

AÑO 2, NÚMERO 2, 2023

ISSN: 2954-487

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023>

ANUARIO DE DERECHO,
COMERCIO INTERNACIONAL,
SEGURIDAD Y
POLÍTICAS PÚBLICAS

2 | Departamento de Ciencias
JURÍDICAS / UACJ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

Juan Ignacio Camargo Nassar

Rector

Daniel Constandse Cortez

Secretario General

Antonio de la Mora Covarrubias

Director General de Servicios Académicos

Jesús Meza Vega

Director General de Comunicación Universitaria

Alonso Morales Muñoz

Director del Instituto de Ciencias Sociales y Administración

ANUARIO DE DERECHO, COMERCIO INTERNACIONAL, SEGURIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS

EDITORA RESPONSABLE

Wendolyne Nava González

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Pilar Martín Ríos

(Universidad de Sevilla)

Dr. Wagner Menezes

(Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo)

Dr. Christian Guillermo Sommer

(Universidad Nacional de Córdoba)

Dr. César Villegas Delgado

(Universidad de Sevilla)

Dr. Norberto Tomas Emmerich

(Centro de Estudios en Estrategia y Políticas Públicas)

Dr. Daniel Pontón Cevallos

(Instituto de Altos Estudios Nacionales)

Dra. Carla Morena Álvarez Velasco

(Instituto de Altos Estudios Nacionales)

Dr. Víctor Manuel Sánchez Valdés

(Universidad Autónoma de Coahuila)

Dra. Gabriela Ortega Estrada

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Dr. Felipe Moreno Yebra

(Universidad de Guanajuato)

Anuario de Derecho, Comercio Internacional, Seguridad y Políticas Públicas, Año 2, Número 2 (2023), es una publicación electrónica, anual, arbitrada por pares nacionales e internacionales, editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, CP. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, extensión 3656. Editora responsable de este número: Dra. Wendolyne Nava González. Reserva de uso exclusivo No. 04-2022-101412422200-102 otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. ISSN:2954-4874. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Comunicación Universitaria, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 2, NÚMERO 2, 2023

ISSN: 2954-4874

**ANUARIO DE DERECHO,
COMERCIO INTERNACIONAL,
SEGURIDAD Y
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Departamento de Ciencias Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

Niveles de felicidad autoreportados en Colombia y México desde la perspectiva de los derechos humanos

José Cruz Guzmán Díaz
ORCID 0000-0001-6465-2735

Margarita Cantero Ramírez
ORCID: 0000-0001-8515-7864

7

Responsabilidad patrimonial del estado en México. La no configuración de actos legislativos

Miguel Ángel Veloz Romo
ORCID: 0000-0001-8369-0032

20

La reinserción social como derecho de las personas privadas de la libertad para una vida digna en México

Lorena Martínez Martínez
ORCID 0000-0002-7991-3173

Karina del Carmen Chávez
Ochoa
ORCID: 0000-0002-1359-8051

32

La vivienda digna en tiempos de pandemia: vulneración reiterada en el confinamiento. Caso colombiano

Nubia Lorena Daza López
ORCID: 0000-0003-4469-3868

Farid Stemberg Parra Caro
ORCID: 0000-0002-3583-8781

42

**Estado transnacional y la hibridación
jurídica para fines privados**

Arístides Gutiérrez Garza
ORCID: 0000-0002-7989-3942

52

**La controversial maternidad subrogada
en México**

Claudia Patricia González Cobos
ORCID: 0000-0002-578-9624.

Amalia Patricia Cobos Campos
ORCID: 0000-0002-1979-3771

63

**Efectos jurídicos del origen de las mer-
cancías en el TMEC**

José Manuel López Libreros
ORCID: 0000-0001-5110-6794

78

Presentación



Wendolyne Nava González
Editora en Jefe 2021-2023

Con gran alegría y a la vez nostalgia comparto el segundo número del *Anuario de Derecho, Comercio Internacional, Seguridad y Políticas Públicas*. El objetivo de esta publicación es dar a conocer las ponencias más relevantes que se presentan en el Congreso Internacional de Ciencias Jurídicas que se celebra año con año a través del Departamento de Ciencias Jurídicas de la UACJ. Espero que el contenido de este número fortalezca el conocimiento y sea referente de futuras investigaciones para nuestros lectores.

Durante estos primeros dos años, se ha dedicado un gran esfuerzo y trabajo al desarrollo del *Anuario*, el cual se verá reflejado en este número. En esta segunda edición no sólo se estrena ISSN, sino también se ha ampliado nuestro grupo de excelentes revisores y además cuenta ya con los más altos estándares de calidad, que le permitirán en un futuro cercano ingresar a índices tanto nacionales como internacionales.

A medida que el Congreso Internacional de Ciencias Jurídicas empieza a tener reconocimiento entre la comunidad científica, el *Anuario* se va transformando para adaptarse a las nuevas tendencias de las publicaciones electrónicas y seguirá su crecimiento hacia un mejor posicionamiento internacional, por lo que aspiramos a normas más exigentes en todos los aspectos de la gestión y operación del mismo.

Finalmente, quiero aprovechar esta oportunidad para agradecer a la comunidad su confianza durante el periodo que tuve el privilegio y la responsabilidad de ser Editora en Jefe. Un agradecimiento especial al Jefe de Departamento de Ciencias Jurídicas, Mtro. Joaho Acosta, Comité Editorial, el equipo editorial de la UACJ y al Mtro. Erasto López López, quien hizo posible los primeros dos congresos, gracias por su incansable apoyo.

Me despido de ustedes reiterando mi compromiso.

Wendolyne Nava González
EDITORA EN JEFE



JOSÉ CRUZ GUZMÁN DÍAZ¹
MARGARITA CANTERO RAMÍREZ²

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.01>

FECHA DE RECEPCIÓN: 03 de agosto 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 31 de octubre 2022

NIVELES DE FELICIDAD AUTOREPORTADOS EN COLOMBIA Y MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Self-reported levels of happiness in Colombia and Mexico from a human rights
perspective

RESUMEN

El derecho a la felicidad resulta elemento clave en el desarrollo y bienestar integral personal llegando a ser reconocido internacionalmente como derecho humano de tercera generación-fundamental subjetivo que contribuye al fortalecimiento y garantía de otros derechos humanos aunado a principios como la justicia y libertad. A partir de ello, se planteó como objetivo realizar una aproximación a los niveles de felicidad en población colombiana y mexicana con un estudio con enfoque cualitativo exploratorio aplicando un cuestionario *ad hoc* donde participaron colombianos y mexicanos. Entre los resultados se identificó que los mexicanos están más satisfechos con su vida respecto a los colombianos. Asimismo, los mexicanos se identifican como más felices y disfrutan más de su vida con relación a los colombianos; de manera general los hombres son más felices que las mujeres. Se identificó también una diferencia por nacionalidad dado que las mujeres colombianas se consideran bastantes felices y las mujeres mexicanas se reconocen como muy

-
- 1 Doctor en Derecho. Profesor investigador en pregrado y posgrado en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Miembro del Observatorio Ciudadano “Cultura de paz y de legalidad”, y del cuerpo académico Docencia e Investigación de Violencias, Sistema de Justicia, Construcción de Paz y Desarrollo Humano (UDG-CA-1119). Actividad de investigación sobre sistema penitenciario, derecho penal y violencias. Correo electrónico: joseg@cusur.udg.mx. ORCID 0000-0001-6465-2735
 - 2 Doctorante en Ciencias Sociales. Profesora de asignatura “A”, docente de pregrado y posgrado en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Observatorio Ciudadano “Cultura de paz y de legalidad”, y del cuerpo académico Docencia e Investigación de Violencias, Sistema de Justicia, Construcción de Paz y Desarrollo Humano (UDG-CA-1119). Actividad de investigación sobre violencias, construcción de paz, mercado de trabajo y comercio minorista. Correo electrónico: margarita.cantero@cusur.udg.mx. ORCID 0000-0001-8515-7864

felices. Se concluye que el derecho a la felicidad abarca las perspectivas normativa, moral, cultural y sociojurídica donde confluyen elementos internos y externos a la persona, mismos que deben considerarse para garantizar este derecho por medio de políticas públicas inclusivas que promuevan la participación ciudadana y articulen esfuerzos por parte de los gobiernos con aquellos realizados desde lo individual para mejorar las condiciones de los entornos, lo cual incidirá en ambientes pacíficos y adecuados para el desarrollo de las personas.

Palabras clave: Derecho a la felicidad, Derechos Humanos, Colombia, México.

ABSTRACT

The right to happiness is a key element in integral personal development and well-being and has become internationally recognized as a third-generation human right - a fundamental subjective right that contributes to the strengthening and guarantee of other human rights together with principles such as justice and freedom. Based on this, the objective was to make an approximation to the levels of happiness in the Colombian and Mexican populations with an exploratory qualitative approach by applying an ad hoc questionnaire in which Colombians and Mexicans participated. Among the results it was identified that Mexicans are more satisfied with their lives than Colombians, likewise, Mexicans identify themselves as happier and enjoy their lives more than Colombians, in general, men are happier than women, and a difference by nationality was also identified, given that Colombian women consider themselves quite happy and Mexican women consider themselves very happy. It is concluded that the right to happiness encompasses normative, moral, cultural, and socio-legal perspectives where internal and external elements converge, which should be considered to guarantee this right through inclusive public policies that promote citizen participation and articulate efforts by governments with those made by individuals to improve the conditions of their environments, which will have an impact on peaceful and adequate environments for the development of people.

Keywords: Right to happiness, Human rights, Colombia, Mexico.

INTRODUCCIÓN

El estudio de la felicidad, también denominada bienestar subjetivo, se ha abordado desde diversas áreas del conocimiento. Ante la variedad de disciplinas interesadas en este tema se identifica la polisemia del concepto, misma que de manera general se estudia principalmente desde tres enfoques: 1) psicológico, 2) sociocultural y 3) hedonista. En el segundo enfoque se encuentra el campo de estudio jurídico donde se plantea que la felicidad depende de la libertad de decisión, eventos, objetos y otras personas con las que se convive en el día a día desde una cultura de legalidad marcada por un conjunto de normas que regulan dicha interacción para garantizar y respetar los derechos humanos (DDHH) de todos (Torbio *et al.*, 2012).

Lo anterior pone de manifiesto la complejidad de abordar este tema más allá de la generación de capacidades y habilidades en las personas que les lleve a identificar qué los hace felices y cómo pueden lograrla bajo los estándares socialmente aceptados y en apego a la justicia, cultura de la legalidad y de paz. Por lo cual, la felicidad se relaciona con la naturaleza y la preocupación del Estado Social

de Derecho para que el hombre pueda desarrollar, realizar y concretar su proyecto de vida al involucrar la alteridad y otredad en el reconocimiento de las relaciones con otras personas que también son titulares de DDHH plasmados en distintos ordenamientos tanto nacionales como internacionales (Ortega *et al.*, 2020).

En este sentido, la felicidad se trata de un aspecto sociojurídico presente en distintos ámbitos de la vida, es un asunto público que se contempla como parte de los marcos normativos de las sociedades al ser reconocida a nivel internacional por organismos supranacionales como la Organización de las Naciones Unidas, quienes la conciben como un Derecho Humano universal de tercera generación, así como un elemento importante para el desarrollo y bienestar integral de las personas que puede ayudar a disminuir la pobreza, desigualdades, violencias y a fomentar el cuidado y protección del planeta. Ello se refleja en diversas iniciativas como la promulgación del Día Internacional de la Felicidad a celebrarse desde 2013 el día 20 de marzo con el fin de su promoción y fomento (Resolución A/RES/66/281; Resolución 65/309).

Se planteó como objetivo realizar una aproximación exploratoria sobre los niveles de felicidad a partir del autoreporte de hombres y mujeres en Colombia y México con la finalidad de contribuir a los estudios sobre el derecho a la felicidad en es-

tos contextos. A continuación, se plasma en apartados la metodología empleada para posteriormente presentar resultados sobre los niveles de felicidad autoreportados en las escalas de satisfacción con la vida y de felicidad subjetiva, para finalizar en algunas conclusiones al respecto.

METODOLOGÍA

Se realizó un estudio sociojurídico con enfoque cualitativo exploratorio con muestra no probabilística (n=150) entre 18 y 65 años (DE= \pm 11.050), de nacionalidad colombiana (102, 68%) y mexicana (48, 32%) cuya profesión fue variada siendo en su mayoría (122, 81.3%) abogado/a, 11 (7.3%) estudiante, 8 (5.3%) médico y el resto de los participantes (6%) tiene otra profesión como administrador/a, psicólogo/a, empleado/a, periodista, interventor educacional y licenciado/a en negocios internacionales.

Se aplicó un cuestionario *ad hoc* del 22 de febrero al 7 de marzo de 2021 para recuperar datos sociodemográficos y emplear la escala de satisfacción con la vida desarrollada por Diener *et al.* (1985) con un índice de confiabilidad α de Cronbach = 0.85 para población general (Martell *et al.*, 2018) y la escala de la felicidad subjetiva desarrollada por Lyubomirsky y Lepper (1999) con un índice de confiabilidad α de Cronbach = 0.73 para población general (Vera y Celis, 2011).

Cabe señalar que se empleó un formulario para ser respondido de manera individual, una vez que aceptaron participar en el estudio, previa expresión del consentimiento informado verbal.

El análisis de los datos partió de la recopilación de los datos por medio de un formulario de Google, los cuales se vaciaron a un documento de Excel para hacer la codificación de las respuestas y con ello generar la base de datos a analizar por medio del software SPSS versión 25, utilizando estadística descriptiva para presentar los resultados obtenidos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Niveles de felicidad de acuerdo con la escala de satisfacción con la vida en Colombia y México

Respecto al instrumento de la escala de satisfacción con la vida, de manera general (ver Figura 1) la mayor parte de los participantes (27.3%) estuvo de acuerdo en que, en la mayoría de los casos su vida está cerca de su ideal. Mientras que 58 (38.7%) participantes expresaron estar bastante de acuerdo con la afirmación de que sus condiciones de vida son excelentes; de igual manera, 48 (32%) de los participantes estuvieron bastante de acuerdo en que están completamente satisfechos con sus vidas.

