étnico-racial, identidad y/o expresión de género”; CIDH, *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, p. 17.

⁵¹ CIDH, *Pandemia y derechos humanos... op. cit.*, p. 3.

⁵² Michelson, Constanza, “Judith Butler: Debería haber otras formas de refugio...”, *op. cit.*

3. Debilidades de la institucionalidad y de las estructuras públicas en la pandemia por COVID-19 en Chile y México

La pandemia por COVID-19 trajo, y sigue trayendo, “muerte y miedo, con el confinamiento en casa como única forma de prevención del contagio”.⁵³ En Chile y México, sin información, en el encierro, sin escuelas, en algunos casos, sin trabajo o sin ingresos, muchas mujeres dejaron de ser sujetos para sí mismas, y se convirtieron en ser para los otros —se multiplicaron las cargas domésticas, las tareas de cuidado, el apoyo en las tareas escolares, la contención de sus familias en caso de enfermedad, entre otras—.⁵⁴

Además, en Chile, el aumento significativo de llamadas al teléfono 1455 del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, y al Fono Familia de carabineros, da cuenta de la agudización de los conflictos y la dinámica de violencia que han vivido numerosos hogares⁵⁵ durante esta emergencia sanitaria por COVID-19. De igual forma sucede en México, donde también se ha registrado un aumento notable en las llamadas de auxilio relacionadas con la violencia contra las mujeres, esto con base en tres fuentes: llamadas hechas al 911 en el país; las llamadas hechas en la Línea de Mujeres en la Ciudad de México, y las llamadas y atenciones brindadas en la Red Nacional de Refugios.⁵⁶

Ante este contexto, resulta intolerable la deficiente actuación de las instituciones, tanto en México como en Chile. En el caso de este último, Valdés apunta que la falta de información, la insuficiencia de medidas para paliar el desempleo y la pérdida de ingresos, la inseguridad en la atención de salud de las madres, la ausencia de respuesta ante el aumento de la violencia género, la falta de agua en muchas localidades, dejaron al descubierto las debilidades institucionales.

En México, también quedaron al descubierto estas debilidades. Hasta el momento, siguen sin implementarse medidas para el desempleo; la respuesta ante el aumento de violencia de género fue y continúa siendo vergonzosa. Por ejemplo, los poderes judiciales, como señala EQUIS: Justicia para las Mujeres en su informe, “(DES) Protección Judicial”, en el caso de las órdenes de protección, solo 17 de los 32 poderes judiciales establecieron guardias para la emisión de órdenes de protección en materia familiar, y siete de los 32 poderes judiciales en materia penal.⁵⁷

⁵³ Valdés Echenique, Teresa, “Mujeres en pandemia: Ciudadanía y cambio social”, en Bórquez Polloni, Blanca (ed.), *Mujeres en tiempos de esperanza, crisis y pandemia*, Chile, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021, p. 139.

⁵⁴ *Idem*, p. 140. Cabe mencionar que Valdés solo señala a Chile; sin embargo, esta situación también se vive en México.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 141.

⁵⁶ De acuerdo con las llamadas al 911, relacionadas con la violencia contra la mujer, representa un aumento de 42% respecto del mes de abril del año previo. En las llamadas en la Línea de Mujeres de la Ciudad de México, relacionadas con la violencia, también puede observarse un incremento. Según las Atenciones en la Red Nacional de Refugios, entre marzo y mayo de 2020, la Red ha visto un aumento en las atenciones, acompañamientos y orientaciones brindadas (EQUIS: Justicia para las Mujeres *et al.*, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de Covid-19*, México, 2020, pp. 11-13).

⁵⁷ EQUIS: Justicia para las Mujeres *et al.*, *Las dos pandemias... op. cit.*, 2020, p. 20.

A ello se suma una deficiente garantía del derecho a la información, por parte de los poderes judiciales en esta emergencia sanitaria, que no toman en cuenta el tema de la brecha digital de acceso y apropiación, porque, como apunta EQUIS: Justicia para las Mujeres, los acuerdos, anuncios y órdenes emitidos para decretar la suspensión de labores y el establecimiento de medidas de emergencia, así como servicios que se proporcionarán durante la contingencia, son poco accesibles para la ciudadanía en los portales de Internet; no todos fueron publicados en páginas oficiales, sino en redes sociales, además de que no usaban un lenguaje y un formato accesibles y culturalmente adecuados.⁵⁸

Asimismo, la respuesta gubernamental ha sido mínima y no se instituyó un programa nacional para atender la violencia contra las mujeres. A modo de ejemplo, el Programa Institucional de INMUJERES, de 2020-2024, no incluye los refugios de mujeres víctimas de violencias ni las casas de la mujer indígena (CAMI) dentro del objetivo para la atención y erradicación de violencias, ni para la prevención de los feminicidios.⁵⁹ Ante la falta de respuestas robustas por parte de las autoridades mexicanas, parece confirmarse que el Estado mexicano tiene mucho por hacer ante el agravamiento de la violencia de género y el aumento de feminicidios en esta emergencia sanitaria por COVID-19.

Las medidas y acciones institucionales establecidas en México y Chile están lejos de ser una respuesta estructural, y no han cumplido con las recomendaciones propuestas por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem do Pará, especialmente que se difundan de forma estratégica los medios para denunciar la violencia de género, mediante mensajes de texto, páginas de Internet o estrategias de farmacias, supermercados a los que se pueda acceder, en caso de cuarentena. No se han establecido células de reacción inmediata para atender eficazmente las denuncias y los casos de violencia de género.

Incluso, México no ha avanzado nada respecto a la prevención, en tanto no es posible prevenir integralmente la violencia de género “sin considerar el aumento del desempleo, la incertidumbre del hacinamiento, el teletrabajo, la sobrecarga de labores reproductivas (domésticas, de cuidado y crianza)”,⁶⁰ porque no basta destacarlas, sino dar una respuesta a estas problemáticas.

Con respecto a los programas propuestos por la OEA, no se han implementado, en ninguno de los dos países, aquellos destinados a minimizar el impacto económico de mujeres en la informalidad.

Las propuestas más contundentes e integrales en este contexto no provienen del Estado y sus instituciones, sino de la iniciativa del trabajo de los colectivos. Cabe mencionar, en el caso de Chile, la agenda de Género COVID-19, que elaboraron 89 organizaciones e instituciones de mujeres, con diagnósticos y propuestas de medidas urgentes de mediano y largo plazo, para ser instituidos por ministerios, subsecretarías y organismos

⁵⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁰ Madariaga, Vesna, “Violencia de género, la otra pandemia en tiempos de Covid-19”, *El Mostrador*, Santiago, 3 de abril de 2020, p. 2.

públicos. La omisión de medidas adecuadas para la garantía de los derechos de las mujeres en el contexto de la pandemia, expresa la exclusión que todavía existe de sus realidades y necesidades en las esferas desde las que se decide y ejecuta la política pública de estos países. Esta omisión estatal e institucional desempeña un papel determinante en la reproducción de la violencia simbólica de género, y es un obstáculo para los procesos sociales colectivos, que buscan la justicia y desde los que se aspira a la democratización del espacio público y del ciberespacio.

4. Las distintas organizaciones y agrupaciones de mujeres avanzan en democratización del ciberespacio durante la pandemia por COVID-19: México y Chile

En vista del incremento de la violencia contra las mujeres, y de una falta de respuesta integral en Chile y México, no hay duda de que en la construcción de saberes y de lo común, son las mujeres quienes tienen que tomar los espacios políticos, jurídicos, en sus dimensiones simbólica, estética y digital.

Lo que se puede observar es que el confinamiento, como medida de prevención del COVID-19, implicó que la fuerza de los procesos organizativos de las mujeres se viese afectada. Frente a la imposibilidad de la toma del espacio público, pasaron alrededor de dos meses para que se continuara con la comunicación y las acciones colectivas desde el ciberespacio.⁶¹

Esta pandemia puso a prueba el poder organizativo, creativo y de respuesta de las movilizaciones y organizaciones feministas. Un ejemplo del poder creativo, como apunta Quijano, es el de Verde Aquerrale —colectivo feminista—, que durante los meses de trabajo en el Congreso, en Guanajuato, intervino digitalmente fotografías de lugares representativos del Estado, simulando pintas, grafitis y mantas, cuando se discutió la legalización del supuesto de doce semanas para el aborto.⁶²

De esta manera, el ciberespacio dejó de ser solo un instrumento para articular la toma del espacio público, para pasar a constituirse en un medio para la construcción de un fin: frenar la violencia contra las mujeres y lograr el acceso a la justicia. Así, las movilizaciones de mujeres ampliaron su participación, del espacio físico al digital.

Coincidimos con Quijano en que es preciso tener claro que el activismo de la calle no sustituye al activismo digital; uno no sustituye al otro, ambos son necesarios.⁶³ Por ello, independientemente de que acabe la etapa de confinamiento, no se debe perder el espacio ganado en el ciberespacio, por el contrario, es necesario avanzar en la democratización del ciberespacio.

⁶¹ Cfr. Portillo Sánchez, Maricela y Erandy, Daphne, “Efectos de la pandemia por la Covid-19 en las movilizaciones feministas de la Ciudad de México”, *Revista Mexicana de Estudios de los Movimientos Sociales*, México, vol. 5, núm. 1, enero-junio de 2021, pp. 25 y 27.

⁶² Quijano, Haydeé, “Activismo y formación en el mundo digital. Un escenario no tan nuevo pero que estaba desaprovechado de ARDELATAM a Covid-19”, en Andrés Pérez, M. Carlos *et al.* (eds.), *¿Democracia infectada?*, Uruguay, Konrad Adenauer, 2020, p. 74.

⁶³ *Ibidem*, p. 93.

Así como la toma del ciberespacio ha permitido generar nuevos vínculos entre las activistas, también ha implicado nuevas preocupaciones: la protección de datos personales, la vida privada, organizarse para paliar las noticias falsas, las brechas digitales de acceso y apropiación, y la falta de neutralidad en la red, así como articular respuestas para sostener la vida de las mujeres que sufren violencia en estos momentos de confinamiento, acompañando en este periodo de crisis y exigiendo una respuesta integral a las instituciones del país.

V. Reflexiones finales

La toma del espacio público pone de manifiesto que las mujeres somos quienes quedamos fuera de la interlocución en el Estado, al negárenos alzar la voz y reclamar. De tal modo, no nos consideran interlocutores válidos y, por lo tanto, pretenden que perdure la injusticia. Somos nosotras las que nos estamos levantando y reclamando nuestro profundo y radical malestar, nuestro desacuerdo.

En consecuencia, aunque las mujeres en México y Chile alzan la voz para lograr participar activamente, las respectivas autoridades de cada país están alejadas de instrumentar respuestas integrales que frenen su exclusión, y conduzcan al cese de la discriminación y la violencia simbólica, hasta lograr la justicia.

Es momento de dejar de ser excluidas, relegadas a una posición desventajosa, violentadas, discriminadas, para llegar a la posesión e interiorización de nuestros derechos humanos. Es preciso que resurjan las Antígonas que harán posible la resignificación de los derechos de las mujeres en México, mediante el freno de la impunidad, el acceso a la justicia y a la igualdad que nos lleven a eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres —no idénticas—, para que crezcan libres de violencia, tanto en lo privado como en lo público.

Aun después de la pandemia, habrá que frenar la eliminación del espacio vital, el más importante, que es el espacio público. En tiempos del COVID-19, nuestro reto en el ciberespacio es evitar que se afecte la normalidad, y fomentar un sentimiento colectivo fuerte, para que un potencial de reciprocidad asegure que los derechos de las mujeres en confinamiento no sean prescindibles, sino que prevalezcan.

De momento, es necesario promover que se incorporen medidas alternativas para garantizar que los refugios puedan atender el incremento de solicitudes en México y en Chile, y que las instituciones tengan en cuenta la situación particular de vulnerabilidad en la que están viviendo las mujeres en esta emergencia sanitaria. Además, se debe exigir a las instituciones que fortalezcan los servicios de respuesta a la violencia de género; difundir por las redes sociales los medios existentes para denunciar los casos de violencia de género contra las mujeres, niñas y niños; impulsar la construcción de redes comunitarias; reclamar que las instituciones instrumenten los medios idóneos en tiempos de

contingencia, por ejemplo, la posibilidad de denunciar en supermercados y farmacias, como lo recomendó el Comité de Expertas del MESECVI.

Así, parafraseando a Simone de Beauvoir, no se debe olvidar que puede bastar con una crisis sanitaria y económica “para que los derechos de las mujeres se cuestionen”. Por ello, debemos permanecer alertas toda la vida.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APREZA SALGADO, Socorro, *Libertad de expresión y derechos de los periodistas*, Colección Nuestros Derechos, México, INEHRM, IJ-UNAM, 2018.
- ARELLANO GARCÍA, César, “En 10 años se triplicaron los feminicidios en México: INMUJERES”, *La Jornada*, 25 de noviembre de 2019.
- ARANGO DURLING, Virginia, *Paz social y cultura de paz*, Panamá Viejo, 2007.
- BELAUSTEIGUIGOTIA, Marisa, “Mexicanas al *glitter* de Guerra: Protesta, diamantina, espacio público y educación”, *Nexos*, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://educacion.nexos.com.mx/mexicanas-al-glitter-de-guerra-protesta-diamantina-espacio-publico-y-educacion/>.
- BLANCO, Natalio, “La ONU alerta del terrible aumento de la violencia machista en el mundo por la pandemia del coronavirus”, *Diario 16*, 6 de abril de 2020.
- BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- BOURDIEU, Pierre, y WACQUANT, Loic, *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- BYUNG-CHUL, Han, “La emergencia viral y el mundo del mañana”, en AMADEO, Pablo (ed.), *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, s.l.i., ASPO, 2020.
- CABEZA PEREIRO, María del Carmen y RODRÍGUEZ BARCÍA, Susana, “Lenguaje excluyente y género”, *Actas del XIII Congreso Internacional de Lingüística Xeral*, España, Universidad de Vigo, 2018.
- CAMPOS QUESADA, Monserrat, “La democracia deliberativa de Seyla Benhabib: los sujetos políticos y la construcción del diálogo en el espacio público”, *WP: Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, núm. 340, 2015.
- CASTELLANOS, Laura, “México abandona a las mujeres violentadas en estas contingencias”, *The Washington Post*, 13 de abril de 2020.
- DEL ARENAL, Celestino, “Paz y derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero-junio de 1987.
- DÍAZ PARRA, Iván y CANDÓN MENA, José, “Espacio geográfico y ciberespacio en movimiento 15 M”, *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, Universidad de Barcelona, núm. 470, marzo de 2014.

- EQUIS: Justicia para las Mujeres *et al.*, *Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de Covid-19*, México, 2020.
- ESPÓSITO, Robert, “Lenguaje y violencia entre Benjamin y Canetti”, en *Δαίμων Revista de Filosofía*, núm. 38, 2006.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- GALINDO, María, “Desobediencia, por tu culpa voy a sobrevivir”, en AMADEO, Pablo (ed.), *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, s.l.i., ASPO, 2020.
- GÓMEZ NAVARRO, Dulce Angélica *et al.*, “La brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México”, *Entreciencias: Diálogo en la sociedad del conocimiento*, México, UNAM, 2018, vol. 6, núm. 16.
- KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, *Lecturas de filosofía del Derecho*, vol. II, Ciudad de México, TCJDF, 2001.
- LUGONES, María, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, núm. 9, julio-diciembre de 2008.
- MADARIAGA, Vesna, “Violencia de género, la otra pandemia en tiempos de Covid-19”, *El Mostrador*, 3 de abril de 2020.
- MENDOZA, Breny, “La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano”, en ESPINOSA MIÑOSO, Yuderkys *et al.* (eds.), *Tejiendo otro modo: feminismo, epistemología y apuestas decoloniales de Abya Yala*, Colombia, Editoras UC, 2014.
- MICHELSON, Constanza, “Judith Butler: Debería haber otras formas de refugio que no dependan de una falsa idea de hogar”, *La Tercera*, 3 de abril de 2020, disponible en: <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/judith-butler-deberia-haber-otras-formas-de-refugio-que-no-dependan-de-una-falsa-idea-del-hogar/MWW43WK4M-BFRLEAKUOS5UD5KKI/>.
- OEA, *Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2020.
- OEA, MESECUIC, *Comunicado del Comité de Expertas, solicita la incorporación de la perspectiva de género en las medidas que se tomen para la mitigación del COVID-19 y el reforzamiento de acciones para la prevención y atención de la violencia de género*, Washington, 18 de marzo de 2020.
- PÉREZ DE HACHA, Giselle, “Brecha digital de género en México. ¿De qué hablamos cuando hablamos de acceso?”, *Derechos digitales*, World Wide Web Foundation, 2016.
- PORTILLO SÁNCHEZ, Maricela y ERANDY, Daphne, “Efectos de la pandemia por la Covid-19 en las movilizaciones feministas de la Ciudad de México”, *Revista Mexicana de Estudios de los Movimientos Sociales*, México, vol. 5, núm. 1, enero-junio de 2021.

- QUIJANO, Haydeé, “Activismo y formación en el mundo digital. Un escenario no tan nuevo pero que estaba desaprovechado de ARDELATAM a Covid-19”, en ANDRÉS PÉREZ, M. Carlos *et al.* (eds.), *¿Democracia infectada?*, Uruguay, Konrad Adenauer, 2020.
- RANCIÈRE, Jacques, *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Edición Nueva, 1996.
- SANFÉLIX VIDARTE, Vicente, “Palabra y silencio, reflexiones sobre la violencia y el lenguaje”, *Thémata. Revista de Filosofía*, España, núm. 37, 2006.
- SANTIAGO, Jorge, “Democracia, ciudadanía y derechos humanos en la obra de Jacques Rancière”, en *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 9, 2009, “Democracia, ciudadanía y derechos humanos en la obra de Jacques Rancière”, *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 9, 2009.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2006.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Descolonizar el poder, reinventar el saber*, Montevideo, Trilce, 2010.
- VALDÉS ECHENIQUE, Teresa, “Mujeres en pandemia: Ciudadanía y cambio social”, en BÓRQUEZ POLLONI, Blanca (ed.), *Mujeres en tiempos de esperanza, crisis y pandemia*, Chile, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021.
- VALDÉS GODÍNEZ, Juan Carlos y MENDOZA CABRERA, Elizabeth, “Ciberespacio y ciber sociedad, su relación con las formas alternativas de socialización para la apropiación social de las TIC’s”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, México, núm. 10, enero-junio de 2013.
- VARELA MENÉNDEZ, Nuria, “Barcos y corazones. Las sutilezas del patriarcado en la transmisión de valores que alimentan la violencia de género”, *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, núm. 4, junio de 2016.
- ZIZEK, Slavoj, *Violence*, trad. de José Antón Fernández, Argentina, Paidós, 2009.
- ZUAZO, Natalia, *Los dueños del internet*, Buenos Aires, Debate, 2018.



CRÍTICA A LA GUÍA BIOÉTICA QUE ASIGNA RECURSOS MÉDICOS ESCASOS PARA LA ATENCIÓN DE LA ENFERMEDAD POR COVID-19: UNA MIRADA A LOS DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

CRITIQUE OF THE BIOETHICS GUIDE THAT PRIORITIZES RESOURCES FOR THE CARE OF THE DISEASE OF COVID-19: AN OVERVIEW OF THE SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH

Daniel García Urbina*

La distribución natural de los talentos no es ni justa ni injusta; tampoco es injusto que las personas nazcan en la sociedad en una posición particular.

Estos son simplemente hechos naturales.

Lo que es justo e injusto es la forma en que las instituciones tratan estos hechos.

JOHN RAWLS

Resumen

La Guía Bioética que asigna recursos médicos escasos por la nueva enfermedad por COVID-19, apareció el 30 de abril de 2020 y generó una gran discusión, no solo en el ámbito médico, sino también en el académico y, en especial, en el debate filosófico-ético. En esa

* Maestro en Filosofía del derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente doctorante del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en la misma universidad. Líneas de interés: filosofía del derecho, sociología del derecho, derecho indígena, interculturalismo y filosofía política. Correo electrónico: danielgarciaurbina25@gmail.com. Es importante mencionar que algunas de las reflexiones aquí escritas, sobre todo las que tienen que ver con la discusión utilitarista, fueron revisadas en la sesión del 02 de junio de 2020, durante la reunión virtual del Programa del Seminario de Seguimiento y Análisis Jurídico COVID-19, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sin embargo, en este texto se exploran diferentes ideas relacionadas con el aspecto sociológico de los determinantes sociales de la salud, y que aportan una nueva visión y nuevas reflexiones a la discusión.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2021.

tesitura, en este escrito se realiza una serie de reflexiones filosóficas y socio-jurídicas en torno a dicha Guía, relacionadas con la inviabilidad de una ética utilitarista que favorece la igualdad formal en la priorización de esos recursos. Particularmente, la discusión se concentrará en la revisión de los determinantes sociales de la salud y el por qué su omisión es perjudicial en la lucha por una justicia distributiva.

Palabras clave: derecho a la salud, utilitarismo, determinantes sociales de la salud, sociología médica, priorización de recursos, igualdad de oportunidades.

Abstract

The Bioethics Guide that allocates limited medical resources for the COVID-19 disease made its appearance on April 30th, 2020, and generated a big discussion, not only in the medical field, but also in the academic and, especially, in ethics debate. In this context, this paper will present a series of philosophical and socio-legal arguments on the Bioethics Guide, related to the non-viability of a utilitarian ethics that favors formal equality in the prioritization of these resources. Particularly, the discussion will be about the social determinants of health and the reasons why its omission in the Guide is harmful for distributive justice.

Keywords: right to health, utilitarianism, social determinants of health, medical sociology, prioritization of resources, equal opportunities.

I. Introducción

Como prolegómenos, quisiera aclarar cuáles son (y cuáles no) las intenciones del presente texto. Empezaré por las que no lo son. No es mi intención realizar un análisis de aspectos estrictamente jurídicos, como la fundamentación o motivación de la Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia (en adelante “Guía”), sobre su controvertido proceso de publicación¹ o sobre su constitucionalidad.² Tampoco serán parte de mi análisis las discusiones sobre el supuesto permiso que daba la Guía para efectuar la eutanasia por parte de las y los médicos, o aquella que muchos diarios difundieron, según la cual obligaba al personal de salud a no atender a las y los adultos mayores por favorecer a los jóvenes, porque desde luego, se

¹ Durante el proceso de publicación de la Guía, se han difundido diferentes versiones, de fechas 11 de abril, 15 de abril, 20 de abril, y la última (la que se comenta en este escrito) es del 30 de abril de 2020.

² Por ejemplo, se ha argumentado que, de acuerdo con la jurisprudencia obligatoria, las medidas que establezcan categorías sospechosas de priorización, como lo hace la Guía, para ser consideradas constitucionalmente válidas deben pasar un test de escrutinio estricto. Véase: SCJN P./J. 10/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, t. I, septiembre de 2016, registro 2012589, p. 8.

trata de argumentos que a todas luces son una falacia del hombre de paja y resultan poco relevantes para ser tomados en serio. Tampoco es mi propósito revisar las dificultades y retos de su implementación. Mucho menos es mi intención proveer una alternativa a la Guía como lo han hecho otros y otras colegas.³

En ese sentido, mi intención primordial es explorar algunos argumentos desde la sociología médica y la filosofía, acerca de los problemas que se pueden desprender en torno a la asignación de recursos escasos que establece la Guía. Además de hacer una crítica al utilitarismo propuesto por el documento, mi intención es exponer, de alguna manera, reflexiones que pudieran ser de utilidad para abonar al debate —necesario— de la priorización de recursos, ya que, como acertadamente ha mencionado el profesor Ángel Puyol, indefectiblemente una discusión que tenga que ver con la distribución de recursos en medicina tiene que ser evaluada a la luz de las teorías de la justicia.⁴ Así, mi propuesta es defender que la Guía —sin menospreciar su oportuna aparición y enorme aporte a la discusión ética— falló en reconocer que en la asignación de recursos médicos deben tomarse en cuenta los determinantes sociales de la salud, y no solamente criterios de igualdad formal. Para lograr esta empresa, primero se ofrecerán los puntos clave de la Guía; luego, un análisis de su ética utilitarista y, finalmente, se manifestarán algunos razonamientos sobre los problemas de una asignación de recursos médicos que no tome en cuenta los determinantes sociales de la salud.

II. Fundamentación y motivación de la Guía

En esta primera parte, resulta importante establecer los principales elementos formales que conforman la Guía. La motivación del documento deriva de la declaración de pandemia, emitida el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud. En México, el 30 de marzo del mismo año, el Consejo de Salubridad General estableció un acuerdo por el cual se declaraba la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a raíz de la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

También se debe tomar en cuenta que, en aras de la obligación del Estado mexicano de adoptar los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presente Guía se fundamenta en la Resolución 1/2020 que emitió dicho organismo. De manera sucinta, la resolución tiene como propósito emitir una serie de recomendaciones a los Estados miembros para hacer frente a la pandemia derivada del COVID-19; asimismo, hace alusión a la relevancia de que prevalezca la defensa al derecho a la salud y los compromisos con los derechos humanos en general, que se promueva la investigación

³ Véase: Soto Mota, Adrián *et al.*, “Un dilema inevitable del Covid-19: ¿Cómo salvar más vidas cuando se acaban las camas?”, *Nexos*, México, *s/n*, 11 de abril de 2020, así como Martín Reyes, Javier *et al.*, “México necesita una política clara de acceso a terapia intensiva”, *Revista Etcétera*, *s/n*, 16 de abril de 2020.

⁴ Puyol, Ángel, “Justicia distributiva en el sistema de salud. El racionamiento de los recursos en tiempos de crisis”, *XXIII Congreso Derecho y salud: Sistema de salud: novedades y desafíos*, vol. 24 extraordinario, 2014, pp. 19-26.

científica y que las medidas sanitarias tomen en cuenta los grupos en situación de vulnerabilidad. Particularmente, llama la atención la recomendación número 9:

Velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, sean públicos o privados, asegurando la atención de las personas con COVID-19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, así como personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.⁵

Respecto a sus objetivos, la Guía menciona que entre éstos se busca proporcionar “criterios para orientar la toma de decisiones de triaje cuando una emergencia de salud pública genera una demanda en los recursos de medicina crítica que no es posible satisfacer”.⁶ Además, vale la pena resaltar que la misma “entrará en operación si la capacidad existente de cuidados críticos en un determinado hospital está sobrepasada, o está cerca de ser sobrepasada, y no es posible referir pacientes que necesitan de cuidados críticos a otros hospitales donde puedan ser atendidos de manera adecuada”,⁷ y que “se elaboró para hacer frente a la pandemia de COVID-19. La COVID-19 es una enfermedad viral infecciosa nueva, causada por el virus SARS-CoV-2, que tiene manifestaciones clínicas muy severas en aproximadamente el 5% del total de la población que la contrae. Actualmente no existe tratamiento profiláctico ni curativo para este virus”.⁸

Con relación a su fundamentación, la Guía está sustentada en los artículos 1º, 2º, 4º, y 73, fracción XVI, bases 1ra. y 3ra. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 15, 16 y 17, fracción VI de la Ley General de Salud (LGS), así como 1º y 9º, fracciones VI, XIII; 10, fracciones II, V, VIII; 11, fracciones VIII, IX; 15, fracción V, y 20 del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General (CSG). Por su parte, la actuación del Comité de Ética de la Comisión Consultiva Científica se fundamenta en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 16 y 17, fracción VI de la Ley General de Salud; 20 y 23 del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General; 2º, 3º y 6º de las Reglas Internas de Operación de los Comités de la Comisión Consultiva Científica; 1º, 2º, 8º, 9º y 16 del Reglamento Interior de la Comisión Consultiva Científica, a través del Secretario del Consejo de Salubridad General.

De acuerdo con la Ley General de Salud —artículos 15, 16 y 17— y el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General —artículo 1º—, el CSG es un órgano

⁵ Resolución 1/2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

⁶ Consejo de Salubridad General, *Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia*, p. 1, 2020, disponible en: http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. 2.

que depende directamente del Presidente de la República y tiene funciones normativas, consultivas y ejecutivas; además, tiene carácter de autoridad sanitaria, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales son obligatorias para las autoridades administrativas del país. Además, el artículo 17, fracción IV de la LGS, así como el artículo 9° del Reglamento del CGS, mencionan que una de las competencias del CSG es la de opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud, así como proponer políticas y estrategias para la integración de un modelo articulado que permita el cumplimiento del programa sectorial de salud, con lo cual se justifica la presente Guía. Es importante recalcar que, de acuerdo con el artículo 15, fracción V, el Consejo tendrá una Comisión Consultiva Científica, misma que a su vez, de acuerdo con las Reglas Internas de Operación de los Comités de la Comisión Consultiva Científica —artículos 2°, 3° y 6°—, contará con un Comité Técnico Específico de Ética, integrado por expertos. Vale la pena resaltar que este último no está expresamente señalado, sino que se desprende como uno de aquellos que será determinado por la propia Comisión —artículo 23 del Reglamento del CSG y el artículo 3°, fracción IV de las Reglas Internas—.

III. Contenido de la Guía

En un primer momento, es justo reconocer que la Guía no solo es un documento técnico, sino también un indudable objeto de reflexión filosófica y ética.⁹ Estoy convencido de que la Guía es una forma excepcional de concientizar al personal de los hospitales y de protegerlos moralmente, y que tiene como propósito proveer un modelo que permita a las y los médicos de los Comités de Ética de cada hospital decidir quién tiene acceso a los recursos escasos de medicina crítica para combatir la enfermedad por coronavirus.

Por ello, la Guía responde a una situación muy concreta: en casos donde, derivado de una emergencia sanitaria, los recursos médicos críticos indivisibles son escasos, ¿cómo se deben asignar éstos cuando dos o más pacientes los necesitan? Para responder a esta pregunta, se debe partir de cuatro premisas contempladas en el propio documento: a) derivado de la emergencia sanitaria, los recursos de medicina crítica son escasos y no es posible satisfacer su demanda;¹⁰ b) la escasez se presenta cuando un hospital se ve superado en cuanto a sus recursos de medicina crítica y, además, no es posible ubicar al

⁹ De acuerdo con el profesor Juan Antonio Cruz Parceró, la aparición de la Guía puso de manifiesto dos situaciones: una, que las autoridades sanitarias no se habían pronunciado al respecto y resultaba necesario hacer algo, y dos, se estaba mandando un mensaje a la sociedad civil de que ante la pandemia por COVID-19, en materia de salud pública, se actuaría sin discriminación alguna. Cruz Parceró, José Antonio, “Seminario UDIR: La Guía Bioética. Discusiones Virulentas”, YouTube, UDIR, UNAM, 01 de julio de 2020, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PCOFCzevFZc>.

¹⁰ De acuerdo con la Guía, los recursos se consideran escasos cuando la demanda de éstos supera su número en existencia por repartir.

paciente en otro hospital donde pueda ser atendido; *c*) los recursos de medicina crítica son indivisibles, es decir, que no se pueden segmentar, y sólo un o una paciente se puede beneficiar de ellos a la vez; y *d*) la escasez de recursos de medicina crítica indivisibles es una realidad.¹¹

Ahora bien, la Guía reconoce que en materia de salud, el principio moral y jurídico que impera es el de la justicia social. Éste establece que todas las personas tienen el mismo valor y los mismos derechos. En la práctica médica, esto se traduce en que todas las personas recibirán un trato justo y no serán excluidas, o, en otras palabras, que todas las personas —sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, o de cualquier otra índole— son candidatas para recibir atención de la salud y disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Como la salud pública parte del hecho de que cada persona tiene igual valor y dignidad, en consecuencia, de acuerdo con la Guía, el objetivo es tratar al mayor número de pacientes y salvar la mayor cantidad de vidas. Y es que, hablar de salvar la mayor cantidad de vidas conduce a evaluar la probabilidad de que un paciente mejore y sobreviva, así como sopesar el tiempo que dicho paciente utilizará los recursos escasos que pueden reutilizarse.

De igual manera, menciona que, en materia de derechos humanos, la legislación internacional recomienda que en el acceso a recursos de medicina de cuidados críticos se debe considerar la posición social de grupos en situación de vulnerabilidad, como niños y niñas, mujeres, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, aquellos pertenecientes a comunidades originarias, adultos mayores y personas que prestan servicios de salud. La Guía no dice de qué manera serán efectivas tales consideraciones especiales, a excepción de la última, que más adelante se comentará. En ese sentido, la asignación de recursos debe hacerse sin utilizar criterios que discriminen a las personas, como por ejemplo: afiliación política, religión, ser cabeza de familia, valor social percibido, nacionalidad o estatus migratorio, edad, género, origen étnico, orientación sexual, identidad de género, discapacidades y situación jurídica o socioeconómica.

Sin embargo, la Guía reconoce que, por tratarse la emergencia sanitaria por COVID-19 de una situación excepcional, no sólo opera el principio de salvar el mayor número de vidas, sino que se deben de tomar decisiones sobre a quiénes se asignarán los recursos escasos de medicina crítica, es decir, decisiones que en muchas ocasiones consisten en seleccionar a una u otra persona con similares características y pronósticos médicos.¹²

¹¹ Es importante reflexionar sobre un tema que no se debe obviar: ¿puede el Estado mexicano decir que hizo todo lo posible, en términos económicos, para proteger la vida de las y los mexicanos? O, en otras palabras, ¿por qué el Estado permite la escasez de determinados recursos médicos? ¿Es posible mitigar tal situación? La pregunta no es ingenua porque, de hecho, la Guía presupone que es una realidad que los recursos médicos van a escasear, y por ello, es preciso resolver el dilema de su asignación a las y los pacientes. Además, en esta reflexión no se puede dejar de tener en cuenta la responsabilidad patrimonial del Estado. Sobre estos particulares, recomiendo la consulta del documento *La respuesta de México al COVID-19. Estudio de caso*, realizado por el Institute for Global Health Sciences, en 2021, disponible en: https://globalhealthsciences.ucsf.edu/sites/globalhealthsciences.ucsf.edu/files/la_respuesta_de_mexico_al_covid_esp.pdf.

¹² Un aspecto importante de señalar es que la decisión para asignar recursos escasos de medicina crítica no implica una decisión sobre la asignación de medicina paliativa o cuidados hospitalarios. Es decir, todas las personas tienen derecho a

Este tipo de decisiones deben ser tomadas teniendo en cuenta distintos criterios. El documento menciona algunos, así como las razones por las cuales no son adecuados. En primer lugar, descarta el criterio de orden de llegada. Éste, de manera sucinta, establece que los recursos médicos serán asignados a la persona que los solicitó primero. De acuerdo con la Guía, no es un criterio que debe tenerse en cuenta para tomar la decisión, ya que resultaría injusta para aquellas personas que viven más alejadas de los hospitales —por pertenecer a zonas rurales— y, por lo tanto, tardarían más en llegar al centro de salud. Tampoco debe tomarse en cuenta el criterio del valor social percibido, ya que es un error suponer que existen ocupaciones más valiosas que otras. Estoy de acuerdo con esta afirmación, sin embargo, surge una pregunta: ¿se dará el mismo criterio para cuando se trate de personas con una posición política relevante, como es el caso del Presidente de la República? Por otro lado, también señala el criterio de necesidad médica, el cual sostiene que el paciente cuya salud está más deteriorada es quien debe recibir el recurso escaso, siempre y cuando esto contribuya al fin terapéutico. La Guía no toma en cuenta este tipo de criterio, pero no explica las razones de ello. Finalmente, se presenta el método aleatorio —lotería—, el cual debe descartarse y sólo utilizarse como último recurso de asignación, aunque tampoco se explica por qué.

De este modo, la Guía menciona que la única característica que debe tomarse en cuenta para ser candidato(a) para la asignación de recursos escasos de medicina crítica, es la posibilidad demostrable, de acuerdo con la experiencia médica nacional e internacional, de beneficiarse de dichos recursos médicos. Es decir, que la decisión de asignación de recursos obedece a un cálculo racional: las y los pacientes que tienen mayor probabilidad de sobrevivir con la ayuda de la medicina crítica son priorizados sobre los pacientes que tienen menor probabilidad de sobrevivir. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo se determinará esta probabilidad?¹³

La Guía propone que la decisión del cálculo de priorización esté basada en aplicar una escala que indique la probabilidad de supervivencia, tanto para pacientes con COVID-19 como para pacientes sin esta enfermedad.¹⁴ Este cálculo deberá tomar en cuenta: *a*) situación presente (impacto actual de la infección); *b*) situación pasada (comorbilidades preexistentes); y *c*) expectativa de supervivencia al tratamiento. Es importante tener muy presente que, hasta el momento en que se escribe este artículo, no existe ninguna

recibir tratamiento hospitalario, aun y cuando no se les haya asignado los recursos escasos.

¹³ Hay que ser muy cuidadosos con la interpretación de este argumento. Muchos periódicos nacionales en México —y muchos pseudointelectuales— aseguraron que la Guía, con esta premisa, orillaba a los hospitales a no atender a los adultos mayores porque había que priorizar a la juventud. A esta ridiculización del argumento se le conoce como “falacia del hombre de paja”. Es una falacia, porque decir que la Guía promueve que debemos asignar los recursos escasos a las personas que tienen mayor posibilidad, no discrimina de facto a los adultos mayores. El principio entra en juego cuando hay competencia entre dos personas que tienen diferentes expectativas de vida, sin que necesariamente esto signifique que se dejará de atender a los adultos mayores en favor de los jóvenes. En otras palabras, podría decirse que es perfectamente posible un escenario en donde se dé preferencia a un adulto mayor por sobre un joven en la asignación de recursos de medicina escasos.

¹⁴ Es importante resaltar que, de acuerdo con el documento, el sistema de toma de decisión debe ser aplicado tanto a pacientes con COVID-19 como a pacientes que requieran de cuidados de medicina crítica por otros padecimientos. Esto significa que padecer COVID-19 no es un privilegio para acceder a los recursos de medicina crítica.

escala validada que permita evaluar la probabilidad de muerte para pacientes con COVID-19. ¿Qué quiere decir esto? Que no existe una escala específica para aquellos(as) pacientes con esta enfermedad que permita a los médicos establecer el grado de disfunción orgánica y, derivado de eso, la probabilidad de muerte. Por esta razón, la Guía menciona que, dadas las circunstancias, es válido utilizar cualquier escala ya admitida, siempre y cuando sólo se utilice una misma por hospital. La Guía pone como ejemplo utilizar la escala SOFA —Sequential Organ Failure Assessment—. Esta escala se compone de la suma del puntaje obtenido de la evaluación de seis órganos: cada órgano recibe un valor que va de cero a cuatro puntos, calificado según el grado de disfunción. Aunque, como se mencionó, solo es un ejemplo, por lo que pueden tomarse en cuenta otras escalas.

De acuerdo con la Guía, el objetivo de usar una escala, sea ésta cual sea, es ayudar a la o el médico a decidir a quién debe proporcionarle los recursos —en el entendido de que éstos son escasos— para salvar a la mayor cantidad de vidas, es decir, el médico, auxiliado con la escala, deberá preferir a las y los pacientes que tienen mayor probabilidad de sobrevivir con ayuda de la medicina crítica, por encima de los pacientes que tienen menor probabilidad de sobrevivir. La razón para utilizar una escala de valuación tiene que ver con que el COVID-19 causa más cuadros clínicos graves y críticos, así como mayores posibilidades de fallecimiento en aquellas personas que presentan patologías previas —las llamadas comorbilidades—. ¹⁵ Además, en caso de que el puntaje sea el mismo, se deberá tomar en cuenta el sexo —ya que se ha demostrado que la mortalidad no es la misma para ambos sexos—; ¹⁶ y si esto no resuelve el problema y persiste el mismo puntaje, se deberá procurar atención a personas que pertenezcan a un grupo vulnerable; y si el problema sigue sin resolverse, como último recurso se deberá atender al sistema de lotería. Además, vale la pena apuntar que se establece un caso excepcional que, como consideración propia, es sumamente oportuno: es prioritario dar acceso a los recursos escasos de medicina crítica al personal de salud que combate la emergencia de COVID-19.

Asimismo, la Guía menciona que se crearán equipos de triaje, los cuales se encargan de tomar las decisiones en cada hospital, para la asignación de recursos de medicina crítica. No entraré en detalles sobre cómo estarán integrados ni sobre sus responsabilidades. Lo que sí es relevante destacar es que el personal médico que atiende directamente a los pacientes con COVID-19 no participará en la toma de decisiones. Esto significa que las personas que integran los equipos de triaje son distintas a quienes atienden a los pacientes directamente. El documento contempla que el sistema de decisión aplica tanto para la asignación inicial como para la reasignación de recursos. En ese sentido, el sistema

¹⁵ La comorbilidad es la presencia de diferentes enfermedades que acompañan, a modo de satélite, a una enfermedad protagonista aguda o crónica que es el objeto principal de la atención. Véase: Bernabeu-Wittel, Máximo *et al.*, “Desarrollo de guías de práctica clínica en pacientes con comorbilidad y pluripatología”, *Atención Primaria*, España, vol. 46, núm. 7, agosto–septiembre de 2014, pp. 385-392.

¹⁶ Véase: López, Carmen M., “¿Afecta por igual el COVID-19 a hombres y mujeres?”, *Gaceta Médica*, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://gacetamedica.com/investigacion/afecta-por-igual-el-covid-19-a-hombres-y-mujeres/>; y Hernández, Héctor, “Mortalidad por COVID-19 en México. Notas preliminares para un perfil sociodemográfico”, *Notas de coyuntura del CRIM*, México, CRIM-UNAM, núm. 36, 17 de junio del 2020, p. 7.

tendrá dos pasos: *a)* calcular el puntaje de priorización de cada paciente, y *b)* reevaluar de manera periódica el puntaje de pacientes que están utilizando recursos de medicina crítica. Asimismo, quien comunica la decisión —y cómo fue tomada— al paciente y familiares será el equipo de triaje, esto con la finalidad de mitigar la presión moral que recae sobre las y los médicos tratantes.

De acuerdo con el documento, la decisión podrá tener los siguientes sentidos: *a)* que se le asignen los recursos; *b)* que no sean asignados; *c)* que mantenga los recursos, o, en su caso, *d)* que los recursos le sean retirados. Las decisiones podrán ser apeladas por la o el paciente, los familiares o el médico tratante. Llama la atención que la apelación sólo opera sobre la decisión tomada, mientras que no procede cuando se pretende cuestionar el sistema con el que se tomó esa decisión, aunque no explica por qué no se puede apelar el sistema de puntaje.

IV. ¿Una guía utilitarista?

Se revisará lo medular de este escrito. Lo primero que se tiene que presentar es una idea del derecho humano a la salud. Si bien hay toda una literatura que discute en forma normativa y analítica las implicaciones de este derecho, únicamente se pondrá sobre la mesa que hay un derecho a la salud reconocido nacional e internacionalmente. De acuerdo con el artículo 25 (1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la salud y el bienestar. De igual manera, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales reconoce este derecho. Por su parte, el Estado mexicano lo tiene contemplado en el artículo 4º de su Constitución federal.

Una vez leído el derecho a la salud, tal cual, sin una base contextual, no dice mucho, más que los Estados lo reconocen. Pero la pregunta resulta obvia: ¿de qué manera se materializa que los países garanticen ese acceso a la salud? Este cuestionamiento tiene importancia porque no es relevante que los derechos se reconozcan en documentos si no es posible llevarlos a la realidad. Y en todo caso, la fetichización para hablar de derechos humanos por parte de abogados y políticos simplemente es una quimera. La respuesta, desde luego, tiene que ver con las decisiones públicas que se toman por parte de los gobiernos. Es aquí donde, bajo la idea de la escasez de bienes, se ha fundamentado que los Estados sólo pueden garantizar un limitado número de recursos médicos y, por ende, salta la necesidad de acudir a la priorización de estos.¹⁷ Esta priorización, a diferencia de lo que podría creerse, no sólo es una decisión técnica que tengan que responder los médicos o quienes distribuyen la riqueza de los Estados, sino que también es una cuestión que tiene que pasar por una serie de criterios éticos. El propósito es visitar de qué manera se podría evaluar, en términos éticos, la Guía.

¹⁷ La propia Organización Mundial de la Salud reconoce que el derecho a la salud debe realizarse progresivamente, dependiendo de los recursos disponibles de los Estados.

En segundo lugar, en consecuencia, hay que reconocer cuál es la naturaleza ética que respalda la asignación de recursos escasos de medicina, según la Guía. Para esto, es menester tener en cuenta, como fue explicado con anterioridad, que los principios morales que persigue la norma en cuestión son: *a)* salvar la mayor cantidad de vidas, y *b)* salvar el mayor número de años vida (años por vivir).¹⁸ Como fue señalado, la salud pública parte del hecho de que cada persona tiene igual valor y dignidad, por lo que, en consecuencia, de acuerdo con la Guía, el objetivo de ésta es tratar al mayor número de pacientes y salvar la mayor cantidad de vidas. Pero al tratarse de una emergencia sanitaria y con recursos escasos, el principio de salvar la mayor cantidad de vidas nos conduce a evaluar la probabilidad de que un paciente mejore y sobreviva, y evaluar el tiempo que dicho paciente utilizará los recursos escasos que pueden reutilizarse. Pues bien, particularmente puede pensarse que la Guía responde a estos cuestionamientos con una ética utilitarista en la asignación de recursos.¹⁹

El utilitarismo, como sistema moral, dice que lo correcto es aquello que produce el mayor beneficio para el mayor número de personas. Aquí resulta importante anotar que lo valioso para el utilitarismo es que se promueva lo genuinamente valioso para la sociedad. Para su aplicación se requiere de un cuidadoso cálculo del costo-beneficio de las decisiones y los resultados que se obtendrían. En el caso concreto, sostengo que se trata de una visión utilitarista porque la Guía promueve que los recursos no se destinen a quien más los necesita —como defendería la justicia distributiva— sino con quien más podemos conseguir: salvar a quien más posibilidades tiene de sobrevivir.²⁰ Parece ser que la lógica del argumento utilitarista es: sacrificaremos a una persona —que, de acuerdo con la experiencia médica, tiene menos probabilidades de sobrevivir— para salvar a otra u otras. Esto significa, en otras palabras, que algunos cuerpos precarios —para utilizar la expresión de Judith Butler—²¹ valen más que otros, ante la escasez de recursos.²²

El utilitarismo es atractivo porque, como menciona Will Kymlicka, nos permite decir que algo es moralmente bueno si mejora la vida de alguien, independientemente de

¹⁸ Vale la pena hacer notar que este segundo principio no cae dentro de la falacia del hombre de paja, mencionada con anterioridad.

¹⁹ Llama la atención que se ha insistido en que no se trata de una visión utilitarista porque, se asegura, en realidad hay un llamado a respetar los derechos humanos y ciertos principios clásicos de la bioética.

²⁰ Si la Guía promoviera que los recursos se deberían destinar a quien más los necesita, entonces estaríamos hablando de que está justificada en un principio de justicia distributiva: distribución de recursos sobre la base de igual derecho a la protección de la salud; a diferencia de la utilitarista, que se concentra en optimizar el uso de los recursos de salud para maximizar el bienestar colectivo.

²¹ De acuerdo con la filósofa, en los Estados existen ciertas necesidades —económicas, políticas y sociales— que tienen que ser cubiertas para subsistir, y quienes no consiguen cubrirlas viven en un estado de precariedad, orilladas a vivir una violencia arbitraria. Esta situación no es una contingencia, sino, de hecho, una forma de gobernabilidad que crea normas que determinan qué vidas vale la pena proteger y cuáles merecen que ser lloradas por su pérdida. Véase: Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, trad. de Alcira Bixio, Buenos Aires, Paidós, 2002.

²² No quiero omitir el comentario que pudiera hacerse desde el punto de vista filosófico a este argumento, y es que vale la pena preguntarse: ¿por qué creemos que una vida más larga o más corta es más o menos valiosa? O, en otras palabras, ¿por qué vivir menos es menos valioso que vivir más?

las consecuencias que se deriven de esto.²³ Es muy cómodo, porque al ser consecuencialista, permite encontrar la moralidad de una acción, dependiendo del resultado;²⁴ en el caso de la Guía, hablamos del bienestar de las personas. Así, el utilitarismo dice que, en principio, se deben preferir las acciones que fomenten el bienestar de una persona, pero, ¿qué pasa si el bienestar de una persona entra en conflicto con el fomento del bienestar de otra? Bajo el utilitarismo, se trata de incrementar el bienestar de la mayoría, es decir, el bienestar general, aunque algunas personas no queden satisfechas.

No hay razones para preferir, según el utilitarismo, con los que menos se puede ganar. En esta decisión no importa quién eres, el principio se mantiene. De esta manera, el utilitarismo no permite tener consideraciones morales de otro tipo, como la intuición, la empatía o las condiciones sociales de la persona —por ejemplo, si ésta es cabeza de familia—.²⁵ De acuerdo con Rawls, a este tipo de utilitarismo se le conoce como teleológico, ya que con él nuestro primer deber no es tratar a las personas como iguales, sino obtener estados de cosas valiosas. En este tenor, se les considera como depositarias de utilidad o palancas causales para un sistema de utilidad.²⁶ Por ese motivo, el acto correcto se define en términos de incremento de lo bueno, antes que en términos de igual consideración hacia los individuos. Este es, como reconoce Kymlicka, un ideal no moral, puesto que las personas se convierten en medios para el máximo desarrollo del bien.²⁷ Esta posición utilitarista es muy seductora porque, si bien puede tener efectos desiguales sobre las personas, aspira a tratarlas como iguales, es decir, contándolas con el mismo valor. Sin embargo, lo cierto es que el utilitarismo permite que algunas personas no sean tratadas como iguales, sino como medios para los fines de otras.

De acuerdo con Kant, las personas no deberían ser usadas como un simple medio para el bienestar de los demás, puesto que somos seres racionales, merecedores de dignidad y respeto. Kant defiende que la moral no consiste en maximizar la felicidad ni en perseguir ningún otro fin, sino que consiste en respetar a las personas como fines en sí mismos. Por ello, asegura que debemos privilegiar la justicia sobre los ideales políticos o morales, como el bienestar general.²⁸ De esta manera, según el filósofo, lo moralmente deseable no es garantizar el bienestar social ni promover el bien, sino que las decisiones que tomemos deben estar en conformidad con el concepto de lo justo.

²³ Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995, p. 22.

²⁴ El consecuencialismo es una forma filosófica de la ética que indica que algo es bueno, tomando en cuenta sus consecuencias, independientemente de los medios que se hayan utilizado para alcanzar ese grado de bondad. Los dos ejemplos clásicos del consecuencialismo son el utilitarismo y el hedonismo. Sobre este aspecto, véase: Mill, Stuart, *El utilitarismo*, Madrid, Alianza, 1999.

²⁵ *Ibidem*, p. 35.

²⁶ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 40.

²⁷ Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea...*, *op. cit.*, p. 49.

²⁸ “Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia los otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin”. Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, España, Editorial Alianza, 1996, p. 137.

En este sentido, la justicia no es un argumento que debe ponderarse por encima de otros, sino que debe ser la piedra angular del desarrollo de la sociedad. Es decir, lo justo tiene prioridad sobre lo bueno. Por eso, para la filosofía kantiana no hay nada que moralmente sea superior sobre nuestras vidas, y que conduzca a un bien social general superior. No hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás. Es por ello que Roberto Nozick, en contra del utilitarismo, asegura que: “Hay sólo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. Usar a una persona en esta forma no respeta, ni toma en cuenta suficientemente, el hecho de que es una persona separada, que ésta es la única vida que tiene”.²⁹

El utilitarismo se destaca —a diferencia de la deontología— porque considera que una acción es buena, basada en sus consecuencias: si una acción aumenta o maximiza la felicidad del mayor número posible de personas, entonces será buena, independientemente de los medios que se hayan utilizado para llegar a ese fin. Por ello, el utilitarismo no es una ética preocupada por los medios, sino sólo por los fines, obviando totalmente las intenciones; de tal manera que no importa con qué objetivo hayas realizado una determinada acción, lo que se valora y toma en cuenta son los resultados obtenidos, y no las razones por las que se hizo una determinada acción.

El caso de la asignación de recursos escasos confirma que se trata de una posición utilitarista, puesto que si lo que queremos es asignar los recursos a determinadas personas —basadas en su probabilidad de morir—, no importa realmente que se deje de atender a otros individuos. Un ejemplo clásico de aplicación del utilitarismo para el caso de asignación de recursos de medicina crítica, sería la desconexión de ventiladores de una persona que, derivado de sus comorbilidades, sufre un daño irreversible, ya que sería una decisión que provocaría mayores beneficios para un mayor número de personas, puesto que los recursos que se estaban destinando a su cuidado, ahora podrán redirigirse a alguien a quien le sean más útiles.

Para el utilitarismo, se pueden llegar a violar ciertos derechos individuales en aras de un bien superior. De esta manera, de conformidad con la Guía, no se asignarán recursos escasos a personas en las que se prevé un beneficio mínimo, y se priorizará a las personas con más años vida por vivir —años efectivos de vida—. Así, el utilitarismo niega la existencia de valores superiores al placer o la felicidad, y olvida la discusión de por qué creemos que una vida con menos años por vivir es menos valiosa que una con más años por vivir. Mi percepción es que la Guía, en la asignación de recursos, parece priorizar resultados eficientes por sobre los resultados equitativos, pero ineficientes.³⁰

²⁹ Nozick, Roberto, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 44-45.

³⁰ Incluso podría argumentarse que el modelo de cualquier escala que permita elegir a las personas que tengan mayores posibilidades de sobrevivir para asignarles recursos, es una fiel expresión de la necropolítica: arreglos para detentar control sobre los cuerpos de los otros y otras, y para definir quién muere y quién vive. Véase: Mbembe, Achille, *Necropolítica*, España, Melusina, 2011.

De acuerdo con esta visión utilitarista, no es ético dedicar los recursos disponibles a pacientes muy graves, pero sin posibilidades de sobrevivir, si tales recursos podrían destinarse a pacientes menos graves que sí sobrevivirán gracias a los recursos. Digamos que el argumento cobra relevancia, porque asegura que la necesidad médica incrementa con el beneficio que proporciona dicha atención.³¹ Esta es la posición de la Guía: la necesidad no depende de la gravedad del enfermo, sino del beneficio que se espera de ocupar los recursos. En este caso, la Guía se basa en la idea de indicadores de años calidad de vida. De acuerdo con Puyol, esta ética utilitarista cae en un argumento falaz: que la salud que unos ganan compensa a la que otros pierden.³² Así, pareciera que la Guía termina priorizando a los enfermos más sanos, ya que éstos son los que tiene más posibilidades de sobrevivir.

V. Los determinantes sociales de la salud deben ser tomados en cuenta en la asignación de recursos escasos

Desde el punto de vista de los razonamientos sobre el cálculo racional, el SOFA —o cualquier otra escala que calcule mortalidad basada en comorbilidades— resulta atractivo porque da indicios de quiénes tienen más posibilidades de sobrevivir. Pero surgen diversas interrogantes: ¿el hecho de que una persona obtenga más puntos en la escala SOFA (o cualquier otra), la hace merecedora de morir? ¿Este cálculo racional es justo?³³ Mi percepción es que no, puesto que la distribución de recursos estará basada en ventajas de salud: aquellos que son más saludables son quienes pueden recibir los recursos. Estas ventajas son conocidas en la epidemiología social y la sociología médica, como determinantes sociales de la salud. Estos determinantes son, como se verá más adelante, simplemente arbitrarios. Luego entonces, si la Guía funda la asignación de recursos bajo la idea de estos determinantes, y al ser éstos arbitrarios, es decir, sin que sean elegidos por las personas a quienes afectan, aquélla también será arbitraria, y por ende, injusta.

Ahora bien, es menester reconocer que la Guía obedece a una concepción clásica de la epidemiología. Ésta, en términos generales, es el estudio de las relaciones entre exposiciones y enfermedades a nivel poblacional. La epidemiología clásica, así, es

³¹ Puyol, Ángel, “Del derecho a la salud a la ética del racionamiento sanitario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 43-65.

³² *Idem*.

³³ Y es que de hecho, el propio sistema SOFA tiene ciertos inconvenientes médicos. De acuerdo con Adrián Soto Mora, uno de los problemas de predecir mortalidad con el SOFA es que sólo se consideran pre-existencias arbitrariamente escogidas y asumen que todos los pacientes están debidamente controlados. Por ejemplo, una persona hipertensa perfectamente controlada *versus* una persona hipertensa pero sin cuidados sobre su sistema. Otro problema radica en que el SOFA sobreestima la capacidad de los médicos de predecir supervivencia a mediano y largo plazo. Por esta razón, la evidencia médica demuestra que las comorbilidades son muy malos predictores de años-vida. Soto Mora, Adrián, “Coloquio Virtual: COVID-19 y Bioética [5]”, YouTube, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 26 de junio de 2020, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=J_WaOvRXksk.

aquella que se ocupa de analizar las enfermedades en relaciones con factores de riesgo individuales, como la genética.³⁴ Por otro lado, la epidemiología social es la rama de la epidemiología que, en el amplio ramo de decisiones que debe tomar, estudia la distribución social y los determinantes sociales de la salud. Esto significa que la epidemiología social sirve para encontrar relaciones entre las enfermedades y las condiciones sociales de una persona o un grupo de personas. De esta manera, esta rama del conocimiento está preocupada por las enfermedades y las desigualdades en el acceso a la salud, que se manifiestan a través de condiciones sociales determinantes: la clase social, ingresos, educación, etnia, país de origen, entre otros aspectos.³⁵ Básicamente, esta rama de la epidemiología se preocupa por responder a una sencilla pregunta: ¿por qué enferman algunas personas y otras no?³⁶ El hecho de reconocer las desigualdades sociales en el acceso a la salud, hace que la epidemiología se desprenda de la tradición ortodoxa, según la cual las ciencias naturales están despolitizadas. Es decir, se abre el debate a que en realidad, las ciencias naturales no solo explican sino también valoran —y aquí la sociología, filosofía y la ciencia política son auxiliares de ella—.

Es imperioso que se tome en consideración que la salud de una persona no está definida únicamente por factores biológicos, sino también por determinados factores sociales, culturales y económicos. Reconocer esta situación es vital para cualquier teoría de la justicia que pretenda resolver el problema de la racionalización de recursos médicos —y no sólo médicos—. Esta situación significa que existe una relación estrecha entre los *determinantes sociales de la salud* y nuestra forma de entender la igualdad de oportunidades. Esto, al mismo tiempo, es alejarse de la idea de igualdad de oportunidades, entendida por el liberalismo —y del libertarismo— más genuino: ésta como sinónimo de igualdad formal. Esta forma de entender la igualdad, para muchos(as) juristas, únicamente consiste en la idea de equidad en el acceso a recursos, es decir, que no se discrimine a nadie en esa asignación. Esto es insuficiente, ya que pasa por alto el hecho de que una persona que acuda a un hospital esté enferma, no por razones biológicas o haberse expuesto a una situación peligrosa, sino por razones socialmente injustas, como haber nacido en determinado contexto social. Así, una buena teoría de la justicia que quiera atender la distribución de recursos médicos de una mejor manera, debe voltear a ver no solo la cuestión biológica, sino también las condiciones sociales y culturales del propio país. Por ello, la propia Organización Mundial de la Salud, a través de su Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, asegura que “los determinantes estructurales y las condiciones de vida en su conjunto constituyen los determinantes sociales de la salud, que son la causa de la mayor parte de las desigualdades sanitarias”.³⁷ De este modo, los

³⁴ Segura del Pozo, Javier, “Epidemiología de campo y epidemiología social”, *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, vol. 20, núm. 2, marzo-abril de 2006, pp.153-158.

³⁵ Hersch-Martínez, Paul, “Epidemiología sociocultural: una perspectiva necesaria”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, vol. 55, núm. 5, septiembre-octubre de 2013, pp. 512-518.

³⁶ Sobre esta discusión, véase: Evans Robert *et al.*, ¿Por qué alguna gente está sana y otra no? Los determinantes de la salud de las poblaciones, Madrid, Editorial Díaz de Santos, 1996.

³⁷ Véase el informe *Subsanar las desigualdades en una generación*, publicado por la Comisión de Determinantes Sociales

determinantes sociales de la salud son las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen. Por ello, se podría concluir en un primer momento que las condiciones de salud obedecen a procesos históricos, sociales, económicos y culturales. Si bien no hay un consenso sobre cuáles son los principales determinantes sociales de la salud, se reconoce que éstos tienen que ver con el estilo de vida, el ambiente, así como la organización de servicios de salud.³⁸

Cuando hacemos referencia a los aspectos socioculturales, a diferencia de indicadores unívocos como la edad o el factor genético, esto implica aquellos factores que sin ser biológicos inciden en la causalidad de diversos padecimientos, o en el acceso, calidad y eficiencia de los servicios de salud.³⁹ No es que las enfermedades solo tienen vínculo con factores sociales. Desde luego que el factor biológico también juega un papel relevante, pero hay que reconocer que, de la mano de la epidemiología social, el estudio de las enfermedades no debe realizarse considerando sólo la realidad biológica, sino tomando en cuenta la cultura y las relaciones socioeconómicas y políticas de cada país. Al final del día, la epidemiología social pretende proveer a las estrategias públicas indicadores socioculturales y económicos que permitan tomar mejores decisiones sobre cómo nos enfrentamos a las enfermedades.⁴⁰

La evidencia empírica en relación con los determinantes sociales de la salud tiene un gran respaldo. El primero en hablar del tema fue Marc Lalonde, quien en 1974 elaboró un informe en Londres, en el cual destacó la importancia de tomar decisiones sobre la salud, tomando en cuenta aspectos sociales.⁴¹ De igual manera, Dahlgren y Whitehead plantearon la hipótesis de que las capas sociales que rodean a las personas —como sus redes sociales— influyen en el comportamiento y su situación contextual, hasta el grado de afectar el nivel de salud de las mismas.⁴² Por su parte, Dubos y Mackeown demostraron que la salud en el siglo XIX avanzó gracias a factores sociales como mejoras en las condiciones laborales, la alimentación, la educación y vivienda, lo que indica que hay una estrecha relación entre estos factores.⁴³

De acuerdo con Roberto Castro, los determinantes sociales dependen del modelo de desarrollo capitalista y afectan directamente a la salud de las personas. Según el profesor Castro, la desigualdad entre países —producto evidentemente del capitalismo— hace que los países menos desarrollados sean lugares que dependen de la ayuda internacional

de la Salud, disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf.

³⁸ Silberman, Martín *et al.*, “Determinantes sociales de la salud en los usuarios de atención sanitaria del Distrito Federal. Una experiencia desde los centros de salud pública”, *Revista de la Facultad de Medicina*, México, vol. 56, núm. 4, julio-agosto de 2013, pp. 24-34.

³⁹ Hersch-Martínez, Paul, “Epidemiología sociocultural...”, *op. cit.*

⁴⁰ Segura del Pozo, Javier “Epidemiología de campo...”, *op. cit.*

⁴¹ Véase: Lalonde, Marc, *A New Perspective on the Health of Canadians. A Working Document*, Canadá, Gobierno de Canadá, 1981.

⁴² Véase: Dahlgren, Goran y Whitehead, Margaret, *Policies and Strategies to Promote Social Equality in Health*, Suecia, Institute for Futures Studies, 1991.

⁴³ Dubos, René Jules, *El espejismo de la salud. Utopías, progreso y cambio biológico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, y Mckeown, Thomas, *El papel de la medicina. Sueño, espejismo o némesis*, México, Siglo XXI, 1982.

para el desarrollo de sus sistemas de salud.⁴⁴ Es por ello que, de acuerdo con él, los fenómenos médicos no deben verse como si fueran ajenos de las fuerzas sociales históricas. Y es que hay que reconocer que la medicina es parte de un sistema social específico. De esta manera, dice el autor, la salud de las personas —y sus diferencias entre sectores poblacionales— puede ser analizada bajo las mismas categorías con que explicamos la lógica capitalista: la desigualdad en la distribución de riqueza.⁴⁵ Y no solo eso, sino que la composición de la población en clases sociales puede ser identificada a través del acceso a la salud. De esta manera, las causas que explican el nivel de desarrollo de un país también explican el desarrollo de los sistemas de salud.⁴⁶

En esta misma línea de pensamiento, la profesora Cristina Laurell ha sido una de las principales pensadoras que demuestra cómo en México las relaciones entre las fuerzas sociales-económicas-culturales —es decir, los determinantes sociales— afectan a la salud. De acuerdo con la socióloga, el sistema económico tiene consecuencias en dos sentidos: en determinados procesos sociales que se ven reflejados en la enfermedad de cada clase social, y en cómo el sistema económico conforma los sistemas de salud.⁴⁷ De tal manera que el reto consiste en encontrar las relaciones de producción vinculadas a la salud y la enfermedad.⁴⁸ Esto significa que las mismas fuerzas que determinan el sistema capitalista, también afectan al sistema de salud. Por ejemplo, en *Medicina y capitalismo en México*, Laurell encontró que en el Estado mexicano hay aspectos económicos, políticos e ideológicos que afectan el nivel de salud en el país.⁴⁹ Es por lo anterior que resulta un error establecer estrategias en la salud si se considera a la enfermedad simplemente como un factor biológico.⁵⁰ Esta explicación biologicista no alcanza a demostrar por qué en ciertas zonas del mundo —o de un país— determinadas enfermedades se desarrollan con mayor gravedad, por ejemplo, las enfermedades del corazón.

Así, de acuerdo con Laurell, las enfermedades no son el resultado de procesos en individuos aislados, sino una respuesta a impulsos exteriores que actúan sobre éste. Según la autora, todas las enfermedades que causan mayor número de muertes en diversos países tienen que ver directamente con la manera de producir, y con las condiciones de vida del capitalismo avanzado. Los estudios demuestran que las morbilidades se desarrollan más en personas asalariadas que en las no asalariadas. También, la deficiencia en la salud se ve afectada por aspectos ambientales, como la vivienda, la calidad del agua, el tratamiento de los desperdicios, los cuales, al mismo tiempo, están determinados por las condiciones socioeconómicas. Por tales motivos, las enfermedades contagiosas

⁴⁴ Castro, Roberto, *Teoría social y salud*, México, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, UNAM, 2010, p. 49.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁴⁹ Laurell, Cristina, “Medicina y capitalismo en México”, *Cuadernos Políticos*, México, núm. 5, julio-septiembre de 1975, pp. 80-93.

⁵⁰ *Idem*.

—diarreas, parasitosis, infecciones de las vías respiratorias, etcétera— encuentran condiciones óptimas para su propagación.

De acuerdo con Laurell, en un estudio realizado sobre las patologías de pacientes del Hospital General de la Ciudad de México y de pacientes de hospitales privados, se encontró que había diferencias sustanciales entre la clase obrera y las clases medias o altas. Por ejemplo, las enfermedades por las que más llegaban los obreros eran aquellas como pulmonía, enfermedades respiratorias agudas, tuberculosis, amibiasis, cirrosis hepática, problemas graves de la piel, cáncer en estados avanzados, complicaciones del parto y del aborto provocado, desnutrición en el adulto, presencia simultánea de varias enfermedades, enfermedades en estado avanzado, entre otras. Por otra parte, las y los pacientes pertenecientes a la burguesía y estatus medio alto se caracterizaban por su frecuencia más baja de enfermedades infecciosas, y por el predominio de enfermedades degenerativas, así como de cáncer en estado poco avanzado, enfermedades sicosomáticas y neuróticas, así como una detección temprana de la enfermedad.⁵¹ En el mismo estudio se menciona que, por ejemplo, la amibiasis como causa de muerte es 30 veces más común entre los pacientes del Hospital General que entre los pacientes privados; la tuberculosis, 8 veces más común; la hepatitis, 6 veces; las enfermedades respiratorias agudas, 4 veces; la cirrosis, 3.5 veces y las enfermedades reumáticas crónicas, 3.5 veces. Al final, de acuerdo con Laurell, todo esto se ve reflejado en cómo las diferentes clases sociales se enfrentan a las enfermedades.⁵² La burguesía y las esferas medias tienen libre acceso a la medicina profesional, y se atienden antes de que la enfermedad haya progresado. Por su parte, las clases representadas en el Hospital General no pueden admitir la presencia de la enfermedad, hasta que está tan avanzada que materialmente no pueden seguir trabajando o hasta que todos los otros remedios han fallado.⁵³

En esta misma tesitura, un estudio presentado por el profesor Baldomero Sánchez Barragán, demostró que en México hay una relación entre el nivel educativo, el sistema de trabajo, el sistema de lucha contra la pobreza, el estilo de vida, el medio ambiente, la cantidad de población y los sistemas de atención a la salud, con el desarrollo de enfermedades. Por ejemplo, la mortalidad de la población con niveles bajos de educación es hasta 105% mayor que aquellas personas que accedieron a un nivel educativo medio superior o superior. De igual manera, en aquellas personas con menos de cinco años de escolaridad, las causas de morbilidad son de 167% superiores en relación con aquellas que tienen más de trece años de escolaridad.⁵⁴

Por otro lado, de acuerdo con el mismo estudio, la mortalidad es mayor en trabajadores(as) con empleos temporales que en los fijos, lo que lleva a concluir que las

⁵¹ Laurell, Cristina, “Medicina y capitalismo en México”, *apud* Celis, Alejandro y Nava, José, “La patología de la pobreza”, *Revista del Hospital General*, México, núm. 33, 1970, p. 31.

⁵² En ese mismo sentido, de acuerdo con Laurell, la forma en que enfrentan la enfermedad las clases sociales bajas se ve reflejada en que los pacientes recurren a curanderos, hueseros y yerberos.

⁵³ Laurell, Cristina, “Medicina...”, *op. cit.*, *idem*.

⁵⁴ Sánchez Barragán, Baldomero, “Modelo epidemiológico Social de la Salud, para la planeación de la política sanitaria”, *Salud en Tabasco*, Tabasco, vol. 21, núm. 1, enero-abril de 2015, pp. 31-42.

situaciones laborales también afectan la salud y la equidad sanitaria. Por ejemplo, las y los obreros tienen tasas de mortalidad de hasta 7 veces más en bronquitis, 5 veces más en tuberculosis y 4 veces más para accidentes automovilísticos, en relación con trabajadores(as) profesionistas. Además, es importante resaltar que en México, aproximadamente el 13.15% de la población en edad de trabajar no lo hace, o es subocupada, lo que vuelve su estado de salud más vulnerable, pues sin empleo digno se pone en riesgo el saneamiento básico.⁵⁵ La mortalidad en las clases más bajas es mayor, ya que el nivel socioeconómico y cultural es un importante determinante de toda nuestra trayectoria vital. De la forma en que los Estados decidan la justicia social depende el modo de vivir de las personas, las probabilidades de enfermar y morir prematuramente. Es decir, la estrategia de justicia social determina la vida o la muerte de las personas.

Sólo para contextualizar, en México, cuatro de cada cinco personas carecen de la protección básica de seguridad social. Esta justicia social, como se ha mencionado, determina el estilo de vida de las personas y éste, a su vez, es un importante factor determinante de la salud. El estilo de vida se refiere a todas las conductas individuales y sociales —*habitus*, campos sociales—; por ejemplo, el consumo de tabaco, alcohol, abuso de drogas, mala alimentación, falta de actividad física o uso irresponsable del automóvil. De igual manera, el sexo es un factor determinante: los patrones de morbilidad y mortalidad difieren entre hombres y mujeres. Por ejemplo, en México, las mujeres viven 5 años más que los varones; fallecen 134 hombres por cada 100 mujeres, y la utilización de servicios hospitalarios varía enormemente, ya que la tasa de mujeres que ocupan los servicios hospitalarios es de 4.9%, frente al 2.6% de los hombres.⁵⁶ Con estos datos, se podría concluir que los principales determinantes de la salud —y enfermedad— tienen que ver con problemas cuyo origen surge en lo social. Al final del día, tendríamos que reconocer que la pobreza económica y cultural es sinónimo de ausencia de salud.

En el caso específico de la enfermedad por COVID-19, al ser un padecimiento nuevo, aún no existen conclusiones contundentes que permitan asegurar cuáles son los determinantes sociales de la salud que más favorecen el desarrollo del virus y hacen peligrar la vida de las personas. Sin embargo, existen algunos indicadores importantes que visibilizan hacia dónde podríamos mirar para identificarlos. De acuerdo con diversos estudios, la enfermedad por COVID-19 y la forma en la que los países lo enfrentan, están relacionados con la edad de la persona, si el país tiene un clima tropical o no, o si el sistema de salud realmente funciona o no. Sobre esto último, es importante tener en cuenta que no se puede obviar el hecho de que la marginación, así como el limitado acceso a servicios de salud, son un excelente indicativo de que algunas personas no pueden enfrentar la enfermedad por coronavirus con los mismos elementos que aquellas que viven en una situación acomodada.⁵⁷ Además, otro tipo de estudios han dado una importante luz

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Véase: Banik, Arindam *et al.*, “Why Do COVID-19 Fatality Rates Differ Across Countries? An Explorative Cross-country Study Based on Select Indicators”, *Global Business Review*, vol. 21, núm. 3, 2020, pp. 607-625, disponible en: <https://>

sobre cuáles son las comorbilidades que más intensifican el daño del coronavirus sobre el cuerpo humano y que, curiosamente, son las mismas que las y los autores mencionados identifican como comorbilidades directamente relacionadas con las clases sociales. Por ejemplo, tener problemas pulmonares, enfermedades cardíacas, diabetes, obesidad, cáncer, enfermedades sanguíneas, enfermedades hepáticas, síndrome de Down, son comorbilidades que vienen a agravar la enfermedad por coronavirus.⁵⁸ O, en otro caso, hay estudios que muestran que las personas pertenecientes a minorías raciales y étnicas también mueren de COVID-19 siendo más jóvenes; esto se debe a que a menudo desarrollan afecciones crónicas a una edad más temprana y pueden ser más propensas a padecer más de una. También las personas con discapacidades tienen mayor probabilidad de contraer el COVID-19, y con peores consecuencias que otros grupos.⁵⁹

De acuerdo con el escrito *La respuesta de México al COVID-19. Estudio de caso*, las comorbilidades más frecuentes de los pacientes diagnosticados con COVID-19 en México son: hipertensión, obesidad, diabetes, así como enfermedad renal crónica, e inmunosupresión.⁶⁰ Todas ellas, comorbilidades vinculadas a las diferencias de clases sociales. Sobre esto último, llama también la atención que la presencia de anticuerpos fue más baja entre aquellos con educación universitaria (21% contra 27%, 26% y 24% para aquellos con educación preparatoria, secundaria y primaria, respectivamente), lo que indica, de nuevo, que la enfermedad por COVID-19 no afecta por igual a las personas dependiendo de su nivel educativo.⁶¹ Además, las personas que viven en municipios con mayor marginación socioeconómica también corren un mayor riesgo de sufrir consecuencias desfavorables, y es que la cantidad de muertes aumenta dependiendo del nivel de marginación del municipio donde viven los pacientes. Y peor aún cuando se trata de personas indígenas, ya que la letalidad se incrementa al doble, respecto de la que se ha observado en personas no indígenas (18.3% contra 9%).⁶² Por otro lado, en el mismo estudio se ha demostrado que murió el 20% de los pacientes con COVID-19, hospitalizados en el sector privado (por lo general, ciudadanos con mayores recursos), frente al 50% de personas que han ingresado al Instituto Mexicano del Seguro Social o el 37% del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.⁶³

journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0972150920929897.

⁵⁸ Véase: *Informe del grupo de Análisis Científico de Coronavirus del ISCHII (GACC-ISCHII)*, disponible en: http://old.com.fundacionio.es/wp-content/uploads/2020/06/FACTORES-DE-RIESGO-EN-LA-ENFERMEDAD-POR-SARS-CoV-2-COVID-19_2.pdf.

⁵⁹ Véase: *Science Brief: Evidence used to update the list of underlying medical conditions that increase a person's risk of severe illness from COVID-19*, disponible en: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/underlying-evidence-table.html>.

⁶⁰ *La respuesta de México al COVID-19...*, *op. cit.*, p. 20.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁶² *Ibidem*, pp. 26-27.

⁶³ *Idem*.

VI. A manera de conclusión

De acuerdo con los libertarios —entre ellos Nozick, por cierto—, los infortunios de la vida, las enfermedades genéticas o aquellas que son consecuencia de haber nacido en un entorno social tortuoso para la salud, son situaciones azarosas ajenas a cualquier evaluación de justicia. Aseguran que no hay obligación moral de ayudar a los que por condiciones contingentes sufren más, no hay razones para reclamar un mejor trato por estar en condiciones sociales y estructurales desfavorables. Así, todo intento de distribuir los recursos para atender a los que están en desventaja social, es injusto.

No comparto esta premisa. Y es que no hay que olvidar que la desigualdad social no es un producto del azar, sino de las estructuras sociales: son éstas las principales causas de las desigualdades en la salud de la población.⁶⁴ Partamos de un hecho: el nivel de salud de una sociedad depende —en gran medida— del desarrollo económico, el cual hoy en día apunta a una sociedad capitalista, generadora de profundas desigualdades que van mermando la salud de las personas por el tipo de trabajo desempeñado, el entorno ambiental, la exclusión social, el capital cultural, el *habitus*, el campo y la clase social —para usar categorías de Bourdieu—.

Si se observan los datos duros en México, la salud está directamente relacionada con la clase social y cultural a la que se pertenece. De este modo, si uno pertenece a los estratos de mayor pobreza en el país, el acceso a la salud —preventiva y curativa— es menor al de otro que pertenece a los estratos mejor consolidados económicamente. Un niño o niña que no ha tenido una buena alimentación por razones económicas y culturales, es más susceptible de padecer enfermedades. Y peor aún, esto se vuelve un círculo vicioso, ya que esos infantes, que algún día serán padres o madres, no contarán con la salud, nutrición o conocimientos adecuados para darle prioridad al bienestar de sus hijos. Esta hipótesis se confirma cuando nos percatamos de que —de acuerdo con el Primer Informe sobre Desigualdades en Salud en México, de 2019—⁶⁵ una persona que pertenece al 50% más pobre de la población en México, tiene una probabilidad alta de presentar un estado de salud malo, o muy malo. Lo cual significa que la pobreza y la mala salud son fenómenos interrelacionados; es decir, pobreza genera mala salud.⁶⁶ Al final, esto repercute en un factor que las escalas de asignación de recursos no toman en cuenta —ni el SOFA, ni cualquier otra—: los pobres tienden a morir antes y a presentar mayores niveles de comorbilidad que quienes tienen mayor capital.⁶⁷

⁶⁴ Puyol, Ángel, “Justicia distributiva en el...”, *op. cit.*

⁶⁵ Disponible en: http://sids.salud.gob.mx/site2/docs/1_informe_desigualdad_mexico.pdf.

⁶⁶ Wagstaff, Adam, “Pobreza y desigualdades en el sector de la salud”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 11, núm. 5/6, 2002, pp. 316-317.

⁶⁷ De acuerdo con Héctor Hiram Hernández Bringas, profesor del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, luego de un análisis cuantitativo y cualitativo de la mortalidad del COVID-19, los datos apuntan a la existencia de una importante selectividad de la mortalidad por algunas condiciones demográficas y socioeconómicas. Por ejemplo, 71% de los muertos por coronavirus tienen una escolaridad de primaria o inferior; el 84% de los muertos son amas de casa, jubilados y pensionados, empleados de sector público y conductores de vehículos. Véase: Hernández, Héctor, “Mortalidad por

Y es que, una estrategia para la asignación de recursos —como la que pretende la Guía—, que está sostenida en el principio de igualdad formal, no puede estar basada únicamente en factores biológicos, sino que debe tener en cuenta una visión social de la enfermedad, apartándose de la sola referencia estadística que a través del manejo de tasas de mortalidad y morbilidad se nos han venido presentando de manera recurrente, y casi única, para el abordaje y conocimiento de la enfermedad dentro de la realidad social.⁶⁸ Esto significa que el análisis de las acciones sanitarias —desde la prevención hasta la repartición de recursos— supone un análisis epidemiológico que no se limite a presentar indicadores de mortalidad y morbilidad como la forma de enfrentar los problemas de salud, tal y como lo hace la Guía.⁶⁹ Esto conlleva que la asignación de recursos escasos de medicina se debe hacer sobre las bases de una verdadera justicia social, que tendrá que recurrir a las bases históricas de distribución desigual de la salud entre la población de México, pues como se ha demostrado a lo largo del trabajo, hay condiciones sociales que marcan dichas desigualdades en el acceso al derecho a la salud.⁷⁰

La propuesta que aquí se expone es que las asociaciones entre morbilidad y COVID-19 no sean arrancadas de su contexto social, es decir, que no únicamente se tome en cuenta un principio igualitarista, sino que a partir de una construcción teórica y metodológica, considere que dichas comorbilidades son parte de los procesos de producción y organización de una sociedad.⁷¹ Si se parte del hecho de que los determinantes sociales de las enfermedades son, en pocas palabras, las circunstancias o situaciones en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan o envejecen, esto significa que muchas de las comorbilidades que se toman en cuenta para diagnosticar la sobrevivencia de pacientes con COVID-19, son el resultado de los modos de producción, los modos culturales y de organización social.⁷² Esta situación se debe a que las personas socialmente desfavorecidas tienen menos acceso a los recursos de salud básicos y, en consecuencia, enferman y mueren con mayor frecuencia que aquellas con mejor posición social.⁷³ Es menester que se reconozca que las desigualdades en materia de salud —tanto las enfermedades como la forma en que las personas las enfrentan— tienen su origen, no solo en aspectos biológicos, sino en desigualdades sociales y económicas, ya que las condiciones en que la gente vive y muere están determinadas por fuerzas políticas, sociales y económicas.

Los años por vivir, que determina la elección de a quién se asignarán los recursos de conformidad con la Guía, determinados por las posibilidades de recuperación o menor capacidad para beneficiarse con los tratamientos, es un criterio *a priori* excluyente y discriminatorio. Esto se debe a que la posición utilitarista de la Guía desconoce que las pro-

COVID-19...”, *op. cit.*

⁶⁸ González González, Norma, “Epidemiología y salud pública frente al proyecto neoliberal en México”, *Papeles de Población*, México, vol. 6, núm. 25, julio-septiembre de 2000.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² Sánchez Barragán, Baldomero, “Modelo epidemiológico...”, *op. cit.*

⁷³ *Idem.*

habilidades individuales pueden darse dentro del marco de profundas y fundamentales desigualdades sociales. La escala para calcular probabilidad de supervivencia basada en comorbilidades, es un ejercicio que reproduce condiciones que se encuentran invisibilizadas: el pronóstico de supervivencia a largo plazo de las personas con comorbilidades está vinculado al acceso a la salud y a condiciones socioeconómicas. De acuerdo con el modelo clásico epidemiológico —como el que sigue la Guía—, las diferencias de salud —y por lo tanto, de asignación de recursos— se explican por factores que no son justos ni injustos, puesto que la biología no tiene ninguna relación con razonamientos morales. Sin embargo, es menester reconocer que la salud y la enfermedad tienen mucho que ver —además del factor biológico— con determinantes sociales, cuya distribución es desigual entre las personas y sin que ellas mismas sean responsables de esa condición.

No podemos determinar la justicia o injusticia sin saber las circunstancias de la sociedad. Por ello, es necesario preguntarse: ¿hay un grado razonable de igualdad de oportunidades en el acceso a la salud en México que permita suponer que todas las personas pueden compararse entre ellas para medir su grado de supervivencia o, por el contrario, el sistema de salud es desigual? Si la desventaja económica en un país es muy común, que alguien tenga más enfermedades de comorbilidad quizá sólo refleja que careció de un buen acceso a la salud. Por ello, asignar los recursos a las personas más sanas no es equitativo para quienes no han podido acceder al derecho a la salud previamente, a lo largo de su vida.

Como mencioné al inicio, mi finalidad no ha sido proponer un modelo de Guía o de aplicación en forma de política pública, sino sólo aportar algunas consideraciones filosóficas a la discusión de la distribución de recursos escasos para afrontar la enfermedad de COVID-19. Y es que la Guía, contraria al supuesto de tomar en cuenta los determinantes sociales de la salud, mantiene una posición de igualdad formal que se ve reflejada en que la evaluación que pudieran llegar a hacer los Comités de Ética para la asignación de recursos médicos escasos —como ventiladores o camas—, sobre las comorbilidades de las y los pacientes, parte del supuesto de que estos padecimientos se han desarrollado en las personas en igualdad de condiciones. frente a aquellas que tienen menos o nulas. Así, por ejemplo, la Guía indica que, al ser todas y todos iguales, si una persona es hipertensa, es un paciente menos óptimo para aprovechar los recursos para enfrentar el COVID-19, como si esa hipertensión fuese solamente un aspecto azaroso o biológico. Sin embargo, lo cierto es que, como se demostró, las comorbilidades no pueden ser pensadas en términos de igualdad formal, ya que muchas de ellas, en varias ocasiones, no se desarrollan sino dentro de una serie de factores sociales que van a determinar su existencia.

VII. Bibliografía

- BERNABEU-WITTEL, Máximo *et al.*, “Desarrollo de guías de práctica clínica en pacientes con comorbilidad y pluripatología”, *Atención Primaria*, España, vol. 46, núm. 7, agosto-septiembre de 2014.
- BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, trad. de Alcira Bixio, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- CASTRO, Roberto, *Teoría social y salud*, México, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, UNAM, 2010.
- CRUZ PARCERO, José Antonio, “Seminario UDIR: La Guía Bioética. Discusiones Virulentas”, YouTube, México, UDIR, UNAM, 01 de julio de 2020, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PCOFCzevFZc>.
- DAHLGREN, Goran y WHITEHEAD, Margaret, *Policies and Strategies to Promote Social Equality in Health*, Suecia, Institute for Futures Studies, 1991.
- DUBOS, René Jules, *El espejismo de la salud. Utopías, progreso y cambio biológico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- EVANS, Robert *et al.*, ¿Por qué alguna gente está sana y otra no? Los determinantes de la salud de las poblaciones, Madrid, Editorial Díaz de Santos, 1996.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Norma, “Epidemiología y salud pública frente al proyecto neoliberal en México”, *Papeles de Población*, México, vol. 6, núm. 25, julio-septiembre de 2000.
- HERNÁNDEZ, Héctor, “Mortalidad por COVID-19 en México. Notas preliminares para un perfil sociodemográfico”, *Notas de coyuntura del CRIM*, México, CRIM-UNAM, núm. 36, 17 de junio de 2020.
- HERSCH-MARTÍNEZ, Paul, “Epidemiología sociocultural: una perspectiva necesaria”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca, vol. 55, núm. 5, septiembre-octubre, 2013.
- INSTITUTE FOR GLOBAL HEALTH SCIENCES, *La respuesta de México al COVID-19. Estudio de caso*, 2021, disponible en: https://globalhealthsciences.ucsf.edu/sites/globalhealthsciences.ucsf.edu/files/la_respuesta_de_mexico_al_covid_esp.pdf.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, España, Editorial Alianza, 1996.
- KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995.
- LALONDE, Marc, *A New Perspective on the Health of Canadians. A Working Document*, Canadá, Gobierno de Canadá, 1981.
- LAURELL, Cristina, “Medicina y capitalismo en México”, *Cuadernos Políticos*, México, núm. 5, julio-septiembre de 197.
- LÓPEZ, Carmen M., “¿Afecta por igual el Covid-19 a hombres y mujeres?”, *Gaceta Médica*, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://gacetamedica.com/investigacion/afecta-por-igual-el-covid-19-a-hombres-y-mujeres/>.

- MARTÍN REYES, Javier *et al.*, “México necesita una política clara de acceso a terapia intensiva”, *Revista Etcétera*, s/n, 16 de abril de 2020.
- MCKEOWN, Thomas, *El papel de la medicina. Sueño, espejismo o némesis*, México, Siglo XXI, 1982.
- MBEMBE, Achille, *Necropolítica*, España, Melusina, 2011.
- MILL, Stuart, *El utilitarismo*, Madrid, Alianza, 1999.
- NOZICK, Roberto, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- PUYOL, Ángel, “Justicia distributiva en el sistema de salud. El racionamiento de los recursos en tiempos de crisis”, *XXIII Congreso Derecho y salud: Sistema de salud: novedades y desafíos*, vol. 24 extraordinario, 2014.
- PUYOL, Ángel, “Del derecho a la salud a la ética del racionamiento sanitario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SÁNCHEZ BARRAGÁN, Baldomero, “Modelo epidemiológico Social de la Salud, para la planeación de la política sanitaria”, *Salud en Tabasco*, Tabasco, vol. 21, núm. 1, enero-abril, 2015.
- SEGURA DEL POZO, Javier, “Epidemiología de campo y epidemiología social”, *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, vol. 20, núm. 2, marzo-abril de 2006.
- SILBERMAN, Martín *et al.*, “Determinantes sociales de la salud en los usuarios de atención sanitaria del Distrito Federal. Una experiencia desde los centros de salud pública”, *Revista de la Facultad de Medicina*, México, vol. 56, núm. 4, julio-agosto de 2013.
- SOTO MOTA, Adrián, “Coloquio Virtual: COVID-19 y Bioética [5]”, YouTube, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 26 de junio de 2020, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=J_WaOvRXkks.
- SOTO MOTA, Adrián, *et al.*, “Un dilema inevitable del COVID-19: ¿Cómo salvar más vidas cuando se acaben las camas?”, *Nexos*, s/n, 11 de abril de 2020.
- WAGSTAFF, Adam, “Pobreza y desigualdades en el sector de la salud”, *Revista Panamericana de Salud Publica*, vol. 11, núm. 5/6, 2002, disponible en: <https://www.scielosp.org/article/rpsp/2002.v11n5-6/316-326/>.

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DELANTE DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS AMAZÓNICOS FRENTE AL COVID-19 EN EL MARCO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

THE OBLIGATIONS OF THE STATE AHEAD OF THE AMAZON NATIVE'S PEOPLE IN THE FACE OF COVID-19 WITHIN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Adriano Corrêa de Sousa*
Juanita Miluska Buendía Muñoz**

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las insuficiencias del Estado Plurinacional de Bolivia y de Ecuador, dos referentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, frente a la pandemia del COVID-19 en los pueblos y naciones originarios en la

* Doctor en Teoría y Filosofía del Derecho por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidade Federal Fluminense (UFF). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidade Candido Mendes (UCAM) y la Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordinador del Observatório dos Direitos dos Originários da UCAM (ODO-UCAM). Correo electrónico: adriano.sousa@candidomendes.edu.br.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (Perú), con intercambio académico en la Universidad Iberoamericana, 2018-I. Con estudios en la Maestría en Sociología y Antropología en la Universidade Federal do Rio de Janeiro. Miembro del Observatório dos Direitos dos Originários da UCAM (ODO-UCAM). Correo electrónico: miluska.buendia16@hotmail.com.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2020.
Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2021.

región amazónica. Para responder al cuestionamiento de sus obligaciones en cuanto a la protección de los indígenas, usamos el método analéctico de Dussel, así como la técnica documental, en la que se incluyeron datos cuantitativos realizados por importantes institutos de investigación. Concluimos que los Estados Plurinacionales, no obstante el avance en muchos campos referentes a los derechos de los originarios, no cuentan con políticas públicas adecuadas para hacer frente a esta emergencia sanitaria, vulnerando la autonomía y la autodeterminación de los pueblos.

Palabras clave: pueblos originarios amazónicos, pandemia, nuevo constitucionalismo latinoamericano, buen vivir.

Abstract

The present work has the objective of analyzing the insufficiencies of the Plurinational State of Bolivia and Ecuador, two referents of the new Latin American constitutionalism, facing the COVID-19 pandemic in the original people and nations in the Amazon region. To answer the question of its obligations regarding the protection of indigenous people, we used Dussel's analectical method, as well as the documentary technique, which included quantitative data made by important research institutes. We conclude that the Plurinational States, despite the progress in many fields regarding the rights of indigenous people, do not have adequate public policies to face this health emergency, violating the autonomy and self-determination of the people.

Keywords: Amazon native's people, pandemic, new Latin American constitutionalism, good living.

I. Introducción

Desde la modernidad, las naciones y pueblos originarios¹ de la cuenca amazónica en Bolivia y en Ecuador vienen enfrentando la pandemia del colonialismo y del despojo territorial por la aplicación de un modelo de dominación que pasó por muchas fases. En el período colonial, con el proceso de evangelización, la servidumbre de mano de obra indígena y las enfermedades; después, en la república, con el colonialismo inter-

¹ La designación de “indígenas” u “originarios” es un tema controvertido en la academia. La Constitución de Bolivia de 2009, por ejemplo, utiliza el término “indígena originario campesino” para referirse a todas las personas que pertenecen a las naciones y pueblos con existencia precolombina. Para los fines del presente trabajo se usarán, indistintamente, como sinónimos, las designaciones de pueblos y naciones indígenas o pueblos y naciones originarios, visto que la expresión indígena designa los originarios de una región, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/ind%C3%ADgena>, consultado el 2 de julio de 2020.

no y la aculturación, llevada a cabo por la ideología territorial y la voluntad homogeneizadora,² con la integración de los indígenas por medio de la ciudadanía y, más recientemente, con el neoliberalismo, basado en el crecimiento económico siempre dependiente de la extracción de recursos naturales (modelo extractivo primario exportador). Estos factores han afectado y siguen afectando el buen vivir de los pueblos, su salud y sus medios de vida.

Sumado a esto, por si fuera poco, al día de hoy los pueblos originarios deben enfrentar la pandemia del COVID-19, que ha ingresado a sus territorios de manera progresiva y rápida. Los casos confirmados de contagiados y de fallecidos van en aumento y, al parecer, son ellos mismos quienes, mediante sus organizaciones tradicionales, están tomando acciones concretas para frenar el avance del coronavirus. Medidas preventivas como el aislamiento voluntario, el cercamiento de sus territorios, la aplicación de la medicina ancestral, de alguna manera está logrando contener la expansión de este virus que aún es difícil de abordar, especialmente porque las poblaciones no cuentan con servicios básicos como agua potable, drenaje o electricidad.

Países como Ecuador y Bolivia, a pesar de contemplar en sus constituciones principios fundamentales como el *suma qamaña* o el *sumak kawsay*, aún no han dado respuestas urgentes a las demandas de los pueblos originarios, especialmente en el contexto de la pandemia. La falta de implementación de protocolos adecuados y de medidas preventivas con pertinencia cultural, con el fin de prevenir el contagio y atender los casos presentados en los territorios amazónicos, dan cuenta de la falta de coordinación de acciones conjuntas que respondan a la realidad de los pueblos. Además de ello, no se han observado estrategias con relación a la seguridad alimentaria que garanticen el acceso a los recursos naturales en sus territorios, de los que dependen para sobrevivir.

Frente a ello, el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene el propósito de hacer una refundación del Estado, tomando las bases del paradigma de los originarios, orientado en el buen vivir. En la cosmovisión de los pueblos, el buen vivir no solo significa estar en armonía con la naturaleza, sino también con los seres humanos, como personas, como pueblos, respetando la manera de ser de cada uno. Este concepto implica considerar el equilibrio y la armonía en las siguientes dimensiones: *a)* el equilibrio y la armonía de las personas, considerando dimensiones materiales y espirituales, *b)* el equilibrio y la armonía entre los individuos, considerando la relación del individuo y la comunidad; y *c)* el equilibrio y la armonía entre los seres humanos y la Madre Tierra.³

Si bien la lucha de los pueblos originarios ha llevado a Estados como Bolivia y Ecuador a que se constituyan como plurinacionales, momentos críticos como los de ahora dan cuenta de que esta incansable lucha está lejos de terminar. Así, el presente ar-

² Herner, María Teresa, "La invisibilización del otro indígena en el proceso de construcción nacional. El caso de la Colonia Emilio Mitre, La Pampa", *Huellas*, Santa Rosa, núm. 18, diciembre de 2014, p. 121, disponible en: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/huellas/article/download/982/917>, consultado el 15 de julio de 2020.

³ Pacheco Balanza, Diego, *Vivir bien en armonía y equilibrio con la Madre Tierra. Una propuesta para el cambio de las relaciones globales entre los seres humanos y naturaleza*, La Paz, Universidad de la Cordillera, Fundación de la Cordillera, 2013, p. 86.

título intentará responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son las obligaciones del Estado delante de los pueblos originarios frente al COVID-19 en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano? Para contestar, se tomará como unidad de análisis la realidad de los pueblos originarios de la cuenca amazónica en Bolivia y en Ecuador.

El objetivo general de este estudio es investigar si en el marco del tercer ciclo del constitucionalismo pluralista latinoamericano, marcado por las constituciones de los países referenciados, hay un tratamiento especial a los pueblos indígenas en situaciones de emergencia, como la pandemia del COVID-19.

Para presentar mejor las opciones metodológicas, elegimos dividir las en dos puntos, según lo propuesto por Marconi y Lakatos,⁴ es decir: I) método de abordaje, y II) técnicas e instrumentos de investigación.

El método de abordaje propuesto, que se caracteriza por un enfoque más amplio y de mayor nivel de los fenómenos de la naturaleza y de la sociedad, es el analéctico, elaborado por Enrique Dussel. El autor parte de la idea de que el método dialéctico “es la expansión dominadora de la Totalidad desde sí; el pasaje de la potencia al acto de «lo Mismo»”.⁵ La analéctica, por otro lado, trabaja como la dialéctica, pero cuando surge la palabra interpelante del “Otro” y se operan las contradicciones entre los mundos, hay una exigencia ética de retornar al “Otro”, como punto de partida analéctico.⁶ A partir de esa lógica, tomamos en consideración los datos levantados por COICA y REPAM, en relación con el avance de la COVID-19 en los pueblos originarios amazónicos de Bolivia y Ecuador, del 15 mayo al 21 julio de 2020, los cuales exponen la grave situación que enfrentan estos grupos vulnerables y reflejan la ineficiencia del Estado Plurinacional para atender este tipo de demandas.

La elección metodológica, por lo tanto, se adhiere al objeto de investigación, ya que trata a los originarios como sujetos históricos explotados por el sistema, en diferentes niveles.

En relación con la técnica de investigación, que se refiere al modo por el cual se extraen los datos de la realidad, para fines del presente artículo utilizamos la técnica documental, que tiene como objetivo no solo analizar los principales documentos normativos relacionados con el objeto de estudio, como los textos constitucionales de Ecuador (2008), Bolivia (2009), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las decisiones en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sino también los datos cuantitativos realizados por importantes institutos de investigación, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Para lograr el objetivo general propuesto, dividimos el trabajo en tres partes. La primera busca presentar, por medio de estudios cuantitativos, la realidad de los pueblos originarios en el contexto de la pandemia del COVID-19. En general, existen pocos

⁴ Marconi, Marina de Andrade y Lakatos, Eva Maria, *Fundamentos de metodología científica*. 5a. ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 221-223.

⁵ Dussel, Enrique, *Para una ética de la liberación latinoamericana*, Tomo II, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973, p. 161.

⁶ Dussel, Enrique, *Introducción a la filosofía de la liberación*, 5a. ed., Bogotá, Nueva América, 1995, p. 235.

datos provenientes de fuentes oficiales —lo que indica el grado de exclusión de los originarios—, por lo que utilizamos los datos elaborados por las propias organizaciones indígenas. La segunda parte tiene el objetivo de presentar la construcción teórica del constitucionalismo pluralista en América Latina, desde una perspectiva analéctica, es decir, desde una perspectiva histórica y explorando sus contradicciones a partir de la mirada al “otro”. Por último, la tercera parte culmina presentando una evaluación sobre las acciones del Estado Plurinacional en respuesta a la pandemia de COVID-19. Buscamos revelar, así, los límites y las insuficiencias de la propuesta de organización del Estado que, en teoría, avanzó más en reconocer la dignidad de los originarios.

II. Los pueblos indígenas y la COVID-19

Con la llegada del coronavirus se ha desatado una crisis sanitaria en el mundo. Latinoamérica no ha sido la excepción, y varios países de la región se han visto afectados debido al número de contagios y fallecidos. La COVID-19 es un virus respiratorio que se desarrolló debido a la equivalencia exacta su genoma con el de los virus encontrados en una especie de murciélago. Las enfermedades causadas por este virus se llaman zoonóticas, es decir, que pasan de animales no humanos a humanos.⁷

Si revisamos la historia, a partir de la llegada de los españoles a América, enfermedades mortales como la viruela, el sarampión, la peste bubónica y pulmonar, así como el tifus, se propagaron y causaron pandemias entre los pueblos originarios.⁸ En el año 1519, la viruela afectó a los aztecas para luego pasar por toda la América Central y llegar hasta los Andes, provocando miles de muertes en el imperio Inca. Entre 1529 y 1534, el sarampión invadió de nuevo, primero el Caribe, más tarde México y América Central. En 1557, una epidemia de gripe, que venía directamente de Europa, golpeó la América Central; en 1558-1559, volvió a extenderse la viruela por Perú. Durante 1586 y 1589 una triple epidemia de viruela, sarampión y gripe procedente del Cusco, Quito y Potosí, asoló por entero los Andes.⁹

El contagio de enfermedades fue una de las causas más importantes de la debacle poblacional de los pueblos originarios durante la conquista. Otras enfermedades mortales, como el factor crítico en la conquista europea y el colapso de la civilización americana, devastaron a los indígenas del Nuevo Mundo. Una encuesta llevada a cabo entre 1582 e 1586, en las Audiencias de Quito, Lima y Charcas, da cuenta de que los indígenas

⁷ Quammen, David, *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, New York, W.W. Norton & Company, 2012, p. 9.

⁸ Cook, Noble David, “Enfermedad y despoblación en el Caribe, 1492-1518”, en Cook, Noble David y Lovell, William George (Coords.), *Juicios secretos de Dios: epidemias y despoblación indígena en Hispanoamérica colonial*, Quito, Editorial Abya Yala, 2000, p. 33.

⁹ Wachtel, Nathan, “Los indios y la conquista española”, en Bethell, Leslie (ed.), *Historia de América Latina*, Barcelona, Editorial Crítica, 1990, p. 175.

eran conscientes de que su número total quedó reducido, que el promedio de vida era más corto y que las condiciones de salud empeoraron desde la llegada de los españoles. Las razones se deben a la guerra, las epidemias, los desplazamientos, las cantidades de trabajo que debían producir, entre otros factores.¹⁰

En el caso de la región amazónica de Bolivia y de Ecuador, la emergencia del COVID-19 ha vuelto a poner en riesgo la existencia de los pueblos originarios. La situación se agrava, no solo porque estos últimos deben enfrentar un contexto de desigualdad, discriminación y racismo, sino también por los problemas de salud y alimentación a los que están expuestos en este nuevo escenario, lo que no hace más que remarcar las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran, especialmente las mujeres y ancianos.

En materia de salud, los pueblos originarios, a diferencia de otros grupos sociales, tienen condiciones mucho más precarias. Así, presentan diversos problemas, como la tuberculosis, la malaria, el sarampión y la fiebre amarilla.¹¹ Las enfermedades gastrointestinales y respiratorias son frecuentes, debido a la contaminación del agua y del aire, así como las que se encuentran en el ambiente.¹² Además de ello, presentan altos niveles de mortalidad materna e infantil, desnutrición, enfermedades cardiovasculares, VIH/SIDA, y otras enfermedades infecciosas.¹³

La discriminación al acceso de bienes y servicios básicos, como la falta de infraestructura hospitalaria y de servicios de salud adaptados a sus necesidades culturales, impide que los indígenas puedan recibir un tratamiento adecuado de sus enfermedades. Se trata de pueblos desatendidos por los servicios básicos de salud, debido a las condiciones geográficas y la falta de inclusión en las políticas públicas.¹⁴ Tampoco se les garantizan servicios básicos como agua potable, drenaje, electricidad, lo que complica aún más su situación.

A continuación, se presentan las cifras de casos confirmados de infectados y fallecidos por COVID-19 en los pueblos indígenas amazónicos de Bolivia y Ecuador, con registro del 15 de mayo al 21 de julio de 2020, con base en los datos recogidos por la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) y la Red Eclesial Panamazónica (REPAM).

Cabe resaltar que las cifras recogidas consideran miembros de los pueblos originarios amazónicos de Bolivia a: Moxeño trinitario, Movima, Mojeño Ignaciano, Cabineño,

¹⁰ Romano, Ruggiero, *Os mecanismos da conquista colonial: os conquistadores*, São Paulo, Coleção Kronos, 2012, pp. 23 y 24.

¹¹ Organización Panamericana de Salud (OPS), *Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos étnicos durante la pandemia de COVID-19*, 4 de junio de 2020, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52252/OPSIMSPHECOVID-19200030_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 7 de julio de 2020.

¹² PNUMA y OTCA, *Perspectivas del medio ambiente en la Amazonía: GEO Amazonia*, Ciudad de Panamá, Brasília, Lima, 2008, p. 76, disponible en: <http://www.unep.org/pdf/GEOAMAZONIA.pdf>, consultado el 6 de julio de 2020.

¹³ CEPAL-OPS, "Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el COVID-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe", *Informe COVID-19*, 30 de julio de 2020, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52536/OPSHSSCOVID-19200027_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 30 de julio de 2020.

¹⁴ Articulación Regional Amazónica (ARA), *La Amazonía y los objetivos de desarrollo del milenio*, Quito, ARA Regional, 2011, p. 50, disponible en: https://amazon.org.br/PDFamazon/Portugues/livros/ODM_PAN_AMAZONIA_WEB.pdf.

Trinitario Río, Mamoré, Guarayos, Chiquitano, Cayubaba, Esse Ejja, Yucaré, Baure, Itonama, Sirionó, Ayoreo, Mosetén, Yuqui, Canichana, Leco de Apolo; y de Ecuador, a: Kichwa, Achuar, Siekopai, Shiwiar, Siona, Shuar, Waorani, Ai Kofan, Andwa.¹⁵

<i>COVID en pueblos indígenas amazónicos</i>				
<i>Fecha</i>	<i>Bolivia</i>		<i>Ecuador</i>	
	<i>Casos confirmados</i>	<i>Fallecidos</i>	<i>Casos confirmados</i>	<i>Fallecidos</i>
15 de mayo 2020	25	7	57	2
26 de mayo 2020	41	17	123	8
16 de junio 2020	105	46	523	25
30 de junio 2020	269	62	1121	35
14 de julio 2020	792	73	1435	37
21 de julio 2020	864	75	1690	47

Fuente: Elaboración propia, con base en COICA y REPAM.

De acuerdo con la base de datos presentada, se observa un avance progresivo del virus en territorio amazónico desde el mes de mayo hasta fines de julio de 2020. El punto crítico donde los casos de infectados y fallecidos cobran mayor magnitud, se presenta desde fines de junio y julio, en Bolivia con más de 800 casos, y en Ecuador, con más de 1650 casos.¹⁶

La inoperancia de los Estados de Bolivia y Ecuador para hacer frente a esta realidad, se refleja en una gestión sanitaria ineficiente, que no garantiza “la entrega de insumos de bioseguridad, atención médica para prevenir y evitar la propagación del virus, la aplicación de pruebas PCR para determinar contagios, definir protocolos adecuados y cercos epidemiológicos efectivos”.¹⁷ La mayoría de los centros de salud no cuenta con insumos, medicinas, ni personal de salud para atender los casos, recortándose el presupuesto destinado al sistema de salud pública en plena pandemia, como en el caso de Ecuador.¹⁸

Ante esta situación, las organizaciones indígenas están tomando medidas preventivas como el aislamiento voluntario, el cercamiento de sus territorios, la aplicación de la medicina ancestral, entre otros. Sin embargo, existen serias dificultades para adoptar prácticas de higiene como el lavado de manos, debido a la escasez de agua y jabón, así como mantener el distanciamiento social debido a sus formas de vida, atender los casos presentados por el limitado acceso a servicios básicos de calidad y culturalmente apropiados.¹⁹

¹⁵ REPAM y COICA, *Impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de la panamazonía*, 15 de mayo de 2020, disponible en: <https://redamazonica.org/2020/05/boletin-del-impacto-del-covid-19-en-los-pueblos-indigenas-de-la-panamazonia>, consultado en 15 de julio de 2020.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Alianza por los Derechos Humanos Ecuador, “Atención humanitaria insuficiente e inadecuada por parte del Estado pone en riesgo la salud de comunidades indígenas y afroecuatorianas”, *Alerta 42*, 20 de mayo de 2020, disponible en: https://ddhhecuador.org/sites/default/files/documentos/2020-05/Alerta_42.pdf, consultado en 30 de julio de 2020.

¹⁸ Redacción, “Situación crítica en las nacionalidades indígenas del Ecuador por el impacto de la COVID-19”, *Edición Médica*, Quito, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://www.edicionmedica.ec/secciones/salud-publica/situacion-critica-en-las-nacionalidades-indigenas-del-ecuador-por-el-impacto-de-la-covid19--96026>.

¹⁹ Organización Panamericana de Salud (OPS), *Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros...*, op. cit., p. 5, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52252/OPSIMSPHECOVID-19200030_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 10 de julio y 29 de julio de 2020.