Figura 1. Respuestas generales por ítem de la escala de satisfacción con la vida

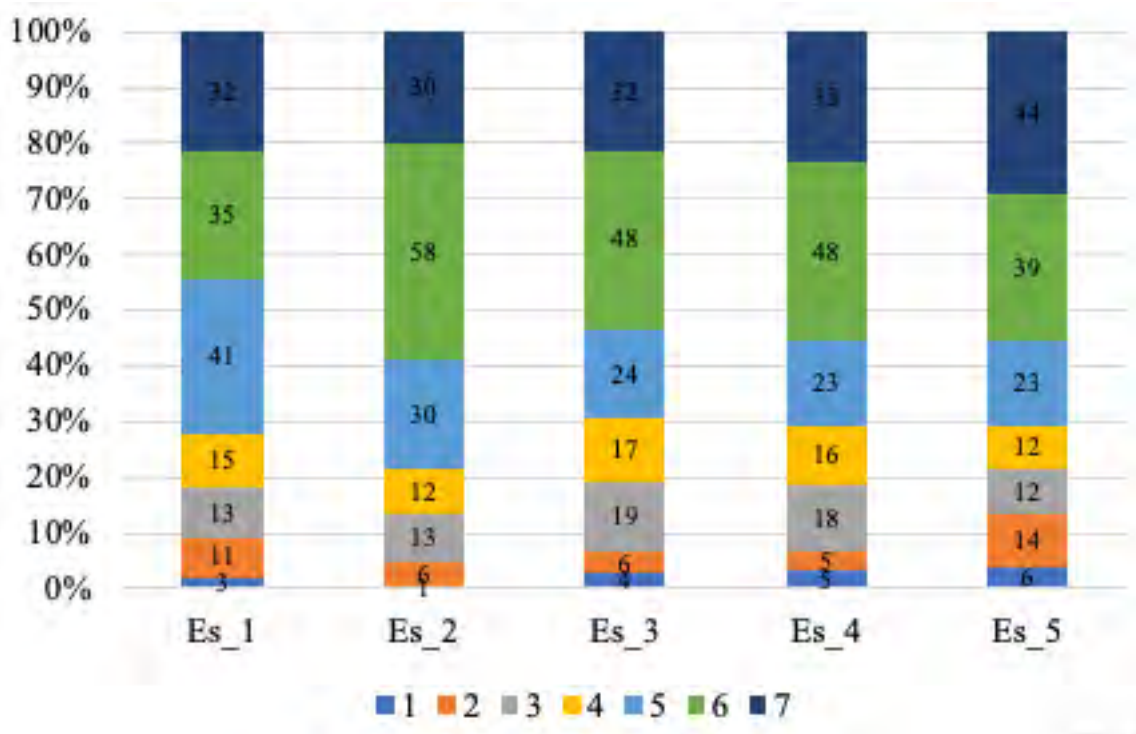


Figura 1. Es_1= En la mayoría de las cosas, mi vida está cerca de mi ideal, Es_2= Mis condiciones de vida son excelentes, Es_3= Estoy completamente satisfecho con mi vida, Es_4= Hasta ahora, he conseguido las cosas que para mí son importantes en la vida, Es_5= Si volviese a nacer, no cambiaría nada de mi vida.
1= Totalmente en desacuerdo, 2= Bastante en desacuerdo, 3= En desacuerdo, 4= Neutral, 5= De acuerdo, 6= Bastante de acuerdo, 7= Totalmente de acuerdo.

Elaboración propia.

Aunado a ello, se determinó un valor de la media de las respuestas donde los resultados muestran que en todos los casos se obtuvieron medias mayores a cinco en la escala Likert empleada en este instrumento (ver Tabla 1), lo cual se interpreta en que los participantes están de acuerdo con lo planteado en cada una de las afirmaciones. Aunque al considerar el valor de las desviaciones estándar, se identificó que las res-

puestas variaron entre estar en desacuerdo a totalmente de acuerdo.

Si bien, la gran mayoría de los participantes estuvo de acuerdo, bastante de acuerdo y totalmente de acuerdo con las cinco afirmaciones de la escala de satisfacción con la vida, llaman la atención aquellos casos donde se expresó estar en desacuerdo, bastante en desacuerdo y totalmente en desacuerdo con ellas. Por lo cual, habría que profundizar un poco más en estas respuestas para

tratar de comprenderlas a partir de aspectos como el sexo, nacionalidad e incluso la profesión que ejercen, dado que estas variables podrían estar influyendo en la autopercepción de felicidad que mide esta escala.

A partir de lo anterior, al analizar los ítems de la escala de satisfacción con la vida por nacionalidad (ver Tabla 2) fue posible identificar algunas diferencias entre los participantes dado que en todas las afirmaciones los mexicanos refirieron valores mayores a los expresados por los colombianos, asimismo se registró una mayor desviación estándar en sus respuestas. Se encontró una diferencia estadísticamente significativa ($p= 0.004$) respecto a la afirmación “en la mayoría de las cosas, mi vida está cerca de mi ideal”, donde la media de respuesta de los mexicanos fue estar de acuerdo, mientras que los colombianos expresaron una postura neutral.

Asimismo, se analizaron los datos a partir del sexo de los participantes (ver Tabla 3) donde no se encontraron diferencias estadísticamente significativas, aunque es posible apreciar variaciones en los valores de las respuestas de acuerdo con la escala Likert que maneja el instrumento. Un aspecto que sobresale es que solo en la afirmación “mis condiciones de vida son excelentes” los participantes identificados con el sexo femenino reportaron un valor medio superior (5.81) al expresado por participantes identificados con el sexo masculino (5.72), lo cual podría profundizarse en estudios posteriores.

Estos resultados se relacionan con lo plasmado en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2012) donde se resalta la importancia de la experiencia subjetiva individual. Ello se refiere a lo que la persona posee y logra, señalando que la satisfacción con la vida se basa

Tabla 1. Niveles de satisfacción con la vida en general

Afirmación	Media	Desviación estándar
En la mayoría de las cosas, mi vida está cerca de mi ideal	5.08	1.588
Mis condiciones de vida son excelentes	5.38	1.394
Estoy completamente satisfecho con mi vida	5.15	1.604
Hasta ahora, he conseguido las cosas que para mí son importantes en la vida	5.20	1.627
Si volviese a nacer, no cambiaría casi nada de mi vida	5.16	1.818

Nota: Elaboración propia a partir de datos recolectados.

Tabla 2. Niveles de satisfacción con la vida por nacionalidad

Afirmación	Nacionalidad	Media	Desviación estándar	p-valor
En la mayoría de las cosas, mi vida está cerca de mi ideal	Mexicana	5.64	1.451	0.004*
	Colombiana	4.823	1.588	
Mis condiciones de vida son excelentes	Mexicana	5.66	1.190	0.433
	Colombiana	5.254	1.467	
Estoy completamente satisfecho con mi vida	Mexicana	5.62	1.265	0.144
	Colombiana	4.93	1.701	
Hasta ahora, he conseguido las cosas que para mí son importantes en la vida	Mexicana	5.79	1.413	0.069
	Colombiana	4.93	1.654	
Si volviese a nacer, no cambiaría casi nada de mi vida	Mexicana	5.70	1.451	0.085
	Colombiana	4.89	1.913	

Nota: El valor de p se calculó mediante la prueba χ^2 $p < 0.05^*$.

Elaboración propia a partir de datos recolectados.

en el desarrollo de capacidades personales que permitan autogenerar al bienestar y felicidad propias.

Niveles de felicidad de acuerdo con la escala de felicidad subjetiva en Colombia y México

En lo que concierne al instrumento de la escala de felicidad subjetiva se identificó que la mayoría de los participantes (36.7%) en general se consideran bastante muy felices, asimismo 52 (34.7%) se consideran en comparación con sus semejantes bastante muy felices. Mientras que 50 (33.3%) expresó sentirse bastante muy feliz respecto a la manera en que disfrutaban de la

vida con independencia de lo que les ocurra, gozando al máximo de todo.

Fue posible identificar participantes que refirieron sentirse bastante poco felices (3.3%) y poco felices (8%), también al compararse con la mayoría de sus semejantes los participantes reportaron considerarse bastante poco felices (4%) y poco felices (8%), lo cual debe ser tomado en cuenta para ahondar en ello y tratar de comprender los motivos y razones de esta autopercepción con la finalidad de diseñar, implementar y ajustar acciones que ayuden a incrementar sus niveles de felicidad y con ello abonar a una mejor calidad de vida, así como a la protección y garantía de este derecho humano (ver Figura 2).

Tabla 3. Niveles de satisfacción con la vida por sexo

Afirmación	Sexo	Media	Desviación estándar	p-valor
En la mayoría de las cosas, mi vida está cerca de mi ideal	Femenino	4.85	1.669	0.292
	Masculino	5.49	1.359	
Mis condiciones de vida son excelentes	Femenino	5.81	1.531	0.311
	Masculino	5.72	1.044	
Estoy completamente satisfecho con mi vida	Femenino	4.96	1.722	0.458
	Masculino	5.47	1.331	
Hasta ahora, he conseguido las cosas que para mí son importantes en la vida	Femenino	5.03	1.747	0.176
	Masculino	5.50	1.359	
Si volviese a nacer, no cambiaría casi nada de mi vida	Femenino	4.94	1.870	0.447
	Masculino	5.54	1.675	

Nota: El valor de p se calculó mediante la prueba χ^2 $p < 0.05^*$.

Elaboración propia a partir de datos recolectados.

Figura 2. Respuestas generales por ítem de la escala de felicidad subjetiva

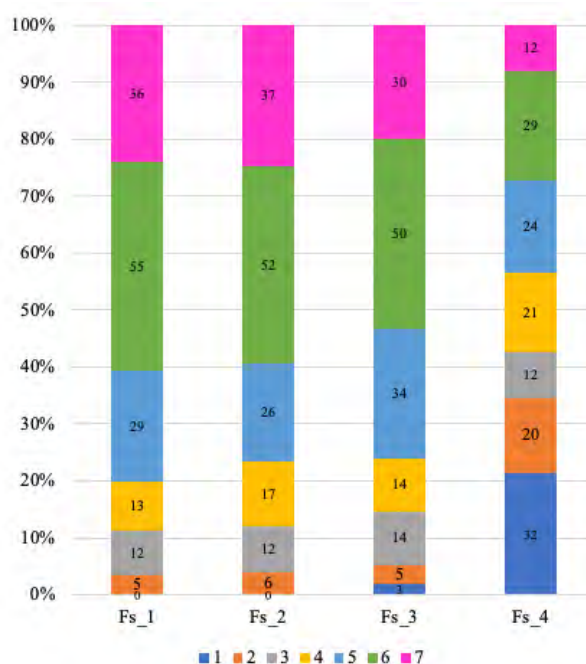


Figura 2. Fs_1= En general me considero, Fs_2= Comparado con la mayoría de mis semejantes, me considero, Fs_3= En general, algunas personas son muy felices. Disfrutan de la vida con independencia de lo que les ocurra, gozando al máximo de todo. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización? Fs_4= En general, algunas personas no son muy felices. Sin que estén deprimidas, nunca parecen estar todo lo felices que podrían. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización? 1= Totalmente poco feliz, 2= Bastante poco feliz, 3= Poco feliz, 4= Neutral, 5= Poco muy feliz, 6= Bastante muy feliz, 7= Totalmente muy feliz.

Elaboración propia.

Tabla 4. Niveles de felicidad subjetiva en general

Afirmación	Media	Desviación estándar
En general me considero	5.50	1.339
Comparado con la mayoría de mis semejantes, me considero:	5.44	1.392
En general, algunas personas son muy felices. Disfrutan de la vida con independencia de lo que les ocurra, gozando al máximo de todo. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	5.27	1.469
En general, algunas personas no son muy felices. Sin que estén deprimidas, nunca parecen estar todo lo felices que podrían. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	3.80	2.043

Elaboración propia a partir de datos recolectados.

Al obtener los niveles de felicidad a partir de la escala de felicidad subjetiva (ver Tabla 4), se identificó que esta es mayor a partir de la autopercepción general que tuvieron los participantes de sí mismos, la cual disminuye un poco al compararse con sus semejantes al pasar de 5.50 a 5.44, respectivamente, donde se registró una desviación estándar también similar, expresando que los participantes se consideran poco muy feliz, aunque ello varía de una autopercepción neutral a bastante muy feliz.

En cuanto al análisis por nacionalidad, se identificó que los niveles de felicidad subjetiva (ver Tabla 5) son mayores en participantes mexicanos en comparación con los valores generados de las respuestas de los participantes colombianos. Se encontró una diferencia estadísticamente significativa ($p= 0.013$) en la tercera afirmación, donde los colombianos expresaron una postura neutral (poco muy feliz), mientras que a los participantes mexicanos esto les hace poco muy feliz (bastante muy felices).

Tabla 5. Niveles de felicidad subjetiva por nacionalidad

Afirmación	Nacionalidad	Media	Desviación estándar	p-valor
En general me considero	Mexicana	5.89	1.134	0.230
	Colombiana	5.31	1.392	
Comparado con la mayoría de mis semejantes, me considero:	Mexicana	5.89	1.096	0.099
	Colombiana	5.23	1.470	
En general, algunas personas son muy felices. Disfrutan de la vida con independencia de lo que les ocurra, gozando al máximo de todo. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	Mexicana	5.91	1.126	0.013*
	Colombiana	4.97	1.518	
En general, algunas personas no son muy felices. Sin que estén deprimidas, nunca parecen estar todo lo felices que podrían. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	Mexicana	3.35	2.178	0.268
	Colombiana	4.00	1.952	

Nota: El valor de p se calculó mediante la prueba χ^2 $p < 0.05^*$.

Elaboración propia a partir de datos recolectados.

Por su parte, el análisis por sexo de los participantes sobre la escala de niveles de felicidad subjetiva (ver Tabla 6) permitió identificar valores menores reportados por mujeres en comparación con los proporcionados por hombres.