Las medidas de prevención frente a la emergencia de la COVID-19, han comenzado con campañas en las que se pide quedarse en casa y mejorar las condiciones de higiene lavándose las manos de manera regular como medida que permite evitar el contagio. Estas medidas son difícilmente cumplibles si el hogar tiene un limitado acceso a servicios básicos como por ejemplo el mismo acceso al agua.²⁰

Otro aspecto a considerar es que dichos Estados no han “asegurado el acceso a fuentes de alimentación propias aprovisionadas mediante prácticas de pesca, cacería y recolección vigilando que no resulten contaminadas o afectadas por terceros, incluidas empresas o quienes ejecutan actividades ‘legales’ e ilegales de minería y explotación forestal”.²¹

Cuando pensamos que los pueblos originarios se ubican en regiones con realidades geografías y culturales muy distintas, la ausencia de políticas públicas que establecen medidas de contención adecuadas, gana aires muy dramáticos, especialmente porque no hay estrategias de comunicación que sean eficientes y adecuadas a su propio contexto.

El gobierno no tomó iniciativas de prevención culturalmente adecuadas para los pueblos indígenas. Las pruebas de COVID 19 que se realizan son insuficientes y no se realiza un seguimiento de los pacientes diagnosticados; los cercos epidemiológicos son virtualmente inexistentes; los centros de salud se encuentran desprovistos de los insumos, medicinas y personal médico imprescindibles para atender la emergencia producto de los recortes presupuestarios que dejaron al sistema de salud pública en total vulnerabilidad ante la pandemia. Sumado a esto, no se detuvieron las actividades extractivas en nuestros territorios, aumentando así el riesgo de contagio en las comunidades.²²

En el caso de Bolivia, es importante mencionar que la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), una de las organizaciones conformadas por las nacionalidades originarias del Oriente, Chaco y Amazonía del país, se ha visto afectada por el coronavirus; desde personas infectadas en el seno de la dirección de la CIDOB, hasta el aumento de contagios y fallecidos en pueblos miembros.²³

Según un informe de la Defensoría del Pueblo de Bolivia, existe un gradual debilitamiento institucional con relación a la protección de los pueblos indígenas de parte del gobierno nacional.²⁴ Al respecto, en el mes de junio se ha extinguido el viceminis-

²⁰ FILAC y FILAY, *Los pueblos indígenas ante la pandemia del COVID-19*, 2020, p. 13, disponible en: http://indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/05/FILAC_FLAY_primer-informe-PI_COVID19.pdf, consultado en 14 de julio de 2020.

²¹ Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) et al., *Acción Urgente*, 26 de marzo de 2020, disponible en: <https://ddhhecuador.org/sites/default/files/documentos/2020-03/ACCIO%CC%81N%20URGENTE%20PPII%2026.03.pdf>.

²² CONAIE, *Comunicado ante la grave situación de los indígenas del Ecuador por el COVID-19*, Quito, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://conaie.org/2020/06/18/covid19>, consultado el 25 de julio de 2020.

²³ Redacción, “Angustia en los indígenas: la mitad del directorio de la CIDOB da positivo al coronavirus”, *Erbol*, La Paz, 27 de junio de 2020, disponible en: <https://erbol.com.bo/nacional/angustia-en-los-ind%C3%ADgenas-la-mitad-del-directorio-de-la-cidob-da-positivo-al-coronavirus>, consultado el 30 de julio de 2020.

²⁴ Defensoría del Pueblo de Bolivia, *Informe sobre el impacto de COVID-19 en los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional*.

terio de Medicina Tradicional e Interculturalidad para crear una dirección que lleva el mismo nombre, de menor rango y presupuesto, el cual depende de otro viceministerio. Además, no se cuenta con la aprobación de un plan de contingencia para pueblos indígenas.

De acuerdo con el informe del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), el escenario que enfrentan los pueblos originarios en Bolivia es de completo abandono por parte del gobierno en turno, encabezado por Jeanine Añez. Si bien se han emitido una serie de medidas legislativas, como el Bono Familia, la Canasta Familia y el Bono Universal, ninguna de estas políticas ha considerado el marco constitucional que se refiere a derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas.²⁵

En Ecuador, a su vez, el pueblo Siekopai atravesó momentos difíciles por la presencia del coronavirus, presentando dos fallecidos entre el 14 y el 21 de abril.²⁶ Las autoridades de salud pública no contaban con un plan de atención para la comunidad, siendo ellos quienes consiguieron materiales para realizar pruebas rápidas, que confirmaron 14 casos de 44 pruebas hechas.²⁷

La situación del pueblo Waorani no fue nada distinta, a pesar del uso de plantas medicinales por parte de la población para contrarrestar el avance del virus.²⁸ Los centros de salud cercanos no estaban equipados, y la mayoría de éstos no contaba con concentradores de oxígeno.²⁹ El Ministerio de Salud no abasteció de pruebas necesarias a dicho pueblo, pues aseguraban no contar con recursos, y que las pruebas que se lograron tomar demoraron mucho en darse a conocer.³⁰

Ante tal escenario, el día 17 de junio, la jueza Delicia de los Ángeles Garcés, de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito, dictó medidas cautelares y dispuso que el Ministerio de Salud busque y atienda a los indígenas amazónicos waorani afectados por el coronavirus.³¹ Dicha resolución impone la implementación de personal y equipos médicos para atender la emergencia sanitaria en dicho pueblo.³²

Posteriormente, la referida jueza amplió su sentencia el día 29 de junio, disponiendo que el Ministerio de Salud financie el traslado de pacientes o del personal médico

cional de Bolivia, s.f., disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-npioc-relator-nnuu.pdf>

²⁵ CEJIS, *Informe al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia y COVID-19*, 2020, p. 1, disponible en: http://www.cejis.org/wp-content/uploads/2020/06/INFORME_CIDH_PPII_RESUMEN_250620.pdf, consultado el 14 de julio de 2020.

²⁶ FILAC y FILAY, *Los pueblos indígenas ante la pandemia...*, op. cit., p. 23, consultado el 27 de julio de 2020.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Cardona, Antonio José Paz, *Ecuador: COVID-19 llega a los indígenas waorani mientras que otros pueblos enfrentan nuevos problemas, Mongabay Latam*, 20 de mayo de 2020, disponible en: <https://es.mongabay.com/2020/05/covid19-indigenas-ecuador-waorani-kichwa-cofan>, consultado el 28 de julio de 2020.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

³¹ CONFENIAE, *Nuevo Triunfo Waorani, Autoridades Nacionales no lograron demostrar que protegen del Covid-19 a Nacionalidad Waorani y a Pueblos en Aislamiento Voluntario*, Twitter, Ecuador, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://twitter.com/WaoResistencia/status/1273645099591913473>, consultado el 8 de julio de 2020.

³² CONFENIAE, "Jueza ratifica medidas cautelares otorgadas a la Nacionalidad Waorani pese a pedido de revocatoria", *Comunicado de prensa*, Twitter, Ecuador, 8 de julio de 2020, disponible en: <https://twitter.com/WaoResistencia/status/1280924681713922048>, consultado el 25 de julio de 2020.

hacia las comunidades para la atención de personas que no puedan salir del territorio. Asimismo, señaló que la dotación de kits humanitarios debe darse cada quince días, hasta que se supere de manera definitiva la pandemia.³³

Por lo anterior, siguiendo el primer informe regional de los pueblos indígenas ante la pandemia, de FILAC y FILAY, es importante que los Estados Plurinacionales apliquen enfoques diferenciados a los pueblos y naciones originarios, considerando tres razones fundamentales, con el fin de frenar el avance del virus en sus territorios:

1. En primer lugar, por las condiciones de vulnerabilidad estructurales que sufren la gran mayoría de los y las indígenas que, además, en muchos casos viven en zonas alejadas de centros urbanos y con enormes limitaciones para el acceso a servicios básicos, incluyendo el agua y la salud.
2. En segundo lugar, porque estamos hablando de pueblos con culturas propias, para los cuales es imprescindible un abordaje que integre la ciencia médica con los contextos, saberes y prácticas ancestrales, incluyendo los idiomas, las medicinas tradicionales, entre otras. Comunidades que desde siempre han recurrido a sus formas ancestrales de relacionarse con la naturaleza y sus propios cuerpos, no pueden ser invadidas por otro tipo de prácticas sin que ello implique consecuencias negativas y tal vez peores que los males que se quieren evitar.
3. En tercer lugar, porque para las comunidades indígenas, en particular aquellas que pertenecen a pueblos con reducido número de habitantes, evitar el ingreso del virus a su territorio es una cuestión de vida o muerte, no sólo de las personas, sino de los pueblos como colectividad. Ante la situación inmunológica de muchas comunidades, puede significar que el ingreso del COVID-19 conlleve consecuencias dramáticas, como ya ocurriera en el pasado con otras enfermedades.³⁴

Ahora bien, luego de presentar el panorama de los pueblos originarios en el contexto de la pandemia, se abordará el tratamiento de éstos en el marco normativo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, reflexionando sobre disposiciones importantes en las constituciones de los Estados Plurinacionales.

III. El buen vivir en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, o constitucionalismo pluralista, para algunos³⁵ es un fenómeno que surgió con las constituciones elaboradas en el ámbito del último

³³ *Idem.*

³⁴ FILAC y FILAY. *Los pueblos indígenas... op. cit.*, consultado en 2 de julio de 2020.

³⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descoloniza-

ciclo progresista en América Latina (2003-2015). Presenta, a su vez, rasgos bien definidos con énfasis en la democracia participativa, en la especial atención a los grupos históricamente marginalizados, como los pueblos originarios, así como en el pluralismo jurídico.

Las constituciones que más traducen estos valores son las de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Especialmente, las dos últimas proponen la refundación del Estado, modificando las bases estructurales sobre las que se construyó, con el intuito de romper con el Estado moderno homogeneizador de las relaciones sociales. Son constituciones que no solo se caracterizan por la amplia positivización de los derechos indígenas, sino también por la internalización del conocimiento indígena y su cosmovisión en este proceso.

Cuando se habla de modernidad, se hace con base en la crítica de Dussel, para quien la segunda modernidad fue responsable de realizar una simplificación de la complejidad orgánica de la vida por medio de una “racionalización” de diferentes campos, sea en la política, la empresa capitalista, la vida cotidiana, la descorporalización de la subjetividad, la no-eticidad de toda gestión económica o política, especialmente, “la supresión de la razón práctico-comunicativa reemplazada por la razón instrumental, la individualidad solipsista que niega la comunidad.”³⁶

Las constituciones de Bolivia y Ecuador reconocen las demandas de los movimientos sociales, traduciéndolos en derechos fundamentales, como el derecho al agua y a la seguridad alimentaria. Con relación a la democracia participativa, estas constituciones avanzan en la implementación de mecanismos como el plebiscito y el referéndum, así como en el reconocimiento de la autoridad indígena invertida en el puesto por usos y costumbres propias. Además, reconocen los derechos de los pueblos originarios y sus propias cosmovisiones, con base en el buen vivir o la Pachamama, con la positivación de la naturaleza como un nuevo sujeto de derechos, como en el caso de Ecuador.

Las referidas constituciones, en materia de derechos humanos, además, tienen el rasgo de incorporar a nivel constitucional los tratados internacionales de derechos humanos, que pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se presenta como una propuesta decolonial, en la medida en que se basa en un modelo alternativo que busca la justicia intercultural, política, social y redistributiva, a través de la convivencia plural entre los miembros de la sociedad y que, además, puede romper con la relación de dependencia económica y cultural históricamente establecida con los países centrales.

Es posible afirmar que es un constitucionalismo que se opone al avance de las políticas neoliberales, que comenzaron en la década de 1990, poniendo énfasis en los nuevos reclamos sociales basados en la efectivización de los derechos sociales y en el papel activo del Estado, capaz de enfrentar el poder económico y empresarial.

ción”, en Garavito, César Rodríguez (Coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 139.

³⁶ Dussel, Enrique, *Ética de la Liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 61.

Este tipo de constitucionalismo avanza hacia un proyecto intercultural y descolonizador de las estructuras estatales. Por ejemplo, Bolivia cuenta con un Tribunal Constitucional Plurinacional, compuesto por miembros elegidos con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Por su parte, Ecuador cuenta con un Tribunal Constitucional, en el cual uno de los nueve vocales, con designación del Congreso Nacional, puede provenir del grupo propuesto por la central de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional.

Ahora bien, en este tipo de discurso constitucional es importante considerar la incorporación axiológica del buen vivir.

En la Constitución Política de Bolivia, de 2009, la expresión “vivir bien” se expresa en siete momentos: *i)* uno, en el preámbulo; *ii)* dos veces, cuando se trata de los principios y valores del Estado; *iii)* uno, cuando se trata de educación y, finalmente, *iv)* tres veces, al referirse a la organización económica del Estado. Por lo tanto, se estudiará la perspectiva constitucional del buen vivir o vivir bien en cuatro grupos.³⁷

Se puede observar, en el preámbulo de la Constitución de Bolivia, el énfasis en el buen vivir como una perspectiva para reinterpretar el papel del Estado, conforme se muestra en el siguiente pasaje:

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.³⁸

El texto simboliza un perfil que se reproduce constantemente a través de otros pasajes: el buen vivir como una ética de convivencia, donde el pluralismo se destaca como un instrumento que permite la coexistencia de diferentes culturas e ideas aparentemente opuestas (como el desarrollo y la naturaleza como valor intrínseco). De esta manera, el texto constitucional permite la apertura necesaria para que el intérprete piense en un espacio para el diálogo entre diferentes culturas, en el marco de la integración del Estado boliviano.

El artículo 8° de la Constitución Política de 2009, en sus incisos I y II, se ocupa del núcleo constitucional esencial de la noción de buen vivir o *sumak kawsay*:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma

³⁷ Gaceta Oficial. Estado Plurinacional de Bolivia, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, Bolivia, 7 de febrero de 2009, disponible en: http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/CPE_2009, consultado el 30 de junio de 2020.

³⁸ *Idem*.

qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.³⁹

La primera parte de la disposición mencionada enumera los valores en los que debe basarse la sociedad plural, que rescata los principios éticos de los pueblos originarios. La segunda parte, indica una serie de valores de naturaleza occidental, en los que se basa el Estado, los cuales deben someterse a los objetivos del vivir bien o *suma qamaña*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, el órgano superior del poder judicial en Bolivia, creado por la Constitución de 2009, sobre la dimensión jurídica de los valores consagrados en el art. 8º, ha señalado lo siguiente:

Los principios ético-morales, antes de ser incorporados a la Constitución, tenían valor únicamente para el Derecho Indígena, es decir, eran estimados como valiosos por la cultura y el Derecho de las naciones y pueblos indígena originario, campesinos. Después de efectuada su incorporación en el texto constitucional tienen valor de derecho, es decir se convierten en normas y, por tanto, comparten la eficacia jurídica de la propia Constitución, es decir, tienen carácter normativo, lo que implica que no son meras declaraciones retóricas, por lo mismo, imponen a todos, esto es, al poder público y los particulares en la convivencia social, con mayor razón a todos los jueces de la pluralidad de jurisdicciones, la obligación de observarlos, desarrollarlos y aplicarlos en su labor decisoria cotidiana.⁴⁰

Con este pronunciamiento, el Tribunal reconoce la fuerza normativa que tienen los valores de las cosmovisiones de los pueblos originarios. Esto significa, por lo tanto, que las otras normas constitucionales deben interpretarse a la luz de estos valores. Cabe resaltar que, desde la invasión y conquista españolas, la imposición de valores eurocéntricos ha sido una constante que se acentuó, como se vio anteriormente, con la independencia y el republicanismo, a partir de la Constitución de 1826. En ese sentido, la fuerza normativa del buen vivir es fundamental para el cambio de postura de las instituciones políticas y la sociedad, no solo para reconocer la diversidad cultural, sino, sobre todo, como una alternativa al desarrollo neoliberal.

Como resultado, el buen vivir, en el marco del Estado de Derecho Plurinacional, toma el lugar de la dignidad humana como el “valor legal superior” del sistema boliviano, y sirve como lente para la interpretación de los diversos principios presentes en la

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Sentencia Constitucional Plurinacional 0112/2012, Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012, Bolivia, <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=2373>.

Constitución, como la ciudadanía, la moral administrativa y, sobre todo, la propia dignidad humana, que se convierte en un instrumento para la búsqueda del *suma qamaña*.⁴¹

En el caso de la Constitución Política de Ecuador, el término “buen vivir” aparece en diversas disposiciones del texto constitucional, al menos diecinueve veces.

La primera ocurre en el preámbulo, cuando se habla de “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. También puede encontrarse cuando el texto establece los deberes primordiales del Estado. Incluso hay un capítulo dedicado a los derechos del buen vivir, que considera, entre otros, el agua y la alimentación, el ambiente sano y la salud. Debemos destacar, además, otro apartado que destina todo un título al régimen del buen vivir, que establece normas constitucionales de carácter programáticas⁴² en las áreas de inclusión, educación, salud, seguridad social, vivienda, cultura e, incluso, una sección de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales.⁴³

Sobre la incorporación de estos valores axiológicos en el discurso constitucional, J. Alberto del Real Alcalá apoya la tesis de que su incorporación da lugar a un nuevo estado de derecho, diferente del estado de derecho democrático tradicional. Éste es el llamado Estado de derecho para el buen vivir, ya que se basa en principios plurales, con la plurinacionalidad como un “aspecto básico de fundación” del Estado.⁴⁴

Si bien es posible afirmar que las constituciones de Bolivia y Ecuador son las más progresistas en términos de derechos conferidos a los pueblos originarios, muchos de estos derechos aún carecen de efectividad, siendo su implementación un desafío para estos Estados Plurinacionales, en el que se garantice la libre determinación de los pueblos.

A continuación, se analizarán las limitaciones del actual Estado Plurinacional en el contexto de la pandemia, de acuerdo con los datos levantados en la primera parte del trabajo.

IV. La protección de los pueblos indígenas en el constitucionalismo pluralista en contexto de pandemia

El contexto de pandemia ha desnudado las debilidades de los Estados Plurinacionales para dar una respuesta culturalmente adecuada a los pueblos indígenas en la región

⁴¹ Sousa, Adriano Corrêa de, *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre o suma qamaña e a dignidade da pessoa humana nas constituições da Bolívia e do Brasil*, Rio de Janeiro, Agora21, 2020, p. 164.

⁴² Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

⁴³ *Constitución de la República del Ecuador*, Ecuador, 2008, disponible en: <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulaciones/2018-09/Constituci%C3%B3n.pdf>, consultado el 15 de julio de 2020.

⁴⁴ Real Alcalá, J. Alberto del, “Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: el Estado de Derecho Plurinacional”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 1, 2011, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4047751.pdf>, consultado el 30 de julio de 2020.

amazónica de Bolivia y Ecuador. En ese tenor, se realizará un breve análisis del marco normativo de protección de los pueblos indígenas, en materia de salud, en ambos países.

La salud, en la Constitución de Ecuador, es un derecho fundamental que se rige, entre otros, por el principio de interculturalidad:

Artículo 32.

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.⁴⁵

En relación con las enfermedades epidemiológicas, la referida Constitución, en su artículo 363, expresa lo siguiente:

Art. 363.- El Estado será responsable de:

7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales.⁴⁶

La Constitución de Bolivia, por su parte, garantiza el derecho a la salud universal y gratuita, tomando como base, especialmente, los principios de intraculturalidad y de interculturalidad.

Artículo 18.

I. Todas las personas tienen derecho a la salud.

II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna.

III. El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercul-

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador, *op. cit.*, consultado el 15 de julio de 2020.

⁴⁶ *Idem.*

tural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno.⁴⁷

Sobre las epidemias, el artículo 45 de la Constitución boliviana, refiere:

Artículo 45.

III. El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad, invalidez, viudez, vejez y muerte; vivienda, asignaciones familiares y otras previsiones sociales.⁴⁸

Con relación al Sistema Nacional de Salud (SNS) de Ecuador, éste se compone por el sector público y privado. El sector público descentraliza la responsabilidad por la prestación del servicio por distintos institutos. El sector privado, a su vez, comprende tanto instituciones con fines de lucro como organizaciones no lucrativas:

El sistema de salud de Ecuador está compuesto por dos sectores, público y privado. El sector público comprende al Ministerio de Salud Pública (MSP), el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), los servicios de salud de las municipalidades y las instituciones de seguridad social [Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL)]. El MSP ofrece servicios de atención de salud a toda la población. El MIES y las municipalidades cuentan con programas y establecimientos de salud en los que también brindan atención a la población no asegurada. Las instituciones de seguridad social cubren a la población asalariada afiliada. El sector privado comprende entidades con fines de lucro (hospitales, clínicas, dispensarios, consultorios, farmacias y empresas de medicina prepagada) y organizaciones no lucrativas de la sociedad civil y de servicio social. Los seguros privados y empresas de medicina prepagada cubren aproximadamente a 3% de la población perteneciente a estratos de ingresos medios y altos. Además, existen cerca de 10 000 consultorios médicos particulares, en general dotados de infraestructura y tecnología elementales, ubicados en las principales ciudades y en los que la población suele hacer pagos directos de bolsillo en el momento de recibir la atención.⁴⁹

⁴⁷ *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, Bolivia, 7 de febrero de 2009, disponible en: http://www.gacetoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/CPE_2009, consultado el 30 de junio de 2020.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Lucio, Ruth *et al.*, “Sistema de salud de Ecuador”, *Salud pública Méx.*, vol. 53, supl. 2, enero de 2011, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800013&lng=es, consultado el 6 de julio de 2020.

En el caso de Bolivia, la Ley No. 1069 regula el Sistema Único de Salud (SUS), que es un sistema de salud universal, público y gratuito. Cabe mencionar que dicha Ley solo fue aprobada en 2019, diez años después de la promulgación de la Constitución, en 2009.

De lo anterior, se puede decir que el marco normativo analizado en materia de salud es progresista, de manera especial por el enfoque intercultural que se aplica a nivel constitucional, la idea de salud intercultural. Este concepto ha surgido a partir de las Naciones Unidas y de la Organización Panamericana de Salud (OPS) para pensar en estrategias de mejorar los índices epidemiológicos de la población indígena, por medio de la incorporación de las medicinas tradicionales a los servicios de atención primaria.⁵⁰

No obstante, de acuerdo con Susana Ramírez, los graves problemas estructurales de la salud pública impidieron un adecuado desarrollo de esa salud intercultural. Ante eso, las poblaciones indígenas quedaron al desamparo, por problemas de infraestructura y por falta de personal cualificado.⁵¹

El no contar con alguna estrategia de gestión sanitaria intercultural que se implemente con la participación de los pueblos, a través de sus organizaciones, deja en evidencia la exclusión de éstos en la elaboración de políticas públicas. Más aún, considerando que, en el marco del constitucionalismo latinoamericano, el tratamiento de estos grupos en estado de vulnerabilidad debe ser primordial para la construcción de un Estado plurinacional.

En ese sentido, el Estado boliviano, por ejemplo, ha hecho caso omiso al pedido de las organizaciones de los pueblos indígenas para frenar la expansión del coronavirus en sus territorios. No sólo se trata de demandas como la implementación de insumos, equipos de bioseguridad, personal de salud, brigadas médicas y campañas informativas; se evidencia una descoordinación entre los funcionarios públicos y los representantes indígenas con relación a las políticas de salud intercultural.⁵²

Asimismo, hasta la fecha actual, ningún gobierno ha considerado en el sistema de salud un registro desagregado de las personas afectadas por el virus, perteneciente a alguna nación o pueblo indígena originario. En otras palabras, no existe alguna variable de autoidentificación étnica que dé cuenta la situación real de cada pueblo en específico. Ante esta falta de información, han sido organizaciones como CONFENIAE y REPAM las que, mediante un esfuerzo conjunto, están logrando dar seguimiento a los casos de COVID-19 en los pueblos indígenas de la Amazonía boliviana y ecuatoriana, así como de toda la cuenca amazónica.

Si bien, la historia de epidemias no ha sido ajena a los pueblos originarios, al ser uno de los sectores más marginados de la sociedad y los más afectados por las enfermedades emergentes, constituye un reto repensar en el modelo de atención en salud,

⁵⁰ Ramírez Hita, Susana, *Salud Intercultural: Crítica y problematización a partir del contexto boliviano*, La Paz, ISEAT, 2011, p. 43.

⁵¹ *Idem*, p. 33.

⁵² CEJIS, *Informe al Relator Especial de las Naciones Unidas...*, *op. cit.*, consultado el 28 de julio de 2020.

con el fin de encontrar una respuesta conforme a la realidad sociocultural de estos pueblos.⁵³

En tal sentido, el art. 25.1. del Convenio 169 de la OIT refiere que “los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que se puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental”.

A nivel de sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 1/2020, del 10 de abril de 2020, recomendó a los gobiernos de los Estados miembros tomar medidas en favor de los pueblos indígenas, en el contexto de la pandemia. Dicha Resolución señaló que los Estados deben proporcionar información sobre la pandemia en la forma tradicional de los pueblos indígenas, por medio de facilitadores interculturales (fund. 54). Asimismo, resaltó que los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una atención de salud con pertenencia cultural que considere sus cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales (fund. 56).

Posterior a ello, el 6 de mayo de 2020, la CIDH emitió el Comunicado de Prensa No. 103/20, sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de COVID-19, adicionando otras recomendaciones a las expuestas en la Resolución 1/2020. Entre ellos, recomendó a los Estados garantizar el derecho a la salud de los pueblos indígenas, aplicando los enfoques de interculturalidad, género y solidaridad intergeneracional (fund. 1), así como asegurar la participación de los pueblos indígenas, a través de sus formas de organización tradicionales, en la formulación e implementación de políticas en salud (fund. 2).

Asimismo, el 4 de junio de 2020, la CIDH emitió el Comunicado de Prensa No. 126/20, donde se expresa la alarma de las Oficinas de ONU Derechos Humanos y la CIDH, por el avance del coronavirus en los pueblos indígenas amazónicos, haciendo un llamado a los Estados para tomar en cuenta el aumento de número de contagios y fallecidos, la falta de acceso a información confiable sobre salud, la falta de infraestructura hospitalaria y el limitado acceso a servicios de salud, que respondan a las necesidades de los pueblos en tiempos de pandemia:

llamamos a los Estados a respetar las medidas de autoaislamiento adoptadas por los pueblos indígenas —sean estas tradicionales o a raíz de la pandemia, como cordones sanitarios—, así como a proveerles material de protección personal de forma segura. También es de suma importancia compartir con los pueblos indígenas información culturalmente adecuada y en sus propias lenguas o dialectos, que sea veraz y oportuna respecto a la contingencia.⁵⁴

⁵³ OPS, *Hacia el abordaje integral de la salud. Pautas para la investigación con pueblos indígenas*, 1997, p. 11, disponible en: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/7-Esp%20IND%202.pdf>, consultado el 28 de julio de 2020.

⁵⁴ CIDH, *Comunicado de prensa*, 4 de junio de 2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/126.asp>, consultado el 27 de julio de 2020.

Es importante mencionar que el Estado Plurinacional nació con la misión de dejar en el pasado el capitalismo neoliberal y extractivista,⁵⁵ pero pasados poco más de diez años, los resultados aún son muy opacos y la crisis sanitaria evidencia sus insuficiencias.

En un contexto de capitalismo neoliberal, donde priman las ganancias y la extracción de los recursos naturales, las políticas de protección social para atender a los pueblos deben ser primordiales, pues se encuentran en estado de vulnerabilidad, a diferencia de otros grupos sociales, y resistir una pandemia como el coronavirus se torna casi imposible, amenazando con exterminar su propia existencia.

Es una situación que evidencia las desigualdades, el racismo y la discriminación que sufren los originarios, y prevalece en la sociedad moderna, los cuales enfrentan desventajas no sólo a nivel de salud, sino también de educación, expectativa de vida, entre otros,⁵⁶ un hecho que el Estado Plurinacional, sin olvidar sus avances, no logró cambiar en poco más de diez años de existencia. Como se ha visto anteriormente, existen obligaciones en las constituciones de Bolivia y Ecuador, que buscan asegurar la autonomía y libre autodeterminación de los pueblos y naciones originarios; sin embargo, en las condiciones actuales, los pueblos aún no logran sus objetivos principales, por lo que es fundamental la actuación del Estado por medio de políticas públicas específicas.

Las políticas neoliberales de finales de los años 1990 y el inicio de los 2000, generaron insatisfacciones populares que conllevaron las condiciones sociales para las constituciones pluralistas. Así, las asambleas constituyentes de Ecuador (2006-2007) y de Bolivia (2007-2008) crearon una catarsis que terminó por frenar momentáneamente los movimientos sociales, especialmente indígenas. De modo que no tardaron en surgir tensiones post-constituyentes, puesto que desde 2009 existen críticas al gobierno de Evo Morales “por desarrollista y destructor de la Pacha Mama”.⁵⁷

No obstante, a pesar del fin del ciclo progresista en América Latina, la persecución de la izquierda, en general, y el golpe de Estado en Bolivia en el año 2019, es importante decir que los pueblos originarios ya estaban en estado de vulnerabilidad, debido a las políticas neodesarrollistas, que fomentan la extracción de los recursos naturales, el no respeto por los territorios ancestrales, el bloqueo en el avance de las autonomías y la autodeterminación de los pueblos y naciones originarios, que contribuye con lo que Oscar Vega llama de desconcierto boliviano.⁵⁸

⁵⁵ La publicación oficial de la Constitución del Ecuador de 2008, por la Asamblea Constituyente, tiene el siguiente mensaje en su portada: “Dejemos el pasado atrás”, disponible en: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf, consultado el 30 de julio de 2020.

⁵⁶ Loayza Bueno, Rafael, *Racismo y etnicidad en Bolivia*, 3a. ed., La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 205.

⁵⁷ Schavelzon, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural Editores, 2012, p. 567.

⁵⁸ Vega Camacho, Oscar, *El desconcierto boliviano*, Pennsylvania, Latin American and Latino Studies Program, University of Pennsylvania, disponible en: <https://lals.sas.upenn.edu/sites/default/files/EI%20desconcierto%20boliviano.%20FINAL%20.pdf>, consultado el 30 de julio de 2020.

Posterior a la promulgación de estas constituciones, los trabajos etnográficos evidencian un gran enfriamiento de los movimientos sociales indígenas, en comparación con todo el dinamismo que había por las asambleas constituyentes.

En cuanto a movilizaciones, en el ejercicio de su ciudadanía activa, los pueblos originarios lograron desarrollar su propia capacidad de resolución de conflictos, con articulación política y alianzas estratégicas, con mucha participación en el proceso decisorio político;⁵⁹ sin embargo, con el Estado Pluricultural y las constituciones más progresistas de América Latina, todavía se observa una retracción de los movimientos sociales, lo que crea una oportunidad para el ejercicio de las “antiguas tácticas del ejercicio del poder heredado del pasado colonial hacendatario”.⁶⁰ Debido a eso, tenemos como concreto el retraso de los procesos de autonomías garantizadas por las constituciones de Ecuador y de Bolivia. En Ecuador, la constitución aseguró, en su artículo 257, la conformación de Circunscripciones Territoriales Indígenas (CTIs), que ejercen las competencias de gobierno territorial autónomo. Bolivia, a su vez, creó las llamadas Autonomías Indígenas Originarias Campesinas (AIOCs), que consisten en la expresión del autogobierno como ejercicio de la libre determinación de los pueblos y naciones originarios, conforme el artículo 289 de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, el proceso de adhesión de las comunidades a esas formas de autogobierno es mucho más bajo de lo que se podría imaginar. Uno de los motivos para eso es la dificultad burocrática, especialmente para los pueblos amazónicos, para llenar los requisitos establecidos. Ecuador fue condenado, en 2012, por la CIDH debido a que no respetó el derecho a la propiedad comunal del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku.

V. Conclusión

Históricamente, los pueblos indígenas han sido uno de los grupos más olvidados y excluidos, siendo hasta el día de hoy quienes sufren los embates del modelo desarrollista, que afecta sus modos de vida. Ni el surgimiento del Estado Plurinacional ha logrado frenar esta situación, más aún, considerando el contexto de pandemia, en el que se podría pensar que este tipo de estados tomarían una respuesta más efectiva ante la propagación del virus.

Los datos expuestos en el presente artículo, han expuesto las debilidades del Estado Plurinacional, que cuenta con un sistema de salud precario y que no garantiza la salud de los pueblos originarios, quienes se han visto afectados por el aumento de contagios y fallecidos, por la falta de acceso a información confiable sobre la salud, por la carencia

⁵⁹ Tuaza Castro, Luis Alberto, “El ocaso de la ciudadanía indígena en el Ecuador contemporáneo”, *Chakiñan*, núm. 10, abril de 2020, p. 20, disponible en <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/rchakin/n10/2550-6722-rchakin-10-00012.pdf>, consultado el 3 de julio de 2020.

⁶⁰ *Idem*, p. 20.

de infraestructura hospitalaria y de acceso a servicios de este tipo, adaptados a sus necesidades culturales durante la crisis, entre otros.

En el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es responsabilidad del Estado garantizar los derechos de los pueblos originarios, coordinando acciones conjuntas para frenar la expansión del coronavirus. Si bien, como vimos anteriormente, no existe alguna disposición expresa que establezca un tratamiento especial a los pueblos y naciones originarios, en el contexto de pandemia basta una interpretación sistemática de los textos constitucionales para garantizar sus derechos, con un enfoque culturalmente adecuado.

Así como la dignidad de la persona humana funciona como vector axiológico del Estado, por medio del cual debemos interpretar los derechos fundamentales, el *suma qamaña* o el *sumak kawsay*, de la misma manera, funcionan como vectores interpretativos de derechos fundamentales desde una perspectiva decolonial y emancipadora. Al respecto, todas las normas constitucionales e infraconstitucionales deben de ser interpretadas de acuerdo con la cosmovisión de las naciones y pueblos originarios.

Por lo tanto, de acuerdo con los principios fundamentales del *suma qamaña* o *sumak kawsay*, así como la dignidad de la persona humana, el Estado Plurinacional está obligado a promover el derecho fundamental a la salud de los pueblos originarios, de acuerdo con sus necesidades específicas.

En tal sentido, siguiendo los lineamientos del informe de FILAC y FILAY, mencionado anteriormente, se pueden considerar tres obligaciones del Estado para con los pueblos originarios:

1. Establecer la accesibilidad de los servicios básicos de salud a los indígenas en condiciones de vulnerabilidad estructural, especialmente aquellos que viven en zonas periféricas de los centros urbanos, tanto como los alejados de los centros, en zonas rurales.
2. El servicio de salud básica debe ofrecer un abordaje que pueda integrar la ciencia médica con los contextos, saberes y prácticas ancestrales, especialmente la medicina ancestral.
3. Garantizar la protección del territorio indígena, impidiendo el ingreso de foráneos.

Además de ello, el Estado Plurinacional debe garantizar el ejercicio del autogobierno y libre determinación de los pueblos originarios, lo que mejoraría el tratamiento de la pandemia en sus territorios. Garantizarlo es un reto pendiente para este tipo de estados, especialmente por la falta de voluntad política para promover un diálogo intercultural donde los pueblos participen, a través de sus entidades representativas, organizaciones, líderes, sobre todo, en la formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud.

A pesar del surgimiento del Estado Plurinacional, que nace frente a un contexto de capitalismo neoliberal donde priman las ganancias y la extracción de recursos naturales, concretadas por políticas neoliberales extractivistas, este tipo de estado no ha logrado avanzar en materia de derechos de los originarios; su visión neodesarrollista, la falta de políticas de protección social, y el retraso de las autonomías por trámites burocráticos en la cuenca amazónica, en países como Ecuador y Bolivia, genera un gran descontento en este importante sector.

A este descontento se suma una de las demandas urgentes que reclaman los pueblos originarios: contrarrestar la expansión del coronavirus en sus territorios. Por ello, es tarea del Estado implementar planes de acción y medidas efectivas, con un enfoque diferenciado hacia estos grupos en estado de vulnerabilidad, que corren el riesgo del exterminio, con el fin de garantizar su supervivencia frente a esta emergencia sanitaria, que sólo permite vislumbrar un panorama devastador.

La protección de los derechos de los pueblos indígenas es parte fundamental del discurso constitucional de los Estados Plurinacionales. En este tipo de estados, se toma en consideración la experiencia de las sociedades interculturales, reconociendo nuevas fuentes que producen derecho considerando en ella la jurisdicción de los pueblos originarios, sus autoridades, instituciones, prácticas y costumbres. Así, la discriminación es parte de las contradicciones que mueven el tejido social y generan nuevas resistencias.

Para ello, resulta fundamental recuperar el sentido del Estado Plurinacional. Haciendo referencia a Dussel, este autor brinda, con el método analéctico, con base en una filosofía de la praxis, precisamente la orientación en el pasaje de la totalidad ontológica a la exterioridad, como metafísica del otro, del oprimido, en este caso, de los pueblos originarios. Consideramos, así, la importancia de las organizaciones indígenas y, en general, los movimientos sociales, pues hoy, más que nunca, el sueño de la ciudadanía pluralista se encuentra amenazada y sólo la reorganización de estos movimientos podrá devolver la esperanza.

VI. Bibliografía

CEJIS, *Informe al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia y COVID-19*, 2020, disponible en: http://www.cejis.org/wp-content/uploads/2020/06/INFORME_CIDH_PPII_RESUMEN_250620.pdf.

CONAIE, *Comunicado ante la grave situación de los indígenas del Ecuador por el COVID-19*, Quito, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://conaie.org/2020/06/18/covid19>.

COOK, Noble David, “Enfermedad y despoblación en el Caribe, 1492-1518”, en COOK, Noble David y LOVELL, William George (coords.), *Juicios secretos de Dios: epide-*

- mias y despoblación indígena en hispanoamérica colonial*, Quito, Editorial Abya Yala, 2000.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, “Indígena”, disponible en: <https://dle.rae.es/ind%C3%ADgena>.
- DUSSEL, Enrique, *Para una ética de la liberación latinoamericana*, tomo II, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973.
- DUSSEL, Enrique, *Introducción a la filosofía de la liberación*, 5a. ed., Bogotá, Nueva América, 1995.
- DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1998.
- FILAC y FILAY, *Los pueblos indígenas ante la pandemia del COVID-19*, 2020, disponible en: http://indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/05/FILAC_FIAY_primer-informe-PI_COVID19.pdf.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- HERNER, María Teresa, “La invisibilización del otro indígena en el proceso de construcción nacional. El caso de la Colonia Emilio Mitre, La Pampa”, *Huellas*, Santa Rosa, núm. 18, diciembre de 2014, disponible en: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/huellas/article/download/982/917>.
- LOAYZA BUENO, Rafael, *Racismo y etnicidad en Bolivia*, 3a. ed., La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- MARCONI, Marina de Andrade y LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de metodología científica*, 5a. ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD (OPS), *Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos étnicos durante la pandemia de COVID-19*, 4 de junio de 2020, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52252/OPSIMSPHECOVID-19200030_spa.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y.
- PACHECO BALANZA, Diego, *Vivir bien en armonía y equilibrio con la Madre Tierra. Una propuesta para el cambio de las relaciones globales entre los seres humanos y naturaleza*, La Paz, Universidad de la Cordillera, Fundación de la Cordillera, 2013.
- QUAMMEN, David, *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, New York, W.W. Norton & Company, 2012.
- RAMÍREZ HITA, Susana, *Salud Intercultural: Crítica y problematización a partir del contexto boliviano*, La Paz, ISEAT, 2011.
- REAL ALCALÁ, J. Alberto del, “Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: el Estado de Derecho Plurinacional”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 1, 2011, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4047751.pdf>.

- ROMANO, Ruggiero, *Os mecanismos da conquista colonial: os conquistadores*, São Paulo, Coleção Kronos, 2012.
- SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural Editores, 2012.
- SOUSA, Adriano Corrêa de, *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre o suma qamaña e a dignidade da pessoa humana nas constituições da Bolívia e do Brasil*, Rio de Janeiro, Ágora21, 2020.
- TUAZA CASTRO, Luis Alberto, “El ocaso de la ciudadanía indígena en el Ecuador contemporáneo”, *Chakiñan*, núm. 10, abril de 2020, p. 20, disponible en: <http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/rchakin/n10/2550-6722-rchakin-10-00012.pdf>.
- VEGA CAMACHO, Oscar, *El desconcierto boliviano*, Pennsylvania, Latin American and Latino Studies Program, University of Pennsylvania, disponible en: <https://lals.sas.upenn.edu/sites/default/files/El%20desconcierto%20boliviano.%20FINAL%20.pdf>.
- WACHTEL, Nathan, “Los indios y la conquista española”, en BETHELL, Leslie (ed.), *Historia de América Latina*, Barcelona, Editorial Crítica, 1990.
- YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Zonia, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en GARAVITO, César Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

EL CONCURSO CIVIL COMO UNA HERRAMIENTA DE SOLUCIÓN A PROBLEMAS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA PANDEMIA COVID-19

THE BANKRUPTCY PROCEDURE FOR NON-BUSINESSPERSONS AS A TOOL TO DEAL WITH THE ECONOMIC PROBLEMS ARISING FROM COVID-19

Rosa M. Rojas Vértiz C.*

Resumen

Este artículo busca sensibilizar sobre la necesidad de adecuar el marco jurídico vigente del concurso civil a los sistemas modernos de insolvencia, los cuales proporcionan incentivos a las partes para la renegociación de los adeudos, buscan conciliar sus intereses y podrían constituir una herramienta para ayudar a resolver los problemas económicos derivados del COVID-19. El artículo explica por qué la regulación del juicio de concurso civil vigente no resulta idónea para resolver los problemas económicos del deudor; asimismo, demuestra que el procedimiento vigente ha sido utilizado pocas veces, sin éxito. Se hace una propuesta de regulación del concurso civil y se exponen los problemas que ocasionan los artículos que pretenden añadirse para dar preferencia al fisco federal.

Palabras clave: Concurso civil, COVID-19, exoneración, regulación, renegociación.

* Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho, Maestra en Derecho Comercial y Corporativo en The London School of Economics and Political Science, y doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en Derecho de la Insolvencia y profesora de medio tiempo en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Sus líneas de investigación son: derecho de la insolvencia, derecho financiero y derecho colaborativo. Correo electrónico: rosamaria@rojasvertiz.com.

Fecha de recepción: 13 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2021.

Abstract

This paper discusses why the current regulation of the bankruptcy procedure for non-business persons in Mexico does not help the parties to solve their economic problems. It further demonstrates that the procedure is not regularly used, and when used it does not lead to a good outcome. The paper examines the features of modern insolvency systems and enhances the incentives to reconcile the parties' interests and to renegotiate the debtor's indebtedness as a potential tool to deal with the economic problems arising from COVID-19. The paper makes a regulation proposal and illustrates the problems that may arise if the articles awarding a preference to the federal tax authorities contained in the bill for the National Civil Procedures Code are passed.

Keywords: *Bankruptcy, non-business, COVID-19, discharge, renegotiation, regulation.*

I. Introducción

En junio de 2020, diputadas del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN) presentaron, ante la Cámara de Diputados, una iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Salvo por seis artículos que se añadieron al inicio del procedimiento, en relación con el fisco federal, el resto de la propuesta para la regulación del juicio de concurso civil se basa en la regulación contenida en los artículos 738 al 768 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México.¹ Dicho procedimiento está en vigor desde el 1 de octubre de 1932² y solo ha tenido una fe de erratas y dos reformas que no han sido sustanciales.³ Es un procedimiento de quiebra que, como tal, está exclusiva-

¹ El artículo décimo cuarto transitorio de la reforma a la Constitución Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016 dispone que: "A partir de la fecha de entrada en vigor de este Decreto, todas las referencias que en esta Constitución y demás ordenamientos jurídicos se hagan al Distrito Federal, deberán entenderse hechas a la Ciudad de México".

² El Código de Procedimientos Civiles vigente fue publicado en el *Diario Oficial* (Órgano Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos) el jueves 1 de septiembre de 1932, y entró en vigor el 1 de octubre de 1932. El *Diario Oficial* de esa fecha puede ser consultado en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHG-CbWrG7ukiUiW/WEuu/qZITsDmaEMUX8UHjfgAVD9ddgSyOT/wMSfJzi8aELip>.

³ La fe de erratas fue publicada el 1 de octubre de 1932 en el *Diario Oficial* (Órgano Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos), y su objeto fue corregir una falta ortográfica contenida en el artículo 759 de la publicación original, que en lugar de "cesión de bienes" decía "sesión de bienes". La reforma publicada el 14 de marzo de 1973 en el *Diario Oficial* (Órgano Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos) reformó los artículos 749, 750, 751 y 753 para precisar que las oposiciones a que se refieren esos artículos deben sustanciarse mediante incidentes en lugar de mediante un juicio sumario. La reforma publicada el 10 de septiembre de 2009 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* reformó los artículos 740, 746, 765 y 768. La reforma al artículo 746 fue para actualizar el monto de la multa que debe imponerse al síndico en caso de no presentar su informe, y la reforma a los artículos 740, 765 y 768 fue para precisar que el recurso de apelación previsto en los mismos debe ser en el efecto devolutivo de tramitación inmediata. La fe de erratas y las reformas pueden ser consulta-

mente dirigido a la distribución de los bienes del deudor entre sus acreedores, priva al deudor de su capacidad de ejercicio, no proporciona incentivos a las partes para una renegociación de los adeudos o para la elaboración de un plan de pagos, no toma en cuenta la satisfacción de las necesidades básicas del deudor, y además, lo deja indefinidamente obligado al pago de los adeudos no satisfechos con los bienes que adquiriera en el futuro.

El presente artículo parte de la hipótesis de que el juicio de concurso civil se usa muy poco, debido a que se ha mantenido ajeno a una tendencia que inició desde el siglo XIX en países de derecho anglosajón y que se ha extendido, en décadas recientes, a la Unión Europea, a varios países de Asia e incluso a países de América Latina —como Colombia y Chile—, encaminada a reconocer los problemas a los que se enfrenta un deudor insolvente y a proporcionar soluciones, dándole la posibilidad de una rehabilitación. La metodología que se utilizará para demostrarlo es el análisis documental de la legislación vigente y de la doctrina extranjera sobre los procedimientos de insolvencia de personas físicas, que se acompañará de algunos de los resultados obtenidos en una investigación empírica realizada en el Tribunal Superior de Justicia de la ahora Ciudad de México (TSJCDMX), entre 2017 y 2018.⁴

La necesidad de adecuar la regulación del concurso civil se hace más patente con la crisis económica que ha derivado del COVID-19. La pérdida de empleos, el incremento en la subocupación, la baja en los ingresos y en el consumo, así como la disminución en la actividad económica, son todos factores que han agravado la situación económica de las personas. Los bancos han concedido prórrogas en el pago de créditos, pero los intereses se siguen generando y tendrán que pagarse tarde o temprano junto con el principal, lo que ocasionará el crecimiento de los adeudos. La dificultad económica puede agravarse en el momento en que los créditos vuelvan a ser exigibles, porque muchas personas se han quedado sin empleo o han visto reducidos sus ingresos. Por ello, se requieren mecanismos efectivos para ayudar a las personas a renegociar sus obligaciones y a buscar una solución a sus problemas económicos que pueda ser satisfactoria para sus acreedores. Estos mecanismos han sido desarrollados por los sistemas modernos de insolvencia.

Este artículo tiene dos objetivos: el primero es concientizar sobre la utilidad de los procesos de insolvencia para aportar soluciones a los problemas económicos, y por lo tanto, sobre la necesidad de adecuar el marco jurídico del concurso civil, para apartarse del concepto de quiebra y acoger la tendencia moderna que permite a los deudores rehabilitarse, el cual será desarrollado en el apartado II siguiente. El segundo objetivo consiste en realizar una propuesta de regulación del concurso civil que cumpla con el primer objetivo, el cual será desarrollado en el apartado III.⁵

das en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=BHGCbWrG7ukiUiW/WEuu/qZITsDmaEMUX8UHjfgAVD9ddgSyOT/wMSfJzi8aELip>.

⁴ La investigación fue parte del trabajo realizado por la suscrita para obtener el grado de Doctora en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La metodología utilizada en esa investigación se describe con detalle en el libro intitulado “La Insolvencia de las Personas Físicas en México” que será publicado dentro de la colección mercantil de Tirant Lo Blanch. En el apartado II.1 de este artículo se señalan algunos aspectos de la metodología.

⁵ Algunos de los apartados de este artículo fueron tomados parcialmente de la tesis para obtener el grado de doctora en de-

II. Los procesos de insolvencia como herramientas para resolver problemas económicos

Este apartado se dividirá en tres partes. En primer lugar, se revisará el concepto moderno de Derecho de la insolvencia y los problemas que presenta la regulación vigente del concurso civil; en segundo lugar, se explicarán las premisas de los sistemas modernos de insolvencia; y en tercer lugar, se expondrán algunas de las consecuencias económicas que se derivan del COVID-19, y la conveniencia de adecuar los objetivos y el proceso del concurso civil para proporcionar a la sociedad una herramienta efectiva para resolver sus problemas económicos.

1. El concepto moderno de Derecho de la insolvencia y los problemas que presenta la regulación vigente del concurso civil

En los países de tradición civilista, al Derecho de la insolvencia se le conoce como *Derecho concursal*. Sin embargo, esa terminología está íntimamente vinculada con el proceso judicial de concurso, lo cual es solo una parte del Derecho de la insolvencia. Éste abarca más que un proceso judicial, se compone de una parte sustantiva y de otra procesal. La primera indaga y estudia las causas, los efectos y las consecuencias, así como toda la problemática que se presenta ante una situación de insolvencia para poder darle una solución adecuada, no solo al deudor, sino a todas las partes involucradas; así mismo, estudia las ventajas y desventajas de los diversos mecanismos de solución de controversias para determinar cuáles pueden ser más afines a las necesidades del insolvente y sus acreedores.

Por su parte, el proceso concursal es el proceso judicial en el que participan el deudor y sus acreedores para lidiar con la insolvencia del primero. Tradicionalmente, el proceso concursal estaba solo destinado a la quiebra, es decir, a la repartición de los bienes del deudor entre sus acreedores. Sin embargo, la evolución del Derecho de la insolvencia ha modificado los procesos concursales para tratar de evitar la quiebra y de dar al deudor la oportunidad de renegociar sus adeudos, de reorganizarse para salir de la insolvencia y continuar siendo productivo. Por lo tanto, el deudor no tiene que estar insolvente necesariamente para iniciar el proceso, sino que basta que esté enfrentando dificultades financieras. Algunas legislaciones imponen un mínimo de adeudos vencidos para poder acceder al proceso, otras permiten el acceso en forma preventiva.

En décadas recientes ha habido un cambio de enfoque en torno a los procesos de insolvencia de comerciantes y de sociedades mercantiles, ya que actualmente, el prin-

recho de la autora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; y por lo tanto, presentan una síntesis de algunas de las ideas desarrolladas en ese trabajo de investigación. La investigación completa será publicada en un libro intitulado "La Insolvencia de las Personas Físicas en México" dentro de la colección mercantil de Tirant Lo Blanch.

El principal objetivo es la conservación de la empresa del comerciante, en la medida en que sea viable. Las personas físicas que se dedican en forma habitual al comercio pueden acogerse a los procesos mercantiles, sin embargo, las personas físicas que no se consideran comerciantes, así como las personas morales de naturaleza civil, no tienen una alternativa para evitar la quiebra. México se ha olvidado de modernizar los procesos de insolvencia para personas no comerciantes. Los procesos de concurso civil regulados en los códigos civiles de la República Mexicana, tanto federal como de las entidades federativas, datan de hace casi cien años; por lo tanto, parten de un concepto de insolvencia muy distinto al que prevalece actualmente. En ese entonces, se estimaba que la insolvencia derivaba de actos fraudulentos, de culpa grave o por lo menos de negligencia.

Por ese motivo, la regulación vigente del concurso civil tiene consecuencias negativas severas: el deudor es privado de su capacidad de ejercicio de inmediato, lo que le impide seguir administrando sus bienes, los cuales deben venderse para pagar a sus acreedores, y no conforme con ello, sigue obligado al pago de los adeudos no satisfechos con los bienes que adquiriera en el futuro. Como consecuencia de dicha concepción de la insolvencia, los procesos de concurso civil están exclusivamente dirigidos a la distribución de los bienes del deudor entre sus acreedores, sin tomar en cuenta las necesidades que tienen las personas físicas y sus familias. De esta manera, mientras que los procesos de insolvencia relacionados con comerciantes y sociedades mercantiles han tenido un cambio de enfoque radical, orientados a evitar la quiebra y el desmantelamiento del negocio, proporcionando diversos incentivos a las partes para llegar a acuerdos que puedan sacar adelante al deudor insolvente, los procesos de concurso civil no han sufrido cambio alguno, siguen enfocados exclusivamente al pago a los acreedores, carecen de incentivos para lograr acuerdos y dar una salida al deudor, y además, mantienen la obligación de pago del deudor después de la entrega de todos sus bienes a sus acreedores.

A una persona física no puede privársele de todos sus bienes ni de todo el fruto futuro de su trabajo por haber sido declarada en insolvencia, pues tiene diversas necesidades que satisfacer, las cuales no pueden ser ignoradas ni por el Estado ni por la sociedad. El permitir a las personas conservar una parte de su ingreso y proporcionarles herramientas para salir de la situación de sobreendeudamiento en que se encuentran, no solo constituye un incentivo para mantenerse productivos y seguir creando riqueza, de la cual pueden beneficiarse parcialmente los acreedores, sino que también evita el relegar a esas personas a un estado vulnerable. En el mismo sentido, no dar a las personas herramientas para superar una situación de insolvencia —sobre todo cuando ésta no deriva necesariamente de una actuación culposa o dolosa—, conlleva más perjuicios que beneficios, tanto para la sociedad como para el gobierno, porque la excluye de las actividades productivas, la relega de la sociedad, limita las posibilidades de desarrollo de los miembros de la familia porque puede obstaculizar la continuidad de sus estudios, la puede orillar a la informalidad, a vivir de apoyos sociales o, incluso, de actividades delictivas.

Lo anterior produce un efecto adverso al perseguido por la ley. En lugar de acudir a pagar sus adeudos, el deudor que no puede pagar se esconde, cambia de domicilio,

procura no ser encontrado. Dicha situación crea innumerables problemas para el deudor y las personas cercanas, pues se traduce en un cambio de vida que trasciende a los miembros de su familia. El “Reporte sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, elaborado por el Banco Mundial,⁶ reconoce que caer en una situación de sobreendeudamiento, además de los problemas económicos, ocasiona a los deudores y a sus familias estrés, ansiedad y reacciones negativas, tanto físicas como emocionales, que pueden derivar en enfermedades y problemas de salud, agravando su situación, lo cual afecta también a la sociedad, en general. El sector salud necesita destinar muchos recursos públicos, provenientes de nuestros impuestos, para atender los problemas de salud de la población, los cuales pueden derivar en un estado permanente de angustia y estrés. Asimismo, el que los deudores incursionen en la economía informal o en actividades ilícitas no solo reduce la base de contribuyentes, y en consecuencia, el monto de recursos públicos que se requieren para infraestructura y para la prestación de servicios a los gobernados, sino que también excluye a los deudores y a sus familias de ciertas prestaciones de seguridad social, e incrementa el problema de inseguridad.

La conclusión de que el concurso civil no constituye una buena herramienta para rehabilitar al deudor, no solo se deriva del análisis de su regulación, sino que se corrobora con su poca utilización. La Unidad de Transparencia del TSJCDMX emitió, el 31 de octubre de 2017, el oficio con número de folio 6000000201617, en el que reveló que en cinco años —entre 2012 y 2016— solo se iniciaron 98 juicios de concurso civil en los 75 juzgados de proceso civil que tuvo el TSJCDMX en ese lapso. Esto es, en promedio, apenas 1 juicio cada cinco años por juzgado en una ciudad que tiene cerca de 10 millones de habitantes.⁷ Esa cifra contrasta con las de otros países que han implementado sistemas modernos de insolvencia. En los Estados Unidos de América, solo en 2019 se iniciaron 751,166 procedimientos de insolvencia de consumidores a nivel nacional.⁸ En Canadá —con una población total mucho menor que la de México—, solo en 2019 se iniciaron 137,178 procedimientos de insolvencia de consumidores.⁹ La cifra contrasta incluso con las de países latinoamericanos que recientemente implementaron sistemas de insolvencia especiales para consumidores. También en 2019 se iniciaron en Chile

⁶ Banco Mundial, “Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”, *Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force*, 2014, pp. 25-27, disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WP0P120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁷ Según los resultados del Censo de población y vivienda 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en 2020 había 9'209,944 habitantes en la Ciudad de México, en INEGI, *Presentación de resultados. Censo de población y vivienda 2020*, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/cpv2020_pres_res_cdmx.pdf.

⁸ United States Courts, *Caseload Statistics Data Tables (Bankruptcy)*, Estados Unidos de América, 2019, disponible en: <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/caseload-statistics-data-tables?tn=&pn=All&t=534&m%5Bvalue%5D%5B-month%5D=&y%5Bvalue%5D%5B-year%5D=>

⁹ En 2019, la población total de Canadá era de aproximadamente 37'411,038 personas, *Population Pyramid, Canada: 2019*, disponible en: <https://www.populationpyramid.net/canada/2019/>. Respecto a los procedimientos de insolvencia, véase: Innovation, Science and Economic Development Canada, *Insolvency Statistics in Canada. December 2019*, disponible en: [https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/insolvency-monthly-2019-12-EN.pdf/\\$file/insolvency-monthly-2019-12-EN.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/insolvency-monthly-2019-12-EN.pdf/$file/insolvency-monthly-2019-12-EN.pdf).

1,315 procedimientos de renegociación —sin tomar en cuenta las 4,734 quiebras de consumidores que tuvieron lugar en el mismo año—, y en Colombia, en poco más de tres años, se iniciaron 4,000 procedimientos de renegociación.¹⁰

Mientras que eso sucede en otras latitudes, en el TSJCDMX los juicios de concurso civil representan solo el 0.01% del total de expedientes ingresados.¹¹ Este mismo organismo reportó 726,933 expedientes ingresados entre 2012 y 2016,¹² de los cuales solo 98 fueron juicios de concurso civil. Sin embargo, eso no es todo; una investigación empírica realizada en el TSJCDMX, entre 2017 y 2018, arrojó que de la muestra de expedientes de concurso civil revisada, la mitad de las solicitudes de concurso civil no fueron admitidas, lo que reduce todavía más el número de procesos a los que se les dio trámite. Además, ninguno de los expedientes de concurso civil que fueron revisados terminó con un convenio concursal.¹³

Esto es indicativo de que la regulación vigente de los juicios de concurso civil carece de incentivos para que los deudores y los acreedores puedan llevar el proceso a una conclusión exitosa, por lo que no es una herramienta que sea útil a los deudores para resolver sus problemas de sobre endeudamiento, ni tampoco a los acreedores para lograr el cobro de sus créditos.

¹⁰ Colombia aprobó la ley 1564 en 2012, pero se empezó a utilizar hasta 2013. Chile publicó la ley 20.720 en 2014. Los 4,000 procedimientos de Colombia se iniciaron entre el 1 de enero de 2016 y el 18 de febrero de 2019. La información de Colombia se obtuvo de correspondencia con la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia, entre el 10 de mayo de 2017 y el 4 de junio de 2019. La información de Chile está disponible en la página de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, *Ley 20.720*, disponible en: <https://www.superir.gob.cl/ley-n-20-720/>.

¹¹ Es el resultado de multiplicar 98 por 100 y dividir el resultado entre el número total de expedientes que ingresaron a los juzgados civiles de proceso escrito en ese lapso (726,933).

¹² PICDMX, *Anuario Estadístico e Indicadores de Derechos Humanos 2019*, México, Estadística TSJCDMX, 2019, p. 133, disponible en: https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/anuario_2019-2/.

¹³ La investigación empírica partió de la consulta realizada, vía transparencia, al TSJCDMX sobre el número de juicios de concurso civil promovidos en la Ciudad de México entre 2012 y 2016, cuya respuesta derivó en el oficio de la Unidad de Transparencia del TSJCDMX con número de folio 6000000201617, que indicó que en ese lapso los juzgados civiles de proceso escrito habían reportado 98 juicios de concurso civil en su conjunto. El oficio también señaló el número de procesos de concurso civil reportado por cada uno de los 75 juzgados que existían en ese momento. Se seleccionaron 10 juzgados que en su conjunto reportaron 51 de los 98 juicios de concurso civil. Se solicitó vía transparencia la consulta de los libros de gobierno de los juzgados seleccionados. La revisión de los libros de gobierno de los juzgados seleccionados permitió identificar 25 expedientes de concurso civil. Los otros 26 juicios reportados no aparecieron registrados en los libros de gobierno. El personal judicial manifestó que podrían haber sido errores en los reportes que en su momento enviaron a la Dirección de Estadística de la Presidencia del TSJCDMX. Se solicitó vía transparencia una versión pública de los 25 expedientes encontrados, pero solo se recibieron 10, porque 13 expedientes ya habían sido destruidos y el resto estaban *sub judice*, por lo que el juez del conocimiento reservó la información. Los expedientes destruidos correspondían a solicitudes de concurso civil que no fueron admitidas, según se indicó en los oficios con número de folio 6000000029418, 6000000080618, 6000000060518, 6000000098418, 6000000098518, 6000000052718, 6000000018418, 6000000014419, 6000000060718, 6000000079818, 6000000080418, 6000000080318 y 6000000080518, emitidos por la Unidad de Transparencia del TSJCDMX. La lectura de los 10 expedientes de concurso civil revisados arrojó que ninguno de ellos se dio por terminado por un convenio concursal entre el deudor y todos sus acreedores. El detalle y pormenores de la investigación empírica serán publicados en el libro “La Insolvencia de las Personas Físicas en México” de la editorial Tirant Lo Blanch.

2. La tendencia moderna en los procesos de insolvencia de personas físicas

El “Reporte sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”¹⁴ analiza los sistemas de insolvencia implementados en diversos países y comenta los aspectos que han resultado más eficaces. El estudio partió de una encuesta realizada en enero de 2011, aplicada en 58 países,¹⁵ la cual reveló que la gran mayoría de los países desarrollados han implementado procesos de insolvencia para deudores personas físicas, con la finalidad de ayudarles a su rehabilitación. La encuesta se realizó en 25 países desarrollados¹⁶ y en 33 países en vías de desarrollo.¹⁷ Los resultados mostraron que en 20 de los 25 países desarrollados se contemplaban procedimientos de reestructuración de adeudos para personas físicas no comerciantes, mientras que solo en 16 de los 33 países en vías de desarrollo existía esa posibilidad. Finalmente, 22 de los 25 países desarrollados preveían la posibilidad de descargar o exonerar al deudor de su sobreendeudamiento, en contraposición con solo 17 de los 33 países en vías de desarrollo.

Los procesos de insolvencia para personas físicas comparten algunos de los objetivos y ventajas de los procesos para comerciantes. Ambos son *procesos universales y coactivos* a los que deben comparecer todos los acreedores, para así evitar que unos cuantos se adelanten, dismantelen la empresa del comerciante y se beneficien en perjuicio de los demás: *a)* proporcionan ahorros a las partes al seguir un solo juicio en lugar de incurrir en gastos en diversos juicios individuales; *b)* dan lugar a una distribución más equitativa de los bienes y mayores posibilidades de obtener un pago; *c)* buscan maximizar el valor de los bienes que integran la masa del insolvente, en lugar de su desintegración; *d)* fomentan prácticas más responsables en el otorgamiento del crédito al transferirles el riesgo de no pago a los acreedores; *e)* específicamente en el caso de los deudores personas físicas, buscan su rehabilitación, permitiéndoles conservar la parte de sus ingresos que sea necesaria para satisfacer sus necesidades, lo cual constituye un incentivo para reintegrarse o permanecer en la actividad económica, y seguir generando riqueza que será compartida parcialmente con los acreedores.¹⁸

¹⁴ Banco Mundial, *op. cit.*

¹⁵ Rouillon, Adolfo, “The Need for the Development of Insolvency Regimes for Natural Persons and the Link to Credit Expansion and Financial Stability”, en Banco Mundial, *The World Bank Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force Meetings. Best Practices in the Insolvency of Natural Persons*, Washington D.C., The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 11 de enero de 2011, disponible en: <https://www.iitglobal.org/sites/default/files/bestpracticesintheinsolvencyofnaturalpersons.pdf>. Rouillon, Adolfo, *Survey on Consumer Insolvency*, presentación en la reunión del *World Bank Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force*, Washington DC, 10 y 11 de enero de 2011.

¹⁶ Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Croacia, Dinamarca, Inglaterra y Gales, Finlandia, Francia, Alemania, Holanda, Hong Kong, Hungría, Italia, Japón, Bailía de Jersey, Corea, Letonia, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Eslovenia, España, Suecia, Estados Unidos de América.

¹⁷ Argentina, Brasil, Burkina Faso, Chile, China, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Guatemala, Haití, Honduras, India, Kazajistán, Kirguistán, Jamaica, República de Mauricio, México, Nepal, Nicaragua, Paraguay, Perú, Filipinas, Rumania, Rusia, Serbia, Sudáfrica, Túnez, Uganda, Uruguay, Venezuela.

¹⁸ Banco Mundial, “Report on the Treatment...”, *cit.*, pp. 19-40. Asimismo: CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Naciones Unidas, 2004, partes Primera y Segunda, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativguides/insolvency_law. Véase también: Banco Mundial, *Principios y líneas rectoras para sis-*

De conformidad con el “Reporte sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, la mayoría de los países encuestados que regulan un proceso de insolvencia para personas físicas no comerciantes se inclinan por extinguir el derecho de los acreedores para exigir el pago de sus créditos, si el deudor da cumplimiento a un plan de pagos, cuyo plazo máximo no debe exceder de cinco años. El objetivo del plan de pagos no es que el deudor cumpla con el cien por ciento de las obligaciones asumidas, puesto que por regla general, el deudor no tiene ni ingresos ni bienes suficientes para cumplir cuando es declarado insolvente, sino más bien fomentar la responsabilidad en el deudor. La experiencia indica que el plan de pagos debe ser a corto plazo, incluso el Banco Mundial señala que los países con índices más exitosos en el cumplimiento del plan de pagos lo regulan a un plazo máximo de tres años. Esto es así, porque mientras el deudor está sujeto al plan de pagos, conserva solo los montos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, y el excedente debe entregarlo a sus acreedores; de manera que si el plan de pagos se prolonga en el tiempo, son mayores las posibilidades que existen de un incumplimiento.¹⁹

La extinción del derecho de los acreedores a exigir el saldo insoluto de sus créditos se traduce en un incentivo importante para que los deudores insolventes busquen una fuente de ingresos y sigan siendo productivos, en lugar de esconderse, refugiarse en la informalidad o incurrir en actividades ilícitas. Además, un procedimiento que permita la renegociación de los adeudos y el establecimiento de un plan de pagos puede aliviar la saturación de los tribunales de asuntos incobrables y de sentencias inejecutables.

A partir de la crisis de 2008 —que derivó de la bursatilización de créditos hipotecarios en los Estados Unidos de América—, la Comisión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo reconocieron que las recesiones derivadas de deuda por consumo conllevan una lenta recuperación de la economía, por lo que recomendaron a los países europeos que introdujeran o ajustaran sus procedimientos de insolvencia para personas físicas, y que de este modo les permitieran una recuperación.²⁰ A continuación, se transcribe una tabla que relaciona todos los países de Europa que hasta el 2017 han implementado un procedimiento de insolvencia para personas físicas, con la posibilidad de exonerar al deudor de sus adeudos, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos:

temas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, abril 2001, disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/123531468159317507/pdf/481650WP02001110Box338887B01PUBLIC1.pdf>.

¹⁹ Banco Mundial, “Report on the Treatment...”, *cit.*, p. 88.

²⁰ Ramsay, Iain, *Personal Insolvency in the 21st. Century. A Comparative Analysis of the US and Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 6-10.

<i>País</i>	<i>Año en que se introdujo procedimiento / Reformas</i>
Dinamarca	1984, 2000, 2005, 2010
Escocia	1985, 1993, 2002, 2007, 2010, 2014
Irlanda	1988, 2012, 2015
Francia	1989, 1995, 1998, 2003, 2010, 2014
Finlandia	1992, 2015
Noruega	1992
Austria	1993
Alemania	1994 (1999), 2001, 2013
Suecia	1994, 2007, 2011
Bélgica	1997, 2005, 2009
Holanda	1998, 2007, 2008
Luxemburgo	2000, 2013
Estonia	2003, 2010
Portugal	2004, 2012
Eslovenia	2007, 2015
República Checa	2006, 2008
Letonia	2007, 2009, 2010, 2013
Polonia	2009, 2014
Grecia	2010, 2013, 2015
Italia	2012
España	2013, 2015
Lituania	2013
Chipre	2015
Hungría	2015
Rumania	2015
Rusia:	2015

FUENTE: Ramsay, Iain, *Personal Insolvency in the 21st Century, A Comparative Analysis of the US and Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 3-4.

Como se puede advertir, en 2017 ya 26 países europeos habían reformado sus procesos de insolvencia de personas físicas para permitir la renegociación de los adeudos y la elaboración de un plan de pagos, con la finalidad de que los acreedores pudieran pagarse parcialmente de los ingresos futuros del deudor, en lugar de tomar todos sus bienes presentes en el entendido de que, una vez cumplido el plan de pagos y sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, podría exonerarse al deudor de algunos de los saldos no pagados.

En varios países, sobre todo de tradición civilista, se argumenta que perdonarle al deudor una parte de sus adeudos se traducirá en inhibir el crédito al consumo, en fomentar la irresponsabilidad y en un alza en las tasas de interés. Al margen de que el deudor que se someta al procedimiento pueda encontrarse después con mayor dificultad para tener acceso al crédito o con tasas de interés más altas, lo cierto es que los procesos de insolvencia y la exoneración parcial de adeudos solo fuerzan a los acreedores a reconocer una realidad: que el deudor no tiene bienes ni ingresos suficientes para cumplir con todas las obligaciones asumidas, lo cual no se debe al proceso de insolvencia, ni es resultado del mismo, sino que es una realidad anterior al proceso.²¹ Si no se le da al deudor la oportunidad de una rehabilitación, su situación económica agravará y se verá obligado a ocultarse o a refugiarse en la informalidad, dejando de ser productivo. Esto deja a los acreedores en una peor situación, porque si no pueden localizar a su deudor, no podrán recuperar ninguna parte de su crédito; mientras que si la exoneración parcial se sujeta al cumplimiento de un plan de pagos, recuperarán al menos una parte de su crédito.

Por ello, lo que se requiere es un procedimiento que permita a los deudores renegociar sus adeudos, y que les dé una tregua en la generación de intereses y en el ejercicio de las acciones de ejecución en contra de sus bienes. El objetivo del proceso debe ser la aprobación de un plan de pagos al que el deudor aporte solo una parte de sus ingresos futuros, permitiéndole retener otra parte para que siga siendo productivo, en lugar de esconderse, cambiarse de domicilio, o hacer todo lo posible por no ser encontrado. El cumplimiento del plan de pagos aprobado debe reflejarse en el reporte de crédito del deudor, emitido por las sociedades de información crediticia, y acompañarse de una mejor calificación crediticia de la que corresponde a quienes no acuerdan un plan de pagos.

Un estudio empírico realizado por el Instituto Europeo de Gobierno Corporativo (*European Corporate Governance Institute*) entre 1990 y 2005,²² respecto de 15 países —Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Reino Unido y Suecia—, demostró que en la medida en que las personas físicas insolventes acceden más rápido a la exoneración de adeudos, aumentan los índices de productividad, auto-empleo, innovación y emprendimiento, y se logra una más rápida reincorporación a la economía. Pretender que el deudor siga obligado y entregue a sus acreedores todos los bienes futuros que

²¹ Banco Mundial, “Report on the Treatment...”, *cit.*

²² Armour, John y Cumming, Douglas J., “Bankruptcy Law and Entrepreneurship”, *European Corporate Governance Institute, American Law and Economics Review*, núm. 2, vol. 10, 2008, pp. 303-350, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1318088>.

adquiera, solo produce consecuencias negativas y los objetivos contrarios al pago y recuperación de los adeudos.

3. Las consecuencias económicas que deja el covid-19 y la conveniencia de adecuar el concurso civil a la realidad moderna

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al COVID-19 una pandemia. El 18 de marzo siguiente, tuvo lugar la primera muerte registrada en México a causa de esta enfermedad. El 23 de marzo se ordenó el cierre de escuelas y la restricción de la movilidad de grupos vulnerables. El 30 de marzo de ese mismo año, se declaró la emergencia sanitaria, y al día siguiente se publicó un acuerdo en el *Diario Oficial de la Federación*, que ordenaba la suspensión inmediata de las actividades no esenciales, se impusieron ciertas restricciones a la continuación de las actividades consideradas esenciales y se exhortó al resguardo domiciliario.²³

Dichas medidas se han extendido por lo menos hasta el mes de julio de 2020, en que se escribe este artículo, y aunque se ha iniciado la reapertura de establecimientos de manera progresiva, las estadísticas muestran que el COVID -19 sigue en su apogeo en la Ciudad de México, y en general, en el país. Los números de contagios y de muertos no han disminuido. No se tiene la certeza de si estamos ya en el pico de la pandemia o de si los números seguirán incrementando en el país. Tampoco se sabe en qué momento el número de contagios y de muertos empezarán a disminuir. Lo que sí se sabe es que, además de los riesgos en la salud para la población, la pandemia está dejando muchos problemas económicos que apenas empiezan.

Conforme a las Encuestas Telefónicas de Ocupación y Empleo realizadas por el INEGI entre el 15 y 30 de abril, y el 15 y 29 de mayo de 2020,²⁴ el porcentaje de personas de quince años o más, económicamente activas, disminuyó en el mes de abril a un 12.3% respecto del mes de marzo del mismo año, y la población ocupada disminuyó 12.5 millones en el mismo período. En consecuencia, la población no económicamente activa disponible para trabajar incrementó de 5.9 millones en marzo, a 20 millones en abril de 2020, lo cual significa que tuvo un incremento de 14.1 millones de marzo a abril de este año. De las 20 millones de personas disponibles para trabajar en abril, 11.3 millones dejaron de hacerlo debido a la suspensión temporal de su ocupación, sin recibir pago alguno. Solo en el mes de marzo de 2020, 9.1 millones de personas perdieron su empleo, renunciaron a él o cerraron su negocio, por lo que la cifra se incrementó en 3.5 millones más en abril, y en 1.2 millones en mayo.²⁵

²³ Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2020.

²⁴ INEGI, *Encuesta Telefónica de Ocupación y Empleo (ETOE) 2020*, México, INEGI, 1 de junio de 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/investigacion/etoe/>.

²⁵ INEGI, *Encuesta Telefónica...*, cit.

Adicionalmente, 5.1 millones de personas estaban subocupadas en marzo de 2020, pero la cifra subió en 5.9 millones más en abril, dando un total de 11 millones de personas subocupadas, cifra que volvió a incrementar en 13 millones en el mes de mayo.²⁶ Las personas subocupadas son quienes tienen una necesidad y disponibilidad mayor para trabajar de la que les demanda su ocupación. Por lo tanto, la tasa de desocupación en abril fue de 25.4%, y en mayo ascendió a 29.9%. Asimismo, las personas con un vínculo laboral que estuvieron ausentes de su trabajo se incrementaron en 8.5 millones en el mes de abril, de los cuales 5.6 millones fueron suspendidos temporalmente de su trabajo y 2.6 millones dejaron de trabajar.²⁷ Los resultados de la encuesta también revelan que el número de personas que trabajaba por cuenta propia, bajó de 12 millones en marzo, a 7.7 millones de personas en abril, y volvió a subir a 8.3 millones en mayo; también, que 6 millones de personas que trabajaban en el sector informal en el mes de marzo, perdieron su ocupación en el mes de abril; mientras que el porcentaje de personas empleadas ausentes temporales se incrementó sustancialmente de marzo a abril, también se incrementó el porcentaje de personas con ocupación de 15 a 34 horas, y disminuyó de 46.3% a 30.5% el porcentaje de personas que estaban ocupadas de 35 a 48 horas, y de 28.5% a 17.8% el porcentaje de personas ocupadas más de 48 horas, lo que demuestra el aumento en la subocupación, y la pauperización de los empleos. En el mismo sentido, de marzo a abril de 2020 aumentaron de 22% a 25.8% las personas que ganan hasta un salario mínimo. En el mes de mayo, aumentó en aproximadamente un 2% el número de personas ocupadas en el sector informal y en empleos de 35 a 48 horas.²⁸

Sin embargo, eso no es todo. Diariamente se ven noticias que dan cuenta de la baja en el consumo, en la inversión y en la actividad económica. El consumo privado en el mercado interior se redujo en un 28.93% en el mes de abril, la inversión fija bruta se redujo en un 19.73%, y el índice global de actividad económica, un 17.30% en el mismo período. Las exportaciones bajaron en el mes de abril un 37.65%, las importaciones un 21.85%, y las remesas un 26.69%, mientras que en el mes de mayo, la baja en las exportaciones fue de 20.60%, en las importaciones de 18.39%, y las remesas subieron un 7.79%. La industria automotriz se ha visto gravemente afectada: las ventas de autos se redujeron en 25.5% en el mes de marzo, en 64.5% en el mes de abril, y en 59% en el mes de mayo. La producción de automóviles también se ha visto severamente afectada: se redujo en un 24.6% en el mes de marzo, en un 98.8% en el mes de abril y en un 93.7% en el mes de mayo. La exportación de vehículos se cayó en 90.2% en el mes de abril y en 95.1% en el mes de mayo.²⁹ Casi una tercera parte de los deudores hipo-

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Reforma, "El contagio del Covid-19 a la economía mexicana", *Periódico Reforma*, México, 9 de julio de 2019, disponible en: https://www.reforma.com/el-contagio-del-covid-19-a-la-economia-mexicana/gr/ar1978709?md5=c5162803a-fa787c4e3112917b31a1b0a&ta=0dfbbac11765226904c16cb9ad1b2efe&utm_source=elemento_web&utm_medium=email&utm_campaign=promocion_suscriptor.

tecarios han hecho uso de la facultad de diferir el pago de sus créditos, y 7 millones de personas y de empresas han diferido el pago de sus diferentes tipos de créditos.³⁰

Todo esto tiene repercusiones en todos los niveles de las cadenas productivas, y afecta en forma directa o indirecta a un gran número de personas, sean comerciantes o no. Afectan tanto al comerciante como a sus empleados, así como a sus prestadores de servicios y a las personas que a su vez tienen relaciones con éstos. Por ello, es necesario contar con un mecanismo que provea a las partes de las condiciones necesarias para renegociar sus contratos y las obligaciones que hayan asumido.

Durante estos meses, se han escuchado múltiples propuestas y plataformas diseñadas para apoyar a las personas a renegociar sus contratos. Todo ello es válido y útil, sin embargo, la negociación, e incluso la mediación y la conciliación, requieren de la voluntad de todas las partes involucradas. Si una de las partes no quiere renegociar, o no está dispuesta a hacer concesiones, no puede obligársele a que lo haga. La contraparte quedará en libertad de demandarla y de argüir un caso fortuito, la teoría de la imprevisión, condiciones imprevisibles e inequitativas, usura, y muchas otras cosas más, cuya aplicación a los efectos que está dejando esta pandemia puede ser discutible.

Lo que se necesita es un mecanismo que cuente con los suficientes incentivos para conducir a las partes a una renegociación de las obligaciones. Precisamente esa es la función de los procesos de insolvencia; han dejado de ser procesos dirigidos a la quiebra del deudor, para pasar a ser procesos con incentivos para la renegociación de las obligaciones. El objetivo es lograr un balance entre los intereses del deudor y de sus acreedores. Un procedimiento solamente dirigido a proteger los intereses del deudor carece de incentivos para los acreedores, y viceversa. El procedimiento debe ser coactivo para que obligue a las partes a sentarse a negociar; debe suspender temporalmente la generación de intereses y los procedimientos de ejecución en contra de los bienes del deudor, para crear condiciones de equidad entre los diversos acreedores y buscar preservar el patrimonio del deudor en beneficio de unos cuantos;³¹ debe también dirigirse a la aprobación de un plan de pagos. El objetivo es que el deudor pague lo más posible, sin detrimento de la satisfacción de sus necesidades y las de sus dependientes económicos. La creatividad en la construcción de los acuerdos puede provenir de un tercero imparcial que auxilie a las partes durante el procedimiento.³²

³⁰ Reforma, "Difieren 48,000 hipotecas", *Periódico Reforma*, México, 8 de julio de 2020, disponible en: <https://www.reforma.com/difieren-48-mil-el-pago-de-creditos-hipotecarios/ar1982730>, *Periódico Reforma*, "Tiene precio diferir créditos," 3 de julio de 2020, disponible en: <https://busquedas.gruporeforma.com/reforma/BusquedasComs.aspx>, *Periódico Reforma*, "Apoyan a 7 millones para diferir créditos," 29 de junio de 2020, disponible en: <https://busquedas.gruporeforma.com/reforma/BusquedasComs.aspx>.

³¹ CNUDMI, *Guía Legislativa...*, cit.

³² Banco Mundial, "Report on the Treatment...", cit., 19-40.

III. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONCURSO CIVIL

La propuesta que se hace a continuación, parte de las características principales de los sistemas de insolvencia modernos, que tienen como objetivo la renegociación de los adeudos y, en el caso de personas físicas, la rehabilitación del deudor. La propuesta se complementa con algunas de las conclusiones obtenidas en la investigación empírica sobre concursos civiles, realizada en el TSJCDMX,³³ y finaliza con comentarios a la iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, presentada ante la Cámara de Diputados a principios del mes de junio de 2020 por diputadas del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional.

1. Un proceso judicial asistido de un conciliador

Se propone que se trate de un proceso judicial asistido de un conciliador, porque el juez es el único que puede imponer un plan de pagos y ordenar el descargo de las obligaciones del deudor, así como la extinción del derecho de los acreedores a cobrar los saldos no pagados, una vez cumplido el plan de pagos; además, es también el único que puede ordenar el aseguramiento y la venta de los bienes susceptibles de embargo del deudor, para repartir el producto de su venta entre sus acreedores. Por ello, incluso en los sistemas de insolvencia en los que se ha optado por la mediación y la conciliación, en caso de no llegar a un acuerdo, se remite al deudor para la quiebra al juez competente.³⁴ Además, conforme a la regulación vigente en México, el juez es el único que tiene la facultad de obligar a las partes a comparecer, de imponerles decisiones y de dar fuerza vinculatoria a los acuerdos o decisiones que se tomen durante el proceso.

Lo idóneo es que el juez se auxilie de un conciliador certificado por el Centro de Justicia Alternativa (CJA) del TSJCDMX. El CJA certifica mediadores públicos y privados; sin embargo, el mediador debe de ser neutral, debe abstenerse de hacer propuestas, emitir opiniones o influir en los mediados. La solución debe provenir de las partes.³⁵ Dado que muchos deudores no tienen los conocimientos financieros, ni la experiencia suficiente para ellos mismos encargarse de las negociaciones con sus acreedores, se considera que lo idóneo es que un conciliador auxilie a las partes en las negociaciones. El conciliador tiene más facultades que el mediador, es un tercero imparcial que sí puede asesorar a ambas partes, y puede hacer propuestas de solución.³⁶ La Ley Orgánica del Poder Judicial para la Ciudad de México, que entró en vigor en julio de 2019, contempla

³³ Información citada anteriormente.

³⁴ Ley 1564 de 2012, artículo 563 (Colombia).

³⁵ Artículos 2, 4, 8, 21, y 32 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

³⁶ Banco Mundial, "Three New Guides on Commercial Mediation: Good for Debt Resolution, Good for Governance", *Mediation Series. Mediation Essentials*, 21 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/11/21/three-new-guides-on-commercial-mediation>, pp. 6-19.

a los conciliadores.³⁷ Si el CJA empieza a capacitar y a certificar conciliadores, la participación de conciliadores públicos podría ser gratuita, lo que reduciría sustancialmente el costo del procedimiento. También podrían certificarse conciliadores privados, en cuyo caso, podría establecerse algún límite al cobro de honorarios en función del patrimonio del deudor.

El conciliador debe estar capacitado en mediación y en conciliación, debe tener los conocimientos necesarios para hacer una evaluación de la situación del deudor y así determinar su capacidad de pago, e idealmente, experiencia en la negociación de créditos. El conciliador debe tener a su cargo la elaboración de las listas para el reconocimiento y rectificación de créditos, y su función principal debe ser auxiliar a las partes para alcanzar un acuerdo, o en su defecto, elaborar un plan de pagos susceptible de cumplimiento que el juez apruebe.

El proceso que se sugiere tiene por objetivo la renegociación de los créditos, contenida en un plan de pagos que aprueben el deudor y sus acreedores, que representen más del 50% de su pasivo total. El plan de pagos debe prever que se le permita al deudor persona física retener la parte de sus ingresos que sea imprescindible para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes económicos, que todo el excedente de sus ingresos se destine al pago a sus acreedores y, atendiendo al caso particular, podrá prever que algunos de los bienes susceptibles de embargo del deudor se destinen también al pago para los acreedores. Si las partes no aprueban voluntariamente un plan de pagos acorde con la capacidad de pago del deudor, el juez podrá imponerlo. El plan de pagos no debe exceder de cinco años, salvo en el caso de créditos garantizados con una garantía real o con un fideicomiso de garantía. El juez podrá ordenar la extinción del derecho de los acreedores para exigir legalmente el saldo insoluto de los adeudos que excedan a lo establecido en el plan de pagos, si el deudor cumplió con éste. Si durante el proceso se determina que el deudor no tiene bienes ni ingresos susceptibles de embargo, pero tampoco una posibilidad real de obtenerlos, el juez podrá resolver con la debida motivación sobre el descargo de las obligaciones del deudor y sobre la extinción del derecho de los acreedores a exigir legalmente el pago.

Se sugiere que se regule una acción revocatoria que permita a los acreedores aportar pruebas, en caso de que el deudor proporcione información falsa, inexacta u omite información, oculte sus bienes o ingresos, celebre actos jurídicos que disminuyan su patrimonio sin causa justificada o realice algún acto en fraude de acreedores, celebre actos jurídicos a título gratuito sin una contraprestación a valor de mercado, o transmita sus bienes a personas relacionadas durante el procedimiento o en los dos años anteriores a su inicio, salvo prueba en contrario, en cuyo caso, no podrá ser exonerado del saldo insoluto de sus adeudos al culminar con el plan de pagos, o si ya el juez ordenó la extinción del derecho de los acreedores, esa orden debe ser revocada y deben reestablecerse los derechos de los acreedores, anteriores al plan de pagos.

³⁷ Artículos 8, 27, 79, 84, 111, 205, 206, 207, 277 y 353.

2. Proceso accesible a personas físicas y morales no comerciantes

Por la división competencial que establece nuestra Constitución,³⁸ las personas físicas y morales que sean comerciantes deben sujetarse al juicio de concurso mercantil federal establecido en la Ley de Concursos Mercantiles, y las personas físicas y morales que no sean comerciantes, deben someterse al juicio de concurso civil que a la fecha está regulado en los códigos de procedimientos civiles locales. Por lo tanto, el juicio de concurso civil es aplicable tanto a personas físicas como a personas morales no comerciantes. De ahí que la propuesta sea que el procedimiento que se regule sea extensivo también para personas morales que se rigen por la ley civil, con algunas modificaciones.

La rehabilitación del deudor, que requiere que se le permita retener una parte de sus ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes económicos, así como la extinción de los saldos insolutos de los adeudos no comprendidos en el plan de pagos, son características del procedimiento solamente aplicables a personas físicas. Las personas morales no tienen necesidades básicas, por lo que, cuando el deudor es una persona moral, no es necesario que retenga ingresos futuros. Por ello, se propone que si la persona moral no puede llegar a un acuerdo con sus acreedores para un plan de pagos que sea satisfactorio para los acreedores, que representen más del cincuenta por ciento del pasivo —sin que ese plan de pagos deba tener un límite de duración—, entonces, se procederá a declararla en quiebra. La consecuencia de la quiebra será distribuir todos los bienes y derechos de la persona moral entre sus acreedores. Si hubiere algún excedente, se entrega a los socios, y acto seguido, el juez liquida a la persona moral insolvente. Los socios ilimitadamente responsables de las obligaciones asumidas por personas morales que soliciten su concurso civil, deben poder solicitarlo en forma conjunta con la sociedad.

Por otra parte, para determinar si una persona física debe someterse al juicio de concurso civil o al concurso mercantil, se sugiere añadir una norma que señale que el deudor persona física, cuyos ingresos por actos de comercio no sean superiores al cincuenta por ciento de sus ingresos totales durante el año fiscal anterior a la fecha en que presente su solicitud, se considera no comerciante, y por lo tanto, puede someterse al procedimiento civil. Esto es importante cuando las personas físicas perciben ingresos por diversos conceptos, algunos de los cuales puedan considerarse comerciales. Este tipo de situaciones se han presentado frecuentemente en Colombia y en Chile, y la falta de una regla que determine de forma clara si la persona debe considerarse comerciante o no, ha ocasionado que sus acreedores impugnen su solicitud de concurso civil por tener ingresos por

³⁸ La fracción x del artículo 73 de la Constitución Federal le concede al Congreso de la Unión facultad para legislar en toda la República sobre comercio, y por su parte, el artículo 24 de la Constitución Federal establece que las facultades que no estén expresamente concedidas a la federación, se entienden reservadas a las entidades federativas. En consecuencia, la materia mercantil es federal, mientras que la materia civil se entiende que es facultad de las entidades federativas. No obstante lo anterior, el 15 de septiembre de 2017 se reformó el artículo 73 de la Constitución Federal para conceder al Congreso de la Unión, en la fracción xxx, facultad para emitir una legislación “única” en materia procesal civil y familiar, lo que se traduce en que la materia procesal civil ha dejado de ser facultad de las entidades federativas. Legislación procesal única que a la fecha en que se escribe este artículo, no ha sido emitida.

concepto de comercio, y que se haga lo mismo cuando se somete a un proceso mercantil por tener ingresos por otro concepto, lo que le impide obtener la protección que le da el procedimiento para detener la generación de intereses y crear las condiciones para la renegociación de sus adeudos.³⁹

3. Un solo auxiliar del juez en todo el proceso

En el proceso colombiano de insolvencia para personas físicas no comerciantes, si el deudor no llega a un acuerdo con sus acreedores, se remite el asunto al juez para que lo declare en quiebra, y se designa a un síndico para que se encargue de la quiebra en sustitución del conciliador que se encargó de la primera etapa del proceso, consistente en la renegociación de los adeudos.⁴⁰ Sin embargo, en los casos de deudores que no tienen recursos suficientes para pagar los gastos del procedimiento, se ha presentado el problema de que quienes se designan como síndicos no aceptan el cargo por la falta de pago de honorarios, y ello ocasiona que los procesos de quiebra se archiven por falta de objeto, sin lograr su objetivo.⁴¹ Por esta razón, conviene la participación de un solo especialista a lo largo de todo el proceso, para evitar el pago de 2 especialistas. El conciliador puede hacerse cargo de llevar a cabo el procedimiento de reconocimiento de créditos, de procurar acuerdos en la renegociación entre el deudor y sus acreedores, y en caso de que no se llegue a un acuerdo, incluso de hacer el proyecto de distribución de los bienes, y en su caso, de realizar la subasta o entrega de los bienes. Si este especialista ha estado familiarizado desde un inicio con los recursos de que pueden disponer los deudores y con los créditos pendientes de pago, no tiene sentido involucrar a una tercera persona que también requiere de un pago de honorarios.

No obstante, la quiebra en nuestro derecho tradicionalmente ocasiona que el deudor pierda su capacidad de ejercicio y que el síndico asuma la posesión y administración de los bienes, funciones que no corresponden a un conciliador, sino a una persona que sea experta en la administración de bienes ajenos. Sin embargo, se considera que la mayoría de los procedimientos de renegociación de adeudos de personas físicas y de personas morales civiles que soliciten su concurso involucrarán pocos bienes y obligaciones. Por lo tanto, se estima que en la mayoría de los casos podrá el mismo conciliador hacer un proyecto de repartición de los bienes o las mismas partes se podrán poner de acuerdo, y en el peor de los casos, el mismo conciliador podrá proponer la forma más sencilla

³⁹ Nieto, Luis Álvaro, *Insolvencia (negociación de deudas) de persona natural no comerciante. ¿Mito o realidad?*, Colombia, 2016, p. 3, disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/16773/227083/file>. Asimismo: oficio 115-0025932-DMA-2100 de 14 de octubre de 2015 emitido por el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Oficio Superior 2830, fechado 14 de marzo de 2018, dirigido a Rosa María Rojas Vértiz Contreras, emitido en Santiago de Chile por el Jefe del Departamento Jurídico de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, y recibido vía correo electrónico el 14 de marzo de 2018, p. 1.

⁴⁰ Congreso de la República (Colombia), “Ley 1564 de 2012 [Artículo 564]”, *op. cit.*

⁴¹ Nieto, Luis Álvaro, *op. cit.*, pp.10-13. Datos estadísticos y correspondencia proporcionada por la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, específicamente de los días 10, 12 de mayo y 1 de noviembre de 2017, 31 de enero y 1 de febrero de 2018, 6 de mayo y 3 de junio de 2019, en resguardo con la autora.

y menos costosa de vender los bienes, con aprobación del juez, previa opinión de los acreedores, sin que sea necesaria la intervención de un síndico. Por ello, incluso en caso de que se llegara a declarar la quiebra de la persona moral deudora, se propone que sea el mismo conciliador quien se designe síndico y se encargue de la distribución de los recursos, en el entendido de que la persona moral deudora mantendrá, tanto la posesión como la administración de sus bienes, y solo en caso de que las partes así lo decidan y acuerden pagar los honorarios del conciliador o de quien se designe como síndico, éste asuma la posesión y administración de los bienes. Debe tenerse presente que si se declara la quiebra de la persona moral deudora, ésta no podrá asumir nuevas obligaciones, y solo mantendrá su operación durante el tiempo en que se realice la venta y liquidación de la sociedad.

Por otra parte, dado que el objetivo perseguido es una conciliación para renegociar los adeudos y aprobar un plan de pagos con base en ingresos futuros, no es conveniente la acumulación de otros juicios al de concurso civil, pues eso complicaría la función del conciliador-síndico e incrementaría los costos del procedimiento, al tener que estar pagando abogados para que el síndico intervenga en los juicios. Al igual que sucede en la Ley de Concursos Mercantiles, se sugiere que los otros juicios sigan su curso y que en el juicio de concurso civil se hagan reservas para el pago de los adeudos derivados de esos otros juicios, en caso de que terminen con una sentencia condenatoria al deudor.

4. Algunos requisitos especiales para el procedimiento

a) Admisión

Se propone que la solicitud de insolvencia se presente en un formato pre-aprobado que se pueda descargar de la página de internet del TSJCDMX, al que el deudor adjunte los comprobantes que tenga en su posesión, y que el juez deba admitir el formato-solicitud en la medida en que el deudor haya proporcionado toda la información requerida en el formato. Se pretenden eliminar pretextos para desechar las solicitudes. En la revisión de versiones públicas de expedientes de concurso civil, realizada en el TSJCDMX entre 2017 y 2018, se advirtió que uno de los principales motivos por los cuales los jueces desecharon el concurso voluntario es porque el deudor no adjunta un *balance y un estado de resultados* o un *estado de activo y pasivo*, cuando es un hecho notorio que las personas físicas no comerciantes no llevan un balance y un estado de activo y pasivo con los requisitos aplicables a los comerciantes.⁴² Por ello, se propone que el juez solamente pueda desechar una solicitud cuando el deudor omita responder alguno de los rubros pre-establecidos en el formato.

⁴² Esto se advirtió en las versiones públicas de los expedientes número 754/2014 del Juzgado 34 de lo Civil de Proceso Escrito, en el expediente número 664/2012 del Juzgado 41 de lo Civil de Proceso Escrito; y en los expedientes números 381/2012, 885/2012 y 1077/2013 del Juzgado 47 de lo Civil de Proceso Escrito.

En lugar de acompañar su activo y pasivo, como actualmente señala el Código de procedimientos civiles, se propone que el formato-solicitud de insolvencia requiera que el deudor proporcione: *a)* el nombre, domicilio y correo electrónico de todos sus acreedores, así como de sus deudores, en su caso; *b)* los montos adeudados, especificando el monto principal y de intereses, así como las garantías, en su caso, y los datos de identificación de los juicios o procedimientos legales que se hayan iniciado en su contra; *c)* que describa sus ingresos y sus bienes embargables; *d)* los nombres y edades de sus dependientes económicos, así como el vínculo que lo une con cada uno de ellos, y una relación de los gastos necesarios para su subsistencia y la de sus dependientes económicos; *e)* las causas que lo llevaron a la insolvencia; *f)* una propuesta de plan de pagos; y *g)* la consignación de algún monto o el ofrecimiento de alguna garantía en pago a sus acreedores, como muestra de su voluntad de pago. El deudor debe acompañar su solicitud con los comprobantes que tenga a su disposición, con respecto a la información que proporciona en el formato.

Se propone también que el deudor pueda acudir al procedimiento cuando ha incumplido una sola de sus obligaciones —independientemente de su monto—, y que pueda probar que tendrá dificultades para cumplir oportunamente el resto de sus obligaciones a partir de ese incumplimiento. Se considera que el permitir un acceso más rápido al procedimiento, además de que puede evitar la acumulación de intereses, le permite acceder a un proceso de renegociación ordenado en un momento en el que puede tener mayores posibilidades de negociar un acuerdo que sea aceptable para sus acreedores. Una vez admitida la solicitud, se notificará a los acreedores, como se señala más adelante, quienes deberán acreditar sus créditos y podrán aportar pruebas para desvirtuar la información proporcionada por el deudor.

b) Duración

También en la revisión de versiones públicas de expedientes de concurso civil en el TSJCDMX (2017 y 2018), se advirtió que la mayoría de los juicios permanecen en inactividad procesal por varios años,⁴³ y el motivo que los detiene es el proceso de notificación y de comparecencia de los acreedores. Llamó la atención que aun en aquellos casos en los que era posible notificar a los acreedores, éstos no comparecían al procedimiento. Se estima que lo más probable es que los acreedores que eran notificados ya habían cedido sus créditos. Se advirtió que cuando el deudor inicia su procedimiento, solicita que se notifique a sus acreedores originales, quienes muy probablemente ya no son sus acreedores, porque ya cedieron sus créditos, y por lo tanto, no tienen interés en el

⁴³ De los 10 expedientes revisados, solo los juicios de concurso civil con números de expediente 6/2013 del Juzgado 32 de lo Civil de Proceso Escrito y 773/2014 del Juzgado 41 de lo Civil de Proceso Escrito se habían dado por terminados. El segundo, por un desistimiento, y el primero por un convenio con un solo acreedor, habiéndose declarado precluido el derecho de los demás acreedores en el juicio. El resto de los asuntos se quedaron en la etapa de notificación a acreedores desde años atrás, sin poder darse por terminados, porque a los juicios concursales no les aplica la caducidad de la instancia.

procedimiento, ni están dispuestos a gastar en seguir un procedimiento judicial que ya no les corresponde. Eso hace que los juicios se queden detenidos indefinidamente. En la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia⁴⁴ se obliga a las entidades financieras y comerciales a dar aviso cada vez que cedan sus créditos, con la finalidad de que los cesionarios sigan realizando reportes mensuales sobre la situación de los créditos. Los reportes de crédito que emiten las sociedades de información crediticia pueden ser una forma efectiva de conocer quién es el titular de los créditos en el momento en que se inicia un procedimiento de concurso, para dirigir en forma apropiada las notificaciones, y evitar retrasos durante el procedimiento por notificar a quienes ya lo cedieron. Por ello, se propone que el juez deba solicitar de oficio, a las sociedades de información crediticia, un reporte especial de crédito del deudor al admitir la solicitud o demanda de concurso.

Al deudor le conviene iniciar un juicio de concurso civil, porque dejan de generarse intereses sobre sus adeudos, y esa situación se mantiene mientras el juicio siga abierto. El deudor logra evitar que sus adeudos sigan creciendo en lo que se cumple el plazo de prescripción negativa de los créditos. Sin embargo, esa situación no es conveniente para los acreedores que en ese momento sean titulares de los créditos, quienes posiblemente adquirieron cartera vencida, no han sido notificados del proceso y también, muy posiblemente no saben en dónde localizar a su deudor. Eso incrementa el costo del crédito, porque los acreedores recuperan de los clientes cumplidos los montos que no pueden cobrar. Además, aun cuando el deudor obtenga algunas ventajas, el que los juicios queden abiertos en forma indefinida no resuelve ni define la situación del deudor, solo la prolonga, con la consecuencia negativa de que tiene que seguir pagando al abogado mientras el juicio no termine. Por ello, es importante que el procedimiento sea rápido para lograr sus objetivos, y que se pongan incentivos a las partes, para que cumplan con las cargas que les corresponden.

Se sugiere un límite de duración del procedimiento por seis meses, con los siguientes incentivos a las partes para lograr que se dicte la sentencia —ya sea de aprobación del convenio o de imposición de un plan de pagos— en ese lapso: se propone que el juez pueda incurrir en responsabilidad; si el deudor no coopera en el procedimiento, se da por terminado, sin obtener ventaja alguna y se revoca la suspensión en la generación de intereses sobre los créditos reconocidos, de manera que se considere que nunca se suspendió su generación; si los acreedores no asisten a las audiencias ni ponen de su parte para lograr un acuerdo, se tienen por consentidos o se sujetan al plan de pagos que decreta el juez.

⁴⁴ Artículo 27 Bis.

c) Notificaciones a entidades financieras

La tecnología vigente permite muchos medios de notificación más eficaces, menos costosos y más rápidos que enviar al actuario a buscar el domicilio de los acreedores. La dificultad de hacer una notificación personal con los medios tradicionales puede superarse fácilmente si se cuenta con un registro electrónico de las entidades financieras. Los registros de entidades financieras ya existen. Tanto la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) tienen sistemas de notificación electrónica a las entidades financieras. El Sistema de Notificaciones Electrónicas que lleva la CONDUSEF no es obligatorio,⁴⁵ pero ya debe serlo. Una pronta y efectiva administración de justicia exige el uso de los medios electrónicos para facilitar las comunicaciones. Su utilización conlleva establecer reglas y mecanismos para resolver los problemas que puedan presentarse en las comunicaciones. Los registros de entidades financieras existentes deben compartirse con los órganos del Poder judicial, con la finalidad de que las notificaciones a entidades financieras sean más ágiles.

Ese sistema debe complementarse con la obligación que se imponga a las entidades financieras de señalar en su página de internet cuál es su domicilio para notificaciones judiciales en cada entidad en la que tengan sucursales, dado que el cliente no tiene por qué saber cuál es el domicilio en el que la entidad ha determinado recibir notificaciones. Este dato debe estar visible y fácilmente accesible también en la página de internet de la CONDUSEF. Las entidades financieras tienen miles de oficinas y sucursales. El deudor no tiene por qué conocer el domicilio que utiliza la entidad financiera para notificaciones judiciales, y lo pueden cambiar sin que el deudor sea informado. El que el sistema de notificaciones imponga en el deudor la carga de conocer con exactitud plena la puerta en que la entidad financiera recibe las notificaciones, ocasiona retrasos, detiene los procesos e incide en la capacidad económica de los deudores, que tienen que estar abonando al pago de los honorarios del abogado.

Alternativamente, el TSJCDMX puede llevar su propio sistema de notificaciones electrónicas, cuyo acceso requiera de un usuario, contraseña y un certificado digital de firma electrónica para garantizar la identidad de la persona que tiene acceso al sistema. Éste debe abrirse a toda la población, de manera que el ciudadano o entidad jurídica que se registre allí pueda ser notificado en lo sucesivo en forma electrónica.

Además de la notificación personal a los acreedores que tengan sus domicilios en el lugar del juicio, la regulación vigente de los procesos de concurso civil requiere la publicación de edictos en dos periódicos para notificar a los acreedores.⁴⁶ La notificación por edictos es necesaria porque se traduce en una general, que tiene por notificados a todos los acreedores, lo que podría sanear los casos en que se dificulta hacer notificaciones

⁴⁵ *Cfr.* Reglas de carácter general para recibir promociones y realizar notificaciones por medios electrónicos, en los procedimientos administrativos competencia de la CONDUSEF, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de octubre de 2011.

⁴⁶ Fracción II del artículo 739 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México.

personales. Sin embargo, el costo de los edictos es alto,⁴⁷ lo cual, aunado a los gastos del juicio y a los honorarios del abogado, hacen incosteable un juicio de concurso civil para un deudor que está insolvente, y que precisamente lo que busca es reducir sus gastos para poder satisfacer sus necesidades básicas y cumplir, en la medida de lo posible, con sus obligaciones. Sería una mejor solución entregar el dinero del pago de edictos a los acreedores. Para que sea funcional, la publicación de edictos debe de ser gratuita en casos de insolvencia, y para dichos efectos, debe realizarse en el *Diario Oficial de la Federación*, que es de circulación nacional, así como en la gaceta oficial del lugar de residencia del deudor. Para facilitar su búsqueda, podría agregarse al *Diario Oficial de la Federación* un apartado especial de notificación de procesos de insolvencia. Para que sea un medio eficaz en ese sentido, sería conveniente que además se difundiera en medios de comunicación, o incluso en redes sociales con un vínculo que lleve a la página de notificaciones de los tribunales competentes.

d) *Cónyuges y concubinos*

Otro problema que se ha presentado en la práctica es el caso de los deudores que están casados por sociedad conyugal. Para algunos, se trata de una sola insolvencia porque los bienes y los adeudos son conjuntos, por lo tanto, lo idóneo sería que se siguiera solo un procedimiento con ambos cónyuges.⁴⁸ La solicitud conjunta es permitida, e incluso recomendada en los Estados Unidos de América.⁴⁹ Si bien no es obligatorio que los esposos soliciten conjuntamente el procedimiento, ya que lo puede hacer solo uno de ellos, en ese supuesto los acreedores pueden tratar de cobrarse con el patrimonio del otro cónyuge. En la solicitud de insolvencia que se presenta en los Estados Unidos de América deben listarse los ingresos y los bienes del cónyuge, aun cuando no esté solicitando su proceso de insolvencia. Si el cónyuge del deudor tiene ingresos suficientes, no será posible que el deudor se someta al procedimiento de quiebra del Capítulo 7, sino que tendrá que necesariamente obligarse a un plan de pagos conforme al Capítulo 13.⁵⁰

Si bien jurídicamente es discutible que los cónyuges casados por sociedad conyugal tengan un solo patrimonio conjunto, lo cierto es que, para efectos de un procedimiento de insolvencia para personas físicas, es mucho más fácil tanto para los deudores como para los acreedores manejar la insolvencia de ambos cónyuges en forma conjunta, de manera que se negocie un solo acuerdo y se le dé una única solución. Por ello, se propone que ambos cónyuges puedan acogerse conjuntamente al procedimiento de insolven-

⁴⁷ El costo por publicar un octavo de plana en el *Diario Oficial de la Federación* es de \$2,170.00 pesos. Cfr. “Servicios de Publicación”, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: https://www.dof.gob.mx/faqs_detalle.php?faqs=400. El costo de publicación de un edicto en el periódico Reforma es de \$2,060.50 pesos, en el Heraldo de México es de \$2,800 pesos, y en el Sol de México es de \$4,350 pesos. Cfr. <https://desplegados.mx>.

⁴⁸ Nieto, Luis Álvaro, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹ Cfr. Cortes de los Estados Unidos de América, *Instructions. Bankruptcy Forms for Individuals*, disponible en: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/instructions_individuals.pdf, p. 15.

⁵⁰ Procedimiento núm. 10-32258-HCM ante The United States Bankruptcy Court of the Western District of Texas, El Paso Division, en resguardo con la autora. *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (BAPCPA).

cia de personas físicas mediante una solicitud, y que se siga el procedimiento como si se tratara de un solo patrimonio.

Cuando se trata de concubinos o de cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, lo cierto es que si viven juntos, es evidente que incurren gastos en común, por lo que, tal como sucede en el régimen alemán y en el estadounidense, ambos cónyuges o concubinos deben contribuir al costo del procedimiento.⁵¹

Por otra parte, si lo que se propone es que se regule un régimen de excepción que permita a los deudores liberarse de sus obligaciones después de haber cumplido con ciertos requisitos, es evidente que no puede ser aplicable a aquellos casos en los que el deudor sí tenga bienes pero los haya puesto a nombre de terceros. Es así, porque esto se prestaría a un abuso que ocasionaría un rechazo al procedimiento, y posiblemente su falta de aplicación en perjuicio de los deudores honestos que sí requieren de un sistema que los ayude a superar los problemas del sobre endeudamiento. Por ello, con la finalidad de descartar los casos que se puedan prestar a un abuso del procedimiento, se sugiere que se presuma, salvo prueba en contrario, que todos los bienes que el cónyuge, la concubina o el concubinario del deudor hubieren adquirido durante el matrimonio o concubinato en los cinco años anteriores a la fecha del primer incumplimiento en que haya incurrido el deudor, pertenecen al deudor. El cónyuge, concubina o concubinario solo podrán oponerse demostrando que los bienes fueron adquiridos con recursos propios. En el mismo sentido, se sugiere se presuma —salvo prueba en contrario— que todos los créditos que tengan en contra del deudor su cónyuge, concubina o concubinario, se han constituido con bienes del deudor, por lo que su cónyuge, concubina o concubinario no podrán ser considerados como acreedores.⁵² Esta presunción también debe ser aplicable a personas relacionadas con el deudor, entendiéndose por tal a quienes tengan alguna relación de parentesco o alguna relación o vínculo estrecho por amistad, trabajo, o alguna otra razón con el deudor, su cónyuge, concubina o concubinario.