También hay diferencias por sexo y nacionalidad (ver Figura 3) dado que las muje-

res mexicanas (bastante felices, 46.9%) son más felices que las colombianas (muy felices, 54.8%). Siendo contrario en el caso de los hombres, donde los colombianos (muy felices, 47.4%) son más felices en comparación con los hombres mexicanos (bastante felices, 58.2%).

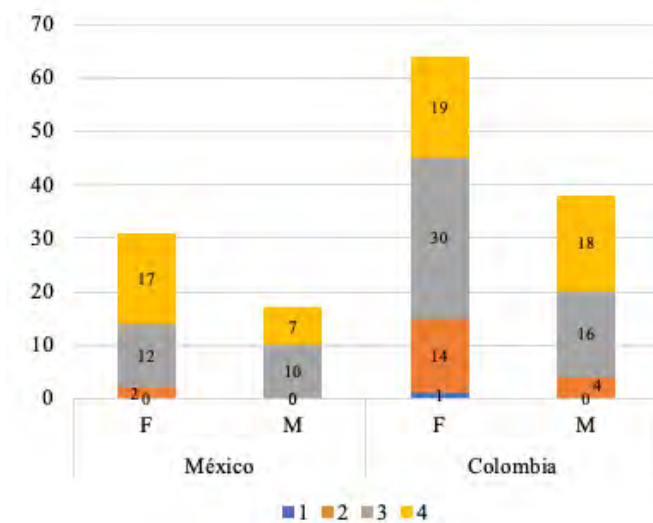
Tabla 6. Niveles de felicidad subjetiva por sexo

Afirmación	Sexo	Media	Desviación estándar	p-valor
En general me considero:	Femenino	5.38	1.416	0.628
	Masculino	5.69	1.184	
Comparado con la mayoría de mis semejantes, me considero:	Femenino	5.34	1.464	0.699
	Masculino	5.61	1.254	
En general, algunas personas son muy felices. Disfrutan de la vida con independencia de lo que les ocurra, gozando al máximo de todo. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	Femenino	5.09	1.591	0.384
	Masculino	5.58	1.181	
En general, algunas personas no son muy felices. Sin que estén deprimidas, nunca parecen estar todo lo felices que podrían. ¿En qué medida se identifica usted con esta caracterización?	Femenino	3.64	2.025	0.745
	Masculino	4.07	2.062	

Nota: El valor de p se calculó mediante la prueba $2p < 0.05^*$.

Elaboración propia.

Figura 3. Nivel de felicidad autoreportada por sexo y nacionalidad



F= femenino, M= masculino. 1= nada muy feliz, 2= no muy feliz, 3= bastante feliz, 4= muy feliz.

Elaboración propia.

Los resultados señalados, coinciden con lo reportado por Fernández (2020) respecto a que la felicidad abarca dos niveles, uno individual y otro colectivo, donde resaltan elementos emocionales y cognitivos. Asimismo, se coincide con lo señalado por Madrid (2017) en cuanto a que la felicidad se basa en acciones intencionales de las personas no solo de los Estados, lo cual lleva a que esta sea momentánea o bien duradera e implica procesos de aprendizaje entre Estado y sociedad.

CONCLUSIONES

El derecho a la felicidad como derecho humano de tercera generación impacta en el resto de ellos, por lo cual resulta pertinente realizar abordajes desde la multidisciplinaria

que abonen a identificarla y medirla para conocer y tratar de comprender los elementos internos y externos a las personas que influyen en ella. A partir de estos abordajes pueden surgir políticas públicas que ayuden a mejorar los niveles de felicidad que se reportan en las diferentes poblaciones.

Ante esto, se identificó un debate donde se plantea por un lado que los Estados tienen la obligación de desarrollar las condiciones necesarias y adecuadas para hacer felices a sus ciudadanos. Mientras que por otra parte se considera que la felicidad es una cuestión individual subjetiva a construir en la vida cotidiana en el contexto del que se forma parte.

Al identificar las diferencias por sexo en los resultados obtenidos a través de los instrumentos implementados, resalta la necesidad

sidad de seguir indagando en el cómo se perciben las personas en sus contextos, cómo perciben a los otros con quienes interactúan y conviven, aunado al cómo se perciben en el mundo. Asimismo, se identificó que la felicidad contempla aspectos de gratitud y densidad de relaciones que sería pertinente profundizar en ellos en futuras investigaciones

Es decir, la felicidad impacta en los diversos ámbitos de la vida diaria en cuestiones individuales y colectivas de carácter subjetivo, pero también en las relaciones sociales, ya sean individuos u organizaciones, por lo cual se extiende más allá de cuestiones meramente psicológicas al relacionarse con aspectos jurídicos, políticos, culturales e incluso económicos.

A nivel internacional la felicidad se reconoce como un derecho humano de tercera generación, aunque en los contextos nacionales colombiano y mexicano no tiene este reconocimiento como tal al estar normado en sus instrumentos jurídicos como principio y fin de los sistemas normativos, que requieren de políticas públicas para llevar a la práctica en la cotidianidad lo normado en ellos.

REFERENCIAS

Diener, E., Emmons, R., Larsen, R. J. y Griffin, S. (1985). The satisfaction with life scale. *Journal of Personality Assessment*, 49(1), 71-75. https://doi.10.1207/s15327752jpa4901_13

Fernández, A. M. (2020). Un acercamiento a la felicidad, la política y las políticas públicas. *Revista Académica de Investigación Tlatemoani*, 34, 110-131. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7597017>

Lyubomirsky, S., & Lepper, H. S. (1999). A measure of subjective happiness: Preliminary reliability and construct validation. *Social Indicators Research*, 46, 137-155. <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006824100041>

Madrid, R. (2017). La noción de bienestar subjetivo y el concepto de derecho. A propósito del vínculo entre normas jurídicas y felicidad humana. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 16(1), 31-52. <https://doi.org/10.5294/dika.2017.26.13>

Martell, J., García, C. H., Daniel, D. Sánchez, P. y Mendoza, A. (2018). Estructura factorial de la escala de satisfacción con la vida y validez convergente con la escala de calidad de vida. *Revista de Psicología y Ciencias del Comportamiento de la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 9(2). <https://doi.10.29365/rpcc.20181207-70>

Ortega, L. G., Cárdenas, C. A., Blanco, C., Ducuara, S. A. y Valencia, D. (2020). *Reflexiones jurídicas sobre el derecho a la felicidad y el bien común constitucional*. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31220/Obracompleta.Coleccioncienciasjuridicas.2020Ortegaluis.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2012). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. <https://www.undp.org/es>
- Resolución A/RES/66/281. Día Internacional de la felicidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de junio de 2012. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/475/71/PDF/N1147571.pdf?OpenElement>
- Resolución A/RES/65/309. La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo. Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de julio de 2011. https://digitallibrary.un.org/record/715187/files/A_RES_65_309-ES.pdf
- Torbio, L., González, N. I., Valdez, J. L., González, S. y Van Berneveld, H. O. (2012). Validación de la Escala de felicidad de Alarcón para adolescentes mexicanos. *Psicología Iberoamericana*, 20(1), 71-19. <https://www.redalyc.org/pdf/1339/133924623008.pdf>
- Vera, P. y Celis, K. (2011). Evaluación de la felicidad: Análisis psicométrico de la Escala de felicidad subjetiva. *Terapia Psicológica*, 29(1), 127-133. <https://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v29n1/art13.pdf>



<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.02>

FECHA DE RECEPCIÓN: 22 de julio 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 09 de noviembre 2022

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO. LA NO CONFIGURACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS

Patrimonial responsibility of the state in Mexico. The non-configuration of legislative acts

RESUMEN

El reconocimiento de la responsabilidad de las autoridades es una característica común de los Estados Democráticos Constitucionales, los cuales han establecido mecanismos que permiten el resarcimiento de los daños causados en la persona y bienes de los gobernados. Sin embargo, no todos los Estados reconocen una responsabilidad amplia, sino que se limita en atención a la naturaleza de la actividad que se desarrolle excluyendo funciones como la legislativa y jurisdiccional. En el caso de México, la regulación establecida en el último párrafo del artículo 109 Constitucional, excluye los actos materialmente legislativos, lo que se traduce en una violación del Estado a sus deberes internacionales. La investigación implica un análisis de la exclusión de la actividad legislativa en la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado contemplada en la Constitución Mexicana, a fin de determinar si es posible generar una responsabilidad estatal por actos legislativos, a través de la incorporación de las normas internacionales. Para su realización se utilizaron técnicas documentales basadas en la doctrina existente en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y las normas jurídicas tanto legales como jurisprudenciales que en México y en el ámbito internacional, se contemplan al respecto. Se puede concluir que, en México, la falta de un mecanismo que permita el resarcimiento de daños causados por actos materialmente legislativos, va en contra de las normas internacionales en materia de derechos humanos, por lo que a través del control de convencionalidad que deben ejercer las

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, profesor e investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, candidato dentro del Sistema Nacional de Investigadores, <https://orcid.org/0000-0001-8369-0032>, correo electrónico: angel.veloz@edu.uaa.mx

RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO. LA NO
CONFIGURACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS

autoridades conforme a la Constitución, y en base a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sería posible obtener un resarcimiento en esos casos.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, actos legislativos, actividad legislativa.

ABSTRACT:

The acknowledgment of the responsibility of the authorities is a common characteristic of the Constitutional Democratic States, which have established mechanisms that allow compensation for damages caused to the person and property of the governed. However, not all States recognize a broad responsibility, but it is limited in response to the nature of the activity that is carried out, excluding functions such as legislative and jurisdictional. In the case of Mexico, the regulation established in the last paragraph of Article 109 of the Constitution excludes material legislative acts, which translates into a violation of the State's international duties. The investigation implies an analysis of the exclusion of legislative activity in the figure of the patrimonial responsibility of the State contemplated in the Mexican Constitution, in order to determine if it is possible to generate a state responsibility for legislative acts, through the incorporation of the norms international. For its realization, documentary techniques were used based on the existing doctrine regarding the patrimonial responsibility of the state and the legal norms, both legal and jurisprudential, that in Mexico and in the international sphere, are contemplated in this regard. With it, it can be concluded that, in Mexico, the lack of a mechanism that allows compensation for damages caused by material legislative acts, goes against international standards on human rights, so through the control of conventionality that the authorities must exercise in accordance with the Constitution, and based on the American Convention on Human Rights, it would be possible to obtain compensation in those cases. Key words: state responsibility; legislative acts; legislative activity.

Keywords: State responsibility, legislative acts, legislative activity.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado fue incorporada a la Constitución Mexicana en el año 2002, mediante una reforma realizada al artículo 113 estableciendo un mecanismo solidario y resarcitorio que tiene dos finalidades: generar la confianza en el Derecho y en el Estado al reconocer un derecho subjetivo a favor de los particulares, para lograr la reparación de daños que les fueran causados por el ejercicio de las atribuciones de las autoridades, pero también, mejorar la calidad en la prestación de los servicios públicos, al existir un deber de cuidado y atención de los funcionarios para evitar daños (Castro Estrada, 2019, p. 39). Esta reforma tuvo como base las iniciativas presentadas por el Partido Revolucionario Institucional (*Gaceta Parlamentaria*, año II, número 249, 1999) y el Partido Acción Nacional (*Gaceta Parlamentaria*, año II, número 291, 1999),² las cuales fueron analizadas en el proyecto de decreto y los diputados determinaron limitar la responsabilidad del Estado a los actos de la administración pública y siempre y cuando estos se realizaran de

2 La iniciativa del Partido Revolucionario Institucional hacía referencia en la exposición de motivos de la necesidad de crear un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que considerara el actuar de este en sus tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial, y en el caso en que la actuación fuera en contra de una norma o acorde con ella, si se causaba un daño, que el particular no tenía el deber de soportar.

manera irregular, excluyendo los actos legislativos al considerar que existe otro mecanismo para declarar inconstitucionalmente una ley, además de que si se hiciera una declaratoria de inconstitucionalidad se podrían presentar demandas masivas, y no existe una capacidad presupuestal que permita el resarcimiento de esos daños.

El objetivo de la investigación se centra en analizar los actos legislativos con la finalidad de identificar qué debe entenderse por ellos y quiénes pueden realizarlos; si son justificadas las causas que llevaron a la exclusión de este tipo de actos en la regulación mexicana de la responsabilidad patrimonial del Estado; y finalmente, si es posible fundamentar en México una responsabilidad patrimonial por actos legislativos independientemente de su exclusión dentro de la regulación contemplada en el último párrafo del artículo 109 constitucional.

La metodología utilizada es documental, teniendo como referencia la doctrina y normas jurídicas legales, partiendo del sistema jurídico mexicano, pero haciendo un breve análisis de derecho comparado en los casos de España, Colombia, Argentina y Chile, para finalizar con la normativa internacional derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la jurisprudencia que con motivo de la misma se ha generado por la Corte Interame-

ricana de Derechos Humanos, respecto de la responsabilidad estatal.

El trabajo se desarrolla en tres apartados: en el primero se determina qué debe entenderse por un acto legislativo, quién lo puede realizar, y, por ende, en qué casos se puede presentar una responsabilidad legislativa; en el segundo apartado se analizan las causas que llevaron al Constituyente Permanente a excluir los actos legislativos dentro del texto constitucional mexicano al momento de crear la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado. Finalmente, en el tercer apartado se analiza brevemente la forma en que se regula la responsabilidad por actos legislativos en el derecho comparado, y cómo a través de la normativa internacional derivada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se puede dar fundamento a una responsabilidad por actos legislativos en México.