5. Comentarios a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por la que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Como se ha señalado, la iniciativa presentada ante la Cámara de Diputados a principios de junio de 2020, por diputadas del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, se basa en la regulación contenida en los artículos 738 al 768 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, ahora Ciudad de México, a los cuales adicionan seis artículos encaminados a dar preferencia al fisco federal.

La propuesta de la iniciativa sigue siendo un proceso de quiebra en el que el deudor debe entregar sus bienes a sus acreedores, quedando endeudado indefinidamente, sin prever la renegociación de los adeudos ni proveer a las partes de incentivos para ello.

⁵¹ *Ibidem*. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (Código Civil Alemán), artículo 1360a inciso 4.

⁵² Texto similar al artículo 126 de la Ley de Concursos Mercantiles.

La iniciativa sigue proponiendo que los acreedores garantizados no tengan que formar parte del concurso, sino que tengan la libertad de ejecutar sus garantías, algo que resulta contrario a los objetivos de un proceso de insolvencia en el que se persigue la preservación de los bienes para renegociar los acuerdos. Incluso en materia mercantil, en donde los deudores suelen ser grandes empresas comerciales con créditos por muchos millones de pesos, la Ley de Concursos Mercantiles obliga a los acreedores garantizados a ser parte del proceso y les impide la ejecución de sus garantías durante la conciliación. La iniciativa se aparta de los objetivos de un proceso de insolvencia, y se aleja de las características de los sistemas modernos que buscan conciliar los intereses del deudor y de sus acreedores.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la adición que se hace en los seis primeros artículos del Libro Tercero, Título Primero (Concursos),⁵³ encaminada a privilegiar al fisco federal, podría terminar por asegurarse que el concurso civil —de por sí muy poco utilizado— deje de utilizarse por completo. Los artículos señalados establecen que: *a)* el fisco federal no participará en los juicios universales; *b)* solo responderá ante órganos jurisdiccionales federales, y *c)* procederá al aseguramiento de los bienes del deudor y la controversia que resulte se ventilará entre el ministerio público y el síndico del concurso, conforme a las reglas de un juicio ordinario. Además, el deudor no podrá disponer de los bienes hasta que la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional federal haya causado ejecutoria.

Establecer que el fisco federal solo puede someterse a un proceso ante un juez federal, implica dividir la continencia de la causa en dos y obligar al deudor a pagar dos juicios (uno federal y otro local), lo cual tendrá como consecuencia disminuir los recursos con los que cuenta el deudor, y por lo tanto, las cantidades que pueden pagarse a los acreedores, incluyendo al fisco. Debe tenerse presente que los deudores que se someten a estos procedimientos tienen dificultades económicas, y por lo tanto, no tienen bienes suficientes para pagar todo lo que deben a sus acreedores. Incrementar los costos del proceso solo ocasiona que los acreedores reciban menos.

Además, es posible que la mayoría de las personas que se sometan a los juicios de concurso civil sean personas físicas no comerciantes, quienes generalmente tienen acreedores alimentarios, por lo que dar preferencia al fisco en el aseguramiento de los bienes e impedir que se disponga de los recursos del deudor hasta que haya una sentencia firme en un juicio federal, podría implicar la afectación del pago de alimentos, gastos de salud, educación y demás obligaciones que tenga el deudor para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus dependientes económicos.

Por otra parte, no hay órganos jurisdiccionales federales especializados en concursos, y muy pocos han mostrado interés. Los jueces de distrito desechan más concursos mercantiles de los que admiten. Llevar un juicio de concurso mercantil toma mucho más tiempo que resolver un juicio de amparo, y el Consejo de la Judicatura Federal no ha

⁵³ Artículo 611 a 616 de la iniciativa.

generado incentivos para que los jueces se interesen en los concursos. Conforme al documento de Estadísticas en Materia Concursal, publicado por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles,⁵⁴ en más de veinte años de vigencia de la Ley de Concursos Mercantiles solo se ha dado trámite a 805 juicios de concurso mercantil en todo el país, esto se traduce en aproximadamente cuarenta concursos por año, una cifra extremadamente baja si se compara con el número de establecimientos mercantiles que hay en el país. Según los Censos Económicos 2019⁵⁵ levantados por el INEGI, en 2019 había 6'269,309 de establecimientos mercantiles en México. ¿Solo cuarenta de los más de seis millones de establecimientos tienen dificultades económicas anualmente en México? La cifra demuestra que la regulación de los concursos mercantiles también requiere de algunas reformas para cumplir con la finalidad de ser una herramienta de reorganización y reestructuración de adeudos para las empresas; sin embargo, uno de los diversos factores que han dificultado la operación de la ley es la falta de interés de los jueces federales por los concursos mercantiles. Por lo tanto, someter parcialmente el conocimiento de los juicios de concurso civil a los jueces federales supondrá más obstáculos y se convertirá en otra razón para que dejen de promoverse, demeritando las oportunidades de renegociación y rehabilitación de las personas físicas y morales de naturaleza civil.

Si se insiste en que los procesos en los que sea acreedor el fisco federal deben ser federales, una solución podría ser la creación de una reforma constitucional, para que la materia concursal y de insolvencia sea federal, y crear órganos jurisdiccionales especializados que conozcan de procesos de concurso civil y mercantil. Esto último sería imprescindible para que las personas físicas y morales puedan hacer efectiva la oportunidad que les da la ley para reorganizarse y renegociar sus adeudos con sus acreedores.

Finalmente, los procesos concursales o de insolvencia son procesos universales en los que se llama a todos los acreedores⁵⁶ —por eso se hacen publicaciones en el *Diario Oficial de la Federación* o en periódicos de amplia circulación— para que todos tengan la oportunidad de conocer la situación del deudor y de ser incluidos en la negociación de un convenio para el pago de todos los créditos. El patrimonio del deudor es uno, y en una situación de insolvencia es insuficiente para satisfacer el cien por ciento de los créditos. Por eso, todos los acreedores deben tener la oportunidad de revisar la documentación de los otros créditos, de revisar las preferencias, de estar presentes en las negociaciones y de votar las diferentes propuestas que se discutan para satisfacer de la mejor manera posible los adeudos. Los procesos concursales son procesos coactivos porque solo de esa

⁵⁴ IFECOM, *Estadísticas en Materia Concursal. Cifras del 1 de junio al 30 de noviembre 2020*, México, p. 3, disponible en: <https://www.ifecom.cjf.gob.mx/resources/PDF/informesEst/2.pdf>.

⁵⁵ INEGI, *Censos económicos, México, 2019*, p. 10, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ce/2019/doc/pro_ce2019.pdf.

⁵⁶ Méjan, Luis Manuel, *Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria*, 2da. ed., México, Oxford University Press, 2014, pp. 2-8. Véase también: Jackson, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington D.C., Beard Books, 2001, pp. 8-19.

manera se obliga a los acreedores a participar.⁵⁷ Si alguno decide no acudir a las audiencias, queda obligado en los términos acordados por la mayoría. Son también procesos colectivos, porque al concurrir todas las partes a un solo proceso, se evita el gasto de participación en múltiples juicios individuales con cada uno de los acreedores, además, se concentran todos los bienes del deudor en un solo proceso para maximizar su valor y supervisar su administración.⁵⁸

El objetivo primordial del concurso es la renegociación de los créditos y la reorganización o rehabilitación del deudor. Todos los acreedores se ven beneficiados si se evita la quiebra y el deudor sigue produciendo, por ello, deben trabajar en forma conjunta y evitar acciones individuales que puedan tener como consecuencia el deterioro de la situación del deudor.⁵⁹ El fisco y todos los acreedores pueden obtener un mejor resultado si se sientan a negociar, reconocen la situación del deudor y buscan la manera de ayudarlo. Si el deudor evita la quiebra y logra salir adelante, seguirá pagando impuestos; si se declara la quiebra, se liquidará y no tendrá más recursos. En el mismo sentido, si a las personas físicas no se les da una oportunidad para superar el sobre endeudamiento y para seguir siendo productivas sin ser privadas de todos sus bienes, es posible que se vuelvan ilocalizables y que se integren a la economía informal, lo que tampoco beneficiará al fisco.

Por lo tanto, imponer al deudor que deba promover y pagar un segundo juicio a nivel federal a través del síndico, además del juicio de concurso civil, duplica los gastos y los honorarios legales. Asimismo, pone en un nivel secundario el derecho de todos los demás acreedores, cuyos intentos por llegar a un arreglo con el deudor y de satisfacer al menos parcialmente sus créditos, se verán anulados, pues tendrán que esperar a que termine el juicio federal para poder saber a cuánto se reduce el patrimonio del deudor. Durante esos años de espera, ¿dejarán de generarse intereses sobre los créditos a entidades financieras? Durante esos años de espera, ¿podrán el deudor y sus dependientes económicos seguir satisfaciendo sus necesidades básicas alimenticias, educativas, etcétera? Durante esos años de espera, ¿tendrá el deudor que pagar múltiples juicios individuales? Porque no tendría mucho sentido para el resto de los acreedores gastar en un juicio concursal que no puede resolver nada, mientras no se resuelva otro juicio. El que uno de los acreedores no sea parte del concurso, orilla a los demás a evadirlo e iniciar procesos de ejecución individuales, inicia una competencia para ver cuál puede pagarse más rápido, lo que solo acaba con el patrimonio del deudor, en vez de encontrar la forma de conservarlo y de hacerlo crecer en beneficio de todos.⁶⁰

Es discutible que la estrategia de excluir al fisco del concurso pueda traerle ventajas, porque si es acreedor preferente o garantizado, su preferencia o garantía se le respeta en el concurso civil, y si no lo es, tendrá que pagarse a prorrata con el resto de los

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Jackson, *op. cit.*, pp. 11-19.

acreedores comunes, ya que de otra forma, se le estaría dando una preferencia que podría considerarse inconstitucional al vulnerar la garantía de equidad entre los acreedores.

IV. Conclusiones

En este artículo se partió de la hipótesis de que la regulación del concurso civil en México, que es equivalente a un proceso de quiebra, se usa muy poco debido a que se ha mantenido ajeno a la tendencia que rige a los procesos modernos de insolvencia de personas físicas, encaminados a la renegociación de los adeudos y a permitir al deudor su rehabilitación. Se planteó que el desarrollo del artículo se haría en 2 apartados, cada uno de los cuales se enfocaría en un objetivo distinto: el primero fue concientizar sobre la utilidad de los procesos de insolvencia para la solución de problemas económicos, así como de la necesidad de adecuar el marco jurídico vigente. El segundo objetivo estuvo enfocado a plantear una propuesta moderna de regulación de concurso civil.

La hipótesis fue demostrada con los resultados obtenidos en la investigación empírica realizada en el TSJCDMX durante 2017 y 2018, la cual arrojó que los juicios de concurso civil constituyeron solo el 0.01% de los expedientes ingresados en el TSJCDMX, y con el análisis del sistema vigente regulado en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, en comparación con algunas de las características de la regulación que han adoptado otros países, que han tomado sugerencias de organismos internacionales.

En el desarrollo del primer objetivo, se analizaron los problemas que presenta la legislación vigente, se explicaron los aspectos principales de los procesos de insolvencia modernos de personas físicas, se proporcionaron diversos ejemplos de esa nueva regulación y se expuso la necesidad de adecuar el marco legal. El desarrollo del segundo objetivo se concentró en hacer una propuesta de regulación, atendiendo a diversos aspectos que son relevantes en el proceso, y se expuso por qué la propuesta de regulación contenida en la iniciativa presentada ante la Cámara de Diputados en junio de 2020 no es adecuada.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que la regulación del juicio de concurso civil vigente no resulta idónea para resolver los problemas económicos y financieros de los deudores, ni proporciona a las partes incentivos para la renegociación de sus obligaciones. Además, se aparta de los objetivos de un proceso de insolvencia, así como de las características de los sistemas modernos que buscan conciliar los intereses del deudor y de sus acreedores.

Adicionalmente, se concluye que las disposiciones que pretenden añadirse, en relación con el fisco federal, incrementan los costos del proceso, disminuyen el pago a los acreedores, obstaculizan la renegociación de las obligaciones y la rehabilitación del deudor, y ni siquiera aseguran al fisco un pago preferente.

Por todo lo anterior, se sugiere que en vez de regular nuevamente un proceso que no se utiliza porque no resuelve los problemas del deudor ni de los acreedores, se adecúe el marco jurídico del concurso civil a los sistemas de insolvencia modernos, encaminados a dar incentivos a las partes para la renegociación de los adeudos y la rehabilitación del deudor.

Todos los efectos económicos derivados del COVID-19, que apenas empiezan y que se agravarán en los próximos meses, cuando los pagos diferidos se vuelvan exigibles junto con todos los intereses que se hayan acumulado, sin que varias personas hayan podido recuperar los ingresos perdidos durante la larga cuarentena o hayan podido conseguir un trabajo, vuelve imperativo que se tomen medidas adecuadas para poder brindarles la oportunidad de renegociar sus obligaciones y de resolver sus problemas económicos sin tener que esconderse o refugiarse en la informalidad.

No se debe dejar pasar la oportunidad de regular un procedimiento especial de insolvencia que proporcione a las partes incentivos para renegociar los adeudos, que permita a los acreedores recuperar una parte de sus créditos, que incentive al deudor a continuar con su actividad productiva, reteniendo los ingresos que le son indispensables, y que le provea con una salida a su sobre endeudamiento y su rehabilitación.

V. Bibliografía

- ARMOUR, John y CUMMING, Douglas J., “Bankruptcy Law and Entrepreneurship”, *European Corporate Governance Institute, American Law and Economics Review*, núm. 2, vol. 10, 2008, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1318088>.
- BROWN, William Houston, *Consumer Bankruptcy Law: Chapters 7 & 13*, E.U.A., Federal Judicial Center, 2014.
- BANCO MUNDIAL, *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*, abril 2001, disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/123531468159317507/pdf/481650WP02001110Box338887B-01PUBLIC1.pdf>.
- BANCO MUNDIAL, “Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”, *Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force*, 2014, disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WP0P-120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- BANCO MUNDIAL, “Three New Guides on Commercial Mediation: Good for Debt Resolution, Good for Governance”, *Mediation Series. Mediation Essentials*, 21 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/11/21/three-new-guides-on-commercial-mediation>.

- CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Naciones Unidas, 2004, partes Primera y Segunda, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.
- COETZEE, Hermie, “Is the Unequal Treatment of Debtors in Natural Person Insolvency Law Justifiable?: A South African Exposition”, *International Insolvency Review*, vol. 25, núm. 1, 2016, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/iir.1244>.
- CUENA CASAS, Matilde, “La Insolvencia de la Persona Física: Prevención y Solución”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.
- FINCH, Vanessa, *Corporate Insolvency Law, Perspectives and Principles*, 2a. Edition, Cambridge University Press, England, 2009.
- HON, Clark, Leif M., “Mediation as an Effective Alternative in Bankruptcy Litigation. Part III”, *Bankruptcy & Insolvency Litigation*, vol. 19, núm. 3, Primavera 2014.
- HON, Peck, James M., “Mediation meditations: Understanding the mediation culture of Chapter 11”, *International Insolvency & Restructuring Report*, 2018/19.
- JACKSON, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington D.C., Beard Books, 2001.
- KILBORN, Jason, “The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the United States”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 24, 2004.
- KILBORN, Jason J., “Twenty-five years of consumer bankruptcy in continental Europe: Internalizing negative externalities and humanizing justice in Denmark”, *International Insolvency Review*, vol. 18, 2009, disponible en: <https://doi.org/10.1002/iir.174>.
- KILBORN, Jason, “Determinants of Failure...and Success in Personal Debt Mediation”, *Transnational Dispute Management*, núm. 4, 2017.
- MÉJAN, Luis Manuel C., *Agenda Concursal*, Tirant Lo Blanch, México, D.F., 2014.
- MÉJAN, Luis Manuel C., *Competencia Federal en Materia de Concurso Mercantil*, 1a. edición, México, Consejo de la Judicatura Federal, junio 2001.
- MÉJAN CARRER, Luis Manuel, “Un Régimen de Insolvencia de los Consumidores en México”, *Praxis Legal*, núm. 2, abril 2016.
- MÉJAN, Luis Manuel, *Concursos Mercantiles. Ayuda de Memoria*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2014.
- NIEMI, Johanna, “Consumer Insolvency in the European Legal Context”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 35, 2012, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10603-012-9215-8>.
- NIETO, Luis Álvaro, *Insolvencia (negociación de deudas) de persona natural no comerciante. ¿Mito o realidad?*, Colombia, 2016, disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/content/download/16773/227083/fi>.

- Nietzer, Eberhard, "German Insolvency Basics in a Thumbnail Sketch," disponible en: <https://www.insolvencycourts.org/DL/GermanInsolvencyBasicsinaThumbnailSketch.pdf>.
- Nietzer, Eberhard, *Personal Insolvency in Germany (A Brief Nutshell)*, en proceso de publicación.
- PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo, *Procedimientos Concursales*, Lima, Perú, Indecopi, 2013.
- QUINTANA Adriano, Elvia Arcelia, *Concursos Mercantiles. Doctrina, Ley, Jurisprudencia*, México, Porrúa, 2003.
- RAMSAY, Iain, *Personal Insolvency in the 21st. Century, A Comparative Analysis of the US and Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- ROJAS VÉRTIZ CONTRERAS, Rosa María, *Un procedimiento de insolvencia eficaz para personas físicas en México*, tesis para obtener el grado de doctora en derecho IJ-UNAM, octubre de 2020.
- ROUILLON, Adolfo, "The Need for the Development of Insolvency Regimes for Natural Persons and the Link to Credit Expansion and Financial Stability", Banco Mundial, *The World Bank Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force Meetings. Best Practices in the Insolvency of Natural Persons*, Washington D.C., The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 11 de enero de 2011, disponible en: <https://www.iiglobal.org/sites/default/files/bestpracticesintheinsolvencyofnaturalpersons.pdf>.



DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC INTEGRATION IN INTERNATIONAL LAW

Rubén Sánchez Gil*

Resumen

Desde hace décadas, el derecho internacional ha sufrido una creciente fragmentación en regímenes especializados que eventualmente entran en colisión. Estos conflictos son frecuentes entre las normas internacionales relativas a los derechos humanos y el derecho económico internacional. Es necesario resolver estos conflictos, especialmente para que todas las normas internacionales puedan aplicarse de manera coherente en el orden interno y se prevenga la responsabilidad estatal. Si bien se ha intentado, mediante diversos puntos de vista, dar solución a estos problemas, en especial sugiriendo la “constitucionalización” del derecho internacional o su “integración sistémica”, estos esfuerzos no han sido definitivamente útiles. En cambio, el examen de proporcionalidad empleado de forma preponderante en el derecho constitucional para determinar los alcances de los derechos fundamentales, reconocido ampliamente en el derecho internacional, es la clave final para decidir en cada caso concreto cuál de los principios internacionales contendientes debe prevalecer.

Palabras clave: derecho internacional; derechos humanos; derecho económico internacional; integración sistémica; proporcionalidad.

* Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Agradezco las observaciones y sugerencias formuladas por quienes revisaron la versión original de este trabajo, las cuales fueron muy útiles para reducir sus deficiencias en lo que me fue posible

Fecha de recepción: 12 de junio 2020.
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2021.

Abstract

Since decades ago, international law has suffered from a growing fragmentation to specialized legal regimes that eventually collide. These conflicts often take place between international rules related to human rights and international economic law. It is necessary to solve these conflicts specially for the consistent application of all international rules in the municipal realm in order to prevent state responsibility. Although it has been tried to solve these problems from different points of view, especially those suggesting either a “constitutionalization” of international law or its “systemic integration”, these efforts have not been definitely useful. Conversely, the proportionality test mainly employed in constitutional law for determining the scope of fundamental rights, widely acknowledged by international law, is the final key for deciding which international principle should prevail in concrete cases.

Keywords: *international law; human rights; international economic law; systemic integration; proportionality.*

I. Introducción

Desde hace algunas décadas se ha observado un fenómeno de “fragmentación” en el derecho internacional que se produce mediante su partición en ámbitos especializados y autónomos, a cuyo respecto se ha instado a prestar “creciente atención” a los conflictos normativos y metodológicos que genera.¹ Se trata de un fenómeno derivado de la reciente evolución (de 1945 a la fecha) del derecho internacional, durante la cual ha proliferado la creación de numerosos instrumentos jurídicos de la más variada índole, referentes a los más diversos ámbitos materiales y territoriales.

Estas condiciones llevan, no solamente a inevitables conflictos entre las normas jurídicas internacionales, sino que también obligan a reflexionar sobre las mismas concepciones fundamentales del derecho internacional y sus instrumentos metodológicos básicos, que antes se podían considerar como establecidos.² No es exagerado decir que nos hallamos en la víspera de un cambio de paradigma del derecho de gentes derivado de esta relevante problemática, como sugiere la creciente atención que —tan sólo en nuestro país— ha tenido la necesidad de una armónica aplicación simultánea de regímenes internacionales especializados.³

¹ Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 46-47.

² Para apreciar la vasta extensión de este problema, véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Nueva York, A/CN.4/L.682, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3bPUQOI>.

³ Véanse Niedrist, Gerhard y Figueroa Bello, Aida, “Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para

Uno de los puntos en que esta fragmentación del derecho internacional y los conflictos que origina se muestran de manera particularmente álgida, es la interacción —o colisión— entre los ámbitos jurídicos relativos a los derechos humanos y a la integración económica, que han sido los de mayor crecimiento en el derecho internacional desde 1945. Ocasionalmente resulta imposible cumplir de forma simultánea las obligaciones derivadas de estos ámbitos internacionales: para proteger o promover los derechos humanos que reconocen diversos tratados internacionales, a veces los Estados se ven orillados a afectar derechos y libertades económicas, garantizadas mediante otros instrumentos de la misma especie y pertenecientes a un régimen jurídico internacional distinto, y viceversa.

La naturaleza “poli­céntrica” del derecho internacional no ha favorecido hallar una respuesta satisfactoria a este problema. Este sistema jurídico, al carecer de una autoridad “central” o “fundamental” que sea referente o foro para resolver diferencias, habitualmente cada régimen jurídico especializado ha adoptado “su” solución, otorgando prevalencia absoluta —o casi— a su propia perspectiva y a la satisfacción de sus objetivos. Esto ha exacerbado la fragmentación del derecho internacional, en particular ante las colisiones que pueden tener —y en efecto, han tenido— sus ámbitos de derechos humanos y económico.

Esta no es una mera cuestión teórica o especulativa, pues ha ocupado la reflexión de un buen número de especialistas, sobre todo en el ámbito del derecho económico internacional. Este problema repercute en el sentido y grado del *desarrollo* —entendido de modo comprensivo, no sólo en sentido económico— de muchas naciones, y genera la incertidumbre de los Estados, así como de las personas sujetas a su jurisdicción, en relación con los alcances de las garantías y obligaciones que les corresponden.

En esto último radica la relevancia del problema, y permite ver que podría ser todavía más complejo, con significativas consecuencias prácticas. La esfera doméstica es la primera instancia de aplicación de las mencionadas normas internacionales, las cuales no sólo deben coordinarse entre ellas, sino también con las de orden constitucional en una articulación que, como es bien sabido en México desde 2011, en ocasiones no es fácil de llevar a cabo. Por si esto fuera poco, debe recordarse que la solución del ámbito constitucional doméstico eventualmente podría examinarse mediante los mecanismos que prevén el derecho internacional de los derechos humanos y el económico internacional (por ejemplo, en un arbitraje de inversión), y dicha respuesta debería ser solvente ante cualquiera de ellos, para prevenir la responsabilidad internacional del Estado.⁴

garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/3gQDx7G>, pp. 3-33; y Sánchez González, Alejandro, “The Interaction Between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/333DjBR>, pp. 35-59.

⁴ En México ya se han encarado de manera franca estas dificultades. En la acción de inconstitucionalidad 217/2020, promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor y el Código Penal Federal, y aún *sub judice* al prepararse la versión final de este trabajo (véase: <http://bit.ly/3xHeTw2> [1 de mayo de 2021]), se plantearon cuestiones que involucran, al mismo tiempo, normas constitucionales y normas internacionales de

Sería ideal exponer y resolver esta problemática de una manera *integral y congruente*, es decir, que sea válida simultáneamente para el derecho constitucional, para el derecho internacional de los derechos humanos y para el derecho económico internacional. Esto sólo podrá lograrse con el análisis los distintos factores de la compleja interrelación entre dichos órdenes jurídicos para comprenderlos mejor, y buscando, a partir de ese conocimiento, una concepción que permita la concordancia de estas normas que, pese a ser de distinta naturaleza, confluyen en determinadas situaciones.⁵ Ante este panorama, el presente trabajo busca dentro del derecho internacional una respuesta óptima a los posibles conflictos entre sus ámbitos de derechos humanos y económico, que pudiera servir para avanzar en su aplicación en el orden doméstico en que estos conflictos incrementan su dificultad;⁶ especialmente considerando que, al menos en México, el derecho internacional aplicable en el ámbito interno debe entenderse como lo harían sus propios operadores.⁷

Del problema que constituye la fragmentación del derecho internacional puede advertirse que las visiones unilaterales, solipsistas, con una “pretensión hegemónica” fundada sobre la asunción de la plenitud de su propio ordenamiento,⁸ no son adecuadas para resolver las complicaciones de la concurrencia de los derechos humanos internacionales y el derecho económico internacional. Si las perspectivas aisladas han de rechazarse desde el punto de vista del mismo derecho de gentes, menos aún serán apropiadas para el orden doméstico que se halla simultáneamente vinculado a los mencionados extremos jurídicos internacionales.

Tampoco se ha reconocido como adecuada la idea de otorgar prevalencia absoluta a los “derechos humanos” sobre los meramente “económicos”, apalancada por la supuesta calidad de *ius cogens* de los primeros, y que por lo general, acompaña a la más amplia intención de “constitucionalizar” el derecho internacional. Aun con una visión favorable a la dignidad humana, hay muchas cuestiones teóricas y prácticas en el propio derecho internacional que son óbice a esa preferencia rigurosa por los “derechos humanos”, comienzan-

derechos humanos y económicas. Véase la demanda de dicho asunto en: <http://bit.ly/3e2Imce> (consultada el 1 de mayo de 2021).

⁵ Esta visión claramente se inspira en la filosofía del pensamiento complejo, cuya piedra angular es un “principio dialógico” que (paradójicamente) “permite mantener la [diversidad] en el seno de la unidad [...] asocia dos términos a la vez complementarios y antagonistas” (Morin, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, París, Seuil, 2005, p. 99), y al que se acopla —como mandado a hacer— el examen de proporcionalidad, *cfr.* Klatt, Matthias, “Proportionality and Justification”, en Herlin-Karnell, Ester *et al.* (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 184, donde se expone la complejidad de la proporcionalidad por sus simultáneas características de abstracción-concreción y universalidad-particularidad. Una aproximación a este “paradigma de la complejidad” para el derecho internacional puede verse en Sánchez González, *op. cit.*, p. 54.

⁶ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, p. 12, expresan que por la expectativa de que “en el futuro surgirá un mayor número de... conflictos entre diferentes regímenes de derecho internacional... el derecho internacional público debe proveer y garantizar una función de coordinación”.

⁷ *Cfr.* artículo 31.2, incisos b) y c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y “Derechos humanos. Su contenido no se limita al texto expreso de la norma que lo prevé, sino que se extiende a la interpretación que los órganos autorizados hagan al respecto”, Primera Sala, tesis 1a. CDV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 12, noviembre de 2014, p. 714.

⁸ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, pp. 8 y 15.

do por los alcances mismos de este concepto y, hoy en día, es sencillamente impensable que el derecho económico internacional pase por alto el respeto a los derechos humanos.

Más próxima a una respuesta aceptable está la visión de una “integración sistémica” que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) ha propuesto. Aunque va en la dirección correcta, esta propuesta también ha sido insuficiente. En esencia, este principio importa simplemente la necesidad de que, en la aplicación de las normas internacionales de cierto ámbito especial, se consideren las pertenecientes a contextos jurídicos internacionales distintos que puedan ser relevantes. Si bien este es un punto de partida fundamental, resulta tan abstracto que no especifica una concepción que permita articular ámbitos jurídicos internacionales diversos.

En este trabajo se propone que la respuesta a estas dificultades se halla, en efecto, en una *interpretación sistémica, comprehensiva, holística e integradora* de las normas jurídicas internacionales relevantes a un caso particular, pero definida conforme a la aplicación de un *examen de proporcionalidad*, esencialmente similar al empleado en el derecho constitucional para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales entre sí, y con otros principios que consagra la ley fundamental. Esto requeriría ubicar en un mismo plano a las normas internacionales diversas y divergentes, pero concurrentes en una situación particular, para examinar la afectación a los bienes que protegen, atendiendo al hecho de si con ella se busca alcanzar un fin legítimo, y si resultan idóneas, necesarias y proporcionadas para éste.

En primera instancia, se expondrán aspectos básicos de los regímenes internacionales de los derechos humanos y de la integración económica, con el fin de caracterizarlos y conocer sus fundamentos, así como su forma de operación (secciones II y III). Enseñada, dentro de la sección medular de este trabajo (IV), se discutirá la idea de “constitucionalización” del orden internacional y sus dificultades, y la “integración sistémica” propuesta por la CDI, contemplando sus aciertos y limitaciones; finalmente, se mostrará que el principio de proporcionalidad —muy conocido en el derecho constitucional y reconocido por el internacional— es clave para superar estos problemas, lo cual se encuentra respaldado por la práctica reciente.

II. Derechos humanos

1. Notas básicas

Con el surgimiento de un ámbito especializado en los derechos humanos, el escenario del derecho internacional público cambió de manera drástica.⁹ Tradicionalmente, el

⁹ Véase: Shaw, *op. cit.*, pp. 197-199.

derecho internacional reconoció como sujetos únicamente a los Estados, pero al atribuir a los individuos personalidad jurídica y hacerlos titulares de derechos humanos, atravesó las fronteras del Estado y en la actualidad se refiere a las relaciones entre éste y sus habitantes. A partir de este punto, el Estado ya no puede escudarse en su “soberanía” para incluso evadir intervenciones humanitarias, aunque las relaciones entre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención aún no se han afirmado en aspectos particulares.¹⁰

En primer lugar, antes de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que ya menciona los derechos humanos, salvo excepciones muy contadas —por ejemplo: piratería, esclavitud y algunos elementos del derecho humanitario—, todas las cuestiones que hoy consideramos propias de los “derechos humanos” eran “universalmente consideradas” como pertenecientes a la esfera interna de los Estados. Pero en cuanto fueron comprometidas a la comunidad internacional, o el sistema jurídico que rige ésta las ha cubierto de alguna u otra manera —por normas consuetudinarias o imperativas—, ya no puede decirse que la tutela de la dignidad humana y de los derechos que le son inherentes sea un asunto meramente doméstico.

En segundo lugar, el reconocimiento de los derechos humanos otorgó al individuo una relevancia de la que había carecido en el derecho internacional, al grado que adquirió relativa importancia determinar si el ser humano era o no uno de los sujetos de ese ámbito jurídico, pues supone la creación de derechos y obligaciones internacionales de los que sería destinatario directo.¹¹ Esta característica se muestra de manera puntual con el acceso que hoy tienen los individuos a diversas sedes internacionales para reclamar la violación de los derechos humanos que les reconocen diversos instrumentos internacionales.¹² Desde 1945, la expansión del derecho internacional de los derechos humanos ha sido imparable, aunque ha tenido que vencer múltiples resistencias y obstáculos.¹³

La Carta de las Naciones Unidas, apenas en pocas ocasiones mencionó el concepto de “derechos humanos”, sin caracterizarlos, enumerarlos ni expresar su contenido; de esta manera, su inclusión en este tratado internacional no supuso para los Estados

¹⁰ Cfr. Grimm, Dieter, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, 2009, pp. 120-121.

¹¹ Pese a que la visión positivista, que tuvo su apogeo en el siglo XIX, consideró al Estado como el primordial —e incluso el único sujeto del derecho internacional— y negó la creación directa de derechos y obligaciones, no ha existido una tajante prohibición de la personalidad jurídica internacional del individuo, el cual se ha visto “crecientemente reconocido” como sujeto de derechos y obligaciones internacionales en los ámbitos relativos a los derechos humanos y a la protección de la inversión. Hubo antecedentes del individuo como sujeto del derecho internacional en la primera mitad del siglo XX, y debe recordarse que “[l]a esencia del derecho internacional ha sido siempre su preocupación última por el ser humano, y esto fue claramente manifiesto en los orígenes en el derecho natural del derecho internacional clásico”, Shaw, *op. cit.*, pp. 188-189; véase: Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 558-559 y 584-585.

¹² Sobre este punto, véase también: Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 60-61.

¹³ Véase: Schutter, Olivier de, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 14-35.

—ni para sus gobiernos— asumir alguna obligación específica, lo que sin duda determinó la aceptación de dicho concepto en ese texto convencional. El siguiente paso fue formular un catálogo de derechos humanos, que se logró en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; no obstante, probablemente para lograr la adhesión de los Estados a sus términos, este catálogo fue propuesto como un instrumento no vinculante. Sólo hasta 1966, dieciocho años después, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —en vigor hasta 1976—, y su alcance global, no hubo en el derecho internacional un sistema de derechos humanos obligatorio con alcance “universal”, cuyo volumen han acrecentado los diversos tratados posteriormente celebrados con relación a diversos temas específicos (como la Convención sobre los Derechos del Niño y similares).

Sin embargo, precisamente esta “modestia” con que se acogieron los derechos humanos en las Naciones Unidas impulsó que diversas organizaciones regionales establecieran sus propios sistemas de protección de tales derechos.¹⁴ El Consejo de Europa alentó a sus Estados miembros para que firmaran, en 1950, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que al entrar en vigor en 1953, se convirtió en el primer tratado en esta materia que consagraba obligaciones jurídicas internacionales plenamente vinculantes para los Estados que son parte del mismo. Paralelamente a la ONU, en el seno de la Organización de los Estados Americanos hubo interés en promover los derechos humanos desde 1948, con un instrumento similar a la Declaración Universal de ese mismo año —pero expedida meses antes, en abril—, y la cual, a pesar de carecer de efecto vinculante, en la práctica fue aplicada a los Estados miembros de dicha organización regional, y continúa siéndolo en relación con aquellos que no son parte del Pacto de San José, firmado en 1969 (pero en vigor hasta 1978, evidentemente por la dificultad que supusieron los regímenes autoritarios que imperaban en esos años en diversos países del continente). En 1981, se adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), que contiene innovaciones dignas de consideración para el derecho internacional de los derechos humanos. En 2004, se adoptó la Carta Árabe de Derechos Humanos, que entró en vigor cuatro años después, y de la cual se han criticado diversas disposiciones, señalando que no se avienen a reglas y estándares de derechos humanos generalmente reconocidos.

En términos generales, la consagración de los derechos humanos en el ámbito jurídico internacional ya no constituye una mera retórica, sino que va acompañada de un esfuerzo institucional que tiende a realizar su contenido. Todos estos tratados internacionales han creado mecanismos de garantía de los derechos humanos que consagran, y los cuales pueden ser de naturaleza jurisdiccional con efectos vinculantes para los Estados parte, o de carácter cuasijurisdiccional, cuyas resoluciones carecen de tales efectos. En todo caso, incluso los últimos tienen un *significado y peso políticos* muy importantes en

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

la dinámica y en el contexto de relaciones en que se inscribe el derecho internacional, tan diferentes a los propios del derecho interno.¹⁵

2. Posición jurídica internacional de los derechos humanos

El *ius cogens* es un conjunto de “ciertos principios dominantes de derecho internacional” de “relativa indelebilidad”,¹⁶ esencialmente caracterizados por la imposibilidad de sustraerse a su cumplimiento.¹⁷ Como lo define el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”), forman este conjunto las normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario. Este concepto “se basa en la aceptación de *valores fundamentales y superiores* dentro del sistema [jurídico internacional], y en algunos aspectos se halla emparentado con la noción de *orden público*... en los sistemas jurídicos domésticos”.¹⁸

Hay opiniones doctrinales¹⁹ y jurisprudenciales²⁰ inclinadas a afirmar que las normas de derechos humanos forman parte del *ius cogens* y que, por ende, gozarían de máxima superioridad jerárquica y primacía absoluta frente a otras normas jurídicas internacionales. Sin embargo, visto con detenimiento, adjudicar esta supremacía a las normas de derechos humanos no es tan sencillo como parece, y determinar su posición dentro del orden jurídico internacional exige una visión matizada.

Las relativas a los derechos humanos son normas con características especiales dentro del derecho internacional general (con el que tienen una relación no siempre bien avenida). A este respecto, frecuentemente se invoca, por ejemplo, que imponen obligaciones *erga omnes* y que radican en tratados no (ostensiblemente) celebrados para que los Estados obtengan ventajas, sino para proteger a los individuos bajo su jurisdicción — lo que de suyo implica una restricción al ejercicio de las potestades estatales—. ²¹ Pero

¹⁵ Véanse: Shaw, *op. cit.*, p. 6, quien menciona como peculiaridad del derecho internacional las “ventajas o «recompensas»” que los Estados pueden obtener por su observancia; y Hurd, Ian, *How to Do Things with International Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017, pp. 48-50, donde refiere que la conformidad con el derecho internacional permite a los Estados “mantener una buena posición [*good standing*] mientras alcanzan fines estratégicos, y en general mostrando que la «práctica estatal invierte en la autoridad discursiva del derecho»”. Una muestra de lo anterior fue la “tremenda deferencia al derecho internacional” que mostró el gobierno estadounidense en relación con la tortura de detenidos en su “guerra contra el terror”, al realizar importantes esfuerzos para demostrar que su conducta se ajustó a la convención contra la tortura de la ONU, configurando así la discusión como una cuestión jurídica, bajo la premisa legitimadora de que el derecho internacional debe ser acatado; *ibidem*, pp. 119 y 121-123.

¹⁶ Brownlie, *op. cit.*, p. 515.

¹⁷ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 94.

¹⁸ Shaw, *op. cit.*, p. 89 (cursivas añadidas por el autor de este artículo).

¹⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 39-40; y Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 145. Véase también: Schutter, *op. cit.*, pp. 72-73.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Colombia), *Caso de la Masacre de Segovia*, acta núm. 156, 13 de mayo de 2010, p. 68, citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2010, § 169.

²¹ Cfr. Schutter, *op. cit.*, pp. 61-62.

estas particularidades no llevan, por sí solas, a aplicar a las normas de derechos humanos la supremacía que corresponde al *ius cogens*.

Desde un punto de vista simplista, establecer una norma internacional perentoria requiere: 1) la proposición de dicha norma y de la aplicación de tal calidad a ella, y sobre todo, 2) en vista de los efectos tan trascendentes de ese reconocimiento, su aceptación como tal por la comunidad internacional como un todo, una “aceptación universal” por una “*abrumadora mayoría* de Estados, que atravesase divisiones ideológicas y políticas”.²² Es fácil advertir que esto último supone una “considerable carga de la prueba” para quien proponga establecer una norma de *ius cogens*,²³ y que en el contexto del derecho de gentes ni siquiera la opinión de un tribunal internacional —por valiosa y útil que sea para tal efecto— basta para concluirla.

Desde otro punto de vista, el carácter *erga omnes* que se atribuye a las normas de derechos humanos, a veces ligado a que el respeto a los derechos humanos se reconoce como una excepción al principio de no intervención, tampoco es suficiente para adjudicar carácter perentorio a dichas normas. En primer lugar, a pesar de que ambas categorías podrían coincidir, *no son sinónimas ni intercambiables*: la calidad de *ius cogens* de una norma internacional significa que es jerárquicamente —y en este sentido, absolutamente— superior a otra, y representa una categoría mucho más reducida, en tanto que su carácter *erga omnes* alude a que cualquier Estado puede reclamar el cumplimiento de las obligaciones que impone, por ser debidas a “la comunidad internacional en su conjunto” —en los términos de *Barcelona Traction*—. ²⁴

III. Integración económica

1. Globalización y regionalización

La integración económica es un fenómeno muy complejo que tiene lugar mediante diferentes procedimientos y grados, que también puede verse desde distintas ópticas —política, económica y jurídica—. ²⁵ Las figuras con que este fenómeno se manifiesta son las siguientes, ordenadas en grado creciente de interrelación económica de los Estados: 1) sistema general de preferencias; 2) área o zona de libre comercio; 3) unión aduanera; 4)

²² Shaw, *op. cit.*, p. 90.

²³ Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international*, 4a. ed., 1970, pp. 295-296, citado por Brownlie, *op. cit.*, p. 516.

²⁴ Sobre las complicaciones para identificar las obligaciones *erga omnes*, véase Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2012, pp. 351-361.

²⁵ Véase: Pacheco Martínez, Filiberto, *Derecho de la integración económica. Implicaciones jurídicas en México (comercio exterior)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 37 y ss.

mercado común; y 5) unión económica, que es “el más alto nivel de integración económica, a excepción de la derivada de una unión política completa”.²⁶ El tema se extiende de forma vasta en diversos campos, aun en el ámbito estrictamente jurídico; aquí únicamente se presentarán sus aspectos más importantes, a juicio propio.²⁷

La integración económica tiene, luego de la Segunda Guerra Mundial, una historia paralela, temporalmente coincidente con la del surgimiento y expansión del derecho internacional de los derechos humanos. Aun antes de finalizar este conflicto bélico, se sostuvo la convicción de que el libre comercio era indispensable para la paz y la prosperidad mundiales, y que el “proteccionismo competitivo” había contribuido a una espiral de conflictos políticos internacionales y, finalmente, a la guerra.²⁸

El resultado de esta orientación fue la celebración del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*) en 1947. El GATT tuvo por objeto “la creación de un sistema económico mundial, orientado por los principios de la economía de mercado”, llegó a convertirse en una verdadera organización internacional que con el tiempo dio lugar a un numeroso conjunto de acuerdos de política comercial, y fue reformado varias veces, hasta su sustitución por la Organización Mundial del Comercio.²⁹

Fueron dos los propósitos básicos del GATT: 1) consolidar los aranceles existentes al momento de su fundación, para evitar que se incrementasen, y 2) celebrar rondas de negociaciones para una mayor desgravación tarifaria y la creciente liberalización del comercio.³⁰ También son dos las reglas fundamentales del sistema del GATT, el “vehículo principal” para la liberalización comercial, que hoy se pueden ver como estipulaciones básicas de cualquier acuerdo sobre la materia:³¹ 1) el “trato nacional”, y 2) el “trato de nación más favorecida”;³² el primero significa la prohibición a los Estados miembros de

²⁶ *Ibidem*, p. 72. Véase también: Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, trad. de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñero y Dieter Wolfram, Bogotá, UNAM-Fundación Konrad Adenauer-Universidad del Rosario, 2012, pp. 257-260.

²⁷ Para un muy amplio panorama de las repercusiones jurídicas de la globalización económica, véase: Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, *passim*.

²⁸ Maswood, Javed, *International Political Economy and Globalization*, Singapur, World Scientific, 2000, pp. 2 y 28. En realidad, desde cierto punto de vista, podría hablarse de dos periodos de globalización en la historia: el primero, desarrollado entre 1870 y 1914, y marcado por la *Pax Britannica*; y el segundo, gestado luego de la Segunda Guerra Mundial, catalizado por la caída del comunismo y teniendo como signo la *Pax Americana* y la liberalización del comercio internacional; véanse: *ibidem*, p. 24 y Comin Comín, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza, 2013, pp. 409-412 y 663-674. Sobre el decisivo papel norteamericano en la segunda posguerra, véase Gomes, Leonard, *The Economics and Ideology of Free Trade. A Historical Review*, Cheltenham, Edward Elgar, 2003, pp. 292-294. Otra perspectiva hablaría de un solo proceso de mundialización, interrumpido durante el periodo correspondiente a las dos guerras mundiales: *cf.*: *ibidem*, pp. 249 y 301-302, y Godínez, Víctor M., “Una crónica sobre la economía mundial en el cambio de siglo”, en León, José Luis (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, FCE, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1999, pp. 32-35 (sugiriendo esta idea, preguntándose si se trata de una *déjà vu*).

²⁹ Véase: Herdegen, *op. cit.*, pp. 174-178 y 184.

³⁰ *Ibidem*, p. 45.

³¹ Véanse como ejemplo los artículos 102.1, 301.2 1102, 1103 y 1105 del TLCAN. Las cláusulas de estos instrumentos son “notablemente uniformes y constituyen una valiosa práctica estatal”, aunque ésta debe tomarse con prudencia, a efecto de basar en ella el surgimiento de una norma consuetudinaria internacional (Shaw, *op. cit.*, p. 609).

³² El origen de este principio se remonta a la infancia de la liberalización comercial, a la primera era de globalización que se

discriminar las importaciones, una vez que hubieran entrado a su territorio, y tratarlas como si tuvieran su nacionalidad; y el segundo, la obligación de otorgar a los demás Estados parte los beneficios que otorguen a cualquier otro, de lo cual se exceptuaban las áreas de libre comercio.³³

2. Organización Mundial del Comercio (omc)

A escala mundial, la OMC conduce la integración económica;³⁴ los acuerdos que forman su régimen jurídico “son como la constitución comercial mundial”.³⁵ Se trata de una suerte de “confederación” regida por un muy amplio (sub)sistema jurídico que incluye disposiciones del GATT como propias.³⁶ Constituye un “marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros”, y un foro de negociaciones vinculadas con sus relaciones comerciales multilaterales,³⁷ así como un ámbito que da cauces para solucionar de modo objetivo las diferencias que se suscitan en esta materia. Esta organización tiene gran trascendencia para el ámbito doméstico de los Estados que forman parte de ella.³⁸

El orden jurídico de la OMC se compone por un conjunto unitario formado por el Acuerdo de Marrakech, que es el instrumento orgánico de esta institución, y por conjuntos de tratados internacionales “multilaterales” y “plurilaterales” que, conforme a los artículos II.2 y II.3 del primer instrumento, forman parte integral del mismo. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC es “la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de [esta organización] a la estabilidad de la economía mundial”.³⁹ Este mecanismo compositivo consta de dos instancias sucesivas: el Órgano de Solución de Diferencias (*Dispute Settlement Body*) y el Órgano de Apelación (*Appellate Body*).

— mencionó, incluyéndose en el tratado comercial anglo-francés de 1860. Gomes, *op. cit.*, p. 249.

³³ Cfr. Maswood, *op. cit.*, pp. 30-31. Véase: Herdegen, *op. cit.*, pp. 184-203.

³⁴ Cfr. Bal, Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, tesis de doctorado, Estrasburgo, Universidad de Estrasburgo, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2lrkuqf>, pp. 527-528, quien considera a la OMC como la vanguardia en el surgimiento de un “derecho económico global” y por la “expresión más concreta” de “la idea kantiana” sobre la “importancia crucial de la cooperación económica” para el derecho internacional [se cita a Hélène Ruiz Fabri para esta última idea].

³⁵ Hestermeyer, Holger, “International Human Rights Law and Dispute Settlement in the World Trade Organization”, en Scheinin, Martin (ed.), *Human Rights Norms in 'Other' International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 201: “The WTO Agreements are akin to the world's trade constitution”.

³⁶ Cfr. Maswood, *op. cit.*, pp. 288-290. Véase OMC, *Panorama general: guía de navegación*, Ginebra, 1 de mayo de 2021 disponible en: <http://bit.ly/2dvR5a9>.

³⁷ Véanse los artículos II y III del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, disponible en: <http://bit.ly/1ST9g7q>.

³⁸ Para un análisis de la OMC desde la perspectiva constitucional, véase: Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 148-151.

³⁹ Para comprender este procedimiento de manera sencilla, véase: OMC, *Una contribución excepcional*, Ginebra, 1 de mayo de 2021, disponible en: <http://bit.ly/1QWlXH2>. Respecto a la comparación entre los sistemas compositivos del GATT y de la OMC, véanse: Maswood, *op. cit.*, 45-49, y Shaw, *op. cit.*, pp. 750-752.

3. Libre comercio

La forma “fundamental y básica” de la integración económica es la constitución *convencional* de una “zona de libre comercio”, un conjunto de territorios aduaneros entre los cuales se tiene el propósito general de eliminar las restricciones a los intercambios comerciales, relativos a los productos originarios de los Estados que la componen, con el fin de que circulen libremente en sus territorios,⁴⁰ y que también tiende a un libre flujo de servicios y de capitales. En adelante, al hablar de “integración económica” se hará referencia primordialmente a esta manifestación de dicho fenómeno, considerando que lo dicho a su respecto *mutatis mutandi* podría aplicar a otras manifestaciones de éste. Por ser el más importante para el contexto mexicano, su referente obligado es el ya vigente T-MEC —sucesor del TLCAN—,⁴¹ sin dejar de considerar que existen otros instrumentos y variedades de integración.⁴²

4. Protección de la inversión extranjera

Un muy relevante aspecto del libre comercio, que ha dado lugar a una sección obligada de sus correspondientes tratados, es el régimen de la inversión extranjera.⁴³ Como factor de crecimiento económico, este flujo de capital y la actividad comercial guardan estrecha relación por el incremento de producción que la primera ocasiona, el movimiento de personas y tecnología, así como la importancia de las exportaciones para la balanza comercial de un país.⁴⁴

Tradicionalmente, la tutela jurídica internacional de la inversión foránea era parte del derecho de extranjería, y se realizaba mediante la “protección diplomática”,⁴⁵ que consiste en la invocación por parte de un Estado, a través de un medio diplomático de solución de controversias (negociación, buenos oficios, entre otros), de la responsabilidad de otro por incumplir respecto de un nacional del primero el estándar mínimo de trato a los extranjeros, conforme al derecho internacional que, “[e]n razón de la evolución material del derecho internacional en el curso de los últimos decenios... se ha extendido... para incluir particularmente los derechos humanos internacionalmente garantizados”.⁴⁶

⁴⁰ Véase: Pacheco Martínez, *op. cit.*, pp. 53-59. *Cfr.*: artículo 102 del TLCAN.

⁴¹ Secretaría de Gobernación, “Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 2020. Por su importancia histórica y porque aún persisten algunas de sus consecuencias, se continuará mencionando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

⁴² Véase Herdegen, *op. cit.*, pp. 270-277.

⁴³ *Cfr. Ibidem*, pp. 383 y 386. Véanse los capítulos 14 del T-MEC y XI del TLCAN. Para una amplia exposición del impacto constitucional del tema, en general y con referencia a México —incluyendo un análisis del caso *Metalclad*—, véase Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 205-238.

⁴⁴ *Cfr.*: González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009, pp. 7-11; Herdegen, *op. cit.*, pp. 374-376; y Maswood, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵ Herdegen, *op. cit.*, p. 383; y González de Cossío, *op. cit.*, p. 21. Sobre la protección diplomática, véanse, en general, *ibidem*, pp. 31-32, Brownlie, *op. cit.*, pp. 406-407, y Shaw, *op. cit.*, pp. 588-590 y 735-742.

⁴⁶ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, excepciones preliminares, 24

Si bien los “tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación” incluyeron estipulaciones sobre “la admisión y la protección de las inversiones”, y aún hoy tienen cierta importancia, desde hace algunas décadas, la protección de la inversión extranjera se produce mediante convenciones más sofisticadas que “ofrecen un mayor grado de precisión”: los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI, o por sus siglas inglesas: BIT, *Bilateral Investment Treaty*, que en español corresponden a TBI).⁴⁷ Estos últimos instrumentos pueden ser autónomos o, como se ha señalado, parte integral de un más amplio tratado de libre comercio.

En un principio, los TBI no previeron algún procedimiento para garantizar los derechos que otorgaban a los inversionistas, sino que se limitaban a referir a una solución interestatal de controversias. Fue hasta finales de los años ochenta del siglo XX que se les añadió una cláusula compromisoria de arbitraje, con base en la cual se otorga al inversionista el derecho de reclamar al Estado anfitrión, en un procedimiento que constituyó un “relativamente nuevo desarrollo del derecho económico internacional”: el *arbitraje de inversión*.⁴⁸

El desarrollo de estos arbitrajes se ha efectuado primordialmente a través del Centro para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI, en inglés: ICSID, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*) del Banco Mundial, al lado de otras instituciones de menor importancia.⁴⁹ Hoy existe una importante colección de laudos arbitrales en materia de inversión que acrecienta el número de elementos jurídicos internacionales que se deben tomar en cuenta para temas relacionados con el libre comercio. Este conjunto normativo constituye una rica jurisprudencia, muy útil en relación con el derecho humano de propiedad y sus garantías.⁵⁰

IV. Interpretación sistémica y proporcional

1. ¿“Constitucionalización” del derecho internacional?

En el derecho internacional se ha hablado de una permanente tensión entre las normas relativas a los derechos humanos y las de materia económica, que de muchas maneras contribuye para concluir que unas suponen la insatisfacción de las otras. Avivan esta

de mayo de 2007, <http://bit.ly/39BX719>, p. 599, § 39 (citando a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU).

⁴⁷ Herdegen, *op. cit.*, p. 386. El primer TBI se celebró el 25 de noviembre de 1959 entre Alemania y Pakistán, y marcó “la etapa decisiva en el camino a un moderno derecho internacional de las inversiones”; Scheu, Julian, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden, Nomos-III, 2017, p. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 101-102.

⁴⁹ Véanse: Herdegen, *op. cit.*, pp. 409-410, González de Cossío, *op. cit.*, pp. 32-34, y Shaw, *op. cit.*, pp. 752-755.

⁵⁰ Invocada por la misma CoIDH en *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, § 97 (núm. 93).

tensión los deberes fundamentales de *respetar, proteger y promover* los derechos humanos⁵¹ que imponen a los Estados numerosas obligaciones positivas.

Una respuesta a este dilema ha sido atribuir a las normas de derechos humanos superioridad jerárquica dentro del derecho internacional. Así, se ha considerado que las normas de derechos humanos *prevalecerían absolutamente* sobre los tratados de inversión,⁵² y que “permean otras áreas del derecho internacional” que deberían interpretarse “consistentemente” con ellas.⁵³ Esta supremacía es impulsada por la idea de que los derechos humanos son “constitucionales” del orden público internacional, en tanto reflejan “valores fundamentales”.⁵⁴

Resulta muy seductor transportar el paradigma constitucional al derecho internacional,⁵⁵ lo cual se ha intentado con base en diferentes fundamentos⁵⁶ y puntos de partida.⁵⁷ Esta posición tiene un grado de razón en tanto que “[u]n análisis del derecho internacional con el auxilio de parámetros constitucionales” impulsaría la legitimidad del ejercicio del poder, el control de éste y la garantía de los derechos, entre otros; pero no es posible transportar tal cual la concepción constitucional doméstica al orden internacional, sino que requiere ser una más “abierta, pluralista y [en especial] *discursiva*” para reconocer e integrar las peculiaridades de este ámbito jurídico; de tal modo, la “constitucionalización *en el* derecho internacional [cursivas en el original] se apoya[ría] menos en una fuerte afirmación de normas, sino más bien en crear cargas de justificación (*Begründunglast*)”.⁵⁸

⁵¹ Desde una perspectiva personal, se puede opinar que con el afán de no dejar resquicio para la ineficacia de los derechos humanos, este ámbito jurídico internacional ha sido sumamente prolijo al definir y clasificar estas obligaciones, y en general, en este punto imperan el desacuerdo, la ambigüedad y la vaguedad; véase Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, disponible en: <http://bit.ly/2yDMzB2>, pp. 111-117. Sin embargo, por su precisión y carácter comprensivo, se ha fortalecido y ha ganado adeptos la tríada de obligaciones básicas del Estado frente a los derechos humanos que consisten en *respetar, proteger y satisfacer (fulfil)* —que, como se ha señalado, debería sustituirse por “promover”, término aún más exacto—; esta tipología es paradigmática para el derecho internacional de la inversión; véanse: Schutter, *op. cit.*, pp. 280-281; Krommendijk, Jasper y Morijn, John, “‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, en Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 422; y Mouyal, Lone Wandahl, *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*, Nueva York, Routledge, 2018, pp. 115-116.

⁵² Cfr. CoIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, § 140.

⁵³ Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 21, núm. 3, agosto de 2010, disponible en: <http://bit.ly/1nRD3Lj>, p. 590.

⁵⁴ Cfr. *Loizidou c. Turquía*, núm. 15318/89, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, § 75 y 93 (refiriendo “*la Convention en tant qu’instrument constitutionnel de l’ordre public européen*” [énfasis añadido]); TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Dinamarca*, núms. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 53; y CoIDH, *Masacre de Maripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, § 104.

⁵⁵ Entre los últimos intentos está Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018, pp. 41-46.

⁵⁶ Con apoyo en autores clásicos como Vitoria, Suárez, Leibniz (como defensor de un iusnaturalismo racional), Wolff, y como “referencia central” para conceptos actuales del derecho internacional, Kant. Véase Kleinlein, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

⁵⁷ Un ejemplo basado en la teoría de los principios de Robert Alexy puede verse en Eggett, Craig, “The Role of Principles and General Principles in the ‘Constitutional Processes’ of International Law”, *Netherlands International Law Review*, La Haya, Springer-Asser Press, vol. 66, núm. 2, julio de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2mcRR08>, pp. 197-217.

⁵⁸ Cfr. Kleinlein, *op. cit.*, pp. 685-687 (cursivas añadidas, salvo indicación de lo contrario).

No es tan fácil hablar de un “orden normativo superior” en el derecho de gentes, aun pasando por alto el nada insignificante obstáculo pragmático que consiste en que “[l]os Estados siempre han mostrado renuencia a la frecuentemente proclamada ‘constitucionalización’ del derecho internacional”, y han “escogido no establecer un sistema internacional en que se atribuya explícitamente a los derechos humanos una fuerza normativa superior”, lo que, por ejemplo, explica la ausencia de referencia explícita a los derechos humanos en la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC.⁵⁹ La idea de “constitucionalizar” el derecho internacional enfrenta inconvenientes teóricos, particularmente en su versión apoyada en las características del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes* del derecho de gentes, ambas nociones frecuentemente enlazadas con los derechos humanos.⁶⁰ Enseguida serán resumidos algunos de dichos inconvenientes.

En el derecho internacional existe una variedad de jerarquías —mejor dicho, diferentes grados de fuerza normativa— entre los extremos del *ius cogens* y del *soft law*, pero de esta diversidad no pueden simplemente enlazarse consecuencias para resolver conflictos de normas de modo general,⁶¹ una de las consabidas funciones de la ley fundamental y de su supremacía en el ordenamiento doméstico.⁶² La ausencia de una autoridad diferente a los destinatarios del derecho internacional y la de una “fuente jurídica independiente (*eigenständig*)” —al estilo de la “norma fundamental” kelseniana— no permiten reconocer supremacía objetiva a alguno de los elementos de dicho sistema jurídico, ni siquiera a los derechos humanos como valores superiores comunes; en el mejor de los casos, éstos tendrían una primacía *prima facie*, sujeta a ponderación casuística.⁶³ Aún son controvertidos algunos elementos conceptuales esenciales y las consecuencias del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*, por lo que no puede inmediata y generalmente atribuirse a estas normas la capacidad para invalidar otras que les sean opuestas.⁶⁴

Así, la existencia de normas internacionales perentorias, que incluiría “derechos humanos fundamentales” a que se ha reconocido esa calidad, sin duda es un paso importante, pero insuficiente aún para pensar en una “ley suprema de la comunidad internacional” que cumpla las funciones de la Constitución en el ordenamiento doméstico.⁶⁵ Mucho podría discutirse sobre lo anterior, pero lo cierto es que, exceptuando las reconocidas como *ius cogens* y sin perjuicio de su “papel [paulatinamente] más predominante en el derecho internacional general”,⁶⁶ no hay en este sistema jurídico una posición

⁵⁹ Hestermeyer, *op. cit.*, p. 225.

⁶⁰ Sin perjuicio de las siguientes referencias específicas, véase: Kleinlein, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, p. 320.

⁶² Véase: Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-58.

⁶³ *Cfr.* Kleinlein, *op. cit.*, pp. 323-331.

⁶⁴ *Cfr. Ibidem*, pp. 337 y 361-362. En relación con el *ius cogens*, *cfr.* Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 184 y 188-190 (señalando que, si bien tiene superioridad jerárquica, su formulación es generalmente indeterminada).

⁶⁵ *Cfr.* Kleinlein, *op. cit.*, p. 328.

⁶⁶ Mouyal, *op. cit.*, p. 99.

consolidada, en el sentido de que las normas de derechos humanos se imponen de modo general a las del ámbito económico, por lo cual ambas deben verse en el mismo plano.⁶⁷

El postulado de que en el orden internacional los derechos humanos han de prevalecer absolutamente sobre cualquier otra disposición es, al cabo, determinado de modo *ideológico*, no totalmente, aunque sí en buena medida, resulta de la inclinación —y del interés— de conceder superioridad a su materia por parte de sus órganos garantes.⁶⁸ Y la misma orientación tiene la alegada tendencia del arbitraje de inversión —que *mutatis mutandi* aplicaría a otros ámbitos del derecho económico internacional— a favorecer a la parte actora frente al Estado demandado,⁶⁹ y el acento en sus aspectos privados que tradicionalmente han negado relevancia en él a los derechos humanos,⁷⁰ aunque estos lugares comunes han perdido vigor en los últimos lustros.⁷¹

Hace aproximadamente quince años, un grupo de trabajo (encabezado por Martti Koskenniemi) de la CDI diagnosticó los problemas de coordinación entre los regímenes especializados internacionales: 1) “no hay disponible un *metasistema homogéneo, jerárquico*, para deshacerse de tales problemas”; 2) son “oscuras o ambivalentes” las “cláusulas de conflicto” que la práctica reciente ha desarrollado para lidiar con los potenciales conflictos entre los tratados;⁷² 3) “[e]l complejo entero de las relaciones entre regímenes es en el

⁶⁷ Cfr. Scheu, *op. cit.*, p. 222; y Mouyal, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁸ Cfr. Scheu, *op. cit.*, pp. 221-222, acentúa que en el caso citado *supra*, la CoIDH no emprendió una “fundamentación más detallada” para justificar la superioridad del Pacto de San José frente al TBI que relegó, y con una visión más matizada sobre el mismo caso y otros, Nikken, Pedro, “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, *passim* y pp. 265-270, señalan que, aunque la CoIDH intentó ponderar en aquel asunto, reiteró su tendencia a hacer prevalecer absolutamente los derechos humanos sobre los económicos, pero sin que esta opinión sea conclusiva a la luz del derecho internacional general contemporáneo.

⁶⁹ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, pp. 16-17, señala el interés económico de instituciones y árbitros como base de la parcialidad recriminada a este mecanismo, así como Hirsch, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 109. Esta inclinación favorable al inversionista fue validada en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID núm. ARB/02/6, competencia, 29 de enero de 2004, disponible en: <http://bit.ly/2zqLFrI>, § 116, se afirma que, siendo “[e]l TBI un tratado para la promoción y la recíproca protección de las inversiones... es legítimo resolver incertidumbres en su interpretación de manera que se favorezca la protección de las inversiones que cubre”, pero contradicha en *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID núm. ARB/01/11, laudo, 12 de octubre de 2005, disponible en: <http://bit.ly/2W4ufJn>, § 52: “no es permisible, como frecuentemente se hace con los TBI, interpretar [sus] cláusulas exclusivamente a favor de los inversionistas” (cursivas suprimidas); se señala que aquella posición absolutamente favorable al inversionista *no es pacífica*, y se la critica por contravenir la “universal pretensión de tutela de los derechos humanos” y los fines de política económica de los Estados parte de los TBI, y no sólo a la protección privada del inversionista —lo que en este ámbito tiene muchas más implicaciones—; véase: Scheu, *op. cit.*, pp. 139-140.

⁷⁰ Cfr. Hirsch, *op. cit.*, pp. 112-114, expresa que la relativa renuencia de los tribunales de inversión a involucrarse en cuestiones de derechos humanos se debe a su intención de evadir controversias ideológicas que mayormente tales derechos suscitan, mas previendo su creciente importancia; Brabandere, Eric de, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 129 y 143, señala la mencionada renuencia de los tribunales de inversión; y Reiner, Clara y Schreuer, Christoph, “Human Rights and International Investment Arbitration”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 82, indican lo “altamente inusual” de que un TBI prevea la protección de derechos humanos.

⁷¹ Particularmente, contraviene ambos el ya famoso caso *Philip Morris Brand Sàrl y otros vs. República Oriental del Uruguay* (CIADI núm. ARB/10/7, laudo final, 8 de julio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2WskjLH>), en que prevaleció el Estado demandado y su derecho a proteger la salud frente al interés económico de las actoras, con base en una aplicación —incorrecta, según opinión particular— del margen de apreciación nacional del TEDH.

⁷² Como serían algunos cánones usuales, según una perspectiva personal: *effet utile*, *pro homine*, etcétera, los cuales tienen utilidad, pero limitada.

presente un *agujero negro*”, y hay que preguntarse por los “principios de solución de conflictos [que] podrían usarse para lidiar con los conflictos entre regímenes”; 4) “pocas instituciones quedan para hablar el lenguaje del derecho internacional general con el objetivo de regular, a un nivel universal, relaciones que *no pueden reducirse a la realización de intereses especiales* y que van más allá de la coordinación técnica”; y 5) se propone una “*reformulación*’ del derecho internacional general en formas diferentes a la codificación y al desarrollo progresivo —no como sustituto sino como suplemento de éstas—”.⁷³

Se requiere, entonces, de un “punto de vista más principal (*principled*)” que considere los subsistemas desde el terreno común del sistema del derecho internacional (general).⁷⁴ Esto podría alcanzarse mediante la compleja y sucesiva interacción de tres aspectos: 1) principio de “integración sistémica”; 2) fijación de un común denominador en el contexto respectivo; y 3) examen de proporcionalidad.

2. Integración sistémica

Basado en el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, por el cual las disposiciones de los tratados también deben interpretarse a la luz de “[t]oda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”,⁷⁵ el principio de integración sistémica es la solución que propuso el referido grupo de trabajo de la CDI para aplicar las normas de un régimen especializado del derecho internacional, en consonancia con las de otra rama.⁷⁶ En términos prácticos, dicho principio indica que el intérprete debe “situar las normas invocadas... en el contexto de otras normas y principios que podrían ser relevantes en un caso”, con lo cual la aplicación jurídica toma como referente un “ambiente jurídico más amplio”: el del “‘sistema’ del derecho internacional como un todo”.⁷⁷

Este principio se apoya en dos presunciones:⁷⁸ 1) una positiva, que supone la intención de las partes por referirse a principios generales del derecho internacional para todas las cuestiones que el tratado no resuelve expresamente; y 2) otra negativa, en el sentido de que al celebrar un tratado, los Estados parte no pretendieron actuar de modo incongruente con principios jurídicos internacionales generalmente reconocidos, ni con obligaciones convencionales previamente asumidas para con otros Estados.⁷⁹

⁷³ Cfr. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 249, 251, 253, 255 y 256 (cursivas añadidas).

⁷⁴ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, p. 427.

⁷⁵ Cfr. Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPIJ), *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, objeciones preliminares, 25 de agosto de 1925, serie A, núm. 6, disponible en: <http://bit.ly/2RdIZXr>, p. 18: “la interpretación de otros acuerdos internacionales entra incuestionablemente dentro de la competencia de la Corte si esta interpretación debe ser considerada como incidente en la decisión de un punto para el cual ella es competente”.

⁷⁶ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, p. 58. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 206-244 (§ 410-480).

⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, p. 243 (§ 479).

⁷⁸ *Ibidem*, p. 234 (§ 465).

⁷⁹ Este principio de conservación (*ut res magis valeat quam pereat*) pertenece al derecho internacional público y deriva el concepto de buena fe en la interpretación de los tratados del artículo 31.1 de la Convención de Viena. Cfr. Grupo Especial (OMC), *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R *et al.*, informe del 2 de julio de 1998

Así, el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena funda la posibilidad, y aun la obligación, de invocar en un régimen especializado internacional las normas de otro que también sean pertinentes al caso.⁸⁰ Esto no es novedoso en el derecho internacional, y tampoco para la relación entre los derechos humanos y el derecho económico internacional: la CoIDH ha tomado como referente laudos arbitrales de inversión para analizar la expropiación;⁸¹ ha sido creciente la relevancia de los derechos humanos en el arbitraje de inversión, primordialmente cuando los Estados demandados usan sus obligaciones positivas de protegerlos y promoverlos como defensa en estos procedimientos;⁸² y el Órgano de Apelación de la OMC ha empleado consideraciones propias del ámbito de los derechos humanos sin referencias explícitas —pues en su seno hay gran renuencia a hacerlo—, pero “mostr[ando] respeto y deferencia” a “valores” desvinculados del comercio en la interpretación de disposiciones del régimen de la OMC que “pueden servir[les] como punto de entrada”, de una manera tímida pero que podría llegar a asemejarse a lo que hizo el Tribunal de Luxemburgo para introducir los derechos humanos al ámbito de la actual Unión Europea.⁸³

La articulación de diversos regímenes jurídicos, cuya aplicación concurre en determinadas situaciones, es deseable por motivos normativos y prácticos. Entre los primeros, puede anotarse que el cumplimiento de sus normas no es una mera formalidad, sino que busca satisfacer fines sustantivos y específicos que siempre son más o menos valiosos, y en todo caso, busca el objetivo general de prevenir el ejercicio arbitrario del poder en las relaciones internacionales.⁸⁴ Derivado de lo anterior, prevenir la responsabilidad del Estado es un motivo práctico suficiente por las implicaciones políticas e incluso económicas que puede representarle,⁸⁵ y que una visión parcelada del orden jurídico internacional propiciaría resolver una cuestión exclusivamente para el derecho internacional de los derechos humanos, que puede desembocar en responsabilidad desde la perspectiva jurídica económica internacional, y viceversa.

Es difícil pensar que podría haber una objeción a este ideal; una solución compartida e integral es mejor que una parcial, sencillamente porque supone que no deja de satisfacer un ámbito jurídico especializado, aunque busca también avenirse con

(adoptado el 23 de julio de 1998), disponible en: <http://bit.ly/3xFyAhC>, § 5.349.

⁸⁰ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, p. 59.

⁸¹ *Idem.*

⁸² Véanse: Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 88-94; Brabandere, *op. cit.*, pp. 129-130 y 141-147; Hirsch, *op. cit.*, pp. 99-105; Mouyal, *op. cit.*, pp. 146-151, y señalando nuevos problemas en torno a la invocación de derechos humanos en el arbitraje de inversión por los Estados demandados —y por los particulares reclamantes—, Baetens, Freya, “Invoking Human Rights. A Useful Line of Attack or a Defence Tool for States in Investor-State Dispute Settlement?”, en Scheinin, *op. cit.*, pp. 259-262.

⁸³ Cfr. Hestermeyer, *op. cit.*, pp. 217-218 y 223-226. Sobre la introducción pretoriana de los derechos humanos por el Tribunal de Luxemburgo, véase: Rosas, Allan y Armati, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart, 2010, pp. 143-162.

⁸⁴ Véase: Ruiz Valerio, José, “El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición”, en Bercerra Ramírez, Manuel y González Martín, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 49-72.

⁸⁵ *Idem.*

otro. Pero las dificultades comienzan cuando se dan pasos concretos para cumplir ese propósito.

El principio de integración sistémica es sólo un *lugar común*, sumamente abstracto, que puede implementarse con diferentes alcances y de múltiples maneras, en especial por los diversos sentidos que pueden atribuirse al artículo 31.3.c) de la Convención de Viena. Se ha tratado de perfilarlo sosteniendo, por un lado, que debe basarse en una interpretación amplia de esa disposición convencional,⁸⁶ y por el otro, que su límite —como el de todo canon interpretativo— es “discernir el significado del texto empleado”, y “no puede usarse ‘para desarrollar interpretaciones... que parecen subvertir la intención común de las partes del tratado’”.⁸⁷ Señalar un objetivo metodológico no es poca cosa, pero la integración sistémica no va más allá, y en eso radica su limitada utilidad práctica y la imposibilidad de tenerlo como una respuesta definitiva al problema de la fragmentación del derecho internacional, así como la necesidad de que los integrantes de la comunidad internacional se ajusten simultáneamente a todos sus subsistemas.

3. Común denominador

El principio de integración sistémica no basta para articular las normas de ambos órdenes,⁸⁸ pues entre otros motivos, no sería difícil hallar reticencias a una visión que pretenda integrarlos. De cara a lo anterior, un elemento crucial para fortalecer la integración sustantiva de diversos ámbitos del derecho internacional es hallar una manera en que su distanciamiento se atempere, implementando un “común denominador” que permita a un régimen aproximarse a las normas pertenecientes al otro, si no asimilarlas.

Ya que es imposible comparar peras con manzanas, resulta necesario un “común denominador” para acercar subsistemas jurídicos internacionales, no sólo especializados y diversos, sino “autocontenidos” (*self-contained*),⁸⁹ parcelarios y quizás aun sectarios. La clausura de estos subsistemas imposibilita el diálogo entre ellos y, de acuerdo con su creencia de plenitud propia, evita apreciar el carácter *multidimensional* que pueden tener los hechos a que simultáneamente se refieren.⁹⁰ Como última consecuencia, esta deficiencia obstaculiza que sus conflictos se resuelvan de manera integral, con una solu-

⁸⁶ Véase: McGrady, Benn, *Trade and Public Health. The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 45-74, quien expone diversas aproximaciones al mencionado artículo de la Convención de Viena, y se inclina por descartar su interpretación restrictiva para darle máxima efectividad, y permitirle flexibilidad al intérprete —pero anotando la posibilidad de activismo judicial, como consecuencia—.

⁸⁷ Hestermeyer, *op. cit.*, p. 212, cita al Órgano de Apelación [OMC], *Peru – Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R, § 5.94.

⁸⁸ *Cfr.* Scheu, *op. cit.*, p. 165, advierte contra la sobrevaloración de esta “mera regla de interpretación”; y Brabandere, *op. cit.*, p. 140, señala que la integración sistémica es “de poco provecho al resolver conflictos entre tratados”.

⁸⁹ Uno de los conceptos clave de la fragmentación del derecho internacional. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 65-73 (§ 123-137).

⁹⁰ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, p. 15, afirman que la confianza “en la fuerza de su estructura institucional” y su creencia en la propia plenitud llevan a la clausura de los subsistemas jurídicos internacionales; y Morin, *op. cit.*, p. 93, contraponen la “multidimensionalidad” a la “unidimensionalidad”, y concluye que ésta es “parcelaria y pobre”, y que la plenitud sólo se identifica con la primera.

ción compartida y satisfactoria para todos los regímenes confrontados, lo que, lejos de conjurar, propicia la responsabilidad internacional de los Estados.

La elaboración de un “común denominador” que ubique en un mismo plano normas y regímenes jurídicos disímiles podría darse de muchas maneras, según su contexto de aplicación. Si el régimen correspondiente tuviera una cláusula de apertura —como el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución mexicana—, la consideración de normas ajenas sería directa y prácticamente llana, sin mayores esfuerzos. Pero en otros contextos se requerirán esfuerzos argumentativos más o menos elaborados, como buscar las coincidencias materiales entre las normas propias del sistema especializado y las extrañas a éste, especialmente para interpretar las disposiciones propias a la luz de las integrantes de un régimen extraño,⁹¹ o acudir a recursos como tenerlas por principios generales jurídicos que sean aplicables en el contexto de que se trate.⁹² Lo crucial es aproximar los subsistemas jurídicos confrontados en un terreno común, favoreciendo su relevancia en el contexto de aplicación, y poner atención a sus similitudes y puntos de contacto. Se puede estimar que es factible realizar ejercicios semejantes en relación con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional, para así lograr su “integración sistémica” en sus respectivos contextos.

En el arbitraje de inversión hay oportunidades claras para acoger los derechos humanos: 1) las referencias al “desarrollo (sostenible)”, y a valores y derechos como la salud, el medio ambiente y otros, definen objetivos que debe seguir la interpretación teleológica que prescribe el artículo 31.1 de la Convención de Viena —lo que podría llevarse a otros ámbitos del derecho económico internacional, como el régimen de la OMC—;⁹³ 2) cláusulas típicas de los TBI como las de “no discriminación”, “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”, generalmente acompañadas del calificativo “conforme al derecho internacional”, son un recipiente amplio para llenarse con estándares “importados” de los derechos humanos;⁹⁴ y sobre todo, 3) en plena consonancia con el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, la inclusión explícita de “las reglas aplicables del derecho internacional”⁹⁵ en la selección del derecho, con base en el cual decidirá el tribunal arbitral, que permitiría incluso la aplicación de normas que no hubie-

⁹¹ Lo que ha hecho la CoIDH para introducir “otros tratados” —aunque todavía dentro del ámbito de derechos humanos— al resolver casos contenciosos. Cfr. Lixinski, *op. cit.*, p. 594; e. g. “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, fondo, 19 de noviembre de 1999, disponible en: <http://bit.ly/2RnEqTP>, § 195, señala que la Convención sobre los Derechos del Niño “pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana”.

⁹² Como hizo el Tribunal de Luxemburgo para introducir derechos fundamentales al régimen primordialmente económico de la actual Unión Europea. Véase: Rosas y Armati, *loc. cit.*

⁹³ Cfr. Scheu, *op. cit.*, p. 224. Términos como los indicados se hallan en los preámbulos y en las cláusulas de objetivos generales de tratados en materia económica, como el Acuerdo de Marrakech, que constituye la OMC, el T-MEC y el TLCAN.

⁹⁴ Cfr. Weiniger, Matthew *et al.*, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 273-274 y 298-299, tienen los estándares de derechos humanos como “principios generales del derecho aceptados por los principales sistemas jurídicos del mundo”. Se dan muchos ejemplos puntuales de esta influencia, véase: Scheu, *op. cit.*, pp. 176-217. Aunque por haberlo interpretado así su Comisión de Libre Comercio, la referencia al derecho internacional del artículo 1105.1 del TLCAN alude sólo al consuetudinario (*Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID núm. ARB[AF]/99/2, laudo, 11 de octubre de 2002, disponible en: <http://bit.ly/3cLDUeg>, § 120); dicha limitación ya es explícita en el artículo 14.6.1 y en el anexo 14-A del T-MEC.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 14.D.9.1 del T-MEC (1131.1 del TLCAN).

ran consentido las partes de un TBI, entre ellas las perentorias y las consuetudinarias.⁹⁶ La posible remisión que estas estipulaciones harían que los derechos humanos se asimilen a las normas económicas que los órganos de este ámbito están llamados a aplicar, permite verlas como un todo homogéneamente integrado.

Por motivos ideológicos, quizá sea más difícil que el derecho internacional de los derechos humanos asimile las normas del derecho económico internacional, pero se debe tener en cuenta la íntima relación —si no *identidad*— que puede haber entre todas las mencionadas normas; además de la obviedad de que las prohibiciones de discriminación contenidas en tratados de inversión y de libre comercio son la manifestación del derecho a la igualdad, que típicamente reconocen las convenciones sobre derechos humanos,⁹⁷ su protección se vincula sustantivamente con el *derecho de propiedad*⁹⁸ o con la *libertad de comercio*⁹⁹ que avalan importantes convenciones de derechos humanos.¹⁰⁰ Ya se ha visto que la referencia al derecho económico internacional puede ser útil a los derechos humanos para esclarecer algunos aspectos de su propio régimen.¹⁰¹

Reconocer los derechos económicos *lato sensu*¹⁰² en las coordenadas de los derechos humanos, da un común denominador a ambos, por ejemplo: las previstas en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ambos de la OMC, que permiten a las garantías de los primeros operar en el segundo. Quizá los derechos humanos de corte económico no sean los favoritos, y a primera vista su reconocimiento genere rechazo. Serna de la Garza

⁹⁶ Cfr. Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 84-85; Brabandere, *op. cit.*, pp. 134-136; y Scheu, *op. cit.*, pp. 161-167 y 227-233.

⁹⁷ Por ejemplo, cfr. artículos 26 del PIDCP, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH” o “Pacto de San José”), y 14.8.1.(b) del T-MEC (1110.1.[b] del TLCAN).

⁹⁸ Artículos 21 de la CADH, y 1o. del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cfr. Waincymer, Jeff, “Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 284, señala que hay argumentos para sostener que los derechos de propiedad son derechos humanos; y Kriebaum, Ursula, “Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?”, en *ibidem*, p. 234, implica que el concepto de “inversión” se comprendería en el más extenso de “propiedad”.

⁹⁹ Véanse el artículo 6.1 del PIDESC; el mismo precepto del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”); y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU), *Observación General No. 18: Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/18, 2006, disponible en: <http://bit.ly/2VKeuYQ>, § 6, donde se declara que el derecho al trabajo “[e]ngloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario” (cursivas añadidas).

¹⁰⁰ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 428-429, muestran, con relación al derecho de propiedad —pues se habla del arbitraje de inversión—, que “[l]os derechos humanos son así relevantes *para ambos lados* de la balanza” (cursivas añadidas), no sólo para el Estado que los aduce para justificar la afectación del inversionista extranjero; Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 94-95, anotan que “[e]n algunos aspectos, el derecho de los derechos humanos y el de las inversiones son muy similares”, y que son “comunes a ambos” la prohibición de discriminación y la protección de la propiedad, además de que “son fundamentales para el proceso de emancipar al individuo del Estado”, y muestran que sus diferencias son más bien procesales.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Véanse la jurisprudencia constante de la CoIDH sobre el “concepto amplio de propiedad”, tutelado por el artículo 21.1 de la CADH; e. g. *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2WbcBnd>, § 192; y Nikken, *op. cit.*, p. 250, quien expresa que este “concepto amplio” es “otro signo favorable para extender a las inversiones la protección que ofrece el sistema interamericano”.

formuló una valiosa crítica a dicha asimilación,¹⁰³ y su epítome puede ser el siguiente pasaje:

En esta tradición [del constitucionalismo de los derechos humanos], el sujeto protegido es el ser humano, portador de una dignidad que le es propia y los derechos que de ella derivan; en la tradición del derecho comercial internacional, el sujeto protegido son las empresas y sus (legítimos) intereses económicos y ánimo de generar ganancias... Esta [asimilación] se fija en lo superficial, y no en las condiciones y elementos profundos que caracterizan al constitucionalismo, como se ha venido desarrollando por lo menos desde la Ilustración hasta nuestros días.¹⁰⁴

No comparto esta postura, porque pierde de vista el *contenido objetivo* de las normas relevantes —en el sentido de las acciones que tutelan, abstractamente consideradas—; a mi parecer, está influida por una determinada *ideología* con tintes emotivos, y soslaya la *ineludible necesidad práctica* de resolver los eventuales conflictos entre estos regímenes internacionales, fin al que sirve otorgarles un común denominador que permita compararlos y articularlas, para solucionar de modo más preciso sus oposiciones. Finalmente, que grandes empresas y sus utilidades¹⁰⁵ sean beneficiarios de los derechos económicos no parece razón válida para negar protección a su propiedad, libertad de trabajo y aun su libertad de asociación —en cuanto ésta se haría nugatoria en tales condiciones—, entre otros aspectos; estos son puntos de contacto mínimos, si se quiere, pero no menos comunes y reales entre ambos órdenes jurídicos internacionales.

Sin embargo, tampoco reconocer la asimilación entre (algunos de) los derechos humanos y los derechos económicos es el fin del problema, sino sólo un paso indispensable para resolverlo y dar con su “integración sistémica”, y aun para lograr una “constitucionalización en el derecho internacional”.¹⁰⁶ Para una elaboración coherente del orden jurídico internacional, los derechos humanos y los económicos no pueden reclamar protección absoluta, ni siquiera en sus respectivos ámbitos; considerarlos bajo un “común denominador” que los pone en relación asumiendo —aun implícitamente— al menos su analogía, y que permite al sistema especializado, en cuyo contexto se actúa, ser afable a otro también relevante en una situación particular, ya hace colocarse en el camino para

¹⁰³ *Op. cit.*, pp. 167-177, y en las páginas anteriores a las citadas, véase su reseña de este debate.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 174.

¹⁰⁵ Lo que conduce a la cuestión de si las personas jurídicas son titulares de los derechos humanos, imposible de abordar aquí. Al respecto, sin desconocer otras posiciones, se está de acuerdo con la opinión de la Suprema Corte mexicana, que coincide con la respuesta de Ignacio L. Vallarta en el siglo XIX. *Cf.*: “Principio de interpretación más favorable a la persona. Es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales”, tesis P./J. 1/2015, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 16, marzo de 2015, p. 117; y CoIDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador)*, OC-22/16, 26 de febrero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/3eRts7R>, § 70, pp. 110-111 y 119-120.

¹⁰⁶ Véase Kleinlein, *loc. cit.*

resolver sus oposiciones, pero hace falta un paso más para culminar su “integración sistémica”. Se precisa de una *metodología común* a ambos regímenes y que, por tanto, en cualquiera de ellos dé cuenta de su oposición y la resuelva de un modo que previsiblemente también satisfaría al otro —como si se realizase en este último—, y sobre todo, que lo haga de manera “justificable y comunicable”.

La clave para una solución definitiva para los casos de necesaria aplicación de regímenes internacionales divergentes —en concreto: los derechos humanos y el derecho económico internacional— y la inconveniencia de atribuirles primacía absoluta, es el *principio de proporcionalidad*. El examen a que éste da lugar para determinar con racionalidad los debidos alcances de la realización de posiciones jurídicas que colisionan en situaciones particulares, como se verá enseguida, no es desconocido para el derecho internacional y ha sido asimilado precisamente en sus ámbitos de derechos humanos y económico.¹⁰⁷

En estos términos, el principio de proporcionalidad puede verse como parte del “común denominador” para analizar los conflictos entre regímenes internacionales enfrentados. No obstante, es más preciso considerar que su empleo es corolario de distintos factores que perfilan ese “común denominador”: 1) la ineludible equiparación, para efecto de su contraste, de regímenes jurídicos que, en términos generales, dentro del panorama del derecho internacional “[tampoco] se relacionan en términos jerárquicos”,¹⁰⁸ 2) la indefectible apertura al diálogo que los subsistemas internacionales enfrentados deben mantener para lograr su “integración sistémica”, que se traduce en una importante labor argumentativa que requiere encauzar su realización; y 3) la necesidad de justificar en cada caso particular, con la mayor solidez posible, la inexorable prevalencia de alguna de las posiciones enfrentadas.¹⁰⁹

4. Proporcionalidad en el derecho internacional

Entendido sintéticamente como una adecuada relación entre medios y fines, en virtud de la cual es lícito afectar un bien jurídico sólo en una medida indispensable para alcanzar un objetivo legítimo, el de proporcionalidad puede tenerse como un principio general del derecho internacional¹¹⁰ y una norma consuetudinaria del mismo.¹¹¹

¹⁰⁷ Cfr. Scheu, *op. cit.*, pp. 218-223 y 233-236, expone que la respuesta al conflicto entre dichos regímenes internacionales especializados —hablando específicamente para el derecho de la inversión— es un “ajuste” [*Ausgleich*] entre los intereses que tutelan, no en la primacía absoluta de cualquiera de ellos; ajuste que debe realizarse mediante un “examen de proporcionalidad” [*Verhältnismäßigkeitsprüfung*] en los términos con que la dogmática iusfundamental alemana lo ha definido y se ha expandido por el mundo, lo que se apoya un principio de proporcionalidad, reconocido con validez general en el derecho internacional.

¹⁰⁸ Cfr. “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, tesis P/J. 20/2014, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 5, abril de 2014, p. 202.

¹⁰⁹ Como referencia general para estos tópicos, véase Klatt, *op. cit.*, nota 5, *passim*.

¹¹⁰ Scheu, *op. cit.*, pp. 235-236 (citando jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre los derechos a la autodefensa y a la aplicación de contramedidas).

¹¹¹ Cfr. Han, Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in ‘Teemed v. Mexico’”, *Chinese Journal of Interna-*

La proporcionalidad es “la técnica dominante para la adjudicación de derechos”; “[n]o es sólo... un método entre muchos otros”, sino que “[m]ás bien... es el principal medio que permite a los procesos estructurales de justificación en el razonamiento de los derechos el máximo grado posible de racionalidad”. Además, el examen de proporcionalidad es un estándar “universal y necesario”, y no obstante su estructura formal, “sensible a circunstancias concretas y contextos culturales”. Por estas razones, el principio de proporcionalidad es capaz de proveer una “visión holística”¹¹² e integradora de la compleja relación entre elementos jurídicos de diferentes naturalezas, para compararlos —ya puestos bajo un común denominador—, y para delimitarlos de manera precisa en cada caso concreto, no sólo dentro del sistema doméstico sino también en la “arena internacional”¹¹³.

Según su estandarizada fórmula alemana y su empleo en el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad da lugar a un examen para analizar la medida que interviene en una determinada posición jurídica —generalmente protegida por un derecho fundamental—, para supuestamente promover un *fin legítimo*, en el que de forma sucesiva se revisan los siguientes aspectos:¹¹⁴

- *Idoneidad*: la aptitud de tal afectación para lograr dicho propósito o contribuir a su realización en alguna medida;
- *necesidad*: tal perjuicio ha de ser la opción menos lesiva para alcanzar dicho objetivo con el grado de satisfacción previsto; y
- “ponderación” o *proporcionalidad en sentido estricto*: la importancia del perjuicio a la posición jurídica afectada no debe ser mayor que la del beneficio obtenido para el fin legítimo que impulsa su intervención.

tional Law, Oxford, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3, 2007, disponible en: <http://bit.ly/3aM1J4f>, pp. 637 (el caso referido se considera el primer arbitraje de inversión que usó el principio de proporcionalidad *lato sensu*); con las mismas premisas mencionadas aquí, de la misma autora también puede verse “On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People’s Republic of China”, *James Cook University Law Review*, Townsville (Australia), vol. 13, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3xHBgSp>, pp. 234-236. Asimismo, véase: Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, nota 51, p. 423 (n. 4) (haciendo la misma referencia al primero de los trabajos mencionados).

¹¹² Véase *ibidem*, p. 445, que comenta la práctica del TEDH del principio de proporcionalidad, en que este tribunal ha adoptado una “visión holística de todos los derechos humanos”, donde el derecho a la propiedad refleja “la Convención [Europea de Derechos Humanos] en su totalidad” (citando *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 de septiembre de 1982, § 69).

¹¹³ Cfr. Klatt, *op. cit.*, pp. 159, 182-184 y 189. En general, y especialmente para configurar el examen de proporcionalidad y esclarecer diversos postulados que le sirven de base, véase también *idem* y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM-UADY, 2017, disponible en: <http://bit.ly/2jTn5pt>.

¹¹⁴ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: <http://bit.ly/2reSzMn>, pp. 8-9; Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 3; y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 38.

Con algunas variantes meramente formales, esta configuración del examen de proporcionalidad ha sido adoptada por diversos tribunales constitucionales¹¹⁵ y también por órganos de adjudicación internacional.

En términos generales, quizá para no entrar en debates técnicos o culturales, el TEDH ha empleado perfiles muy básicos de la proporcionalidad, y la ha entendido como “una exigencia de adecuación entre un objetivo legítimo y los medios utilizados para alcanzarlo”.¹¹⁶ Más precisa ha sido la CoIDH, que distingue con claridad y ortodoxia los aspectos de idoneidad, necesidad y ponderación del principio de proporcionalidad.¹¹⁷ En el derecho económico internacional, el examen de proporcionalidad —en general o en alguna de sus fases— también ha sido adoptado por el Órgano de Apelación de la OMC y por tribunales arbitrales de inversión, hallándose particularmente adecuado para este último ámbito y en el cual se reconocen sus mencionados subprincipios.¹¹⁸

El reconocimiento que tiene el principio de proporcionalidad en los ámbitos internacionales de los derechos humanos y económico, así como la estandarizada fórmula del examen a que da lugar, lo hace un instrumento viable para mediar los conflictos entre dichos regímenes jurídicos. Es decir, como no se trata de un procedimiento ajeno a éstos, sino que de múltiples maneras lo han implementado, aunque sólo con miras a la solución de cuestiones “internas”, será menor la dificultad de aceptarlo para resolver también los conflictos que cada uno de esos regímenes tenga con el otro.

Se ha planteado el supuesto inconveniente de que el examen de proporcionalidad en el ámbito de los derechos humanos no sería el mismo que en el económico, porque en el primero, según la jurisprudencia del TEDH, se concede un “margen de apreciación nacional” a los Estados que no se halla en el último; pero asimismo, se ha visto que esto

¹¹⁵ Para México, por todos véase: “Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, lib. 36, noviembre de 2016, p. 915 (criterio invocado por el Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 122/2015).

¹¹⁶ Cfr. Sudre, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 81, examinan si la restricción del derecho de acceso a la justicia en virtud de la inmunidad jurisdiccional que otorga el derecho internacional era “proporcionada al objetivo perseguido”, la Gran Sala del TEDH invocó la integración sistémica del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena en *Fogerty v. The United Kingdom*, núm. 37112/97, fondo y satisfacción equitativa, 2 de noviembre de 2001, disponible en: <http://bit.ly/35njtCg>, § 35.

¹¹⁷ *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84 (en términos muy similares a Alexy, *loc. cit.*); opinión reiterada en *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en Steiner, Christian, Marie-Christine Fuchs y G. Patricia Uribe Granados (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019, disponible en: <http://bit.ly/38VkeGX>, pp. 894-895.

¹¹⁸ Sobre el principio de proporcionalidad en ámbitos diferentes a los derechos humanos, especialmente el económico, véase: Cottier, Thomas *et al.*, *The Principle of Proportionality in International Law*, documento de trabajo, Berna, Universidad de Berna, núm. 38, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2y8GMD9>. En relación con el arbitraje de inversión, véanse: Han, “The Application...”, *cit.*, pp. 636-637; Scheu, *op. cit.*, pp. 233-290, con indefectible influencia de la concepción alemana, y señalando la utilidad de la proporcionalidad para examinar la expropiación indirecta y el “trato justo y equitativo”, p. 260; Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 436 y 438-446; McLachlan, Shore y Weiniger, *op. cit.*, p. 357, refiriendo al “trato equitativo” la proporcionalidad “como ha sido desarrollada en el derecho administrativo y en la aplicación de estándares de derechos humanos —como un medio para ponderar (*balancing*) el derecho privado contra la determinación estatal del bien público—”; y Stone Sweet, Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 1, abril de 2010, disponible en: <http://bit.ly/2QMx0eJ>, pp. 47-76.

no es del todo cierto.¹¹⁹ Aparte de que el derecho económico internacional —en especial en el arbitraje de inversión— ha mostrado cierta deferencia a los Estados en relación con cuestiones de política pública y las que atañen al interés de la sociedad, pareciera que esta pretendida objeción no es insuperable. En primer lugar, precisamente conforme al propio TEDH, el “margen de apreciación nacional” se determina mediante un examen de proporcionalidad,¹²⁰ y esto no significa otorgar una ilimitada discrecionalidad a los Estados en el cumplimiento de sus deberes internacionales. Más bien, dicho margen pretende reconocer la aptitud de los Estados para actuar en beneficio de las necesidades particulares de su comunidad, y a otorgar deferencia a su actuación —dentro de ciertos límites normativos y epistémicos, que tienen perfecta cabida en el examen de proporcionalidad—, no una prevalencia absoluta y definitiva; esta consideración puede apoyarse en el principio jurídico internacional según el cual “[l]as restricciones a la independencia de los Estados... no se presumen”.¹²¹

De lo anterior se puede concluir que la proporcionalidad es un principio que, con raíces en el derecho internacional general, ha permeado tanto al régimen de los derechos humanos como al económico. Ya sea en uno u otro terreno del derecho internacional, su implementación pretende lograr una equilibrada relación entre los derechos e intereses privados y el “derecho a regular” de los Estados,¹²² que bien puede estar impulsado por sus obligaciones de proteger y de promover los derechos humanos. El examen de proporcionalidad es el medio para lograr la óptima garantía del interés privado frente a la necesaria realización del público, y viceversa,¹²³ de la manera casuísticamente razonada con que deben enfrentarse las endémicas antinomias del derecho internacional, que se han agravado por su fragmentación.¹²⁴

¹¹⁹ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 443-444.

¹²⁰ Cfr. TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 47-49; y Sudre *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

¹²¹ TPJI, *Affaire du “Lotus” (France c. Turquie)*, sentencia del 7 de septiembre de 1927, *C.P.J.I. Recueil 1927*, serie A, núm. 10, disponible en: <http://bit.ly/3nEaoxW>, p. 18.

¹²² Como se conoce en el ámbito del derecho internacional de la inversión a la facultad de los Estados, inherente a su soberanía, para determinar fines de interés público y las medidas con que pretenden realizarse, la cual tampoco debe ser desproporcionadamente entorpecida —por ejemplo: permitiendo que cualquier afectación al interés privado esté prohibida y genere el deber estatal de repararla—; lo que está bien reconocido por el derecho internacional consuetudinario. Cfr. Mouyal, *op. cit.*, pp. 31-32; y *Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI núm. ARB(AF)/99/1, laudo final, 16 de diciembre de 2002, disponible en: <http://bit.ly/3bEXoRW>, § 103.

¹²³ Cfr. Han, “The Application...”, *cit.*, pp. 642-643, citando a Fortier Yves L. y Drymer, Stephen L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or ‘Caveat Investor’”, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Oxford, Oxford University Press, vol. 19, núm. 2, otoño de 2004, p. 326, disponible en: <http://bit.ly/2Sp4r9v>.

¹²⁴ Cfr. Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 246-247 y 249 (§ 486-488 y 493).

V. Conclusiones

En la actualidad, el derecho internacional se caracteriza por una importante fragmentación. Lo que antes era un sistema jurídico en “estado gaseoso”, casi etéreo y con aplicaciones más o menos limitadas, se ha convertido en uno en “estado sólido”, más bien formado por una gran cantidad de piezas visibles y yuxtapuestas —con variable y matizada fuerza normativa—, y que además incide en la realidad cotidiana de muchas personas e intereses, más allá de las relaciones entre los Estados que integran la comunidad internacional. Esta fragmentación, en realidad, no es ninguna novedad, pues ya desde hace quince años se ha diagnosticado con gran precisión por lo que respecta a los distintos regímenes materialmente especializados de este sistema jurídico, a los de distintos ámbitos regionales y a los problemas técnicos que genera esta diversidad.

Los derechos humanos y la integración económica pueden tomarse por las áreas de mayor desarrollo del derecho internacional en los últimos setenta años. Asimismo, no son insólitos los posibles conflictos que pueden darse cuando las obligaciones asumidas por un Estado en los dos referidos ámbitos jurídicos internacionales se contradicen al no poder realizarse simultáneamente. En particular, la “expansiva” actuación que imponen los derechos humanos a los Estados, debido a las obligaciones positivas que éstos tienen por sus deberes de protegerlos y promoverlos, tienen una especial capacidad para confrontarse con derechos de carácter económico, como la propiedad y la libertad comercial, que garantizan instrumentos de este último ámbito.

En este estadio de evolución del derecho internacional, resulta inaceptable solucionar estos conflictos con base en una pretendida “constitucionalización” del derecho internacional que otorgue prevalencia absoluta a los derechos humanos, atribuyéndoles calidad de *ius cogens* o por su carácter de normas *erga omnes*. Existen imprecisiones relativas a estos conceptos que no permiten fincar sobre ellos una función semejante a la que tienen los derechos fundamentales en los ordenamientos domésticos, y en particular, en el derecho internacional no es admisible atribuir carácter perentorio a todos los derechos humanos.

Un paso importante para superar la fragmentación del derecho internacional y resolver los eventuales conflictos entre sus regímenes especializados, es la “integración sistémica” propuesta por la CDI, en cuyo contexto diversos autores han puesto la ya paradigmática tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional (particularmente en sus aspectos comercial y de protección de las inversiones). Tomando como punto de apoyo el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, la necesaria consideración a “[t]oda forma pertinente de derecho internacional” en la interpretación de los tratados internacionales es la puerta por la que en un ámbito jurídico internacional puede atenderse lo dispuesto en otros, con el fin de lograr una conciliación entre sus disposiciones, o bien, la solución de sus conflictos para favorecer el carácter sistemático del derecho internacional y la seguridad jurídica de los Estados que

integran la comunidad internacional y que en su ámbito interno, incluso desde el nivel constitucional, debe cumplir todos los regímenes internacionales a que estén sujetos, pese a sus divergencias irreconciliables.

Sin embargo, aunque es necesaria como principio fundamental, por su elevada abstracción esa “integración sistémica” no es un criterio definitivo para resolver los conflictos a los que se refiere. El siguiente paso en este camino es hallar mecanismos concretos para que las normas de diferentes regímenes jurídicos internacionales operen de manera articulada, y puedan resolver sus eventuales conflictos prácticos; en particular, con referencia a la tensión entre los ámbitos internacionales de los derechos humanos y económico.

Para resolver sus tensiones, es ineludible que los subsistemas jurídicos internacionales se asimilen y operen bajo un “común denominador”. Se precisa relacionarlos, aproximándolos en los aspectos en que sean objetivamente análogos o en que puedan ser asimilables, para ubicarlos en un mismo plano o en un “terreno común” que permita co-tejarlos. El contexto de aplicación concreta determinará las operaciones argumentativas necesarias para ese acercamiento. De esta manera, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos podría reconocer su analogía con estipulaciones del derecho económico internacional, y tenerlas en cuenta como referente para su propia interpretación, incluso aprovechándolas para subsanar aspectos —como el análisis de medidas expropiatorias *lato sensu*— que sólo incipientemente haya desarrollado; el derecho económico internacional, por su parte, podría elaborar análisis más completos, teniendo en cuenta las obligaciones estatales para con los derechos humanos, o empleándolos como valores aplicables en su esfera y que orientan los debidos alcances de sus propias normas.

Pero el hallazgo de un común denominador —o mejor dicho, “denominadores comunes”, por la pluralidad de maneras en que la asimilación de regímenes diversos podría darse— tampoco es el elemento definitivo para resolver los conflictos: hace falta una técnica apropiada para lidiar con ellos, que permita decidir racionalmente a su respecto.

Dicha técnica definitiva es el principio de proporcionalidad y el examen a que da lugar. Este principio es ubicuo en el derecho internacional, y ha sido asimilado con diversos matices, pero con los mismos rasgos esenciales en los ámbitos jurídicos internacionales de derechos humanos y económico, en los cuales ha servido para decidir diversos conflictos en sus respectivas esferas. Mediante el análisis de la idoneidad, necesidad y ponderación respecto de la realización de un fin legítimo, el examen de proporcionalidad es apto para brindar una respuesta racional a las colisiones entre derechos humanos y económicos, porque permite una exigente actividad argumentativa que resulta adecuada para valorar estos principios jurídicos, sus rasgos formales requieren y encauzan un diálogo más o menos intenso entre dichos subsistemas, y a la vez, es sensible a las particularidades de cada caso concreto. Aunque se ha objetado que el examen de proporcionalidad tiene características diferentes en los mencionados ámbitos jurídicos, bien vistas, dichas diferencias no resultan determinantes.

VI. Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: <http://bit.ly/2reSzMn>.
- BAL, Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Tesis de doctorado, Estrasburgo, Universidad de Estrasburgo, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2lrkuqf>.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BRABANDERE, Eric de, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- COMÍN COMÍN, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza, 2013.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Nueva York, A/CN.4/L.682, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3bPUQQI>.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (ONU), *Observación General No. 18: Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/18, 2006, disponible en: <http://bit.ly/2VKeuYQ>.
- COTTIER, Thomas *et al.*, *The Principle of Proportionality in International Law*, Berna, Universidad de Berna, núm. 38, 2012, <http://bit.ly/2y8GMD9>.
- DUPUY, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- EGGETT, Craig, “The Role of Principles and General Principles in the ‘Constitutional Processes’ of International Law”, *Netherlands International Law Review*, La Haya, Springer-Asser Press, vol. 66, núm. 2, julio de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2m-cRR08>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en STEINER, Christian *et al.* (eds.), *Convención*

- Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019, disponible en: <http://bit.ly/38VkzGX>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GODÍNEZ, Víctor M., “Una crónica sobre la economía mundial en el cambio de siglo”, en LEÓN, José Luis (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, FCE, SRE, 1999.
- GOMES, Leonard, *The Economics and Ideology of Free Trade. A Historical Review*, Cheltenham, Edward Elgar, 2003.
- GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009.
- GRIMM, Dieter, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlín, Berlin University Press, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-58.
- HAN, Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in ‘Tecmed v. Mexico’”, *Chinese Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3, 2007, disponible en: <http://bit.ly/3aM1J4f>.
- HAN, Xiuli, “On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People’s Republic of China”, *James Cook University Law Review*, Townsville, vol. 13, 2006, disponible en: <http://bit.ly/35Ir5yC>.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho económico internacional*, trad. de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram, Bogotá, UNAM-Fundación Konrad Adenauer-Universidad del Rosario, 2012.
- HURD, Ian, *How to Do Things with International Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017.
- KLATT, Matthias, “Proportionality and Justification”, en HERLIN-KARNELL, Ester *et al.* (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019.
- KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM-UADY, 2017, disponible en: <http://bit.ly/2jTn5pt>.
- KLEINLEIN, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2012.
- LIXINSKI, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 21, núm. 3, agosto de 2010, disponible en: <http://bit.ly/1nRD3Lj>.

- MASWOOD, Javed, *International Political Economy and Globalization*, Singapur, World Scientific, 2000.
- MCGRADY, Benn, *Trade and Public Health. The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- MCLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MORIN, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, París, Seuil, 2005.
- MOUYAL, Lone Wandahl, *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*, Nueva York, Routledge, 2018.
- NIEDRIST, Gerhard y FIGUEROA BELLO, Aida, “Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/3gQDx7G>.
- PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la integración económica. Implicaciones jurídicas en México (comercio exterior)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2007.
- ROSAS, Allan y ARMATI, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart, 2010.
- RUIZ VALERIO, José, “El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, disponible en: <http://bit.ly/2yDMzB2>.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Alejandro, “The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/333DjBR>.
- SCHEININ, Martin (ed.), *Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- SCHEU, Julian, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden, Nomos-IILCC, 2017.
- SCHUTTER, Olivier de, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- SHAW, Malcolm Nathan, *International Law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

STONE SWEET, Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 1, abril de 2010, disponible en: <http://bit.ly/2QMx0eJ>.

SUDRE, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011.

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE LA SALUD EN MÉXICO: ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LOS JUECES ANTE LA PANDEMIA POR COVID-19?

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH POLICY IN MEXICO: WHAT IS THE ROLE OF THE JUDGES IN THE COVID-19 PANDEMIC?

Enrique García-Tejeda*
Daniel Torres Checa**

Resumen

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el alcance del principio de relatividad y la protección ante la inacción de las autoridades administrativas, han aumentado el margen de incidencia de los jueces constitucionales en las políticas públicas. Este papel de los jueces es relevante para los estudios de derecho y de políticas públicas. Por ello, este artículo identifica y analiza tres casos de jueces federales que ordenan medidas de protección a la salud, el suministro de agua potable y un ingreso mínimo vital, de marzo a agosto de 2020. Hallamos que, a pesar de los criterios de la Suprema Corte, posiblemente los jueces no participan en el diseño de políticas públicas durante la pandemia y su papel se reduce a la reafirmación de valores sociales.

Palabras clave: Juez constitucional, derechos colectivos, deferencia judicial, derecho a la salud, diseño de políticas, marco de corrientes múltiples.

* Doctor en Políticas Públicas por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Gobierno y Economía de la Universidad Panamericana. Línea de investigación: Derecho y Políticas Públicas. Correo electrónico: cgarcia@up.edu.mx.

** Abogado por la Universidad Panamericana y candidato a maestro en Derecho Constitucional por la Escuela Libre de Derecho. Línea de investigación: Justicia, Democracia, Derechos Humanos, División de Poderes. Correo electrónico: torrescheca25@gmail.com.

Fecha de recepción: 29 de julio de 2020.
Fecha de aceptación: 07 de julio de 2021.

Abstract

The judicial resolutions by the Mexican Supreme Court of Justice regarding the relativity principle and protection against administrative authorities' inaction have increased the judicial faculties of constitutional judges on public policies. The role of these judges is relevant for law studies and public policy studies. In this article, we identify and analyze three cases of federal judges that order measures about health protection, water supply, and a minimum living wage from March 1st to August 31st, 2020. We found that despite the Supreme Court criteria, judges very likely do not participate in public policy design during the COVID-19 pandemic, and their role is reduced just to the reaffirmation of social values.

Keywords: *Constitutional Court, Collective Rights, Judicial Deference, Right to Health, Policy Design, Multiple Streams Framework.*

I. Introducción

Este artículo tiene como objetivo estudiar el papel de los jueces en las políticas públicas de salud en México durante la pandemia de COVID-19. Para ello, se analizan tres resoluciones de juicios de amparo y se contrasta el rol de los jueces y tribunales con el marco teórico del proceso de políticas públicas. Estos juicios examinados son aquellos que pudieron ser identificados de marzo a agosto de 2020, y cuya materia es el derecho a la salud durante la emergencia sanitaria.