Los actos legislativos y la responsabilidad legislativa

La división de poderes como forma de organización se ha ido adecuando a las necesidades de los Estados, pero en esencia sigue siendo un mecanismo que permite el control de la autoridad para evitar el abuso del poder y lograr la protección de los derechos de los gobernados; sin embargo, entre los poderes no se puede hablar de una independencia, sino de una

interdependencia que implica de manera conjunta la actuación del poder público del Estado, pues si se hablara de una independencia no existiría una vinculación recíproca y existirían tres poderes soberanos, lo que va en contra de la unidad e indivisibilidad característica de la soberanía (Burgoa, 1999, p. 580). Con base en ello, aunque de manera formal se establecen las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y se asignan a un poder diferente, materialmente pueden llegar a realizar una función distinta; lo anterior hace necesario establecer qué debe entenderse por acto legislativo a fin de no generar confusión en el sentido de que son actos legislativos solo aquellos que realiza el poder legislativo.

El carácter de legislativo de un acto se basa en la posibilidad de crear, modificar o extinguir una relación de derecho a cargo de un órgano o representante de la sociedad en virtud del Estado de Derecho y la división de poderes, pues anteriormente la facultad era exclusiva del monarca (Muro, 2006, pp. 155-158). Por ello es un acto legislativo aquel que crea normas generales, abstractas e impersonales, sin tomar en cuenta el órgano que lo realiza, sino el producto generado con la función ejercida (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, p. 256).

A partir del Estado Constitucional de Derecho, la actuación de los órganos del Estado para generar actos legislativos se

encuentra sometida a lo que establezca la Constitución y es a través de mecanismos de control que es posible invalidar los actos realizados en contra de ella, pero también, obligar a actuar a los órganos cuando existe una falta de acatamiento de deberes específicos que contemplan la realización de un acto legislativo, generándose lo que la doctrina ha denominado omisión legislativa, la cual busca proteger a la Constitución por la falta de cumplimiento de sus mandatos. Lo anterior permite establecer que existe una responsabilidad legislativa cuando se realice materialmente un acto legislativo, es decir, se cree una norma general, abstracta e impersonal, que cause una afectación a los particulares que no tenían el deber de soportar, por no existir un fundamento jurídico para ello, o cuando no se cumpla con un deber expreso impuesto para llevar a cabo la creación de la norma, independientemente del órgano a quien corresponda la función o deber, supuestos que no son contemplados en México para lograr una responsabilidad patrimonial, tal como se verá en el apartado siguiente.

La exclusión de responsabilidad por actos legislativos en México

La reforma constitucional llevada a cabo en junio del 2002 al artículo 113, consagró una garantía de integridad patrimonial a favor de los gobernados que les permite

reclamar directamente al Estado los daños que se causen por la actuación de sus funcionarios, sin necesidad de demostrar que la conducta se realizó de una manera intencional o derivado de un descuido o negligencia.

Esta garantía se encuentra limitada solo a la actividad administrativa, y siempre y cuando se realice de manera irregular, esto es, generando un daño que el particular no tendría por qué sufrir al no existir una norma que lo justifique, circunstancia que hoy sigue siendo un tema de discusión al considerarse que la garantía se encuentra limitada y no puede hablarse en realidad de una figura de protección real de los gobernados. Esto es así, ya que no se logran los fines deseados con la figura de la responsabilidad patrimonial, pues por un lado, los gobernados no tienen confianza en el Derecho y en el Estado, pues una función tan trascendente como la legislativa no se encuentra sujeta al resarcimiento de daños que se causen en su desarrollo, y por otro, no se cuenta con un mecanismo de mejora en la calidad de los funcionarios públicos que ejercen funciones legislativas.³

El proyecto de decreto que generó la reforma al artículo 113 Constitucional⁴ a fin

3 Mucho se ha cuestionado la necesidad de un nivel académico de las personas encargadas de la creación y modificación de leyes, ya que muchas de las personas que conforman los órganos legislativos son los que tienen un nivel académico bajo.

4 Originalmente la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado fue ubicada en el artículo 113

de establecer la figura de la responsabilidad patrimonial contempló dos argumentos para excluir los actos legislativos: 1) se consideró que ya existía la acción de inconstitucionalidad que permite dejar sin efecto normas con efectos generales como las leyes y decretos; 2) se determinó que con la declaratoria de inconstitucionalidad el acto legislativo caería en la categoría de irregular y en virtud de sus efectos generales, permitiría demandas masivas que harían imposible el pago de los daños desde el punto de vista presupuestal.

Los argumentos mencionados no justifican de manera alguna la exclusión de los actos legislativos dentro de la responsabilidad del Estado, pues la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad tiene fines muy diversos a los de la figura de responsabilidad patrimonial: la primera busca que se prive de efectos al acto legislativo, lo que se traduce en la no aplicación del mismo a partir de la declaratoria, pero pocas veces yendo hacia atrás para revisar la afectación causada durante el tiempo que se aplicó, en tanto que la segunda busca el resarcimiento del daño causado con la realización o falta de realización del acto legislativo; además, el considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad es el mecanismo de protección de actos legis-

lativos, implicaría dejar fuera los actos de omisión legislativa, los cuales también son reconocidos como supuestos de responsabilidad. Por otro lado, aunque la declaratoria de inconstitucionalidad permite en ciertos casos demostrar el actuar irregular del órgano que generó la norma, no siempre la ilegalidad es sinónimo de irregularidad, pues es dentro del procedimiento de responsabilidad patrimonial en donde la persona que se considere afectada debe demostrar esa circunstancia como uno de los requisitos de la acción; pero no es el único, por lo que el hecho de que se presentaran demandas masivas no implica que todas vayan a ser procedentes.

Finalmente, la cuestión presupuestal nunca puede ser un impedimento para resarcir los daños que el Estado a través de sus funcionarios cause a los gobernados, pues es obligación de la administración pública el eficientar los recursos que obtiene generando los mecanismos necesarios para ello, y en el caso de la responsabilidad por la actuación de los funcionarios, se podrían tomar medidas como la contratación de seguros contra daños, o la recuperación de los importes pagados a través de procedimientos administrativos en contra de los funcionarios que realizaron la conducta dañina.

Ante la carencia de un mecanismo en México de protección contra daños por actos legislativos y derivado de los tratados internacionales en materia de derechos

Constitucional; sin embargo, a través de la reforma en materia de combate a la corrupción realizada el 27 de mayo del 2015, fue reubicada al último párrafo del artículo 109 Constitucional, en donde se mantiene actualmente.

humanos suscritos por el Estado mexicano, se buscó obtener una protección amplia de la garantía de integridad patrimonial contemplada en el último párrafo del artículo 109 constitucional a efecto de que se consideraran dentro de ella los actos materialmente legislativos; sin embargo, la respuesta no fue favorable, pues de manera tajante se determinó su imposibilidad con base en el texto constitucional. Del análisis realizado al proceso de reforma constitucional que incluyó la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, se concluyó que el Constituyente Permanente determinó la exclusión de los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales, en atención a su naturaleza, al considerar que solo los actos administrativos son los que pueden generar una actividad irregular, y en el caso concreto de los actos legislativos, estos no causan un perjuicio al particular, pues es el acto administrativo el que al aplicar la ley le afecta su esfera jurídica (Décimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito, 2017). La interpretación realizada es errónea en cuanto a la imposibilidad de generar conductas irregulares en actos legislativos, pues no se toma en cuenta que la actividad legislativa puede llegar a generar una conducta que afecte a un particular no solo por acción, sino también por omisión, cuando se cumplen los requisitos para que se configure la denominada omisión legislativa, además de

que los actos legislativos no son exclusivos del poder legislativo pues deben ser considerados en un sentido amplio y no formal, tal como fue analizado en el apartado anterior.

Las razones establecidas en el proceso de reforma constitucional no justifican de manera alguna la exclusión de los actos legislativos en la figura de la responsabilidad patrimonial, sino que, por el contrario, van en contra de las normas internacionales de protección de derechos humanos, por lo que a través de un proceso de integración de la norma internacional se debería proteger a los gobernados contra cualquier tipo de acto de autoridad, incluidos los actos legislativos, tal como se verá en el apartado siguiente.

Fundamento para una responsabilidad por actos legislativos en México

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios se ha ido generando de una manera paulatina, lo que ha provocado regulaciones variadas⁵; dentro de esa diversidad, existen países que sí reconocen una responsabilidad del Estado por actos legislativos, la cual tampoco es uniforme, pero

5 Existe diversidad en cuanto al tipo de actividad estatal sancionable, el hecho de que la actividad sea lícita o ilícita, la necesidad o no intencionalidad en el actuar del agente estatal, el procedimiento para la obtención del resarcimiento de los daños, los requisitos que deben demostrarse, entre otros.

demuestra la necesidad de regular también este tipo de actividad estatal.

En España existe un reconocimiento expreso de la responsabilidad por actos legislativos (Ley 40/2015 relativa al Régimen Jurídico del Sector Público, art. 32, 2015), ya que se incorpora al ordenamiento jurídico la jurisprudencia que se aplicaba en materia de responsabilidad patrimonial derivada de daños por leyes contrarias a derecho, contemplando tres supuestos: a) por aplicación de actos legislativos no expropiatorios, que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, si así se establecen en los propios actos legislativos; b) por aplicación de una norma declarada inconstitucional con sentencia firme; c) por aplicación de una norma declarada a través de sentencia como contraria al Derecho de la Unión Europea (Fuentes i Gasó, 2019).

En Colombia se reconoce la responsabilidad por actos legislativos a través de la interpretación de un deber general a cargo de las autoridades, de responder por los daños antijurídicos que se les puedan imputar por acción u omisión (Constitución Política de la República de Colombia, art. 90, 1991); sin embargo, es necesario demostrar la causa que produjo la conducta antijurídica a lo que se ha llamado título de imputación, habiéndose reconocido los siguientes: 1) falla en el servicio (mal funcionamiento, no ha funcionado o ha funcionado tardíamente); 2) daño especial

(rompimiento del principio de igualdad al establecer una carga anormal y especial); 3) ley exequible que defraude la confianza legítima; 4) ley declarada inexecutable; 5) casos expresos en la ley de un régimen para indemnizar los daños causados por esta; 6) la omisión legislativa (Cifuentes, 2016).

En Argentina el régimen de responsabilidad del Estado es muy amplio, pues no solo se contemplan todas las funciones que desarrollan las autoridades, sino que su procedencia se da tanto en casos de actos lícitos como de actos ilícitos, por lo que se presentan dos situaciones: a) actos normativos que no se cuestionen en su validez, pero que causan daño y son justificados mediante la tesis del sacrificio especial o la tesis de trasgresión de la igualdad en las cargas públicas; b) actos normativos que causan daños derivados de su inconstitucionalidad (Cuadros, 2018). Por ello existen cuatro premisas que se han utilizado para darle fundamento a este tipo de responsabilidad: 1) el principio de igualdad de las cargas públicas; 2) el enriquecimiento sin causa del Estado cuando monopoliza una actividad para él; 3) una causa de utilidad pública e caso de expropiación; 4) la protección a la propiedad de los particulares (Maraniello, 2013).

En Chile el fundamento de la responsabilidad por actos legislativos deriva de una interpretación de deberes y derechos constitucionales: a) deber de sometimien-

to de los órganos del Estado, toda persona o institución a la Constitución, bajo pena de responsabilidad (Constitución Política de la República de Chile, art. 6, 1980); b) obligación de los órganos del Estado de actuar con base en la competencia establecida y forma legal, sin poder atribuirse ningún otro derecho o facultad, bajo pena de responsabilidad (Constitución Política de la República de Chile, art. 7, 1980); c) derecho para que cualquier persona afectada por un acto de la administración del Estado pueda reclamar el resarcimiento (Constitución Política de la República de Chile, art. 38, 1980); sin embargo, en la doctrina no es un criterio uniforme, pues hay quien considera que los artículos solo se deben aplicar para la actividad administrativa y judicial, ya que este último artículo señala el derecho a resarcimiento por actos de la administración.

Independientemente de la forma en que se encuentra regulada la responsabilidad de los Estados a nivel interno, en el ámbito internacional se han establecido criterios que determinan una responsabilidad del Estado como tal, sin que sea trascendente el órgano que realice la actividad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000), por lo que no podemos hablar de responsabilidad ejecutiva, legislativa o judicial, sino de responsabilidad estatal.

En el caso de México a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos llevada a cabo en el año 2011, se

genera un cambio de paradigma que permite una interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales para buscar una protección más amplia de las personas, teniendo el Estado el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos; en ese sentido, la responsabilidad patrimonial del Estado cuando afecte un derecho humano, no se limita a una actividad administrativa irregular, pues existe el derecho de los gobernados a ser indemnizados inclusive en casos de actividades jurisdiccionales o legislativas (Acosta, 2012).

Los Tribunales Federales han dejado claro que existe un deber de las autoridades dentro de su ámbito competencial para ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos que se conozcan, y el incumplimiento de ese deber se puede llegar a traducir en una responsabilidad internacional del Estado mexicano; dentro de ese control se exige el respeto de los bienes jurídicos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ (Segundo Tribunal Colegiado en materia administrati-

6 La propia Convención establece en sus artículos 1º y 2º que los Estados partes tienen la obligación de respetar los derechos que se consagran en ella, garantizando el libre y pleno ejercicio de sus gobernados, para lo cual deben, en caso de ser necesario, adoptar medidas de cualquier tipo; el artículo 25.1 señala que es necesario que las personas cuenten con recursos para la defensa de actos que violen sus derechos reconocidos en el orden interno o en la Convención; y, finalmente, el artículo 63.1 establece el derecho a una indemnización por la afectación de cualquier derecho consagrado en la Convención.

va del cuarto circuito, 2013). De esta forma, si las autoridades mexicanas aplican un adecuado control de convencionalidad, a través de lo establecido por la Convención Americana, se justifica el resarcimiento de daños causados a derechos humanos mediante actos legislativos y se tendría que determinar procedente en México cualquier reclamación en ese sentido.

Ante una omisión de la obligación de ejercer el control de convencionalidad por parte de las autoridades mexicanas, los particulares tendrán que acudir a instancias internacionales exigiendo una responsabilidad internacional, pues con base en la reglamentación actual el Estado mexicano no cuenta con un recurso efectivo de protección por daños causados a través de actos legislativos, derivado de su incumplimiento al deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para la protección de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Los actos legislativos deben ser considerados desde el punto de vista material en atención a los efectos que se producen, y no solo como los actos realizados por el poder legislativo, por lo que pueden ser realizados por cualquier autoridad del Estado si dentro de sus facultades se le permite crear, modificar o extinguir relaciones de derecho.