El primer caso examinado data de marzo de 2020. En este juicio de amparo, un habitante de Michoacán reclama a las autoridades sanitarias la omisión de medidas de contención, prevención y detección del COVID-19 para evitar el contagio y propagación del virus. El juez concedió una suspensión del plano al quejoso para que las autoridades responsables comprueben las medidas y acciones para la protección de la salud durante la pandemia.

El segundo caso analizado es de julio de 2020. En este juicio de amparo, un habitante de San Luis Potosí reclama la inacción de las autoridades municipales para proporcionar agua potable en su domicilio y colonia. El desabasto impide al quejoso dar seguimiento a las medidas de prevención de lavado de manos establecidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) ante la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2. El juez ordenó a la autoridad municipal tomar las medidas conducentes para asegurar el abastecimiento de agua en la comunidad del quejoso.

Finalmente, el juicio de amparo analizado en el caso tercero, también de julio de 2020, relata la situación de un profesor y sus dos hijos menores de edad, que se vieron

despojados de su ingreso, sus prestaciones de salud y de seguridad social ante la pérdida de trabajo del profesor en medio de la emergencia sanitaria. El quejoso reclama el derecho a un ingreso mínimo vital para proteger la vida y la salud de su familia. El juez concedió la suspensión de plano para que las autoridades responsables dicten las medidas urgentes para garantizar el ingreso mínimo vital hasta en tanto subsiste la contingencia de salud.

Al examinar estos casos, la investigación trata de responder las siguientes preguntas: ¿los jueces federales son actores relevantes en el diseño de las políticas de salud en México? O, por el contrario, ¿su actuación está marcada por la ambigüedad y aleatoriedad para participar en un área de política pública?

Para contestar estas preguntas, se utiliza la definición de política pública¹ orientada a problemas públicos. Desde esta perspectiva, la política pública está orientada a la generación de conocimiento para resolver los problemas fundamentales de la sociedad,² donde el elemento central es una situación en la cual se considera oportuno intervenir con instrumentos y recursos públicos: impuestos, subsidios, normas jurídicas, aplicación de sanciones, entre otros.³

Las justificaciones para que el gobierno intervenga en una situación pueden ser económicas o sociales. En el primer caso, el gobierno intenta corregir un fallo de mercado; en el segundo caso, las autoridades atienden problemas como crimen, pobreza, salud, entre otros.⁴ El proceso que sigue el gobierno para formular políticas públicas y para cambiar la situación problemática es estudiado bajo diferentes modelos.⁵ Esta investigación utiliza dos modelos diferentes de este proceso de las políticas públicas: el diseño de políticas y el marco de las corrientes múltiples.

Para el modelo de diseño de políticas públicas, los elementos centrales de la formulación de la política pública son: la definición del problema público, la elección de un instrumento de política, los criterios de la evaluación de una política y un plan de acción.⁶ Por otra parte, en lugar de esta intervención planificada, el modelo marco de las corrientes múltiples explica la formulación de políticas públicas como resultado de un proceso aleatorio de actores y eventos.⁷

¹ Esta investigación también utiliza la diferencia entre política (*politics*) y políticas (*policy*) que existe en el idioma inglés. En el primer caso, la política atiende los asuntos públicos de quienes rigen o aspiran a regir dichos asuntos. En el segundo, las políticas son las formas en que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado en la esfera de lo público, como es la atención de problemas públicos. Esta última definición es la utilizada en este artículo.

² Lasswell, Harold, "The Policy Orientation", en Lerner, Daniel y Lasswell, Harold (eds.), *The Policy Sciences*, Stanford, Stanford University Press, 1951, p. 8.

³ Howlett, Michael *et al.*, "From Tools to Toolkits in Policy Design Studies: the New Design Orientation Towards Policy Formulation Research", *Policy & Politics*, núm. 43, vol. 2, abril de 2015, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/275719874_From_tools_to_toolkits_in_policy_design_studies_The_new_design_orientation_towards_policy_formulation_research.

⁴ Peters, B. Guy, *Advanced introduction to public policy*, University of Pittsburg, 2015, pp.14-17.

⁵ Peters, B. Guy y Zittoun, Philippe, *Contemporary Approaches to Public Policy, Theories, Controversies, and Perspectives*, Londres, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 7-8.

⁶ Peters, B. Guy, *op. cit.*, pp. 20-24.

⁷ Peters, B. Guy y Zittoun, Philippe, *op. cit.*, p. 163.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, en esta investigación se considera que las políticas públicas son actos de autoridad de carácter administrativo que buscan atender los problemas públicos, y que están sujetos a los principios de fundamentación y motivación establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Mexicana. Esas acciones u omisiones administrativas pueden ser revisadas jurisdiccionalmente, por lo que, en caso de ser controvertidas, los jueces y tribunales pueden desempeñar un papel dentro de las políticas públicas. Esta investigación indaga sobre el tipo de rol que desempeñan en el diseño.

Dentro de la literatura del derecho a la salud, la región de Latinoamérica ha generado un amplio cuerpo de investigación en el estudio del papel de los jueces en diversos países con problemática similar. El enfoque de estas investigaciones ha sido el cumplimiento del derecho a la salud mediante el litigio constitucional.⁸ El artículo analiza los elementos extralegales que los jueces pueden considerar en el juicio de amparo sobre esta materia.⁹ Estos juicios son considerados como manifestaciones individuales de la judicialización del derecho a la salud en México.¹⁰

Sobre el contenido del artículo, en la primera sección se plantea el problema del papel de los jueces en la literatura jurídica. En la segunda sección, se expone el marco teórico del diseño de las políticas públicas y el marco de las corrientes múltiples. En la tercera sección, se presenta la evidencia de las resoluciones analizadas desde los modelos de proceso de políticas públicas utilizados. En la cuarta sección, se discuten los resultados con la evidencia estudiada y, finalmente, son presentadas las conclusiones.

Respecto a los hallazgos de la investigación, la evidencia analizada permite sostener que, a pesar de la mayor participación de los jueces en políticas de salud en México, posiblemente los jueces federales no participan en el diseño de políticas públicas y su papel se reduce a la reafirmación de valores sociales frente a la pandemia por COVID-19, por lo que el marco de las corrientes explica mejor el papel de los jueces federales en las políticas públicas. En cuanto a la literatura del derecho a la salud, la escasa participación de los jueces federales frente a la pandemia es consistente con una novedosa investigación que estudia los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en un periodo amplio (2011-2017).¹¹ Ese estudio encuentra que la Suprema Corte ha perdido la oportunidad de tener una participación más activa en la política de salud,¹² por lo que nuestros resultados al examinar los juicios de amparo durante la pandemia son similares.

⁸ Motta Ferraz, Octávio Luiz, "Health in the Courts of Latin America", *Health and Human Rights*, núm. 20, vol. 1, 2018, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6039732/>, pp. 67-77.

⁹ Cobo, Fernanda y Charvel, Sofia, "Mexican Apex Judiciary and its Multiple Interpretations: Challenges for the Constitutional Right to Health", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 4, 2020, disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/18/4/1254/6077862>, p. 1256.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1257.

¹¹ *Ibidem*, p. 1254.

¹² *Ibidem*, p. 1267.

II. El rol de los jueces en el derecho y las políticas públicas: un problema vigente

1. La participación de los jueces y el uso de la deferencia administrativa

Desde una perspectiva constitucional, existe una discusión sobre el riesgo de que un juez sustituya al órgano administrativo, que en principio le corresponde el diseño de políticas públicas.¹³ Si bien el sistema de pesos y contrapesos configura las facultades de los poderes tradicionales, los jueces pueden verse expuestos a decidir sobre materias que escapan a su experiencia e invadir la competencia de autoridades democráticamente elegidas para atender una problemática social.¹⁴

Para evitar esa posible transgresión de facultades, se ha planteado la existencia de controles de autocontención y deferencia administrativa. En términos generales, la deferencia es el *respeto* que otorga un juez a la decisión de otro poder, ya sea al legislativo, al ejecutivo o a algún órgano constitucional autónomo, reconociendo su autonomía política o técnica para emitir cierta regulación:

[L]a deferencia deriva de una situación en la que un segundo tomador de decisiones acepta o adopta el criterio de un primer tomador de decisiones —por ejemplo, el juez hacia el legislador o la autoridad administrativa—. La aceptación del criterio del primer tomador de decisiones se justifica en la condescendencia o el respeto que se tiene a la institución y, por ende, a las decisiones tomadas por ésta.¹⁵

Esta deferencia no es una renuncia del deber del juez constitucional de controlar constitucionalmente leyes, actos u omisiones. Representa la decisión del juez de adoptar el criterio de política pública que las autoridades competentes establezcan, ya que considera que dichas autoridades se encuentran en mejor posición para la formulación de las políticas.

La discusión del papel de los jueces en las políticas públicas es relevante en la literatura de derecho administrativo de diferentes países. En Estados Unidos de América

¹³ Celis Quintal, Marcos Alejandro, “El papel del Poder Judicial en el esquema de división de poderes de las entidades federativas”, *Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1784/18.pdf>, pp. 289-304.

¹⁴ Martínez Estay, José Ignacio, “Auto-Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, Chile, año 12, núm. 1, 2014, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art09.pdf>, pp. 365-395. Véase también: Véase la importancia del rol que juega el Poder ejecutivo y legislativo con los cuerpos que no son democráticamente electos, como la judicatura, en: Leigh, Tara, “Book Review: The Supreme Court’s Legitimacy Dilemma”, *Harvard Law Review*, 2019, disponible en: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/06/2240-2276_Online.pdf.

¹⁵ Badillo Juárez, María José, “La deferencia de los tribunales especializados en competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión”, Tesis de licenciatura, México, CIDE, 2018, disponible en: <http://hdl.handle.net/11651/2687>, p. 97.

(EE. UU.), el caso *Chevron USA vs. Natural Resources Defense Council* de 1984 sentó las bases para otorgar una deferencia administrativa hacia la administración pública y sus agencias, las cuales tienen una mayor pericia técnica en política pública que otras autoridades.

Bajo este principio, los jueces se limitan a analizar normas administrativas para estudiar la ambigüedad y razonabilidad de la política pública,¹⁶ pero dejan a la autoridad administrativa la decisión técnica si no existe ambigüedad jurídica y la intervención es razonable.¹⁷ Este principio fue reforzado con los casos de *U.S. vs. Mead Corp* (2001), y *Winter vs. Natural Resources Defense Council* (2008).

En Latinoamérica, las investigaciones señalan a la Corte Constitucional Colombiana como un actor importante en la formulación y desarrollo en las políticas públicas. La doctrina ha clasificado su actuación a partir de cuatro escenarios no excluyentes, a saber: a) jugador con poder de veto; b) jugador proactivo; c) árbitro imparcial, y d) representante de la sociedad.¹⁸ Principalmente, la literatura identifica a la Corte Colombiana como jugador con poder de veto —es decir, con la posibilidad que tiene la Corte para contravenir leyes, actos u omisiones que resulten contrarias al orden constitucional—, y como representante de la sociedad —esto es, como vocera y defensora de pueblos y colectividades—. Bajo estas perspectivas, para varios autores su relevancia como actor de política pública es esencial, toda vez que tiene la posibilidad de justiciar derechos colectivos, económicos y sociales y, a través de sus fallos, puede reconfigurar el orden institucional.¹⁹

En el caso de México, en 2018 y 2019, la reinterpretación del principio de relatividad en las sentencias de los juicios de amparo²⁰ y la protección cautelar de los quejosos ante la inacción de las autoridades administrativas²¹ por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pueden propiciar una mayor participación de los tribunales al instrumentar, analizar y evaluar políticas públicas. Con el objetivo de contribuir a esa línea de investigación sobre el análisis de elementos extralegales en el juicio de amparo por parte de los jueces constitucionales, aquí se examina su participación en la formulación de las políticas de salud, en el contexto pandémico provocado por el virus SARS-CoV-2 en México.

¹⁶ Franco Talamantes, Amadeo, “Neil Gorsuch y el futuro del derecho administrativo”, *Revista Nexos*, 10 de mayo de 2017, disponible en: https://eljuogodelacorte.nexos.com.mx/?p=6580#_ftn6.

¹⁷ Ventura Rodríguez, Manuel Enrique, “La deferencia a favor de las Administraciones públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo”, *Estudios Jurídicos sobre Administración Pública, Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2012, disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_ymda/ponencias/ManuelVentura.pdf.

¹⁸ Jaramillo, Luis Eduardo y Pachón, Mónica, “Control de constitucionalidad abstracto y sus implicaciones en las políticas públicas: el caso de la descentralización fiscal en Colombia”, *Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo*, Bogotá, julio 2019, disponible en: <https://egob.uniandes.edu.co/images/books/DT/DT-64.pdf>.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Tesis 1a. XXU/2018, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 52, marzo de 2018, p. 1101; bajo el rubro: PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011.

²¹ Tesis 1a./J. 70/2019, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 73, diciembre de 2019, p. 286; bajo el rubro: SUSPENSIÓN. LA NATURALEZA OMISIVA DEL ACTO RECLAMADO NO IMPIDE SU PROCEDENCIA.

2. La participación de los jueces en el derecho a la salud

La participación de los tribunales en las políticas públicas es un tópico de interés en el derecho a la salud.²² En esta literatura, los estudios analizan la forma de la intervención judicial en un escenario de recursos limitados, desde una actitud de deferencia administrativa hasta una participación más sustantiva.²³ Por otra parte, estas investigaciones consideran que los resultados en las políticas de salud probablemente dependan de las diferentes características de los países y las regiones.²⁴

La discusión académica del rol de los jueces es más intensa en Latinoamérica debido al gran número de litigios en la región y a una mayor disposición de los jueces para cumplir con el derecho a la salud.²⁵ En contraste, los estudios sobre Reino Unido, Estados Unidos y los países escandinavos, han encontrado que los arreglos institucionales y la formulación de políticas de salud en esos países inhiben el litigio del tema.²⁶ En el caso de sistemas de alta calidad, como en Reino Unido, no existe una legislación expresa al derecho a la salud, por lo que puede no ser un factor determinante para su adecuado cumplimiento en estos países.²⁷

En Brasil y Colombia, el gran número de litigios de protección a la salud llevó a los tribunales a emitir sentencias para compeler a los formuladores de políticas a organizar los servicios de salud entre los agentes del sector: autoridades gubernamentales, profesionales de la medicina, organizaciones de la sociedad civil y compañías de seguros de salud.²⁸

En el caso de Brasil, se ha discutido sobre las consecuencias negativas de la judicialización en la equidad de la protección a la salud.²⁹ Los individuos que recurren a la protección judicial obtienen una tasa promedio de éxito del 70 al 80% entre diferentes instancias,³⁰ sin embargo, esta protección no es generalizada. Los fallos protegen sólo a los individuos que acuden a los tribunales, y su efecto sobre las autoridades administrativas responsables del sector salud es, cuando menos, ambiguo.³¹

Este es el caso de algunos medicamentos suministrados por el gobierno brasileño, ya que están incluidos en las listas de tratamiento, pero los pacientes no los reciben si no

²² Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords.), *Litigating Health Rights. Can Courts Bring More Justice to Health?*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

²³ Motta Ferraz, Octávio Luiz, *op. cit.*, pp. 68 y 71.

²⁴ *Ibidem*, p. 70.

²⁵ *Ibidem*, p. 68.

²⁶ Lamprea, Everaldo, "The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2017, p. 182.

²⁷ Motta Ferraz, Octávio Luiz, *op. cit.*, p. 76.

²⁸ Lamprea, Everaldo, *op. cit.*, p. 18.4

²⁹ Cobo, Fernanda *et al.*, "La judicialización del derecho a la protección de la salud desde la óptica de los actores clave", *Salud Pública de México*, núm. 63, vol. 2, marzo-abril de 2021, p. 309.

³⁰ Hoffmann, Florian y Bentes, Fernando R.N.M., *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

³¹ Landau, David, "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, núm. 53, 2012, p. 230.

acuden a un tribunal. El litigio ante estas instituciones se ha convertido en un reemplazo de las autoridades administrativas.³² No obstante, algunas investigaciones enfocadas en las regiones del sur de Brasil argumentan que los litigios no afectan la equidad del acceso a la salud, sino que son mecanismos de participación y rendición de cuentas para la administración pública, y que contribuyen al avance de la cobertura universal en dicho país.³³

Por lo que respecta a Colombia, este país fue una de las naciones en Latinoamérica con el mayor número de casos litigados en 2007 y 2008, con 107, 238 y 142,957 juicios respectivamente (*tutelas*).³⁴ Esta situación llevó a la Corte Constitucional a reconfigurar su sistema de salud.³⁵ Destaca la sentencia T-760/2008, la cual resolvió 22 tutelas que reflejaban los problemas sistémicos del sector salud, y ordenó una transformación general del propio sistema.³⁶

La sentencia T-760 ordenó corregir las fallas de regulación para informar, orientar y acompañar a las personas en los cuidados de su salud mediante un aumento en la cobertura territorial y en la actualización, homologación e información completa a los pacientes de los planes de salud.³⁷ La Corte Constitucional no estableció el contenido sustantivo de los planes de salud, sino que estableció las bases de un diálogo amplio sobre su contenido entre los actores relevantes del sector y los beneficiarios de las políticas.³⁸ A pesar de las reticencias iniciales de las administraciones públicas (2002-2010 y 2010-2018), quienes crearon decretos ejecutivos en estados de emergencia, la Corte declaró estas medidas como inconstitucionales y logró el cumplimiento de su decisión con el apoyo de sindicatos, profesionales de la salud e iglesias, entre otros actores.³⁹

En México son escasos los estudios sobre judicialización de derechos de protección a la salud, ya que ha sido de los pocos países en la región en donde el número de litigios es reducido. Algunas investigaciones señalan que puede deberse al reducido acceso a la justicia por los altos costos del juicio de amparo.⁴⁰ No obstante, en los próximos años pueden surgir cada vez más investigaciones, ya que los actores clave consideran que la judicialización es un fenómeno ineludible en el sector salud en México.⁴¹

³² *Ibidem*, p. 232.

³³ Biehl, João *et al.*, “The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil”, *Health and Human Rights*, núm. 18, vol. 1, 2016, pp. 216 y 218.

³⁴ Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *Tratado de derecho a la salud*, Argentina, Abeledo Perrot, 2013, p. 2605.

³⁵ Cobo, Fernanda *et al.*, *op. cit.*, p. 309.

³⁶ Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia, *op. cit.*, pp. 2592 y 2611.

³⁷ Arrieta-Gomez, Aquiles Ignacio, “Realizing the Fundamental Right to Health Through Litigation: the Colombian Case”, *Health and Human Rights*, núm. 20, vol. 1, 2018, pp. 143. Véase también: Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia, *op. cit.*, p. 2592.

³⁸ *Ibidem*, pp. 2615, 2645 y 2647.

³⁹ Arrieta-Gomez, Aquiles Ignacio, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁰ Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, *op. cit.*, pp. 1256-1257.

⁴¹ Cobo, Fernanda *et al.*, *op. cit.*, p. 308.

Un interesante estudio identificó y analizó 22 sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de agosto de 2011 a junio de 2017, sobre el derecho constitucional a la salud.⁴² En esta investigación se encontró que la Suprema Corte ha perdido la oportunidad de gobernar de manera proactiva en la protección a la salud. Aunque ha sido coherente en la definición del derecho, ha sido inconsistente en los principios y en el análisis de argumentos extra-legales orientados a la política pública (*policy oriented way*).⁴³

3. La participación de los jueces desde los estudios de políticas públicas

En la literatura de políticas públicas, hay una discusión sobre el grado de intervención de los jueces y el rol que desempeñan en una amplia variedad de temáticas. En el estudio del proceso de formulación de políticas, los jueces y tribunales pueden desempeñar diferentes roles en sus etapas. Estos individuos y órganos colegiados pueden participar en: la agenda pública, en la formulación de una política, en su implementación o en su evaluación.⁴⁴

En un libro clásico del tema, Tate y Vallinder hacen una crónica de casos que expanden los límites tradicionales del poder judicial a las políticas públicas en países dentro de Europa, América Latina y África.⁴⁵ Para el caso de Estados Unidos, McKeever analiza las decisiones de la Suprema Corte en problemas públicos de aquel país, como el aborto, la pena de muerte, la acción afirmativa para las minorías, entre otros.⁴⁶ Estos autores sostienen que este aumento de la actividad judicial en las políticas públicas corresponde a una renuncia de las legislaturas para intervenir en los problemas públicos, debido a la complejidad y número de asuntos.⁴⁷

Para autores como Rabkin, en Estados Unidos, los jueces tienen un rol activo en las políticas públicas, que afecta la consistencia y orden de la Administración Pública. Para sostener su argumento, el autor se basa en casos de intervención judicial en la Oficina de los Derechos Civiles, la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA, por sus siglas en inglés) y el Departamento de Seguridad y Salud Ocupacional.⁴⁸ En la misma línea argumentativa, para el Juez estadounidense Robert Bork, la práctica judicial que pugna por legislar, en lugar de interpretar las leyes, se intensificó a partir del siglo XX.⁴⁹ Ambos autores consideran que los jueces buscan activamente una mayor injerencia.

⁴² Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, *op. cit.*, p. 1254.

⁴³ *Ibidem*, p. 1267.

⁴⁴ La división por etapas del proceso de políticas públicas es un análisis clásico en el área. Aunque en las últimas décadas hay otros modelos de análisis del proceso de políticas, aquí solo se hace referencia al modelo tradicional de análisis por etapas.

⁴⁵ Tale, Neal y Vallinder, Torbjorn, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1997.

⁴⁶ McKeever, Robert J., *Raw Judicial Power?: The Supreme Court and American Society*, Manchester, Manchester University Press, 1993.

⁴⁷ Baird, Vanessa y Jacobi, Tonja, "Judicial Agenda Setting Through Signaling and Strategic Litigant Responses", *Washington University Journal of Law & Policy*, núm. 29, 2009, p. 216.

⁴⁸ Rabkin, Jeremy A., *Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy*, New York, Basic Books, 1989.

⁴⁹ Bork, Robert H., *The Tempting of America*, Nueva York, Free Press, 1997.

En un influyente artículo de 2009, Baird y Jacobi sostienen que las teorías de expansión y de activismo judicial no describen adecuadamente el papel de los jueces en las políticas públicas. Los autores presentan evidencia sobre la configuración de la agenda de la Suprema Corte de Estados Unidos en las políticas públicas. Sus hallazgos muestran que los jueces mandan señales sobre los asuntos que desean analizar a los litigantes, por lo que los tribunales dependen de la actuación de los abogados para construir su agenda en las políticas públicas.⁵⁰ Por lo tanto, los litigantes desempeñan un papel importante en esta relación estratégica: son considerados “emprendedores de políticas” (policy entrepreneurs) que interpretan las señales que los jueces emiten y a estos les permiten influir en las políticas.⁵¹

Estas discusiones de la literatura sobre el papel de los jueces en las políticas públicas son actualmente relevantes para México. A partir de la reforma constitucional de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas resoluciones encaminadas a proteger efectivamente los derechos colectivos,⁵² así como a proteger a los particulares ante la inacción de la autoridad administrativa.⁵³ Desde esta perspectiva, tanto la reforma como los criterios derivados de ella ampliaron —al menos teóricamente— el margen de incidencia de los jueces en los procesos de formulación de políticas públicas.

La emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 ha materializado la protección judicial de derechos colectivos ante la inacción de la autoridad administrativa. Los casos presentados en este documento sirven para esclarecer el papel de los jueces en el proceso de las políticas públicas. Con este objetivo, en la siguiente sección son presentados los marcos teóricos que sirven como fundamento de la metodología de análisis para los casos judiciales presentados.

III. El marco teórico para el análisis de los casos presentados

1. El diseño de las políticas públicas (*policy design*)

El diseño de políticas públicas postula que una intervención gubernamental proviene de un intento deliberado del gobierno para entender las causas de un problema, seleccionar

⁵⁰ Baird, Vanessa y Jacobi, Tonja, *op. cit.* p. 17.

⁵¹ *Ibidem*, p. 238.

⁵² Tesis 1a. XXU/2018, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 52, marzo de 2018, p. 1101; bajo el rubro: PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011.

⁵³ Tesis 1a./J. 70/2019, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 73, diciembre de 2019, p.286; bajo el rubro: SUSPENSIÓN. LA NATURALEZA OMISIVA DEL ACTO RECLAMADO NO IMPIDE SU PROCEDENCIA.

una intervención determinada dentro de un conjunto de instrumentos gubernamentales disponibles y esperar alcanzar metas previamente establecidas.⁵⁴

Este diseño de políticas públicas surgió en los años 80 y 90 del siglo pasado, y ha tomado impulso recientemente en investigaciones de este rubro en una amplia variedad de países y ámbitos de aplicación.⁵⁵ El enfoque está fuertemente relacionado con el análisis por etapas de las políticas públicas, el cual es un modelo heurístico para estudiar diferentes momentos del proceso de formulación de políticas, sin que exista un orden o separación real, ya que las etapas se presentan en diferente jerarquía y las divisiones entre ellas no son claras.⁵⁶

Uno de los usos más importantes del modelo de políticas públicas por etapas es que permite un punto de inicio para el diseño de políticas por parte de los analistas.⁵⁷ Las obras dirigidas a éstos intentan ser una guía para la definición de un problema público, la selección de un instrumento, el establecimiento de metas y objetivos, así como criterios de valoración y, finalmente, la implementación y la evaluación de la política diseñada.⁵⁸

Cada una de las etapas del diseño de políticas públicas posee una amplia literatura. En el caso de los instrumentos de políticas públicas, los estudios datan de 1964, cuando Kirschen enlistó 64 de ellos.⁵⁹ Un par de décadas más tarde, Hood propuso clasificar los instrumentos en información, autoridad, dinero y organización (NATO, por sus siglas en inglés).⁶⁰ Las clasificaciones más actuales proponen una división entre instrumentos coercitivos y no coercitivos,⁶¹ e instrumentos económicos, legales, persuasivos y genéricos.⁶²

Con el desarrollo del estudio de las políticas públicas, han surgido marcos distintos al enfoque tradicional de análisis por etapas y al diseño de aquéllas. Estos enfoques han criticado la falta de realidad de los supuestos de racionalidad del enfoque clásico de formulación de políticas, y han propuesto alternativas para enriquecer el estudio del proceso de su elaboración.⁶³ Uno de los enfoques alternativos con una agenda de investigación activa es el marco de corrientes múltiples (*multiple streams framework*).⁶⁴

⁵⁴ Howlett, Michael *et al.*, *op. cit.*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁶ Cairney, Paul, *Understanding Public Policy*, Londres, Red Globe Press, 2012, p. 41.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de Políticas Públicas, un manual para la práctica*, México, CIDE, 2001.

⁵⁹ Kirschen, Etienne Said, *Economic Policy in Our Time*, Ámsterdam, North-Holland Publishing, 1964.

⁶⁰ Hood, Christopher, *The Tools of Government*, Nueva Jersey, Chatham House Publishers, 1984.

⁶¹ Macdonald, Douglas, "Coerciveness and the Selection of Environmental Policy Instruments", *Canadian Public Administration*, núm. 44, vol. 2, 2001, pp. 161-187.

⁶² Peters, B. Guy, *op. cit.*, p. 103.

⁶³ Zahariadis, Nikolaos, *Bounded Rationality and Garbage Can Models of Policy-Making*, Londres, Palgrave Macmillan, 2016, p. 156.

⁶⁴ Cairney, Paul y Jones, Michael D., "Kingdon's Multiple Streams Approach: What Is the Empirical Impact of this Universal Theory?", *Policy Studies Journal*, núm. 44, vol. 1, 2016, pp. 37-58.

2. El marco de las corrientes múltiples (*multiple streams framework*)

El marco de las corrientes múltiples postula que las políticas públicas surgen en condiciones de ambigüedad y aleatoriedad, donde la capacidad de procesamiento de los formuladores de políticas públicas es limitada. Esta última característica va acompañada de un tiempo limitado, por lo que “el enfoque de las corrientes múltiples comparte con el concepto de racionalidad limitada de [Herbet] Simon... el orden en que se consideran las soluciones afecta profundamente el resultado de la decisión”.⁶⁵

Este marco de análisis propone que el propio proceso de políticas públicas afecta el contenido de la intervención gubernamental, ya que las limitaciones prácticas de las organizaciones y de la racionalidad de los individuos impiden soluciones óptimas.⁶⁶ Este enfoque de corrientes múltiples no rechaza los modelos racionales de formulación de políticas, sino que está construido para analizar situaciones no explicadas por los modelos racionales de análisis, así como para contar con un modelo más cercano a la formulación real de las políticas: busca ser un complemento del modelo clásico de análisis.

A diferencia del diseño de políticas públicas, donde el formulador de políticas define un problema público y elige un instrumento acorde a dicha definición del problema, en el marco de las corrientes múltiples la generación de soluciones atiende principalmente a los valores de los actores. Como lo establece Sabatier: “En forma similar, las personas generan soluciones no necesariamente porque han identificado un problema en particular, sino porque la solución resuelve un problema que se amolda a sus valores, creencias o bienestar potencial”.⁶⁷

Esta teoría del proceso de políticas ha tenido una mayor aplicación en la definición de la agenda de las políticas públicas (Kingdon, 1995),⁶⁸ sin embargo, el alcance del marco de las corrientes múltiples es más amplio y puede ser aplicado en otras etapas del análisis, o en las situaciones de ambigüedad de los problemas públicos y de sus posibles soluciones,⁶⁹ en las cuales los participantes enfrentan limitaciones en el tiempo y sus decisiones reflejan la reafirmación de valores sociales, más que un análisis del problema público y su conexión con la solución.⁷⁰

Este puede ser el caso de los tribunales en México y el papel que desempeñan en las políticas de salud frente a la pandemia. La ambigüedad de la norma administrativa fundamenta la intervención de los jueces cuando no es utilizado el principio de deferencia judicial, ya que para autores como Knott, los tribunales pueden alterar el significado de

⁶⁵ Sabatier, Paul A., *Teorías del proceso de las políticas públicas*, Buenos Aires, Westview Press, 2010, p. 72.

⁶⁶ Zahariadis, Nikolaos, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁷ Sabatier, Paul A. *op.cit.* p. 87.

⁶⁸ Véase Kingdon, John, *Agendas, Alternatives and Public Policies*, Nueva York, Harper Collins, 1995, citado en Cairney, Paul y Jones, Michael D., “Kingdon’s Multiple Streams Approach: What Is the Empirical Impact of this Universal Theory?”, *Policy Studies Journal*, núm. 44, vol. 1, 2016.

⁶⁹ Zahariadis, Nikolaos, *op. cit.*, p. 167.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 159.

una ley mediante la interpretación, por lo que sus resoluciones pueden ser un cambio en la política pública, aunque sean eventos en una secuencia.⁷¹

En los casos analizados en este artículo, se estudia si los jueces consideran alternativas de soluciones al problema público que origina la violación de los derechos colectivos, o si los jueces emiten sus resoluciones como reafirmación de valores sociales, más que un análisis de problema público. Este análisis permite clarificar el papel de los jueces en las políticas públicas bajo los modelos teóricos presentados en esta sección.

3. Metodología de análisis y selección de casos

La investigación toma tres estudios de caso como evidencia para aplicar los marcos teóricos expuestos de política pública: el diseño de políticas públicas y el marco de las corrientes múltiples. Se analiza la actuación de los jueces en la emergencia sanitaria del COVID-19 para ordenar medidas de protección a la salud, asegurar el suministro de agua potable y establecer un ingreso mínimo vital frente a la emergencia sanitaria en los estados de Michoacán, San Luis Potosí y Veracruz.

Estos casos fueron seleccionados por dos razones sustanciales:

1. Las medidas tomadas por la administración en materia de salud generan efectos colectivos, externalidades positivas o bienes públicos con características de no rivalidad y no exclusión. En otras palabras, una intervención exitosa ordenada por el juez para la protección de un individuo puede simultáneamente solucionar un problema público de salud en la comunidad: por ejemplo, la prevención de enfermedades, la minimización de costos en la salud, la inmunización de una población, entre otros.
2. Las resoluciones de los tribunales en los casos estudiados ordenan una intervención activa de la administración pública que hasta entonces había permanecido inactiva, por lo que, ante la resolución de los jueces, las autoridades que conforman la administración pública están obligadas a actuar.

Estas características cumplen con la definición de política pública utilizada en esta investigación: una intervención gubernamental con el propósito de atender un problema social, como lo es la salud pública.⁷² Los casos seleccionados también cumplen con los criterios establecidos en los trabajos coordinados por Yamin y Gluppen sobre Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica. En su libro *La lucha por los derechos de la salud*, el corpus de los casos analizados está basado en litigios que reclaman la protección de un derecho constitucional a la salud, demandan el acceso a instalaciones, bienes

⁷¹ Knott, Jack H., "Policy Change and Deregulation: Explaining Differences in Legislative Outcomes", *Policy Currents*, núm. 3, vol. 1, 1993, pp. 6-7.

⁷² Dunn, William N., *Public Policy Analysis*, Estados Unidos, Routledge, 2015. Véase también: Merino, Mauricio, *Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, CIDE, México, 2013.

o servicios, o condiciones previas para el cuidado de la salud.⁷³ Además, en nuestro mejor conocimiento, los juicios de amparo examinados en la siguiente sección corresponden a las sentencias que pudieron ser identificadas sobre la protección de derechos de la salud frente al COVID-19 dentro del periodo analizado (marzo a agosto de 2020).

En cuanto al problema de investigación sobre el papel de los jueces, el primer supuesto del trabajo es que si un juez ordena la protección de un derecho colectivo de un particular, mediante la definición de un problema público o la selección de un instrumento entre varias alternativas, su resolución incidirá en el resultado de la política pública, ya que tendrá efectos generales en el problema de salud pública. Por tanto, los jueces participan en el diseño de las políticas de salud durante la epidemia por COVID-19.

Un supuesto diferente es que si el papel de los tribunales se origina en un contexto de ambigüedad y aleatoriedad, donde los jueces resuelven conforme a las peticiones de los particulares o reafirman valores sociales, más que un análisis independiente del problema público, su participación en el proceso de políticas depende más de actores extrajudiciales y de aleatoriedad.

Finalmente, se presenta el análisis de un caso paradigmático: el de Mini Numa, el cual estableció la protección de los derechos colectivos a la salud de una comunidad de Guerrero, mediante la orden judicial de construir un centro de salud. Este caso no fue resuelto durante la emergencia sanitaria del COVID-19, sin embargo, es incluido para fines de comparación de los casos analizados durante la pandemia.

IV. Las resoluciones de los jueces federales en la época del COVID-19

1. El caso de Michoacán contra la inacción de las autoridades de salud frente al covid-19

El 13 de marzo de 2020, un habitante de Michoacán presentó una demanda de amparo. El quejoso reclamaba a las autoridades federales sanitarias la omisión de emitir medidas y acciones sanitarias de contención, prevención y detección, para evitar el contagio y propagación del virus en territorio mexicano.

En su demanda, el quejoso menciona que se encuentra en tratamientos médicos relacionados con infección de vías respiratorias y baja en sus defensas. En ese contexto, argumenta que la falta de medidas preventivas se traducirá en la propagación del virus que, a su vez, terminaría por afectar gravemente su derecho a la salud y a la vida.

La protección efectiva del derecho a la salud del quejoso tiene una dimensión colectiva, y en casos como el estudiado, los efectos no pueden limitarse a la suspensión

⁷³ Yamin, Alicia y Gloppen, Siri, *op. cit.*, capítulo introductorio.

solicitada al demandante, lo que significa que las decisiones del juez impactarían irremediablemente en la protección de la sociedad.

Por otra parte, el juez expresamente menciona que la suspensión no pretende crear una política pública y, en un gesto de deferencia judicial, reconoce que deben ser las autoridades epidemiológicas quienes determinen las acciones que deben seguirse. La sentencia incidental textualmente refiere:

debe dejarse en claro que esta medida cautelar en modo alguno implica crear una política pública de salud, sino que únicamente se trata de que se cumplan las que ya están establecidas en la Ley General de Salud; esta última afirmación se sustenta en la deferencia que este órgano de control constitucional tiene con las autoridades responsables, quienes en principio están en mejor posición para determinar cuáles son las medidas adecuadas para alcanzar la plena realización de los derechos sociales...⁷⁴

Así, el Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán concedió una suspensión de plano al quejoso, para efectos de que las autoridades responsables “comprueben las medidas preventivas y acciones que han efectuado, para detectar las personas infectadas con el virus COVID-19, para garantizar la vida e integridad del peticionario de amparo”.⁷⁵

Es cierto que los efectos del incidente no pueden circunscribirse únicamente al quejoso, lo que puede ser conflictivo con el principio de relatividad. Sin embargo, como se ha señalado, a partir de la reforma de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reinterpretó el principio, reconociendo que “si se mantuviera una interpretación estricta del principio de relatividad, en el sentido de que la concesión del amparo nunca puede suponer algún tipo de beneficio respecto de terceros ajenos al juicio, en la mayoría de los casos sería muy complicado proteger este tipo de derechos —colectivos— en el marco del juicio de amparo”.⁷⁶ De esta forma, el marco jurídico actual permite que la protección del quejoso implique, indirectamente y de manera eventual, el beneficio a terceros ajenos a la controversia constitucional.⁷⁷

Aunque el juez otorgó una deferencia a la administración pública, el caso ilustra la fuerza potencial que tiene el Juez Constitucional y sus resoluciones, cuyos efectos podrían cuestionar, e incluso revertir la articulación y el curso de una política pública, en provecho del quejoso, tanto en su esfera individual como en las circunstancias especiales que rodean su ámbito de protección como miembro de una colectividad.

⁷⁴ Juicio de amparo 282/2020, suspensión de fecha 17 de marzo de 2020, emitido por el Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán, p. 28.

⁷⁵ Juicio de amparo 282/2020, suspensión de fecha 17 de marzo de 2020, emitido por el Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán, p. 14.

⁷⁶ Tesis 1a. XXU/2018, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 52, marzo de 2018, p. 1101; bajo el rubro: PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011.

⁷⁷ *Idem*.

2. El caso de la Colonia “Los Limones” en San Luis Potosí contra el desabasto de agua que impide seguir las recomendaciones de lavado de manos

En la comunidad “Los Limones”, en San Luis Potosí, existe un fuerte desabasto de agua. En el contexto de la epidemia por COVID-19, lavarse las manos es una medida sanitaria elemental y una de las principales medidas de prevención ante la enfermedad.

Un habitante de la comunidad presentó, el 21 de julio de 2020, un juicio de amparo en el que reclamó al Organismo Intermunicipal Metropolitano de Agua Potable, Alcantarillado, Saneamiento y Servicios Conexos de los Municipios de Cerro de San Pedro, San Luis Potosí, “la omisión de proporcionar los servicios de suministro de agua potable para dar seguimiento a las medidas de prevención establecida por la Organización Mundial de la Salud... y la omisión de proporcionar servicios de suministro de agua de forma permanente a través de la red de agua potable y las consecuencias de ello”.⁷⁸

El Estado mexicano está obligado constitucionalmente a garantizar el derecho humano al agua y al saneamiento, y el desabastecimiento prolongado provoca, por sí mismo, una violación constitucional. Sin embargo, en el contexto de la pandemia, la falta de agua tiene una estrecha vinculación con el derecho a la salud y a la vida. Es en términos de estos derechos que el Juez Cuarto de Distrito de San Luis Potosí concedió una suspensión de plano a efecto de que “las autoridades señaladas como responsables tomen las medidas conducentes para el abastecimiento de uso personal y doméstico permanente de agua potable”.⁷⁹

De forma semejante a la resolución del caso Michoacán, el juez actuó con deferencia ante la administración municipal: obligó a dicha autoridad a tomar las medidas conducentes para el abastecimiento, sin mencionar cuáles son dichos instrumentos, por lo que se reconoce un campo de discreción a la administración pública. Por otra parte, la resolución consiste en una suspensión con efectos restitutivos, cuyo alcance supera la esfera jurídica del quejoso, pues los conductos de abastecimiento de agua difícilmente pueden ser instalados únicamente en el domicilio del quejoso.

3. El caso del ingreso mínimo vital de Veracruz frente a la epidemia del covid-19

Un profesor de una escuela particular se quedó sin trabajo el 6 de julio de 2020. Sin otra fuente de sustento, él y sus dos hijos menores de edad se han quedado sin prestaciones de seguridad social, sin ingresos y sin posibilidades de subsistencia.

En ese contexto, el profesor presentó por propio derecho y en representación legal de sus hijos, una demanda de amparo, solicitando la protección de la justicia federal,

⁷⁸ Juicio de amparo 325/2020, suspensión de fecha 25 de junio de 2020, emitido por el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de San Luis Potosí, p. 6.

⁷⁹ *Idem*.

reclamando, entre otros actos, la puesta en peligro de su vida y salud, así como la de sus hijos, al omitir garantizar el derecho al mínimo vital.⁸⁰

El Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, reconoció el estado de vulnerabilidad de los quejosos, la especial relevancia de los actos reclamados y su impacto en el derecho a la salud, a la dignidad humana y a un mínimo vital. En relación con este último, el Juzgado menciona:

El goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente.⁸¹

El derecho al mínimo vital no es un derecho expresamente reconocido en la Constitución o en las leyes federales, sino que se trata de una interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, realizada por el máximo tribunal, cuyo desarrollo jurisprudencial sostiene su existencia implícita como un presupuesto mínimo requerido por los individuos en un Estado democrático.⁸²

Delimitando el interés que guardan los quejosos en el caso concreto, aunado a la necesidad de tutelares derechos fundamentales de especial relevancia, el Juzgado de Distrito concedió la suspensión de plano al profesor y a sus hijos, para el efecto de que las autoridades responsables “dicten las medidas urgentes, esenciales para garantizar un mínimo vital para su sobrevivencia humana y el de su familia, hasta en tanto subsista la contingencia de salud”.⁸³

4. El caso atípico en materia de protección de la salud: el caso Mini Numa

La comunidad Mini Numa, en el municipio de Metlatónoc, en el Estado de Guerrero, es una comunidad mixteca con uno de los más altos índices de pobreza extrema en el país. No cuenta con centros de salud y el centro hospitalario más cercano al lugar se encuentra a una hora y media de recorrido. Sin embargo, dicho centro de salud en ocasiones no contaba con disponibilidad, se encontraba cerrado o se negaba la atención, lo que resultó en un problema de salud pública.⁸⁴

⁸⁰ Juicio de amparo 322/2020, suspensión de fecha 13 de junio de 2020 emitido por el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, p. 3.

⁸¹ Juicio de amparo 322/2020, suspensión de fecha 13 de junio de 2020 emitido por el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, p. 4.

⁸² Véase Tesis 1a. XCVII/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1354; bajo el rubro: DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.

⁸³ Juicio de amparo 322/2020, suspensión de fecha 13 de junio de 2020 emitido por el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, p. 15.

⁸⁴ Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso ‘Mini Numa’: Un litigio estratégico para la justiciabili-

Desde 2003, los habitantes de Mini Numa reclamaron la instalación de un centro de atención médica en su comunidad, sin embargo, esta petición les fue negada por la autoridad administrativa. El secretario de salud estatal argumentó que, conforme a los lineamientos establecidos en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), la comunidad no cumplía con las condiciones para contar con un centro de salud propio. El Modelo señalaba que las comunidades debían contar con una población de 2,500 habitantes por núcleo básico, a una distancia de 15 km de recorrido al centro de salud más cercano.⁸⁵

En 2007, contra la respuesta negativa de la autoridad administrativa, cinco miembros de su comunidad presentaron una demanda de amparo, solicitando la protección colectiva del derecho a la salud en la localidad.⁸⁶

De esta manera, en julio de 2008, el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero dictó una sentencia favorable a la comunidad y ordenó a las autoridades que proporcionaran mobiliario, medicamentos adecuados y acondicionamientos a una casa de salud para los habitantes de la comunidad. Igualmente, ordenó la rehabilitación del centro de salud de la cabecera municipal en Metlatónoc a través de la reconstrucción de sus espacios, el suministro de insumos y la asistencia de personal médico, sin que las autoridades sanitarias puedan alegar falta de presupuesto.⁸⁷

A pesar de ser una sentencia en firme, la autoridad administrativa no dio celeridad a la orden judicial y tardó casi 10 años en ser cumplida.⁸⁸ El caso Mini Numa es paradigmático en cuanto a la “justiciabilidad” de derechos sociales, pero también representa los mayores retos del juicio de amparo y su efectividad.

V. Resultados y discusión de los casos presentados

1. Resultados

La tabla 1 sintetiza el análisis de cada uno de los tres casos estudiados bajo la pandemia de COVID-19, y el caso atípico de Mini Numa en el apartado tercero de este documento.

dad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2014, p. 90, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho/mx/article/view/28901/26128>.

⁸⁵ Acuña, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 3 de abril de 2019, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32350>.

⁸⁶ Concretamente, el acto reclamado es: “la vulneración directa del derecho a la salud de todas las personas, contenido en el párrafo 3° del artículo 4° de la Constitución Mexicana y para los pueblos indígenas, en el apartado B del artículo 2°” (Gutiérrez Rivas y Rivera Maldonado, *op. cit.*, 2014).

⁸⁷ Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, *op. cit.*, p. 102.

⁸⁸ Amparo indirecto 1157/2007 (sentencia del 17 de septiembre de 2017).

Con base en la metodología expuesta en la sección respectiva, se construyó un tamiz de análisis sustentado en los modelos de diseño de políticas por etapas y el marco de corrientes múltiples.⁸⁹

TABLA 1: ANÁLISIS JURÍDICO Y DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS CASOS PRESENTADOS

<i>I. Características generales de las resoluciones</i>	<i>Medidas Salud Michoacán</i>	<i>Agua en San Luis Potosí</i>	<i>Mínimo Vital en Veracruz</i>	<i>Mini Numa Guerrero</i>
Derecho a la Salud				
Durante COVID-19				
Deferencia Administrativa				
Efectos colectivos				
II. Diseño de Políticas Públicas				
Definición del problema				
Selección de alternativas				
Criterios de evaluación				
Proyección de resultados				
Implementación				
Evaluación				
Precedente judicial				
III. Marco Corrientes múltiples				
Reafirmación valores sociales				
Clave	Sí		No	

FUENTE: Elaboración propia con información de los casos presentados en la sección anterior.

Este filtro, aplicado a cada caso, permitió estudiar las resoluciones judiciales para examinar la definición del problema por parte de los jueces, la selección de alternativas de política y en general, las características que permiten clasificar cada caso bajo la metodología ya mencionada. La construcción de la Tabla 1 permite visualizar el panorama del papel de los jueces federales en la formulación de políticas públicas de salud durante el COVID-19. Este patrón general revela los siguientes resultados y hallazgos.

⁸⁹ Véase la tabla 2 en el anexo 1.

Los jueces que otorgan una deferencia judicial se autoexcluyen del diseño de política pública, por lo que no extienden la esfera de su actuación frente a la inacción de la autoridad administrativa. En el apartado II de la tabla 1 es posible visualizar que, en los casos de Michoacán y San Luis Potosí, no existieron alguna de las etapas o pasos de política pública que se utilizan en el diseño, al otorgar la deferencia a la administración pública.

Los casos resueltos para proteger el derecho a la salud frente a la pandemia del COVID-19 parecen no producir efectos generales en todos los casos, como en el juicio de amparo en Veracruz, donde la resolución sobre el ingreso mínimo vital sólo beneficia al quejoso. Sin embargo, en este mismo caso, el juez define un problema público: la ausencia de un ingreso, el cual no está considerado en una política de la administración pública, por lo que esta resolución es un paso hacia una mayor participación de los jueces en el diseño de políticas. No obstante, en ausencia de efectos colectivos y sin sentar un precedente judicial, esta resolución difícilmente contribuye al diseño de una política pública.

En los cuatros casos analizados existe una reafirmación de valores sociales, en lugar del análisis de un problema público y la conexión con una solución, por lo que el papel de los jueces puede explicarse de mejor forma con el marco de corrientes múltiples. En el apartado III de la tabla 1 se observa que, en todos los casos, en las resoluciones estudiadas existe la reafirmación explícita de valores sociales.

Finalmente, el caso de Mini Numa en Guerrero es atípico, ya que el juez modificó la resolución de política pública de no construir un centro de salud debido a los criterios técnicos de número de habitantes y distancia a un centro de salud: 2,500 habitantes y 15 kilómetros, respectivamente. Sin embargo, esta resolución fue más una excepción que el establecimiento de una política pública de salud: los centros de salud subsecuentes continuaron siendo construidos bajo estos parámetros técnicos de población y distancia, por lo que la resolución no parece haber logrado un cambio en la política de ubicación de los centros de salud.

2. Discusión

Los casos examinados sugieren que los jueces federales probablemente no participan en el diseño de las políticas públicas durante la pandemia. Las resoluciones de los juicios no incluyeron el análisis de la causa del problema, la selección de alternativas, y tampoco fijaron metas previas para la administración. Estas son etapas necesarias en un proceso del diseño de una política.⁹⁰ La autoexclusión es voluntaria, puesto que en los casos con efectos colectivos sobre medidas frente al COVID-19, los jueces otorgaron una deferencia administrativa.

Para ilustrar el argumento, en el caso del juicio de amparo de San Luis Potosí, que resuelve la inacción de las autoridades municipales para proporcionar un suministro de

⁹⁰ Bardach, Eugene, *Los ocho pasos...*, cit., p. 14.

agua potable, es posible desarrollar el siguiente escenario contrafactual para alcanzar esta conclusión.

Si el juez federal hubiera participado en el diseño de la política pública, podría haber ordenado una que estudiara al porcentaje de personas sin agua potable en la comunidad, o la relación causal entre el lavado de manos y la enfermedad provocada por el COVID-19. Este razonamiento habría “desempacado el problema público”⁹¹ y logrado una definición de problema. Además, si el juez hubiera enunciado las alternativas para la provisión de agua potable durante la pandemia, por ejemplo, un sistema de entrega de agua por medio de pipas o la entrega de paquetes de prevención de salud con gel antibacterial que atienda las recomendaciones médicas, habría definido y seleccionado opciones de política para la elección de un instrumento público que atendiera el problema.⁹²

En este escenario hipotético, el juez podría haber proyectado resultados de las medidas ordenadas. Por ejemplo, la menor tasa de incidencia de la enfermedad provocada por el COVID-19 en la comunidad frente al promedio nacional, o el aumento de porcentaje de viviendas o personas con acceso a agua potable.⁹³

Este contrafactual muestra el camino que seguiría la actuación de un juez federal en el diseño de una política pública, pero al no materializarse, es posible descartar el supuesto de que los jueces de las instancias analizadas participan en el diseño de aquellas. En los casos de Michoacán y San Luis Potosí, los jueces se han limitado a reafirmar valores sociales y a otorgar la deferencia judicial a la administración pública. No parece existir una judicialización de la política de la salud frente a la pandemia del COVID-19.

Incluso en aquellos casos como el juicio de amparo en Veracruz, donde el juez definió un problema público (la ausencia de un mínimo de subsistencia) y formuló una posible solución (el otorgamiento de un ingreso mínimo vital), su resolución no parece reafirmar la existencia de un derecho colectivo, ya que los alcances de su sentencia no afectan a la colectividad, como sí lo hace la resolución sobre el suministro de agua potable en San Luis Potosí, por lo que es difícil considerar que la resolución del caso de Veracruz incide en el diseño de una política pública.

En cambio, el papel de los jueces federales en los casos examinados parece corresponder al marco de corrientes múltiples que, en un ambiente de ambigüedad y aleatoriedad, se pronuncian reafirmando valores sociales. Estos resultados son consistentes con los hallazgos de Gauri y Brinks.⁹⁴ Los jueces rara vez participan en la discusión de una política pública. En muchos casos, su participación se limita a incluir el lenguaje del derecho en las discusiones públicas y ser otro espacio para el debate de la política pública.

⁹¹ Bardach, Eugene, “Problems of Problem Definition in Policy Analysis”, *Research in Public Policy Analysis and management*, 1981, pp. 161-171.

⁹² Young, Eóin y Quinn, Lisa, *Writing effective public policy papers*, Budapest, Open Society Institute, 2002, p. 58.

⁹³ Bardach, Eugene, *Los ocho pasos...*, cit., p. 53.

⁹⁴ Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (coords.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 304.

No obstante, desde una concepción más amplia que el diseño de políticas públicas, la participación de los jueces puede incidir en las políticas de salud al modificar las instituciones públicas en el sector. Los cambios institucionales influyen de manera relevante en la generación de las políticas públicas, ya que el componente institucional es considerado un elemento clave en su formulación. Para algunos autores, además de incluir a las instituciones, hay otros factores que pueden explicar mejor la dinámica del proceso de las políticas como las redes, el contexto, los eventos, las ideas, los actores y la toma de decisiones.⁹⁵ Aunque estos componentes no están incluidos en las etapas del diseño (policy design), sí influyen en la creación de aquéllas.

Este es el caso de la resolución T-760 que reorganizó el sistema de salud en Colombia. La Corte Constitucional modificó las instituciones de prestación del servicio al homologar los planes de salud y cambiar las reglas sobre la información que reciben los beneficiarios del sistema, entre otras medidas.⁹⁶ En esta perspectiva amplia, los jueces participan en la formulación de políticas públicas al crear espacios para el diálogo y la colaboración entre actores, para analizar los cambios sustantivos en los servicios de salud. En ese sentido, la Corte Constitucional creó una forma de discutir y modificar la política de salud a favor de los beneficiarios del sistema.⁹⁷

Esta participación de los tribunales en las políticas de salud no está exenta de riesgos, ya que puede afectarse la estabilidad financiera de la administración. El caso Mini Numa ordenó la construcción de un centro de salud, sin importar las restricciones presupuestales. La edificación duró casi 10 años. Este caso puede ser un antecedente de la preocupación del poder judicial de desestabilizar el presupuesto público, debido a las restricciones económicas que pueden tener las administraciones públicas: “A la Corte le da miedo impactar en la política pública”.⁹⁸

El problema de la inestabilidad financiera, provocada por la participación de los jueces, ha sido revisado por la literatura del derecho a la salud.⁹⁹ Ante la disyuntiva de satisfacer las necesidades de salud sin tener los recursos suficientes, se ha propuesto un proceso justo de decisión que garantice la legitimidad y equidad de dichas decisiones dentro de un marco Rawlsiano. Este proceso tiene que ser transparente, basado en razones relevantes, revisable mediante un procedimiento y exigible.¹⁰⁰

Esta preocupación de afectar la estabilidad financiera puede explicar, en parte, el uso de la deferencia administrativa a favor de las medidas del gobierno para el cuidado de la salud ante el COVID-19, ya que los jueces evitan lidiar con las dificultades de un análisis económico extralegal. Estas razones también podrían explicar la deferencia que

⁹⁵ Cairney, Paul, *op. cit.*

⁹⁶ Lamprea, Everaldo, *op. cit.*, p. 18.3.