En México la reforma constitucional de junio de 2002 que contempló la figura de la responsabilidad patrimonial, limitó su procedencia a la actividad administrativa irregular, por considerar que la protección de los particulares contra actos legislativos se daba a través de la acción de inconstitucionalidad con la cual se les priva de efectos, además de que en caso de reconocer la responsabilidad por actos legislativos, se generarían demandas masivas por los efectos generales de la declaratoria, siendo imposible solventar todos los daños.

Estos argumentos no son sólidos, pues la acción de inconstitucionalidad tiene fines diversos y la cuestión presupuestal no puede impedir el resarcimiento de un daño; sin embargo, aun y cuando se ha buscado que los Tribunales reconozcan los actos legislativos como un supuesto de responsabilidad patrimonial, la postura ha sido tajante en el sentido de que el constituyente permanente no los incluyó, además de que se considera que el acto administrativo es el que causa daño al momento de aplicar la ley.

Aún y cuando en México se ha buscado el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos a través de una interpretación de los Tribunales Federales, se ha dejado claro que el Constituyente Permanente determinó su exclusión por su naturaleza al ser los actos administrativos los que pueden generar

un actuar irregular, por ser ellos los que se encargan de aplicar la ley, lo que confirma la carencia en México de un mecanismo de protección contra daños causados por actos legislativos.

En el derecho comparado existen países que reconocen la responsabilidad del Estado por actos legislativos, ya sea de manera expresa, como en el caso de España, o a través de la interpretación que han realizado los tribunales para encontrar un fundamento constitucional al deber de resarcir los daños causados por las autoridades en el ejercicio de sus funciones, como Colombia, Argentina y Chile; además en el derecho internacional también se han establecido criterios por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hablan de una responsabilidad del Estado y no de los órganos de este, pues se le considera como una unidad y por lo mismo es intrascendente su forma de organización o distribución de funciones.

Al ser la tendencia actual el reconocimiento de la responsabilidad del Estado sin distinguir la naturaleza de la actividad que se desarrolla, en México, hasta en tanto se genere una norma interna que contemple una responsabilidad por actos legislativos, deberá de ser a través del control de convencionalidad que corresponde ejercer a las autoridades conforme a la Constitución, y con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se permitan reclamaciones de resarci-

miento de daños causados a derechos humanos mediante actos legislativos, ya que de esta forma se materializa la aplicación de la norma que genera una protección más amplia de las personas, y se cumple el deber el Estado mexicano de reparar cualquier afectación a los derechos de sus gobernados.

REFERENCIAS

- Acosta García, Christian Miguel (2012). *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Teoría y casos prácticos*, México, Novum.
- Burgoa Orihuela, Ignacio (1999). *Derecho Constitucional Mexicano*, Duodécima edición, México, Editorial Porrúa.
- Castro Estrada, Álvaro (2019). “Razones para incorporar la figura de la responsabilidad patrimonial del estado en el orden jurídico mexicano”, en Mosri Gutiérrez, Magda Zulema, *Responsabilidad Patrimonial del Estado: Análisis de Casos Prácticos y Reflexiones*, Ciudad de México, Tirant lo blanch, pp. 31-75.
- Cifuentes González, Rafael Julián (2016): “La responsabilidad del Estado-legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación”, *Revista Universitas*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, Colombia, número 14, pp. 75-90, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44402>
- Constitución Política de la República de Chile (21 de octubre de 1980). <https://www.cama->

- ra.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf
- Constitución Política de la República de Colombia (20 de julio de 1991). <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (7 al 22 de noviembre de 1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre del 2000). Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, fondo, serie C, número 70, párrafo 129, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf
- Cuadros, Oscar Álvaro (2018). *Responsabilidad por daños y Estado*, Buenos Aires, Astrea.
- Décimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito (2017). Tesis: I.10o.A.40 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 45, t. IV, p. 3107.
- Fuentes i Gasó, Josep Ramon (2019). “El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública”, *Anuario aragonés del gobierno local*, España, número 11, pp. 291-368, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7636310>
- Gaceta Parlamentaria, año II, número 249 (22 de abril de 1999). <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- Gaceta Parlamentaria, año II, número 291 (21 de junio de 1999). <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- Ley 40/2015 relativa al Régimen Jurídico del Sector Público (02 de octubre de 2015). <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>
- Maraniello, Patricio, “Responsabilidad del Estado Legislador”, en Alonso Regueira Enrique M. (coord.) *Estudios de Derecho Público*, Argentina, p. 1070, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/0010-edp-3-maraniello.pdf>
- Muro Ruíz, Eliseo (2006). *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, Universidad Autónoma de México.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1999). Tesis P./J. 23/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IX, p. 256.
- Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del cuarto circuito (2013). Tesis IV.2o.A. J/7 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 1, t. II, p. 933.



LORENA MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹
KARINA DEL CARMEN CHÁVEZ OCHOA²

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.3>

FECHA DE RECEPCIÓN: 03 de septiembre 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 14 de noviembre 2022

LA REINSERCIÓN SOCIAL COMO DERECHO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD PARA UNA VIDA DIGNA EN MÉXICO

Social reintegration as the right of persons deprived of their liberty
to a life of dignity in Mexico

RESUMEN

El sistema penitenciario mexicano ha tenido modificaciones en relación con los derechos que deben tener las personas privadas de la libertad. A raíz de la reforma constitucional de 2008 el artículo 18 introduce un modelo penitenciario de reinserción social que abona a una vida digna en reclusión donde se buscan cambios para que la persona no vuelva a delinquir, además, se cambian términos de delincuente o reo por persona privada de su libertad, se fomenta el respeto a los derechos humanos que garantizan y logran la reinserción. Se planteó como objetivo realizar un estudio dogmático normativo para analizar las condiciones de reclusión, los derechos de las personas en reclusión para recapitular la efectividad o ineffectividad de la reinserción social, así como conocer el cumplimiento y respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en cuanto a la vida digna que llevan. Entre los resultados se identificó que la finalidad primordial de la pena privativa de la libertad es la reinserción social que parte de cinco principios

-
- 1 Doctora en Derecho. Profesora de Tiempo Completo Titular “A” e Investigadora en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Jalisco, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Miembro del Observatorio Ciudadano “Cultura de paz y de legalidad”, y Responsable del cuerpo académico Docencia e Investigación de Violencias, Sistema de Justicia, Construcción de Paz y Desarrollo Humano (UDG-CA-1119). Actividad de investigación sobre sistema penitenciario, derecho penal y violencias, derechos humanos y cultura de paz. Correo electrónico: lorenamm@cusur.udg.mx. ORCID 0000-0002-7991-3173
 - 2 Doctorante en Derecho. Enlace de los Derechos Universitarios y Profesora de Asignatura 2B” en el Centro Universitario del Sur. Miembro del Observatorio Ciudadano “Cultura de paz y de legalidad”, y del cuerpo académico Docencia e Investigación de Violencias, Sistema de Justicia, Construcción de Paz y Desarrollo Humano (UDG-CA-1119). Actividad de investigación sobre derecho penal, derechos humanos, cultura de paz. Correo electrónico: Karina.chavez@cusur.udg.mx. ORCID 0000-0002-1359-8051

LA REINSECCIÓN

SOCIAL COMO DERECHO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD PARA
UNA VIDA DIGNA EN MÉXICO

establecidos en el artículo 18 constitucional como lo es el trabajo, capacitación para el mismo, deporte, salud y educación, ejes principales que se deben respetar y garantizar a las personas privadas de la libertad, por considerarse elementos importantes para lograr una reinserción social. Se concluye que los centros penitenciarios presentan hacinamiento, tasas de reincidencia, prevalencia de violencia en los penales, entre otras cuestiones, han sido los motivos por los que no se están cumpliendo los objetivos legales y sociales que se buscan, por lo cual resulta pertinente articular lo normado con lo que sucede en la realidad para que las autoridades gubernamentales puedan mediante programas sociales garantizar y lograr una vida digna en reclusión por medio de la reinserción social.

Palabras clave: reinserción social; personas privadas de la libertad; derechos humanos; vida digna.

ABSTRACT

The penitentiary system mexican has undergone modifications in relation to the rights that persons deprived of liberty should have, as a result of the constitutional reform of 2008, Article 18 introduces a penitentiary model of social reintegration that contributes to a dignified life in prison where changes are sought so that the person does not reoffend, in addition, terms such as offender or prisoner are changed to person deprived of their liberty, respect for human rights is promoted, which guarantees and achieves reintegration. Therefore, the objective was to conduct a dogmatic and normative study to analyze the conditions of confinement, the rights of persons in confinement to recapitulate the effectiveness or ineffectiveness of social reintegration, as well as to know the compliance and respect for the human rights of persons deprived of their liberty in terms of the dignified life they lead. Among the results, it was identified that the primary purpose of the custodial sentence is social reintegration, which is based on five principles established in Article 18 of the Constitution, such as work, job training, sports, health and education, the main axes that must be respected and guaranteed to persons deprived of their liberty, as they are considered important elements to achieve social reintegration. It is concluded that penitentiary centers are overcrowded, recidivism rates, prevalence of

violence in prisons, among other issues have been the reasons why the legal and social objectives sought are not being met, so it is relevant to articulate what is regulated with what happens in reality so that government authorities can guarantee and achieve a dignified life in prison through social reintegration by means of social programs.

Key words: social reintegration; persons deprived of their liberty; human rights; dignified life.

INTRODUCCIÓN

El sistema penitenciario mexicano ha tenido algunos cambios que parten de la reforma constitucional de junio 2008 en donde se busca hacer ajustes a fin de respetar y brindar una vida digna a las personas que se encuentran privadas de la libertad (PPL), estableciendo cinco ejes primordiales para lograr la reinserción social: el trabajo, la capacitación para el trabajo, el deporte, la salud y la educación. Cada una de las autoridades penitenciarias deberá velar por brindar a las PPL las condiciones que permitan el buen desarrollo y estancia en los centros penitenciarios, es decir, lograr una vida digna en reclusión.

Es importante señalar que el objetivo de la reforma penal es garantizar el respeto de los derechos humanos derivado de las situaciones que se dieron en el proceso penal como el rezago judicial, corrupción, impunidad, así como gran violación a los

derechos humanos de las PPL originado por la sobrepoblación carcelaria en todo el país, motivo por el cual se han detonado problemáticas dentro de los centros de reclusión que han conllevado a tragedias.

En el presente trabajo se hace una descripción de los cinco ejes que rigen el sistema penitenciario de acuerdo con nuestra Constitución así como de lineamientos jurídicos internacionales de los cuales se fundamenta cómo debería de ser el trato a las personas privadas de la libertad. Sin duda alguna lo que está escrito sería lo ideal para alcanzar una reinserción social verdadera, sin embargo, existen aspectos que en los centros penitenciarios de nuestro país no han permitido que se logre de manera eficaz. Por lo tanto, se hace un análisis de la importancia que tiene el acompañamiento de las instituciones encargadas de estos centros penitenciarios al personal que labora en los mismos y sobre todo la sociedad, ya que esta reinserción social no es solamente el tratamiento durante su estancia en reclusión, sino va más allá cuando la PPL egresa y cómo la sociedad misma comienza con señalamientos, cortando oportunidades laborales o de integración a entornos familiares o sociales. Por ello, será un trabajo en conjunto a fin de lograr una verdadera reinserción social y proporcionar una vida digna en reclusión al respetar todo lo establecido en las normas, tanto en las nacionales como en las internacionales.

Por ello, se planteó como objetivo analizar las condiciones de reclusión, los derechos de las personas en reclusión para recapitular la efectividad o ineffectividad de la reinserción social, así como conocer el cumplimiento y respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en cuanto a la vida digna que llevan. Esto por medio de una investigación documental, en virtud de la cual se analizaron las principales fuentes secundarias sobre el tema.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Al hacer el análisis de cómo comienza la pena de prisión en la Constitución de 1857 en donde no existen elementos garantes para las PPL por considerar que no tenía importancia el trato que debería darse en las penitenciarías, fue entonces que, de acuerdo con las necesidades y precursores del derecho penitenciario, tales como Cesare Beccaria y Manuel de Lardizábal, comenzaron a resaltar que la prisión debería tener otros fines para poder readaptar a la PPL, proponiendo para ello que la prisión fuera más humanista y de esta forma contar con profesionales para su atención.

Posteriormente se da la atribución al Gobierno Federal para que organice el sistema penitenciario, de tal forma que se logre el respeto de los derechos humanos a estas personas en reclusión y tomándose en consideración las necesidades que deberían prevalecer en las prisiones desde

la separación de hombres y mujeres y el acercamiento con familiares para lograr la readaptación.

Con la reforma constitucional de 2008 se cambia el término de readaptación por el de reinserción, se establecen los cinco ejes del sistema penitenciario, se unifica la Ley Nacional de Ejecución de Penas y se determina el respeto de los instrumentos internacionales que fundamentan el actuar y garantizan en conjunto la vida en reclusión.

En ese sentido, se deben establecer estrategias, programas y acciones que permitan abatir la sobrepoblación que existe en los centros de reclusión y con ello ayudar a que las PPL se reintegren como personas preparadas para volver a convivir en sociedad.

REFORMAS AL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

En la Constitución de 1857 se establecen por primera vez las bases de nuestro sistema de gobierno, aunque dentro de esta se confundió la pena de privación de la libertad con las penas corporales (Villanueva, 2016), además en este tiempo ya eran conocidas las obras de Cesar Beccaria y Manuel de Lardizabál y Uribe quienes fueron

precursores en humanizar y sistematizar la penas impuestas.

En la Constitución de 1917, después de setenta años con relación a la anterior Carta Magna, se dan otros cambios que son considerados de alto contenido social y económico. Más tarde, en 1965, se reforma el artículo 18 en donde se adiciona la capacitación para el trabajo e incorporando también la educación; se toma ya la readaptación social del delincuente y ya no nomás su regeneración.

Asimismo, se llevan a cabo reformas más enfocadas al respeto de los derechos humanos: separación de hombres y mujeres a efecto de compurgar sus penas, se autoriza que los sentenciados por delitos comunes cumplan su condena en prisiones federales, se encomienda a los estados habilitar instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

En febrero de 1977 se adiciona el séptimo párrafo, una cuestión importante donde se estipula que los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas de prisión en otro país puedan ser trasladados a reclusorios mexicanos y viceversa, sujetándose a los Tratados Internacionales que hayan celebrado siempre y cuando el traslado sea voluntario.

Es hasta el 14 de agosto de 2001 que se adiciona el octavo párrafo, como lo menciona Villanueva (2016), y se considera de importancia la visita familiar para la readaptación del interno, por lo que se pro-

picia el traslado de internos a los centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios para efecto de que puedan convivir con su familia.

Es así que se llega a la reforma constitucional de 2008: el término readaptación cambia por reinserción social, por lo tanto, es apropiado, ya que el objetivo es que no vuelvan a delinquir y lo que se hace es reinsertarlo a la sociedad.

Ahora bien, en el artículo 18 constitucional se establece que el sistema penitenciario se organizará bajo cinco ejes primordiales a fin de lograr la reinserción social siendo estos el trabajo, la capacitación para el trabajo, la educación, la salud y el deporte. Al brindar estas herramientas a la PPL se evita que vuelva a reincidir y se garantizan sus derechos en reclusión.

Por otra parte, derivado de esta reforma y a fin de establecer normas homogéneas, se crea la Ley Nacional de Ejecución Penal, cuya implementación permitió unificar los criterios para el sistema penitenciario en México; con ello se crean protocolos en cuanto al actuar de los servidores públicos y el personal que labora en centros penitenciarios, a fin de respetar y garantizar los derechos humanos de las PPL en determinadas situaciones que se presentan dentro de los penales.

Los derechos de las PPL se encuentran establecidos en la Constitución Mexicana —artículos 1, 17, 18, 20 y 21—, así como en la Ley Nacional de Ejecución Penal y en los

reglamentos, protocolos, manuales que derivan de esta normatividad, asimismo, en la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Entre estos se encuentran el Derecho a la integridad personal, Derecho a una vida digna, Derecho a tener contacto con el exterior, Derecho a la defensa, Derechos económicos, sociales y culturales, Derechos sexuales y reproductivos.

EL MODELO DE REINSERCIÓN SOCIAL PARA GARANTIZAR UNA VIDA DIGNA EN RECLUSIÓN

El objetivo de la reinserción social es primordialmente que la persona no vuelva a delinquir, esto mediante las bases del sistema penitenciario establecidas en la Constitución para que se pueda otorgar a las personas privadas de la libertad herramientas como la capacitación del trabajo y el trabajo mismo para que a su egreso puedan integrarse.

La reinserción social, como lo comentan Osornio *et al.* (2021), es un derecho humano tanto de las personas procesadas como de las sentenciadas y las autoridades penitenciarias tendrán la obligación de dar seguimiento para que se cumpla lo establecido en la norma buscando la no reincidencia.

En ese sentido, se resalta la importancia de la participación de la sociedad civil en la etapa posliberacional y de las autorida-

des encargadas de dar seguimiento a las PPL al exterior, ya que se debe promover e impulsar una cultura de paz y de legalidad, esto encaminado a que prevalezcan enfoques inclusivos, buscando un reflejo positivo, que permita que se dé un bienestar en la sociedad, al reincorporarse a la PPL y este sea capaz de reinsertarse a la comunidad de forma adecuada.

En la actualidad existe hasta cierto punto rechazo hacia las personas que recién egresan de reclusión, en cuestión de obtener un trabajo o incorporarse a actividades que le permitan su buen desarrollo. Este cuando sale de reclusión comienza una vida nueva en la cual pretende recuperar todo lo que perdió al estar recluso, su entorno familiar, social y busca ser aceptado nuevamente. Por ello, deben existir programas o tratamientos posteriores al egreso de estas PPL para que hagan posible la reinserción social de tal manera que serían un complemento a los cinco ejes del sistema penitenciario enunciados en la Constitución.

Ahora bien, como lo comenta Villanueva (2016), una de las más frecuentes problemáticas en el sistema penitenciario en México ha sido la sobrepoblación, que va en aumento en las últimas tres décadas. Se ha querido combatir esta situación con la construcción de nuevos centros penitenciarios, pero no se ha logrado detener el hacinamiento. Esta es una de las causas para que se diera la reforma constitucio-

nal, dado que sus efectos se multiplican: falta de control e ingobernabilidad debido a la cantidad de internos ante el número mínimo de oficiales de seguridad, carencia de los servicios básicos de alojamiento en condiciones de vida digna en prisión, la falta de espacios habitables, falta de oportunidades para acceder a realizar trabajo en reclusión, datos que se han reflejado en el *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* que año con año realiza la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Principios constitucionales del derecho a la reinserción social y a una vida digna de personas privadas de la libertad en México

Es trascendental que los centros penitenciarios se preocupen por tener diversidad en los contenidos de los programas educativos, en cada uno cuentan con la instrucción básica, así como cursos, los cuales dependen de las necesidades e intereses de cada institución carcelaria (Osornio *et al.*, 2021).

Existen ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales que establecen ese derecho que las PPL deben recibir, como las Reglas Mandela, que en su artículo 104 determina que, en la medida de lo posible, la instrucción de los reclusos deberá coordinarse con el sistema de educación pública estatal a fin de que, al ser puestos en libertad, puedan continuar su formación. Por otra parte, cabe señalar

que en algunos centros penitenciarios, además de la educación básica, ofertan la educación media superior y en algunos casos la educación superior, como lo menciona la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Modelo) que se ofrece en la Penitenciaría de Santa Martha Acatitla y otros centros de la Ciudad de México.

Actualmente en la Ley Nacional de Ejecución Penal se fija la corresponsabilidad con diversas autoridades, por lo que en el numeral 7 de la citada legislación se señala que ellas deberán diseñar e implementar programas para la reinserción social en los centros penitenciarios, así como firmar convenios de colaboración con organizaciones de la sociedad civil, de tal forma que se brinden planes en internamiento y posreclusión, por ello la educación deberá estar dirigida a desarrollar integralmente a las personas tomando en cuenta aspectos económicos, culturales y sociales.

En cuanto al rubro de deporte, cabe señalar que en la LNEP se establece que las PPL podrán participar en actividades deportivas y físicas, las cuales contribuyen a aspectos importantes tales como su estado físico y a la vez construir esquemas de esparcimiento y de ocupación, lo que ayuda a la reinserción social. También la Comisión Nacional de Derechos Humanos menciona que los centros de reclusión deberán contar con espacios para el desarrollo de actividades deportivas, así como

estrategias para que dentro del tratamiento individual de cada persona contenga actividad física o deportiva, organizada y planificada en espacios propios para el desarrollo de las mismas apegándose a los lineamientos de los centros penitenciarios.

Es importante señalar que las actividades físicas o deportivas deberán tomar en cuenta su condición física, edad, sexo y se realicen de forma adecuada para cada una de las personas privadas de la libertad.

La salud es otro de los cinco ejes del sistema penitenciario que debe garantizarse a las PPL, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Pacto Internacional de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, en su numeral 12 establece el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental.

A su vez, Las Reglas Nelson Mandela, en su regla 25 menciona: todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos en particular de los que tengan necesidades sanitarias especiales de salud que dificulten su reeducación.

Dentro de la Agenda 2030 de los objetivos de Desarrollo Sostenible en las metas de objetivo 3 habla de que se debe garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, por ello la

autoridad penitenciaria deberá garantizar la atención médica a todas las PPL e incluso un punto que dentro de la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) nos menciona que también se deberá de garantizar la salud física y mental de los niñas y niños que se encuentran bajo el cuidado de madres en reclusión en caso de requerirlas así mismo atender todas las urgencias a fin de que puedan tener una atención adecuada.

Como lo menciona Comisión Nacional de Derechos Humanos (Modelo), en los centros penitenciarios donde exista hacinamiento o sobrepoblación se deberán tomar las medidas pertinentes en caso de enfermedades contagiosas a fin de evitar la propagación de las mismas.

Otro rubro importante es la atención a las mujeres privadas de la libertad. En los casos de maternidad y la lactancia se debe brindar una estancia digna y segura para la mujer PPL y sus hijos, esto según lo establecido en la Ley Nacional de Ejecución Penal en su artículo 10.

Mencionan Martínez *et al.* (2020), en relación con la maternidad, que las mujeres privadas de la libertad pueden presentar sentimiento de estrés, ansiedad y preocupación por sentirse en estado de vulnerabilidad dado que los penales en su mayoría no cuentan con la infraestructura ni las condiciones apropiadas para ellas ni para sus hijos.

Referente a la capacitación para el trabajo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Modelo) señala que tiene como objetivo el que las PPL adquieran y desarrollen habilidades, conocimientos y aptitudes para lograr una actividad laboral, es decir, una preparación adecuada para realizar un trabajo.

En ese sentido, la LNEP define a la capacitación para el trabajo como un “proceso formativo que utiliza un procedimiento planeado, sistemático y organizado, mediante el cual las PPL adquieren los conocimientos, aptitudes, habilidades técnicas y competencias laborales necesarias para realizar actividades productivas durante su reclusión y la posibilidad de seguir desarrollándolas en libertad”. Esto permitirá que la PPL genere confianza y tenga opciones para desarrollar su vida laboral en un futuro. La capacitación para el trabajo se considera como una herramienta que le va a permitir tener ingresos, además de que suele ser terapéutico ayudando a su situación emocional y medio de reintegración social.

De acuerdo con el artículo 91 de la LNEP, la capacitación laboral se debe de llevar en tres modalidades: autoempleo, las actividades productivas no remuneradas para fines del sistema de reinserción y las actividades productivas realizadas a cuenta de terceros. Cada una de ellas se deberá realizar de acuerdo con los ordenamientos de los centros penitenciarios a fin de salvaguardar los derechos de las PPL.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23 establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Por ello, se busca garantizar el trabajo en centros penitenciarios tomando en cuenta estas disposiciones.

CONCLUSIONES

Las personas privadas de su libertad se han visto limitadas al no poder satisfacer las necesidades propias en los centros penitenciarios por una diversidad de retos, principalmente por falta de presupuesto de las mismas instituciones.

No se garantiza el derecho de las personas en reclusión a la vida digna, lo cual repercute negativamente en la reinserción social en los términos que marca el artículo 18 Constitucional.

Es importante señalar que en la actualidad los centros penitenciarios presentan hacinamiento, altas tasas de reincidencia, prevalencia de violencia, entre otras cuestiones que han sido los motivos por los que no se están cumpliendo los objetivos legales y sociales que se buscan. Resulta pertinente articular lo normado con lo que sucede en la realidad para que las autoridades gubernamentales puedan aplicar programas sociales para garantizar una vida digna en reclusión y la reinserción social.

Este es un tema muy amplio que deberá analizarse desde otros enfoques un poste-

riores investigaciones: ¿las instituciones penitenciarias han realizado acciones que permitan cumplir con lo establecido en la norma o ha sido realmente que no se ha podido lograr una reinserción social en el sistema penitenciario mexicano por cuestiones de otra índole, como el presupuesto, estructura penitenciaria o falta de personal?

REFERENCIAS

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2019). *Criterios para un sistema orientado al respecto de los derechos humanos. Un modelo de reinserción social*. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/modelo-reinsercion-social.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, México, 28 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Gobierno de México (2022). ¿Qué es la agenda 2030? <https://www.gob.mx/agenda2030>
- Ley Nacional de Ejecución Penal. Diario Oficial de la Federación, México, 16 de junio de 2016. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf
- Martínez Martínez, L., Cantero Ramírez, M., & Guzmán Díaz, J. C. (2020). Derecho a la maternidad de mujeres privadas de la libertad en México. *Cuaderno Jurídico y Político*, 19–40. <https://doi.org/10.5377/cuaderno-jurypol.v6i17.12195>
- Naciones Unidas. (2015). La Asamblea General adopta la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. <https://www.un.org/sustainable-development/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>
- Pacto Internacional de Derechos Humanos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Osornio, L. A., Matínez, E. y Reyna, P. (2021). Desafíos del sistema de reinserción social en México. *Revista DYCS Victoria*, 3(2), 37-51. <https://dycsvictoria.uat.edu.mx/index.php/dycsv/article/view/123/50>
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos [Reglas Mandela]. Naciones Unidas, 1955. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf
- Villanueva, R. (2016). La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana. <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CPP1-Sobrepoblacion-Centros.pdf>



NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ¹
FARID STEMBERG PARRA CARO²

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.4>

FECHA DE RECEPCIÓN: 24 agosto 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 11 de noviembre 2022

LA VIVIENDA DIGNA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: VULNERACIÓN REITERADA EN EL CONFINAMIENTO. CASO COLOMBIANO

Decent housing in times of pandemic: repeated violation
in confinement. Colombian case

RESUMEN

La pandemia a causa de la COVID-19 trajo consigo múltiples cuestionamientos acerca de la protección y garantía de los derechos fundamentales en los territorios. Un claro ejemplo de ello es lo sucedido en el territorio colombiano. Esto, en cuanto a que el estado de emergencia sanitaria y las declaraciones de confinamiento se permearon en un sinfín de vulneraciones a primacías constitucionales, entre ellas encontramos al derecho fundamental de la vivienda digna en Colombia, el cual se encuentra en el art. 51 de la Constitución Política de Colombia. Es por eso que se decide con la presente investigación, desde la perspectiva del Estado de Derecho en tiempos de Pandemia, analizar cómo el Estado colombiano sigue vulnerando derechos civiles y fundamentales como el derecho a la vivienda digna, en donde jurisprudencialmente se ha indicado que en el territorio colombiano deberá prevalecer el bienestar común y la primacía constitucional y de Derecho. La metodología usada es a través de un enfoque mixto con un método analítico y hermenéutico, en donde se usan las estadísticas ofrecidas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para

-
- 1 Magíster en Derecho administrativo, especialista en contratación estatal, especialista en Derecho administrativo y abogada. Decana Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Colombia. Miembro del Grupo de Investigación Jurídicas y Sociojurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Colombia. Correo electrónico: lorena.dl@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4469-3868>
 - 2 Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, Colombia. Becario del pregrado en Sociología de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Colombia. Investigador sociojurídico de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Colombia. Correo electrónico: faridstemberg5@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3583-8781>

LA VIVIENDA DIGNA

EN TIEMPOS DE PANDEMIA: VULNERACIÓN REITERADA EN
EL CONFINAMIENTO. CASO COLOMBIANO

establecer la vulneración del derecho a la vivienda digna y las medidas de restricción acaecidas por la declaración de emergencia sanitaria. Logrando identificar que existió una vulneración del derecho a la vivienda y de acceso a esta, en donde personas fueron sancionadas por no acatar las medidas de emergencia, como el no salir de las viviendas, estando en situación de calle; asimismo, se encontraron planes municipales que buscaron mitigar estas medidas.