⁹⁷ Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia, *op. cit.*, p. 2645.

⁹⁸ Cobo, Fernanda *et al.*, *op. cit.*, p. 311.

⁹⁹ Rid, Annette, “Book Review: Just Health: Meeting Health Needs Fairly”, *Bulletin of the World Health Organization*, núm. 86, vol. 8, agosto de 2008, p. 653.

¹⁰⁰ Daniels, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 118-119.

se ha otorgado, por parte del Poder Judicial en México, al órgano constitucional autónomo en el mercado de las telecomunicaciones¹⁰¹ y al Poder Legislativo en materia de política fiscal.¹⁰²

3. Limitaciones del estudio

El número de casos analizados es insuficiente para generalizar las conclusiones de la investigación, ya que es incipiente considerar que existe una tendencia clara en la judicialización de las políticas de la salud en México, con este número reducido de juicios de amparo. Incluso los actores clave en el sector tienen opiniones divergentes sobre la participación del Poder judicial, que en ocasiones es considerado un agente de cambio, pero otros actores consideran que su participación es una intromisión ilegítima.¹⁰³ En futuras investigaciones que cuenten con un mayor número de juicios sobre el derecho a la salud durante la pandemia, podrán identificar posibles patrones en la participación de los jueces.

Una limitante adicional es que el uso de dos cuerpos de literatura distinta puede dificultar el análisis del problema de investigación, ya que se atiende desde dos posiciones diferentes. Por un lado, la literatura del derecho a la salud ha sido profusa en analizar la participación de los jueces en diversos países donde existe esta problemática. El enfoque de estas investigaciones ha sido el cumplimiento del derecho a la salud mediante el litigio constitucional.¹⁰⁴ En el caso de los estudios de políticas públicas, las investigaciones incorporan temáticas adicionales y están vinculadas a la deferencia administrativa en gran parte de las investigaciones.

Aunque ambas perspectivas comparten el objeto de estudio, las investigaciones pueden no ser compatibles del todo, ya que el enfoque de los estudios de políticas se centra en los elementos extralegales de las sentencias. Esta investigación está encuadrada en este último marco, por lo que puede parecer distante a los intereses y preocupaciones principales de la literatura del derecho a la salud.

No obstante, el enfoque de derecho y políticas públicas puede aportar una perspectiva novedosa sobre un tema relevante a la luz de la pandemia de COVID-19, y tal vez servir de enlace entre los estudios de judicialización del derecho a la salud y de políticas públicas en la región. Aunque los estudios de políticas pueden parecer ajenos a nuestra tradición jurídica, cada vez surgen más obras a partir de las problemáticas y la evidencia generadas en México y Latinoamérica.¹⁰⁵

¹⁰¹ Tesis 1.2º. A.E.45 A, *Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 38, febrero 2017, p. 2325; bajo el rubro: POLÍTICA REGULATORIA. LÍMITES DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LAS DECISIONES RELATIVAS.

¹⁰² Tesis 1º/J.77/2011, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 1341; bajo el rubro: PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. EL LEGISLADOR CUENTA CON UN MARGEN AMPLIO DE CONFIGURACIÓN, AL DEFINIR LAS TASAS Y TARIFAS.

¹⁰³ Cobo, Fernanda *et al.*, *op. cit.*, p. 308.

¹⁰⁴ Yamin, Alicia y Gloppen, Siri, *op. cit.*

¹⁰⁵ Sanabria-Pulido, Pablo y Rubaii, Nadia, (coords.), *Policy Analysis in Colombia*, Binghamton, Bristol University Press, 2020.

VI. Conclusiones

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los últimos años, sobre el principio de relatividad y sobre la procedencia de medidas cautelares ante la inacción de la administración pública, parecieran configurar una nueva realidad institucional, donde los jueces constitucionales tienen un margen jurídico para participar en las políticas públicas. Sin embargo, la evidencia analizada sobre las resoluciones de los jueces, a propósito de medidas de protección a la salud frente a la pandemia del COVID-19, muestra que probablemente los jueces no participan en el diseño de políticas públicas por dos razones fundamentales.

En algunos casos, el propio juez constitucional recurre al principio de deferencia judicial, lo que significa que adopta el criterio de política pública que las autoridades administrativas establecen, lo cual deja a la administración el diseño de las políticas públicas. Hay una renuncia expresa por parte del juez del análisis de elementos extralegales. En otros casos, el juez avanza hacia la definición de un problema público, y por ende, al diseño de políticas públicas, pero su resolución es limitada en este ámbito por el propio diseño institucional, por ejemplo, en el caso analizado sobre el otorgamiento de un ingreso mínimo vital de Veracruz, esto favorece sólo al quejoso y su núcleo familiar cercano. Por estas razones, el papel de los jueces está limitado al control de la actuación de la administración pública.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia de la formulación de políticas públicas, los jueces han participado en la creación de políticas de salud en la región de Latinoamérica al modificar las instituciones. Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia con la sentencia T-760/08, donde la Corte reorganizó el sector de salud y creó condiciones para la modificación de la política pública.¹⁰⁶ Este caso ilustra el potencial de la intervención de los jueces en las políticas de salud, más allá del diseño de políticas públicas.

Finalmente, el número de juicios de amparo analizados es tan reducido como para identificar una tendencia de la participación de los jueces en las políticas de salud frente al COVID-19, sin embargo, estos resultados son similares a los estudios recientes sobre la participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la política de salud en México, de 2011 a 2017, donde el Máximo tribunal ha perdido la oportunidad de incidir en este sector.¹⁰⁷ Este artículo puede contribuir a la discusión actual del papel de los jueces en las políticas de salud, cuyas investigaciones son proliferas en Latinoamérica, pero poco exploradas en México.

¹⁰⁶ Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia, *op. cit.*, p. 2592.

¹⁰⁷ Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, *op. cit.*, p. 1267.

VII. Bibliografía

- ACUÑA, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 3 de abril de 2019, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32350>.
- ARRIETA-GOMEZ, Aquiles Ignacio, “Realizing the Fundamental Right to Health Through Litigation: the Colombian Case”, *Health and Human Rights*, núm. 20, vol. 1, 2018.
- BADILLO, María José, “La deferencia de los tribunales especializados en competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión”, *Tesis de licenciatura, México, CIDE, 2018*, disponible en: <http://hdl.handle.net/11651/2687>.
- BAIRD, Vanessa y JACOBI, Tonja, “Judicial Agenda Setting Through Signaling and Strategic Litigant Responses”, *Washington University Journal of Law & Policy*, núm. 29, 2009.
- BARDACH, Eugene, “Problems of Problem Definition in Policy Analysis”, *Research in Public Policy Analysis and management*, 1981.
- BARDACH, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de Políticas Públicas, un manual para la práctica*, México, CIDE, 2001.
- BIEHL, João *et al.*, “The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil”, *Health and Human Rights*, núm. 18, vol. 1, 2016.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, New York, Free Press, 1997.
- CAIRNEY, Paul, *Understanding Public Policy*, Red Globe Press, 2012.
- CAIRNEY, Paul y JONES, Michael D., “Kingdon’s Multiple Streams Approach: What Is the Empirical Impact of this Universal Theory?”, *Policy Studies Journal*, núm. 44, vol. 1, 2016.
- CELIS QUINTAL, Marcos Alejandro, “El papel del Poder Judicial en el esquema de división de poderes de las entidades federativas”, *Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1784/18.pdf>.
- COBO, Fernanda y CHARVEL, Sofía, “Mexican Apex Judiciary and its Multiple Interpretations: Challenges for the Constitutional Right to Health”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, núm. 4, 2020, disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/18/4/1254/6077862>.
- COBO, Fernanda *et al.*, “La judicialización del derecho a la protección de la salud desde la óptica de los actores clave”, *Salud Pública de México*, núm. 63, vol. 2, marzo-abril de 2021.
- DANIELS, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- DUNN, William N., *Public Policy Analysis*, Estados Unidos, Routledge, 2015.

- FRANCO TALAMANTES, Amadeo, “Neil Gorsuch y el futuro del derecho administrativo”, *Revista Nexos*, 10 de mayo de 2017, disponible en: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6580#_ftn6.
- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (coords.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y RIVERA MALDONADO, Aline, “El caso ‘Mini Numa’: Un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2014, p. 90, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28901/26128>.
- HOFFMANN, Florian y BENTES, Fernando R.N.M., *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- HOOD, Christopher, *The Tools of Government*, Nueva Jersey, Chatham House Publishers, 1984.
- HOWLETT, Michael *et al.*, “From Tools to Toolkits in Policy Design Studies: the New Design Orientation Towards Policy Formulation Research”, *Policy & Politics*, núm. 43, vol. 2, abril de 2015, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/275719874_From_tools_to_toolkits_in_policy_design_studies_The_new_design_orientation_towards_policy_formulation_research.
- JARAMILLO, Luis Eduardo y PACHÓN, Mónica, “Control de constitucionalidad abstracto y sus implicaciones en las políticas públicas: el caso de la descentralización fiscal en Colombia”, *Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo*, Bogotá, julio 2019, disponible en: <https://egob.uniandes.edu.co/images/books/DT/DT-64.pdf>.
- KIRSCHEN, Etienne Said, *Economic Policy in Our Time*, Ámsterdam, North-Holland Publishing, 1964.
- KNOTT, Jack H., “Policy Change and Deregulation: Explaining Differences in Legislative Outcomes”, *Policy Currents*, núm. 3, vol. 1, 1993.
- LAMPREA, Everaldo, “The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2017.
- LANDAU, David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, núm. 53, 2012.
- LASSWELL, Harold, “The Policy Orientation”, en LERNER, Daniel y LASSWELL, Harold (eds.), *The Policy Sciences*, Stanford, Stanford University Press, 1951.
- LEIGH, Tara, “Book Review: The Supreme Court’s Legitimacy Dilemma”, *Harvard Law Review*, 2019, disponible en: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/06/2240-2276_Online.pdf.
- MACDONALD, Douglas, “Coerciveness and the Selection of Environmental Policy Instruments”, *Canadian Public Administration*, núm. 44, vol. 2, 2001.

- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Auto-Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, Chile, año 12, núm. 1, 2014, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art09.pdf>.
- MCKEEVER, Robert J., *Raw Judicial Power?: The Supreme Court and American Society*, Manchester, Manchester University Press, 1993.
- MERINO, Mauricio, *Políticas públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, CIDE, México, 2013.
- MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz, “Health in the Courts of Latin America”, *Health and Human Rights*, núm. 20, vol. 1, 2018, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6039732/>.
- PARRA-VERA, Oscar y YAMIN, Alicia, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *Tratado de derecho a la salud*, Argentina, Abeledo Perrot, 2013.
- PETERS, B. Guy, *Advanced introduction to public policy*, University of Pittsburg, 2015.
- PETERS, B. Guy y ZITTOUN, Philippe, *Contemporary Approaches to Public Policy, Theories, Controversies, and Perspectives*, Londres, Palgrave Macmillan, 2016.
- RABKIN, Jeremy A., *Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy*, New York, Basic Books, 1989.
- RID, Annette, “Book Review: Just Health: Meeting Health Needs Fairly”, *Bulletin of the World Health Organization*, núm. 86, vol. 8, agosto de 2008.
- SABATIER, Paul A., *Teorías del proceso de las políticas públicas*, Buenos Aires, Westview Press, 2010.
- SANABRIA-PULIDO, Pablo y RUBAIL, Nadia, (coords.), *Policy Analysis in Colombia*, Binghamton, Bristol University Press, 2020.
- TALE, Neal y VALLINDER, Torbjorn, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1997.
- YOUNG, Eóin y QUINN, Lisa, *Writing effective public policy papers*, Budapest, Open Society Institute, 2002.
- VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel Enrique, “La deferencia a favor de las Administraciones públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo”, *Estudios Jurídicos sobre Administración Pública, Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2012, disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/ManuelVentura.pdf.
- ZAHARIADIS, Nikolaos, *Bounded Rationality and Garbage Can Models of Policy-Making*, Londres, Palgrave Macmillan, 2016.

ANEXO 1

TABLA 2. Tamiz de análisis con base en la metodología expuesta en el apartado 2

1. ¿El juez definió el problema público?
2. ¿El juez eligió un instrumento distinto a la actividad realizada hasta ese momento por la administración pública?
3. Si el juez estableció un instrumento obligatorio para la administración pública, ¿el juez escogió libremente la alternativa, después de enumerar varias opciones?
4. Si el juez estableció un instrumento obligatorio para la administración pública, ¿el juez solo concedió la razón al quejoso al establecer la acción solicitada por el actor, sin contemplar alguna alternativa?
5. Si el juez estableció un instrumento obligatorio para la administración pública, ¿el juez invocó alguna tesis de jurisprudencia para sustentar su resolución sobre cómo debía actuar el gobierno?
6. Si el juez estableció un instrumento obligatorio, ¿la obligación establecida por el juez a la autoridad administrativa tiene una conexión directa con la definición del problema público?
7. Si el juez estableció un instrumento obligatorio, ¿estableció un parámetro objetivo de cumplimiento de su resolución para la administración pública?
8. ¿El juez ordenó alguna medida de implementación o procedimiento específico a la administración pública para el cumplimiento de su resolución?
9. En el caso analizado, ¿el juez motivó y fundamentó su resolución exclusivamente con aspectos normativos, como la protección del derecho de la salud?
10. En el caso analizado, además de que el juez motivara y fundamenta su resolución con aspectos normativos, como la protección del derecho de la salud, ¿el juez usó cifras sobre tasa de enfermedad o utilizó algún otro argumento técnico cuantificable para soportar su resolución?
11. ¿El juez invocó el principio de deferencia administrativa?
12. ¿El juez analizó o evaluó las políticas públicas de salud de la administración pública para emitir su resolución?

COMENTARIOS



LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DERECHO A LA SALUD Y EL LIBRE TRÁNSITO DURANTE LA PANDEMIA POR EL CORONAVIRUS EN MICHOACÁN. ANÁLISIS DEL RECURSO DE QUEJA 52/2020

THE PROPORTIONALITY BETWEEN THE RIGHT TO HEALTH AND FREE TRANSIT DURING THE PANDEMIC DUE TO THE CORONAVIRUS IN MICHOACÁN. COMPLAINT REMEDY ANALYSIS 52/2020

Osmar Iván Esparza Piñón*

I. Introducción

Dentro de la teoría constitucional desarrollada a lo largo de los siglos, se ha llegado a la conclusión de que el modelo que mejor garantiza el correcto ejercicio del poder es el de su división, la cual debe realizarse de una manera adecuada, con el fin de que aquél no sea ejercido por una sola persona que lo aproveche para su propio goce; que sea un peso suficiente para poder realizar la función a la que está dirigido y, finalmente, que sea un contrapeso eficaz que permita un correcto balance para el resto de los poderes. La división que podría ser la más aceptada es la de un poder legislativo, ejecutivo y judicial.

* Maestro en derecho constitucional por la Universidad Latina de América. Actualmente, se desempeña como secretario del Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Guanajuato, con residencia en Celaya. Sus áreas de interés e investigación son: teoría constitucional, reforma constitucional, derechos fundamentales, garantías constitucionales y amparo. Correo electrónico de contacto: *re_bsss@hotmail.com*.

Fecha de recepción: 6 de junio de 2020.

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2021.

En el caso mexicano, el poder judicial tiene por objetivo realizar, ya sea ejerciendo en forma concreta o abstracta, un control de constitucionalidad respecto a las leyes o actos de autoridades, con la finalidad de determinar si tales actúes fueron emitidos conforme a las directrices plasmadas en la *norma normarum*. Así, el control constitucional se ejerce a través de distintas autoridades y bajo tres mecanismos diversos: el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. La primera de estas garantías es a la que tienen acceso las personas contra los actos o leyes que se estimen inconstitucionales.

Si bien los poderes Legislativo y Ejecutivo tienen a su cargo la emisión de normas y dirección de políticas públicas, lo cierto es que no pueden prever todos los escenarios que se puedan presentar en la realidad. Muestra de ello, es la pandemia derivada del virus SARS-CoV2, COVID-19, conocida como “coronavirus”. Para hacer frente a estas situaciones, es necesario emitir disposiciones que hagan frente a la misma, incluso si éstas restringen derechos fundamentales.

No obstante, el dilema que se presenta en la actualidad es la ponderación entre dos derechos fundamentales y, desde la óptica jurisdiccional michoacana, cuál de éstos debe prevalecer, tal y como aconteció en la resolución de la queja 52/2020,¹ del índice del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán.

El objetivo central del presente comentario radica en la necesidad que tienen todos los jueces constitucionales de ponderar las situaciones actuales ante los tecnicismos y técnicas interpretativas al alcance. Sobre todo, el hecho de que éstas sean acordes a los estándares actuales. Por ello, el enfoque metodológico que se utiliza consiste en analizar las circunstancias particulares del caso, la técnica interpretativa utilizada por el tribunal colegiado y, finalmente, tratar de demostrar por qué la resolución fue omisa en analizar la problemática a la luz del principio de proporcionalidad en sede suspensiva.

II. Acciones frente a la pandemia

Como es sabido, el mundo enfrenta una crisis sanitaria derivada del virus SARS-CoV2, que ha cambiado la manera en la que interactuamos y vivimos día a día. El riesgo tan alto de contagiarse de este virus generó que el Ejecutivo Federal emitiera una serie de lineamientos y estrategias para evitar su propagación, como lo es la conocida “sana distancia” y el cierre de los comercios que realicen actividades no esenciales.²

¹ Se debe precisar que esta ejecutoria es una de tantas que se dieron con motivo de la emisión del decreto impugnado; por tal motivo, se hace la aclaración de que este precedente no es único ni aislado, sino que existen muchos más.

² Este tipo de actividades hacen alusión a las acciones que realizan; así, en atención a la normativa emitida por el Secretario de Salud, serían esenciales aquellas que sean indispensables para la subsistencia del Estado y de la población, y, por exclusión, serían no esenciales aquellas que no encuadraran en esta hipótesis. Esto queda, evidentemente, a criterio de la interpretación de la autoridad ejecutiva y de los órganos jurisdiccionales.

No obstante, es claro que si vivimos en un Estado Federal, existe una composición plural que necesita atender diversas cuestiones en lo particular. Al margen de que dichas estrategias sean buenas o malas, lo cierto es que los Gobernadores de las entidades federativas también han actuado para salvaguardar, en la medida de lo posible, la salud de sus habitantes.

Respecto al caso concreto revisado, en el Estado de Michoacán se suscitó una situación particular: el Ejecutivo Estatal advirtió que el riesgo de contagio era demasiado y que las acciones empleadas hasta ese momento no habían contrarrestado esta situación. Por tal motivo, el diecisiete de abril de dos mil veinte publicó un acuerdo en el que, a grandes rasgos, limitó el derecho al libre tránsito de los habitantes de esta entidad federativa, al declarar el aislamiento obligatorio con motivo de la pandemia.

Ante esto, muchos ciudadanos promovieron una serie de juicios de amparo, en lo individual y colectivo, contra este decreto, ya que al margen de los conceptos de violación que hicieron valer, y en atención a la técnica que rige el juicio de amparo,³ lo esencial era obtener la suspensión del acto reclamado.

III. Radicación del juicio constitucional

La pandemia por el coronavirus no solamente afectó las actividades de todas las personas, sino también la manera en cómo el Estado desempeñaba sus funciones y brindaba los servicios públicos necesarios, como el de la justicia. Ante esta situación, el Consejo de la Judicatura Federal determinó que todos los órganos jurisdiccionales permanecerían cerrados, y únicamente se atenderían los casos urgentes mediante el sistema de guardias que implementó para tal efecto.⁴

Así, cuando entró en vigor el decreto impugnado, el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Michoacán, con residencia en Morelia, se encontraba de turno para la recepción de este tipo de asuntos; de ahí que el gran cúmulo de inconformidades suscitadas con motivo del decreto fueron del conocimiento de este órgano de control constitucional.

Ahora, al margen de que en algunos asuntos que fueron radicados se haya concedido la suspensión provisional o de plano,⁵ después de un análisis de los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar, se concedió la suspensión de los actos reclamados

³ Esto debido a que, probablemente, una vez que cesaran los efectos del decreto impugnado, el juicio de amparo, en lo principal, terminaría sobreseyéndose, en términos de la fracción XXI del artículo 61 de la ley reglamentaria.

⁴ Lo que se puede corroborar a partir de la lectura e interpretación de los Acuerdos Generales 4/2020, 6/2020, 8/2020 y 10/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

⁵ Cuestión que, desde mi perspectiva, siempre debe ser de manera provisional, ya que la figura para conceder la suspensión de plano tiene que ver con la premura de que cesen inmediatamente los actos reclamados que atenten de manera directa, actual e inminente ciertos derechos fundamentales que el legislador estimó que no debía esperar una audiencia para su cese total; tal es el caso de la incomunicación. De ahí que, en este tipo de casos, aun cuando exista alguna violación manifiesta a un derecho fundamental pero que no se esté vulnerando un bien superior privilegiado por el legislador, sería necesario abrir la audiencia y escuchar a las partes; por ello la necesidad de que la medida cautelar se dicte de manera provisional y no de plano.

para el efecto de que no se aplicara a los quejosos el decreto impugnado y, por tanto, no realizaran el aislamiento obligatorio. Esto debido a que, esencialmente, el resguardo obligatorio implicaba una restricción al derecho al libre tránsito de las personas, la cual únicamente puede ser decretada por el Ejecutivo Federal, siguiendo los lineamientos plasmados en el artículo 29 constitucional. De ahí que se colmaran los supuestos de peligro en la demora y la apariencia del buen derecho.

IV. Argumentos de la segunda instancia constitucional

Inconforme con estas determinaciones, el Gobernador del Estado de Michoacán interpuso recurso de queja, de los cuales, en razón de la guardia habilitada, tocó conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia; entre estos tocas, se encuentra el expediente 52/2020.

Medularmente, el Tribunal Colegiado consideró fundados los agravios. En efecto, después de un análisis, que también realizó el juez de Distrito, el órgano colegiado refirió que el Consejo de Salubridad General es una autoridad administrativa con atribuciones materialmente legislativas, que se da para hacer frente a este tipo de situaciones extraordinarias. Así, y con base en una interpretación de los artículos 4 y 73 constitucionales, determinó que la materia de salud es de competencia concurrente, tanto del aludido consejo como de las entidades federativas.

Por tal motivo, el examen hecho por el juez constitucional resultó ilegal, puesto que era inválido igualar el aislamiento obligatorio como una restricción al libre tránsito cuando, en realidad, era una norma emitida en atención a la concurrencia en materia de salud; es decir, el resguardo obligatorio venía a ser una medida dictada dentro de la emergencia sanitaria. Esto debido a que, desde la medida cautelar, no era el momento oportuno para calificar la constitucionalidad de la norma impugnada, ni para hacer un examen exhaustivo sobre la misma. Por lo tanto, no es factible, en ese momento procesal, justificar la apariencia del buen derecho y estimar que la incompetencia de la autoridad responsable sea argumento suficiente para sostener la concesión de la suspensión.

Esto aunado al hecho de que, desde la óptica del Tribunal Colegiado, la concesión de la medida cautelar contravendría el interés social, ya que el artículo 129, fracción V⁶ de la Ley de Amparo dispone expresamente que la suspensión es improcedente cuando tenga por objeto impedir la ejecución de medidas tendientes a combatir epidemias graves, razón por la cual, al ser la norma reclamada una especie de reglamentación de los decretos

⁶ “Artículo 129. Se considerará, entre otros casos, que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando, de concederse la suspensión:

...V. Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país...” Ley de Amparo.

federales, no actualizaba el supuesto normativo previsto en la última parte del aludido numeral 129.⁷ Por ese motivo, revocó la medida cautelar y la negó.⁸

V. Interpretación del conjunto normativo

Como se puede observar, el debate central del fallo judicial fue la interpretación que se hizo de diversas porciones normativas para llegar a las conclusiones apuntadas; sin embargo, dicha interpretación parece inexacta en atención al marco constitucional actual.

La interpretación jurídica implica delimitar el sentido de un texto normativo, esclarecer y desentrañar su significado.⁹ Así, todo texto normativo¹⁰ necesita ser interpretado y esta actividad será, en mayor o menor medida, difícil en atención al tipo de la disposición de la que deba desentrañarse su significado, sobre todo, si hay una multiplicidad de normas que se puedan extraer de un mismo texto normativo.¹¹

Para la labor jurisdiccional, no debe interpretarse una norma de manera aislada, sino que debe hacerse de manera *sistemática* en atención al entramado jurídico y la ubicación de las disposiciones en el texto legal.¹² Pero no solo eso, pues también debe ser de manera *evolutiva*, ya que los valores y principios pueden tener un significado nuevo y distinto a aquél que históricamente ha tenido y, de este modo, se adapta a las circunstancias del tiempo en que han de aplicarse y la naturaleza social.¹³

Así, para la interpretación de los derechos fundamentales¹⁴ es necesario seguir un esquema que permita visualizar todo el sistema y de acuerdo con la situación actual que acontece.

⁷ “El órgano jurisdiccional de amparo excepcionalmente podrá conceder la suspensión, aún cuando se trate de los casos previstos en este artículo, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social”, *idem*.

⁸ Este breve extracto corresponde a los argumentos plasmados en dicha ejecutoria, a partir de la foja 80, como se obtuvo de la versión pública de la misma.

⁹ Figueroa Mejía, Giovanni A., *Estudios sobre control constitucional y convencional*, México, Editorial Porrúa, 2020, p. 3.

¹⁰ Siguiendo la técnica que proporciona el doctor Figueroa, se comparte la noción de disposición (texto o enunciado normativo) y norma (contenido normativo o producto del intérprete).

¹¹ Figueroa Mejía, Giovanni A. *Estudios sobre... op. cit.*, p. 9.

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ *Ibidem*, pp. 27 y 36.

¹⁴ Al respecto, resulta oportuno hacer la aclaración de que nuestro orden jurídico constitucional hace alusión a *derechos humanos*; sin embargo, cabe precisar que se comparte la tesis propuesta por Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, donde estipula que: “Los derechos humanos, una vez institucionalizados, dan origen a los derechos fundamentales porque los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalmente protegidos”, en Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 38 y 39.

VI. Procedencia de la medida cautelar: ponderación entre el libre tránsito y salud pública

Por los motivos expuestos con anterioridad, es claro que el Tribunal Colegiado no fue vasto en su interpretación sistemática, ya que, si bien tomó en cuenta las directrices plasmadas en los numerales 4 y 73 constitucionales, junto con lo previsto en el artículo 129, fracción V de la Ley de Amparo, soslayó el contenido de los principios previstos en el ordinal 107, fracción X, primer párrafo, constitucional,¹⁵ los cuales hacen alusión a la manera en cómo opera la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo.

Esta porción normativa precisa que, para conceder la suspensión, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizarse un análisis *ponderado* de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Este cambio en la manera en la que se percibe la suspensión de los actos reclamados se dio a raíz de la reforma constitucional de 2011, en la que se introdujo un cambio significativo a la técnica del juicio de amparo, pues dicha suspensión ya no se concebía como una medida paralizadora para darle el auténtico toque de medida cautelar. Muestra de ello fue que, anteriormente, bastaba para que un acto implicara algún provecho a la sociedad para negar la suspensión, ya que conllevaría a coartar a la comunidad de esto.¹⁶

Así, la *ponderación* a la que hace alusión nuestro texto fundamental tiene que ver con un *análisis de proporcionalidad* que se haga del acto reclamado. De ello se deriva que la suspensión dejó de ser una mera subsunción, pues da la posibilidad de contrastar los perjuicios que ocasiona el acto reclamado a una persona, con el posible beneficio que tenga la sociedad.¹⁷

Por tal razón, era viable analizar la proporcionalidad del decreto de resguardo obligatorio del Estado de Michoacán, sin que esto implique, como sostuvo el Tribunal Colegiado, hacer un examen adelantado de constitucionalidad, ya que el numeral 148 de la Ley de Amparo permite ejercer un tipo de control difuso sobre la inaplicación de la norma combatida.¹⁸

Para ejemplificarlo, es necesario indicar que la proporcionalidad es un instrumento metodológico, articulado por cuatro componentes: 1) el fin adecuado, 2) la conexión racional, 3) los medios necesarios y 4) la relación adecuada entre el beneficio ganado

¹⁵ “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

...X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social”.

¹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 591.

¹⁷ *Ibidem*, p. 600.

¹⁸ “Artículo 148. En los juicios de amparo en que se reclame una norma general autoaplicativa sin señalar un acto concreto de aplicación, la suspensión se otorgará para impedir los efectos y consecuencias de la norma en la esfera jurídica del quejoso. En el caso en que se reclame una norma general con motivo del primer acto de su aplicación, la suspensión, además de los efectos establecidos en el párrafo anterior, se decretará en relación con los efectos y consecuencias subsecuentes del acto de aplicación”.

con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (siendo este último elemento la ponderación —proporcionalidad, en sentido estricto—). Estas partes constituyen la cláusula restrictiva y son cruciales para la comprensión de la proporcionalidad, ya que ésta debe mantener estos cuatro componentes con el objetivo de adecuarse al modelo constitucional.¹⁹ No obstante, resulta imperativo explicar brevemente en qué consiste cada uno de estos puntos:

1. El *fin adecuado* implica un componente de carga axiológica, ya que refleja la noción según la cual no todo fin puede justificar la restricción de un derecho fundamental. Una de las características únicas de un derecho fundamental es que éste puede ser restringido sólo con el objetivo de alcanzar aquellos fines que pueden justificar una restricción a tal derecho y, precisamente, los fines que lo justifican derivan de los valores en que se funda una sociedad. Así, este componente examina si una medida está dirigida a un fin que justifica tal restricción. Este examen se lleva a cabo sin que se considere ni el alcance de la restricción al derecho fundamental, ni los medios usados, como tampoco la relación entre el beneficio de lograr tal fin y la vulneración que se causa; simplemente se trata del test propio de un requisito mínimo, que busca dar una respuesta a la cuestión básica de que si en una democracia constitucional un derecho fundamental puede ser objeto de restricción para realizar el propósito subyacente a la medida restrictiva.²⁰
2. La *conexión racional* —llamada también *idoneidad*— exige que los medios usados por la medida restrictiva se ajusten con el fin para el cual *ésta* ha sido diseñada. Demanda que los medios usados por aquélla puedan realizar o promover el fin que subyace a dicha medida, que el uso de tales medios conduzca de manera racional a su realización del fin. En ese tenor, se requiere que los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin, en el sentido de que la medida restrictiva incremente la probabilidad de su realización. Así, si la realización del medio no contribuye a la realización del fin de la medida, el uso de éstos no será proporcional. Por ello, el test de necesidad da respuesta a la interrogante acerca de si los medios escogidos por la medida restrictiva son capaces de promover el fin perseguido.²¹
3. La *necesidad* ³aconocida como test de los medios menos restrictivos— atiende a que el legislador o autoridad debe escoger, entre todos los medios que pueden promover el propósito de la medida restrictiva, el que menos restrinja el derecho fundamental en cuestión. Por consiguiente, surge del hecho de que no existe otra alternativa que sea menos dañina para el derecho humano y que, al mismo tiempo, fomente el fin perseguido por la medida restrictiva. Si existe otra alternativa menos restrictiva, capaz de alcanzar el fin perseguido, entonces no existe necesidad

¹⁹ Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Editorial Palestra, 2017, pp. 159 y 160.

²⁰ *Ibidem*, pp. 277-279.

²¹ *Ibidem*, pp. 337-339.

de ésta. La medida restrictiva no debe restringir el derecho fundamental, *más allá de lo requerido para fomentar el fin adecuado. Así, el test de necesidad relaciona los medios escogidos por el legislador para alcanzar los fines y no la necesidad de alcanzarlos*; por ello, se deben escoger medios racionales, de tal forma que la intensidad de la realización sea la que implique menor restricción con el objetivo de alcanzar el fin.²²

4. Finalmente, la *proporcionalidad* —en sentido estricto— tiene por objeto determinar si existe una relación adecuada entre los beneficios que se obtienen con el cumplimiento del fin perseguido y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin. Requiere una ponderación de los beneficios obtenidos por la sociedad y la transgresión al derecho humano. Toda medida restrictiva de un derecho protegido a nivel constitucional debe cumplir con la proporcionalidad, ya que examine el resultado de la propia medida y su efecto sobre éste. Se comparan los efectos positivos con los efectos negativos, por lo que tiene una fuerte carga axiológica. En conclusión, está dirigida a determinar si la relación entre el beneficio y la vulneración es adecuada.²³

Con estas premisas, se tiene que el Tribunal Colegiado estuvo en aptitud de ejercer un test de proporcionalidad en sede incidental, ya que la propia interpretación sistemática y evolutiva de disposición normativa constitucional prevé tal situación. Así, y a partir del examen de esto, se tiene que el decreto reclamado, efectivamente pasaba los dos primeros puntos de la metodología propuesta: 1) sí perseguía un fin válido, ya que es la protección de la salud, y 2) sí era capaz de buscar el fin perseguido.

No obstante, no se hizo un análisis acucioso acerca de si el decreto restrictivo era la única alternativa que existía para realizar el fin perseguido por la medida restrictiva, ni se exploró o se dijo si existía otra medida menos restrictiva capaz de alcanzar el fin perseguido. Menos aún se llegó a la *ponderación* a la que alude el artículo 107, fracción X, constitucional —proporcionalidad, en sentido estricto—, ya que no se compararon los efectos positivos con los efectos negativos que tenía el decreto.

Esto cobra sentido, ya que la parte *in fine* del numeral 129 de la Ley de Amparo prevé la posibilidad de conceder la suspensión si con su negativa de la medida suspensiva puede causarse una mayor afectación al interés social. Así, de la interpretación de esta porción normativa se aprecia que es posible hacer una ponderación sobre los perjuicios que, a la larga, pueden ocasionar el resguardo obligatorio bajo el argumento de salud pública.

Y estos efectos, en términos prácticos, pueden apreciarse tanto en situaciones simples como en complicadas: que una persona tenga que salir a trabajar, llevar a un familiar al doctor por un caso urgente, acudir a realizar trámites gubernamentales, solicitar una

²² *Ibidem*, pp. 351, 354-355.

²³ *Ibidem*, pp. 375 y 377.

despensa, derecho a manifestarse, por mencionar algunos. De este modo, es claro que no se realizó la ponderación a que alude el mandato constitucional, y únicamente se prefirió una mera subsunción legal.

VII. Reflexiones finales

Como se aprecia, lejos de que el marco constitucional haya cambiado y siempre se deba preferir por una disposición normativa más benéfica para las personas, lo cierto es que en la cuestión hermenéutica no se ha avanzado tanto. Las autoridades, quizá por la premura en la resolución de los casos, no se toman la molestia de hacer las adecuadas interpretaciones y resolver los casos en atención a las problemáticas actuales.

Es cierto que es obligación de todas las autoridades cumplir el mandato previsto en el artículo 1º constitucional; sin embargo, esto no es posible mientras no se realicen ejercicios interpretativos que apliquen el principio *pro persona*. El mandato existe, pero prevalece la falta de voluntad.

Las decisiones judiciales deben tomarse y contemplar la complejidad social del problema en su totalidad, fundarse en una visión coherente e imparcial de la justicia y equidad, ya que en esto radica el Estado de derecho;²⁴ de lo contrario, la propia ciudadanía rechaza la decisión y no solamente se queja de ésta, sino también de la institución que la produjo.²⁵ Después de todo, se debe recordar que los jueces constitucionales se legitiman a través de sus sentencias y, en el caso concreto, parece que no se cumplió con este cometido. Prueba de ello es la disconformidad social ante lo resuelto.

VIII. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Editorial Palestra, 2017.
- DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2017.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Estudios sobre control constitucional y convencional*, México, Editorial Porrúa, 2020.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2012.

²⁴ Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2017, p. 6.

²⁵ *Ibidem*, p. 45.



DERECHO PENAL COMO ESTRATEGIA DE POLÍTICA PÚBLICA DE SALUD: ANÁLISIS DE LA REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO

CRIMINAL LAW AS A PUBLIC HEALTH POLICY STRATEGY: ANALYSIS ON THE CRIMINAL CODE FOR THE STATE OF QUERÉTARO AMENDMENTS

Alejandro Domínguez López Velarde*

I. Introducción

El presente texto tiene como objetivo analizar la reforma al Código Penal para el Estado de Querétaro, aprobada por el Pleno del Congreso local de esa entidad, en su parte relativa a la adición del artículo 221 Bis-B1, que establece como tipo penal el “no respetar el periodo de asilamiento obligatorio impuesto por padecer una enfermedad transmisible grave o la cuarentena”. El propósito de este estudio hermenéutico es analizar los alcances y viabilidad técnica-jurídica de tal reforma aprobada; para ello, el texto se divide en las siguientes secciones: la primera es sobre los antecedentes, objeto y propuesta de reforma, que corresponde a una parte descriptiva, y la segunda trata el tema de los comentarios que contienen el análisis al respecto de sus consideraciones, efectos e impactos jurídicos y administrativos relevantes, lo cual corresponde a la parte analítica.

* Maestro en Políticas Anticorrupción por la Universidad de Salamanca, y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Actualmente cursa el Máster en Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa por la Universidad de Castilla-La Mancha. Su línea de investigación se centra en políticas públicas y técnica legislativa. Correo electrónico: *alejandrodom94@gmail.com*.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2021.

II. Antecedentes, objeto y propuesta de reforma de la iniciativa

1. Antecedentes

El 29 de abril del 2020, el Grupo Legislativo del Partido Acción Nacional del Congreso del Estado de Querétaro, presentó una iniciativa de reforma¹ al Código Penal para el Estado de Querétaro,² que fue turnada a la Comisión de Gobernación, Administración Pública y Asuntos Electorales del órgano legislativo. Posteriormente, en sesión de Pleno del 30 de abril, se sometió a votación el dictamen que contiene dicha iniciativa, el cual fue aprobado por mayoría de 24 votos a favor y 1 en contra.

2. Objeto de la reforma

Las modificaciones a la ley penal buscan aumentar las sanciones de diferentes delitos vigentes, y establecer como delito el “no respetar el periodo de aislamiento obligatorio impuesto por padecer una enfermedad transmisible grave o la cuarentena”. Al respecto, la exposición de motivos de la iniciativa en análisis establece que:

es preciso entonces realizar una reforma al Código Penal para el Estado de Querétaro, por medio de la cual se puedan regular y sancionar a quienes irresponsablemente incumplan las medidas de seguridad sanitaria y particularmente el aislamiento obligatorio, poniendo en riesgo la salud e integridad de las personas ante el posible contagio de alguna enfermedad transmisible.

3. Propuesta de reforma

Se reforman los artículos 127 BIS-1, 143, 170, 198, 217 Bis, 221, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 299, 300, 303 y 304; asimismo, se adiciona un artículo 221 BIS-B1 al Código Penal para el Estado de Querétaro. Para efectos del presente análisis, se revisa esta última disposición, aprobada en los siguientes términos:

Artículo 221 BIS-B1.- A la persona que no respete el periodo de aislamiento obligatorio impuesto por padecer una enfermedad transmisible grave o la cuarentena, se le impondrá una pena de cuatro a seis años de prisión y las medidas de seguridad de confinamiento respectivo que determine la autoridad judicial.

¹ Disponible y consultada el 10 de julio de 2020, en http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/serpar/iniciativas/1399_59.pdf.

² Publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, “La Sombra de Arteaga”, el 23 de julio de 1987.

Domínguez López Velarde, Alejandro, “Derecho penal como estrategia de política pública de salud...”, *Jurídica Ibero*, año 6, núm. 11, julio-diciembre de 2021.

III. Comentarios

1. Marco conceptual

Se entiende por aislamiento, de conformidad con el artículo 405 de la Ley General de Salud,³ a “la separación de personas infectadas, durante el periodo de transmisibilidad, en lugares y condiciones que eviten el peligro de contagio”. Ahora bien, con respecto al concepto de *enfermedad transmisible grave*, incorporado en la reforma aprobada, es preciso señalar que la definición de este concepto no se contempla en la legislación general en la materia, únicamente se puede ubicar, en su artículo 134, una serie de enfermedades que pueden entenderse solamente como *transmisibles*, pero no unívoco al concepto mencionado (“transmisible grave”).⁴ En el mismo sentido, el artículo adicionado no define lo que se entiende por este concepto. Por otro lado, se comprende por *cuarentena*, de conformidad con el artículo 406 de la ley general en la materia, a la “limitación a la libertad de tránsito de personas sanas que hubieren estado expuestas a una enfermedad transmisible, por el tiempo estrictamente necesario para controlar el riesgo de contagio”. Finalmente, no se omite señalar que, de acuerdo con los preceptos referidos, tanto el aislamiento como la cuarentena se ordenarán por escrito y por la autoridad sanitaria competente, previo dictamen médico. Para los presentes efectos, es preciso mencionar que la autoridad sanitaria competente, es decir, la Secretaría de Salud, únicamente se limitó a publicar el 23 de marzo de 2020 una recomendación, y no una orden, denominada “Jornada Nacional de Sana Distancia”,⁵ donde se contiene, como medida preventiva recomendada, “no salir de casa en caso de presentar síntomas compatibles con COVID-19”.

2. Impacto jurídico

Del análisis derivado de la transcripción del tipo penal adicionado, referido en el apartado 3 de la sección II de este trabajo, se estima que dicho precepto se aparta de los principios de seguridad jurídica, legalidad en materia penal (en su vertiente de taxatividad) y mínima intervención en materia penal (*ultima ratio*), y que vulnera, principalmente, los derechos humanos de libertad de tránsito o circulación, así como de libertad de reunión o asociación. Lo anterior, en razón de las siguientes consideraciones.

³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984.

⁴ No se omite mencionar que el pasado 23 de marzo de 2020 se publicó, en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación*, el Acuerdo mediante el cual el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria.

⁵ Secretaría de Salud, “Jornada Nacional de Sana Distancia”, México, Gobierno de México, 23 de marzo de 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/541687/Jornada_Nacional_de_Sana_Distancia.pdf, consultado el 16 de julio de 2020.

Los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, así como el 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen el derecho a la seguridad jurídica y a la legalidad en materia penal, en su vertiente de taxatividad, axiomas que se constituyen como una garantía para las personas, y que se traduce en la prescripción de redacción de leyes claras y suficientemente determinadas. En este sentido, el mandato de taxatividad en materia penal supone, por una parte, la exigencia de que la conducta típica sea de tal grado de determinación que, lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por la persona usuaria o destinataria de la norma y, por otra parte, un límite al legislador que implique la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del Derecho.⁶

En ese orden de ideas, con respecto a la primera porción normativa, relativa a “*no respete el periodo de asilamiento* obligatorio impuesto por padecer una *enfermedad transmisible grave* o la cuarentena”, hace que la definición del tipo penal sea imprecisa, pues la conformación de sus elementos es amplia o abierta (en tanto que no se define lo que deberá entenderse por *enfermedad transmisible grave*, y el artículo no remite a alguna otra disposición normativa para entender lo que refiere este concepto, por lo que pudiera generar diversas interpretaciones), así como inexacta (en cuanto a que el aislamiento por definición, como se ha mencionado, no es un *periodo* que pueda deducirse del contexto actual como lo pretendieron los legisladores, sino una acción relativa a la “separación de personas infectadas”, prevista en la Ley General de Salud). Con ello, propicia que, tanto operadores jurídicos como gobernados, no sepan a ciencia cierta qué conductas encuadran en dichos elementos y vulnera, por lo tanto, los principios de certeza y seguridad jurídica.

Finalmente, no se omite señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de seguridad jurídica

garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas [y que la falta de éste] puede originarse, por aspectos legales, administrativos o por prácticas estatales, que reduzcan la confianza pública en las instituciones (judiciales, legislativas o ejecutivas) o en el goce de los derechos u obligaciones reconocidos a través de aquellas, e impliquen inestabilidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, y de situaciones jurídicas en general.⁷

Por otro lado, la descripción típica contenida en la norma estudiada resulta contraria al principio de mínima intervención en materia penal (*ultima ratio*), pues se sanciona con pena privativa de libertad una conducta que amerita un control menos lesivo, ya que

⁶ Véase la tesis aislada de rubro “Abuso de autoridad. El artículo 298 del Código de Justicia Militar que prevé este delito, no transgrede el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley penal en su vertiente de taxatividad”, Tesis I.6o.P.151 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 71, octubre de 2019

⁷ CIDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de febrero de 2018. Serie C. No. 346. Párr. 122.

a través de otras vías podrían protegerse los bienes jurídicos a salvaguardar.⁸ De este modo, dicho principio limita la intervención del Estado, y constituye el fundamento de los ordenamientos jurídicos penales de los Estados con un modelo democrático y social de Derecho.⁹ Así, se busca que la justicia penal se reduzca a lo mínimo posible, y sea la ultima ratio o última instancia de la autoridad en la resolución de conflictos, la imposición de sanciones frente a la violación de derechos humanos, y para la protección de los bienes jurídicos frente a los ataques que puedan sufrir.

En ese sentido, resulta importante recordar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha sostenido que el Derecho Penal constituye una rama independiente del derecho a la que se acude cuando no existe otra opción o remedio menos gravoso para la protección del Estado democrático y del bienestar social.¹⁰ Finalmente, bajo la misma óptica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la vía penal debe emplearse “en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, [pues de lo contrario se] conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.¹¹

En cuanto a los derechos que se vulneran, respecto al derecho a la libertad de circulación o tránsito, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, en su artículo 11, el derecho que tiene toda persona de desplazarse libremente por todo el territorio nacional, prerrogativa además reconocida a nivel convencional en los artículos 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De la lectura armónica de estas disposiciones se desprende que el Estado debe proporcionar una amplia protección, y garantizar que no haya restricciones directas e indirectas a este derecho, deber que contradice el artículo analizado, al prever una sanción no solamente por conceptos imprecisos o de definición indeterminada, sino que su actualización trae como consecuencia la imposición de una sanción privativa de la libertad, así como la inhibición de su libertad de tránsito o circulación, sin que éstas puedan conocer con certeza si su conducta se adecúa o no a la descripción normativa.

Por lo que respecta al derecho a la libertad de reunión o asociación, el artículo 9º de la Constitución Federal reconoce el derecho humano de reunirse con cualquier objeto, siempre que éste sea lícito, y a la vez, impone la prohibición para las autoridades de

⁸ Al respecto, es preciso señalar que la Ley General de Salud prevé, en su artículo 427, que a quien interfiera o se oponga al ejercicio de las funciones de la autoridad sanitaria, o se niegue a cumplir los requerimientos y disposiciones de ésta, provocando con ello un peligro a la salud de las personas, se le sancionará con arresto hasta por treinta y seis horas.

⁹ González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, México, Oxford, 2001, p. 95.

¹⁰ Véanse las sentencias de la Primera Sala, al resolver los amparos en revisión 1380/2015, en sesión del 23 de noviembre de 2016, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 79, y 400/2016, en sesión de 11 de enero de 2017, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea.

¹¹ CIDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C. No. 207. Párr. 73.

coartar dichas reuniones lícitas. La Primera Sala de la SCJN ha señalado que el derecho a la libertad de reunión consiste en que todo individuo pueda congregarse o agruparse con otras personas, en un ámbito privado o público y con la finalidad lícita que se quiera, siempre que el ejercicio de este derecho se lleve a cabo de manera pacífica.¹² En concordancia, el artículo 15 de la Convención Americana “reconoce el derecho de reunión pacífica”. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos, y ha determinado que el derecho de reunión es fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente.¹³

Ante este escenario de derechos limitados, resulta necesario observar que las autoridades locales no están facultadas para suspender o restringir derechos humanos; lo anterior, con base en el análisis del artículo 29 constitucional, el cual establece que “solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos”, con aprobación del Congreso de la Unión, podrá suspender o restringirlos; al mismo tiempo, el artículo 124 de la Carta Magna estipula que las autoridades locales no podrán ejercer las facultades otorgadas exclusivamente a funcionarios federales. En síntesis, la aprobación de este tipo penal se encamina al riesgo notorio de un acto que atenta contra derechos humanos, al restringirlos de forma injustificada, descatando la obligación que impone el artículo 1º, 29 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de velar por que en todo momento se respeten las exigencias constitucionales establecidas en los artículos 9º y 11, así como el bloque de convencionalidad mencionado.

Es preciso señalar que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha establecido que “los Estados sólo deberían aplicar la privación de libertad como último recurso, según estipula la ley, y con las apropiadas salvaguardas de procedimiento”, y que “la privación de libertad ha de ser razonable, necesaria y proporcional a las circunstancias, incluso en un estado de emergencia”.¹⁴ Lo anterior, en concordancia con la Observación General no. 35 del Comité de Derechos Humanos de la ONU,¹⁵ respecto al artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece, entre otras previsiones, que cuando los estados partes imponen la reclusión por motivos de seguridad y no con miras a un procesamiento por la imputación de un delito, se presenta un riesgo de privación de libertad arbitraria; que el concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de la manera más amplia, de modo que

¹² Tesis 1a. LIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera sala, marzo de 2010, p. 927, del rubro: “Libertad de asociación y de reunión. Sus diferencias”.

¹³ CIDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Sentencia del 28 de noviembre de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie, Párr. 171.

¹⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), “Directrices relativas a la COVID-19”, en *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, 27 de abril de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19_ES.pdf; consultado el 8 de julio de 2020.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Observación general no. 35”, 16 de diciembre de 2014, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=es, consultado el 8 de julio de 2020.

incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad; y que es arbitraria la detención o reclusión como castigo por el ejercicio de derechos humanos, como la libertad de reunión y libertad de asociación, reconocidos por el mismo instrumento internacional. En el contexto actual, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en la resolución no. 1/2020, identificada con el título “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, formuló la siguiente recomendación a los gobiernos de los Estados miembros:

20. Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.¹⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una declaración¹⁷ donde considera, entre otras recomendaciones, que las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y afecten o restrinjan el goce y ejercicio de derechos humanos, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias, proporcionales y acordes con los requisitos contemplados y desarrollados por el derecho interamericano de los derechos humanos.

En el mismo sentido, en el marco nacional, la Secretaría de Gobernación (Segob) hizo un llamado a los Congresos federal y locales para “no hacer uso del derecho penal para enfrentar la emergencia sanitaria”.¹⁸ Aunado a lo anterior, la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, adscrita a la Segob, elaboró y publicó la *Guía en Derechos Humanos para las Medidas COVID-19*,¹⁹ en donde se establece, entre

¹⁶ Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Resolución no. 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Declaración: COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 9 de abril de 2020, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>, consultado el 3 de julio de 2020.

¹⁸ Secretaría de Gobernación, *Boletín de Prensa: Llama Secretaría de Gobernación a no hacer uso del derecho penal para hacer frente a emergencia sanitaria, Gobierno de México*, 4 de mayo de 2020, disponible en <https://www.gob.mx/segob/prensa/llama-secretaria-de-gobernacion-a-no-hacer-uso-del-derecho-penal-para-hacer-frente-a-emergencia-sanitaria>, consultado el 4 de julio de 2020.

¹⁹ Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, *Guía en Derechos Humanos para las Medidas COVID-19*, Subsecretario Alejandro Encinas, abril 2020, disponible en: <http://www.alejandroencinas.mx/wp-content/uploads/2020/04/GUI%CC%81A-EN-DERECOS-HUMANOS-PARAS-LAS-MEDIDAS-COVID-19ok-1.pdf>, consultado el 4 de julio de 2020.

otras previsiones, que las autoridades que apliquen medidas que restrinjan derechos ante la pandemia, deben asegurarse de que tienen competencia explícita para hacerlo y que las medidas sean proporcionales; esto es, que tengan un fin legítimo y válido, que sea idónea para alcanzar el fin, que sea necesaria, que no haya otra medida menos lesiva que logre el mismo fin, que el beneficio sea mayor que la afectación de la medida, que tenga una temporalidad limitada, que sea vigilada, y que sean de su competencia. Estas consideraciones no se contemplan en la reforma aprobada y, en consecuencia, denotan su falta de razonabilidad.

3. Impacto Administrativo

De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en su último *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*,²⁰ a nivel nacional, dentro de los centros estatales penitenciarios, el tercer rubro que presenta la mayor deficiencia con mayor incidencia es el relativo a “deficientes condiciones materiales, equipamiento e higiene de las áreas de dormitorios”, con un 62.84%; y el sexto rubro lo ocupa la “deficiencia en los servicios de salud”, con un 32.79%. Es decir, casi dos terceras partes de los centros estatales penitenciarios en el país presentan carencias importantes de higiene y casi una tercera parte presenta carencias en sus prestaciones de servicios de salud. En el caso particular de Querétaro, en dos de los tres centros visitados, contemplados en ese estudio, se presenta una “inexistencia o deficientes condiciones materiales e higiene del área médica”, “deficiencia en la atención a personas internas en condiciones de aislamiento”, y “deficiente separación entre procesados y sentenciados”. Este tipo de factores ponen en riesgo la salud y la propia vida de las personas privadas de su libertad. Si, como se mencionó con anterioridad, lo que busca la reforma aprobada es sancionar a quien ponga “en riesgo la salud e integridad de las personas”, se tuvieron que prever las condiciones de higiene y servicios con los que se cuenta actualmente en los centros penitenciarios en esa entidad, y considerar el riesgo de sobrepoblarlos y generar, consecuentemente, efectos negativos contra la salud de las personas. Es decir, este nuevo delito genera, precisamente, aquello que busca evitar, pues no se protege en realidad el derecho a la salud de las personas sentenciadas integradas a centros estatales, ni de las procesadas penalmente, a quienes se imputa esta conducta antijurídica.

Por lo anterior, resulta preocupante y contraproducente la aprobación de este tipo de normas que, además de pervertir el uso del derecho penal, propician potenciales concentraciones de personas en reclusión y, con ello, la propagación del virus SARS-CoV2.

²⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2019*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2019.pdf, consultado el 3 de julio de 2020

IV. Bibliografía

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), “Observación general no. 35”, 16 de diciembre de 2014, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=C-CPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=es.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Declaración: COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 9 de abril de 2020, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2019*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2019.pdf.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, México, Oxford, 2001.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), “Directrices relativas a la COVID-19”, *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, 27 de abril de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19_ES.pdf.
- SECRETARÍA DE SALUD, Jornada Nacional de Sana Distancia, México, Gobierno de México, 23 de marzo de 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/541687/Jornada_Nacional_de_Sana_Distancia.pdf.
- SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, POBLACIÓN Y MIGRACIÓN, *Guía en Derechos Humanos para las Medidas COVID-19*, Subsecretario Alejandro Encinas, abril 2020, disponible en: <http://www.alejandroencinas.mx/wp-content/uploads/2020/04/GUI%CC%81A-EN-DERECHOS-HUMANOS-PARAS-LAS-MEDIDAS-COVID-19ok-1.pdf>.