Palabras clave: vivienda digna; confinamiento; emergencia sanitaria; COVID-19.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic brought with it multiple questions about the protection and guarantee of fundamental rights in the territories, a clear example of this is what happened in the Colombian territory. This, in terms of the fact that the state of health emergency and the declarations of confinement permeated an endless number of violations of constitutional primations, among them we find the fundamental right of decent housing in Colombia, a right which is found in art. 51 of the Political Constitution of Colombia. That is why, with the present research, it is decided to approach itself from the perspective of the rule of law in times of pandemic, analyzing how the Colombian State continues to violate civil and fundamental rights such as the right to decent housing, in which it has been indicated that within the Colombian territory common welfare and constitutional and legal primacy should prevail. The methodology used is mixed with an analytical and hermeneutical approach, in which the statistics offered by the National Administrative Department of Statistics are used to establish the violation of the right to decent housing and the measures of restriction caused by the declaration of a health emergency. Identifying that there was a violation of the right to housing and access to it, where people were sanctioned for not abiding by emergency measures such as not leaving the houses despite being in a street situation. Plans were also found for municipal presidencies that sought to mitigate these measures.

Key words: decent housing; confinement; health emergency; COVID-19.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su título segundo denominado “De los derechos, las garantías y los deberes” contempló en su capítulo segundo los derechos sociales, económicos y culturales. Dentro de estos el Constituyente señaló que todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. Agregó que el Estado fijaría las condiciones para efectivizar el derecho y tres pilares fundamentales para su ejecución:

- i. proyectos de vivienda de interés social;
- ii. financiación a largo plazo;
- iii. y formas asociativas de ejecución de los programas.

En el proceso legislativo de ejecución de la labor asignada al Estado, para el aseguramiento de la vivienda digna, el legislador ha emitido una serie de leyes desde 1993 hasta la fecha, 2022. Posterior a la expedición de la Constitución Política de Colombia, la primera ley proferida por el Congreso de la República concordante con el derecho de la vivienda digna se materializó en la Ley 82 de 1993. Si bien la anterior ley tuvo como objeto central el apoyo de manera especial a la mujer cabeza de fa-

milia, la misma en su momento, consagró en sus artículos 12, 13, 14, el apoyo por parte del Estado a favor de las mujeres para el acceso a las viviendas de interés social, así como la capacitación a las mismas para el acceso al subsidio familiar de vivienda.

Desde diferentes estadios, el legislador se ocupó de proferir un poco más de 36 leyes concordantes con el aseguramiento de la vivienda digna para los colombianos. Se evidencia una labor legislativa importante desde 1997 y hasta 2017, años con mayor número de leyes expedidas desde 2001 hasta 2012, sin desconocer la expedición de más leyes en años posteriores, pero sin ser del mismo volumen que en los años anteriormente mencionados.

Perdomo (2015), Buitrago y Vargas (2018), Nudelman (2017), Hidalgo (2018), Pazmiño (2012) y Amaya (2011) son autores que han realizado estudios en materia de vivienda digna en el territorio colombiano. En estos se han destacado por examinar los diferentes modelos y garantías en la ejecución de los proyectos de vivienda en el territorio nacional; el análisis realizado se enfoca en las características, la infraestructura y la adecuación a las necesidades de la población.

Sin embargo, los avances en los procesos de vivienda digna que seguramente se habían tenido, hoy merecen especial atención e investigación debido a la declaratoria de pandemia por la COVID-19, por parte de la Organización Mundial de la

Salud. En el caso colombiano se declaró el Estado de Emergencia Sanitaria mediante Resolución 844 de 2020, prorrogada por sendas resoluciones que vencieron el 28 de febrero de 2022. La declaratoria conllevó al Estado a tomar y ejecutar decisiones a través de decretos legislativos o decretos ordinarios con el objetivo de asegurar el derecho a la vida y a la salud.

Es por ello que surge el siguiente objetivo general: analizar si las decisiones en materia de confinamiento, producto de la declaración de emergencia sanitaria, vulneran el derecho a la vivienda digna de una manera reiterada. La metodología para la consecución del presente objetivo se centra en el enfoque mixto a través del método analítico y hermenéutico, en donde se usan las estadísticas ofrecidas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para establecer la vulneración del derecho a la vivienda digna y las medidas de restricción acaecidas por la declaración de emergencia sanitaria. Con la finalidad alcanzar el objetivo propuesto, se hará un análisis de la vivienda digna como derecho fundamental; posteriormente se describirá el estado de la emergencia sanitaria a partir de la vivienda digna; finalmente se presentarán las dicotomías constitucionales y los amparos en tiempos de pandemia.

I. Vivienda digna como derecho fundamental

La vivienda en Colombia tiene una particularidad legal proteccionista que pocos países incluyen en su ordenamiento jurídico; uno de estos es que puede ser amparada y/o protegida por el mecanismo constitucional de la acción de tutela. La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que sirve “para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (Carrera, 2011, p. 78) y esta acción “ha sido, sin duda, el mecanismo más importante consagrado por ella en materia de defensa de los derechos fundamentales y el más cercano a los ciudadanos” (Carrera, 2011, p. 75), que aunque en distintas ocasiones se ha traído a colación otras figuras, como la acción de amparo, siguen existiendo diferencias procesales en las mismas.

La vivienda digna³ se encuentra en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia. “Es un derecho de carácter asis-

3 Vivienda digna entendida conforme a las realidades sociales, políticas y económicas. Véase el caso de la vivienda digna indígena, que no cuenta con las mismas características de las viviendas dignas en zonas urbanas de las ciudades de Colombia, conforme a que se desnaturaliza el saneamiento básico como gas y energía, naturalizando otros como el territorio y la cosmovisión frente a la estructura de sus viviendas.

tencial que requiere de un desarrollo legal previo y que debe ser prestado directamente por la administración o por las entidades asociativas que sean creadas para tal fin” (García, 2006, p. 106) y es ese desarrollo el que se ha venido teniendo desde la Ley de Vivienda en Colombia, que es la Ley 546 de 1999. Indicando entonces que con el desarrollo jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional y las leyes territoriales se ha determinado que la vivienda de la que habla el art. 51 de la Constitución Política de Colombia es un derecho fundamental y que no solo debe ser entendida como vivienda “normal”, sino una vivienda digna en todos sus aspectos sociales y sociológicos para la garantía, analizando las necesidades imperantes de las personas a las cuales se les va a garantizar y sus realidades (económicas, políticas, sociales y culturales).⁴

II. Estado de emergencia

El estado de emergencia es parte del “principio de taxatividad o *numerus clausus* de circunstancias extraordinarias” (Cifuentes, 2002, p.118), en donde en Colombia había sido utilizado en tres ocasiones, antes de la pandemia ocasionada por la COVID-19. Con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio

⁴ Lo anterior, conforme a la multiculturalidad encontrada socialmente en el territorio colombiano.

Nacional, se determina el estado de emergencia y se dictan disposiciones para la mitigación de este. Dentro de las medidas adoptadas en el decreto, así como demás resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud colombiano, se encuentra la del confinamiento obligatorio en todo el territorio nacional por orden presidencial.

El aislamiento o confinamiento preventivo obligatorio inició desde el 25 de marzo de 2020, hasta el 31 de agosto de 2020 en el territorio colombiano y seguido a esto, se tomaron medidas preventivas hasta el 30 de noviembre y a la actualidad. Indicando entonces que las personas debían confinarse en sus casas sin poder acceder a ningún tipo de lugar, así como de que no podía existir un tipo de comunicación presencial o de contacto presencial, inclusive, en una primera medida no podían abastecerse de alimentos, denotando una desafección con la realidad de las personas.⁵

Empero, esa desafección se reflejó aún más con las personas que no tienen vivienda en Colombia o acceso a esta. También con las personas que si bien tienen una vivienda, esta no presenta las condiciones de digna, así como de aquellas que se encontraban en situación de arrenda-

⁵ Medidas que fueron flexibilizándose de acuerdo con las diferentes peticiones de la población, así como del estudio de viabilidad y salubridad emitido por el Ministerio de Salud. En un primer momento se flexibilizó con la salida de personas que no tuvieron riesgo de contagio, luego el contacto, así como de la salida a sitios públicos de personas de todas las edades.

miento y no podían pagar los cánones de estos, siendo despojados algunos y otros, buscando soluciones alternas para pasar ese “confinamiento”. En cifras, se registra que para el 2020, estando en confinamiento, cerca de 18.2 millones de colombianos vivían en estado de déficit habitacional,⁶ indicando entonces que aproximadamente esa cantidad censada no cuenta con vivienda digna, por ende, no contaría con las condiciones para haber hecho el confinamiento obligatorio.

El índice habitacional se compone por el déficit cuantitativo y el déficit cualitativo. El cuantitativo refiere a aquellas viviendas que no cuentan con las condiciones de dignas y preexisten con deficiencias estructurales y de poco espacio que no pueden ser reparadas o adecuadas para mejorar su índice de adaptabilidad, a diferencia de lo que sucede con las cualitativas, que son aquellas que si bien tienen deficiencias estructurales y de poco espacio, si se realizan algunos ajustes en su estructura, se pueden mejorar para la habitabilidad adecuada.

En gráficas se pueden encontrar las siguientes cifras:

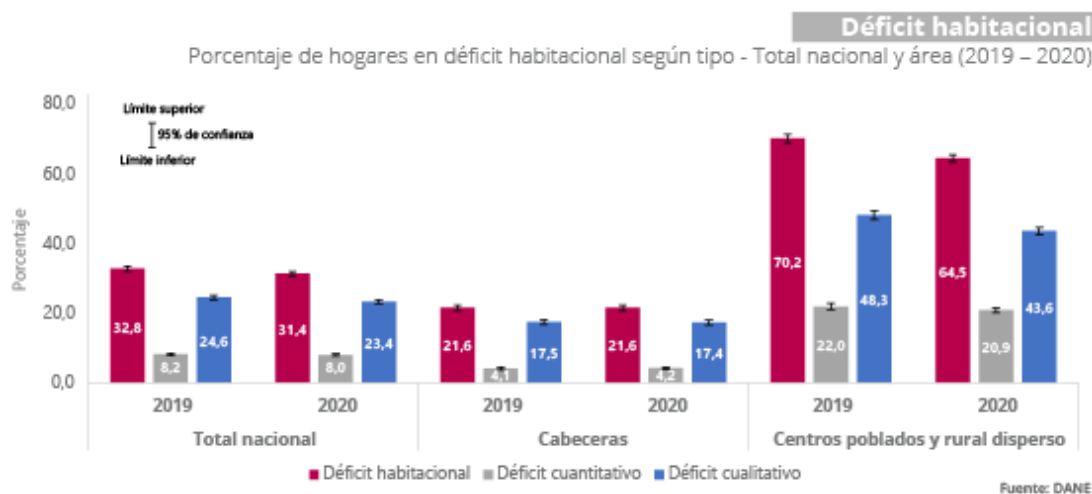
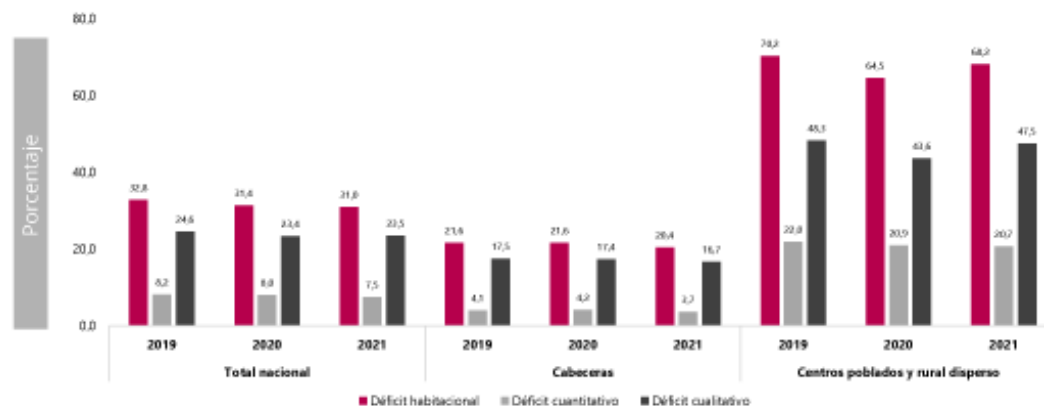


Figura 1. Déficit habitacional en Colombia para el 2020. Departamento Nacional de Planeación (2021). Indicador Encuesta Nacional de Calidad de Vida. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/deficit-habitacional#2020>

⁶ Discusión que se centra en lo mencionado por los informes dentro de la revista portafolio, los cuales se obtuvieron de los informes de vivienda y territorio. Se puede consultar más información en: <https://www.portafolio.co/mis-finanzas/vivienda/mas-de-un-tercio-del-pais-en-deficit-habitacional-540036>



Fuente: DANE

Figura 1. Déficit habitacional en Colombia para el 2021. Departamento Nacional de Planeación (2022). Indicador Encuesta Nacional de Calidad de Vida.

Las anteriores imágenes, brindadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, reflejan que el déficit habitacional aumentó del 2020 para el 2021, porque las viviendas contaban con déficit habitacional que no era posible subsanar. Ahora, las cifras siguen siendo alarmantes cuando hablamos de los Habitantes de Calle⁷ en donde para el 2020 fueron censados 5043 y 6248⁸ para el 2021. De igual forma, más del 67% de los habitantes de calle llevan más de 5 años en esta situación (estado de vulnerabilidad en vivienda).

⁷ Censo de Habitantes de la Calle (CHC).

⁸ Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Censo de Habitantes de la Calle. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-habitantes-de-la-calle#:~:text=Informaci%C3%B3n%202021,12%2C4%25%20son%20mujeres.>

Nota aclaratoria: Censado no es sinónimo de valor total de habitantes de calle, es decir, no se puede afirmar que es el valor total de habitantes de calle en Colombia.

III. Dicotomías constitucionales y amparo en tiempos de pandemia

Es allí, en donde con los acápite anteriores encontramos dicotomías en el estado de derecho y el estado social de derecho, en cuanto a que, si bien existen disposiciones normativas y constitucionales en el amparo de derechos como el derecho a la vivienda en condiciones dignas, en el territorio colombiano no se han ejecutado de manera efectiva. Entonces, la efectivización de los derechos se ve permeada por la desafección de la realidad social por parte del estado colombiano, encontrando que en la COVID-19 en Colombia, se emitieron disposiciones que violentaron derechos como el de la vivienda y que se obligaba a las personas a guardar cuarentena en sus viviendas como medidas que mitigaban y protegían la salud pública, viviendas las cuales no tenían o no se encontraban en condiciones dignas,

estando en condiciones no aptas de acuerdo con los estándares de habitabilidad. Se contaba con viviendas, pero se veían afectadas por el factor pobreza para el acceso a otros de sus derechos. Esto se ha venido enfrentando “a partir de 1998, conforme a que la pobreza aumentó como consecuencia de la recesión económica” (Núñez & Ramírez, 2002, p.7) y sigue aumentando, ahora con el factor pandemia a causa de la COVID-19, que es bastante criticado por diferentes juristas y sociólogos, conforme a que a *contrario sensu* de lo que se cree, simplemente se categoriza la pobreza en extrema, menor, media y se garantiza a una menor población con la vaga excusa de la prioridad.

Encontramos, entonces, que se vería una incongruencia de la garantía de derechos fundamentales, como el de la vivienda art. 51 igualdad art. 13 y en general al mismo fin de la constitución, en su carácter de amparo a la población vulnerable.

Art. 51 Constitucional: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”. (Const., 1991)

Art. 13 Constitucional: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley,

recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. (Const., 1991)

Incongruencia jurídica, en cuanto a la materialización de los derechos fundamentales y su reiterada vulneración por disposiciones en estado de emergencia, que, aunque se pueden restringir determinados derechos, no podrán ser aquellos fundamentales que atenten integralmente contra la persona y sus condiciones de vida.

DISCUSIÓN

Se pueden plantear diferentes cuestionamientos en cuanto a que el estado de derecho y estado social de derecho se queda en una promulgación de carta política, más que su mismo fin, desnaturalizando la figura de modelo estatal y mostrando una desafección normativa con la realidad social, económica, política, económica, sociológica, de todo un territorio nacional como ha venido sucediendo con el desarrollo del derecho a la vivienda digna. Es por lo anterior que se debe analizar si un estado puede vulnerar de manera reiterada los derechos fundamentales como el derecho a la vivienda digna (caso Co-

lombia) en un estado de indefensión del sujeto, que a pesar de querer cumplir con medidas, so pena de privaciones de libertad y multas, no puede cumplirlas por su realidad social y sociológica.

CONCLUSIONES

Las medidas de cuarentena obligatoria, así como de confinamiento y las diferentes disposiciones jurídicas en cuanto a la pandemia por la COVID-19 se convirtieron en medidas desproporcionadas referente a la garantía del derecho a la vivienda digna, específicamente para las personas que contaban y siguen contando con un déficit habitacional en sus viviendas, ya sean propias o en arriendo, así como de las personas que se encuentran en situación de calle.

La vivienda digna en Colombia no puede ser una garantía utópica para las personas que cuentan con un déficit habitacional, así como de las personas que se encuentran sin una vivienda sin ningún tipo de condición, sino por el contrario, al ser un mandato constitucional, se deben buscar diferentes estrategias políticas y administrativas para la creación de proyectos que garanticen constitucionalmente derechos como este.

Finalmente, no pueden ser derechos que se garanticen conforme a los ideales de la administración nacional, sino conforme a las necesidades sociales, económicas, polí-

ticas y culturales dentro de su limitación geográfica nacional para prevenir vulneraciones reiteradas por parte del Estado en materia de vivienda digna.

REFERENCIAS

- Buitrago, D. y Vargas N. (2018). Vivienda Contingente en Colombia. Universidad Santo Tomás. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/17151/2018buitragonatalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Carrera Silva, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista Ius*, 5(27), 72-94. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext&tlng=en
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) 2da Ed.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Indicador Encuesta Nacional de Calidad de Vida. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/deficit-habitacional#2020>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). Censo de Habitantes de la Calle 2021. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-habitantes-de-la-ca>



<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.5>

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 de julio 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15 de noviembre 2022

ESTADO TRANSNACIONAL Y LA HIBRIDACIÓN JURÍDICA PARA FINES PRIVADOS

Transnational State and legal hybridization for private purposes

RESUMEN

Con el proceso de transnacionalización se generaron mecanismos que modificaron las relaciones jurídicas de los Estados. El objetivo de este trabajo es analizar de qué forma se han estado creando un tipo de normas que conllevan al planteamiento de la hibridación jurídica para fines privados. Se argumenta que instrumentos, técnicas y mecanismos jurídicos, provenientes del derecho privado, se encuentran funcionando al interior de la Administración Pública. Al mismo tiempo, estas técnicas generan un discurso tendiente a simular y mezclar contenidos de distintos ámbitos jurídicos, lo que se denomina hibridación jurídica para fines privados. En cuanto al método, desde la sociología jurídica y en un contexto de análisis teórico-jurídico, se examina la manera en la que el proceso de globalización y de implementación de políticas económicas neoliberales intervienen en el Estado y el derecho, el cual, modifica la funciones del Estado. Como resultado de la investigación, se obtiene que estas modificaciones realizadas al Estado permite que se lleve a cabo la privatización y la hibridación jurídica para fines privados. Por lo que, a partir del análisis realizado, se establece una breve esquematización general de la hibridación jurídica para fines privados, presentando los elementos generales que la definen. De esta forma, se concluye que la hibridación jurídica para fines privados, es una técnica jurídica por medio de la cual el Estado legaliza la transferencia de recursos al exterior de los Estados.

1 Profesor Investigador Asociado del Departamento de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, México; Candidato a Investigador Nacional por el Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico aristides.gutierrez@edu.uaa.mx , arigutiga@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7989-3942>

ESTADO TRANSNACIONAL

Y LA HIBRIDACIÓN JURÍDICA PARA FINES PRIVADOS

Palabras clave: Estado transnacional, privatización del derecho público, Estado, hibridación jurídica para fines privados.

ABSTRACT

With the process of transnationalization, mechanisms were generated that modified the legal relations of the States. The objective of this work is to analyze how they have been creating a type of rules that lead to the approach of legal hybridization for private purposes. It is argued that legal instruments, techniques and mechanisms, from private law, are operating within the Public Administration. At the same time, these techniques generate a discourse tending to simulate and mix content from different legal fields, which is called legal hybridization for private purposes. Regarding the method, from legal sociology and in a context of theoretical-legal analysis, the way in which the process of globalization and the implementation of neoliberal economic policies intervene in the State and the law is examined, which modifies the state functions. As a result of the investigation, it is obtained that these modifications made to the State allow privatization and legal hybridization to be carried out for private purposes. Therefore, based on the analysis carried out, a brief general outline of legal hybridization for private purposes is established, presenting the general elements that define it. In this way, it is concluded that legal hybridization for private purposes is a legal technique through which the State legalizes the transfer of resources abroad from the States.

Keywords: Transnational State, privatization of public law, State, legal hybridization for private purposes.

INTRODUCCIÓN

La globalización económica y la aplicación de políticas neoliberales han ocasionado un proceso continuo de desnacionalización del Estado, desestatalización del sistema político y de la internacionalización de

las políticas públicas en el Estado (Jessop, 2009, p. 142). Estos procesos han generado que se introduzcan en el ámbito de lo público estatal instrumentos y contenidos del ámbito de lo privado que se sitúan en el ámbito gubernamental modificando el significado de los conceptos de interés general, interés y utilidad públicos (Sassen, 2007, pp. 55-56). Esto es, se ha llevado un proceso continuo y constante de privatización del Estado y del Derecho público (Cárdenas, 2015).

De esta manera, se encuentran elementos como la privatización de servicios públicos, ejercicio de funciones públicas por particulares (Darnaculleta, 2005), la huida del derecho administrativo (Valls y Matute, 2014), así como reformas al principio de control y mando en la organización administrativa estatal y modificaciones en la relación jerárquica entre ejecutivo y organismos autónomos (Roldán, 2008).

En el Estado transnacional se adquiere esta doble función, a nivel supranacional el establecimiento de regímenes jurídicos que faciliten la transferencia de recursos (Jurcys, Kjaer y Yatsunami, 2013) y posibilita los intercambios comerciales regionales e internacionales a través de bloques económicos (Jessop, 2009; Robinson, 2013). A nivel nacional, regula las actividades económicas nacionales con mínima intervención en la economía, así como, posibilita la circulación de contenido privado en los ordenamientos jurídicos estatales para

participar ya sea de manera conjunta o de forma unilateral en actividades que antes llevaba a cabo el Estado (funciones y servicios públicos).

Por tanto, actividades empresariales y corporativas son consideradas como de interés general y de utilidad pública y se imponen a la sociedad, incluso sobre el derecho de las comunidades a decidir sobre su propio territorio. De esta forma, existe una mezcla de contenidos que genera hibridaciones, no solamente porque existe una asociación entre actores estatales y no estatales, sino porque además jurídicamente existe una asimilación y combinación de normatividad proveniente del derecho privado en el derecho público.

El objetivo general de este trabajo es analizar cómo los procesos de transnacionalización han transformado la relación entre el Estado, el derecho y los particulares en México. Se intentará dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la consecuencia de los procesos de transnacionalización y de la implementación de políticas económicas neoliberales en la relación entre el Estado, el derecho y los particulares?, y ¿Cómo se desarrollan los procesos de privatización al interior de la estructura del Estado?

La hipótesis que se plantea en esta investigación es la siguiente: la transnacionalización y el neoliberalismo económico, producen procesos de privatización en la estructura administrativa del Estado, y

ocasionan la hibridación jurídica para fines privados.

El trabajo se estructura en dos partes. En la primera, se hace un análisis del Estado transnacional y la modificación de las funciones del Estado. En la segunda parte, y a partir del análisis realizado en el primer apartado, se obtiene que estas modificaciones realizadas a las funciones del Estado permiten comprender el fenómeno de la privatización y la hibridación jurídica para fines privados. Por lo que se intenta establecer una esquematización general de la hibridación jurídica para fines privados, presentando los elementos generales que la definen, esto es, como técnicas jurídicas por medio del cual el Estado permite la transferencia de recursos al exterior. En cuanto a la metodología, se analiza la dimensión en el plano teórico-jurídico: que constituye la reconfiguración del concepto de Estado transnacional; y lo jurídico: en la que se exploran las modificaciones normativas más relevantes que se articulan con el desarrollo del concepto de hibridación jurídica.

El Estado transnacional

El capitalismo global ha reconfigurado las relaciones entre el Estado, su soberanía y territorio. En este sentido, la concepción clásica de esta relación hace referencia a la centralización y concentración del poder político en un determinado territorio

en manos del Estado, al mismo tiempo, el Estado fue considerado como autónomo e independiente de otros Estados, esto quiere decir que las relaciones interestatales fueron consideradas entre iguales. Aunque dicha conceptualización presentó diversos matices en la realización de cada uno de sus elementos, lo cierto es que existió un control por parte de los gobiernos estatales en el diseño de sus políticas económicas y sociales. Esta visión tradicional se ve afectada e influenciada por el desarrollo de un capitalismo económico que es llevado con mayor intensidad en esta etapa histórica.

Para Sassen (2001) son tres los elementos o componentes que representan esta nueva geografía del poder: los efectos que la globalización ha tenido en el territorio, la creación de un régimen jurídico y el desarrollo del ciberespacio. No dejando a un lado la importancia y el papel que juegan los corporativos multinacionales y las empresas transnacionales como actores importantes en la globalización económica. En cuanto a la territorialidad, la autora señala la cuestión de la dispersión geográfica de las empresas, debido a las cadenas de montaje global que permitieron la dispersión de la producción en todo el planeta, con ello fue necesario establecer oficinas en distintos puntos del planeta para gestionar y coordinar la producción global (p. 26). Esta dinámica ha generado espacios económicos que ya no son con-

trolados por los Estados nacionales, lo cual ha contribuido a generar elementos de desnacionalización parcial (p. 27). Esta situación puede verse reflejada con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte —México, Estados Unidos y Canadá—, actualmente Tratado de Libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Por lo que respecta a la relación entre territorio y soberanía, la autora señala que la dispersión geográfica de las empresas provoca un crecimiento de las funciones centrales de estas alrededor del planeta, esto quiere decir que las transnacionales aumentan su complejidad en torno a la coordinación y gestión empresarial, ya que estas tienen un gran número de filiales en el extranjero (p. 29). En cuanto a la parte jurídica, la globalización económica ha creado nuevos ordenamientos que esquivan los ámbitos territoriales de los Estados, lo que ha llevado a nuevas prácticas jurídicas como la desregulación. Por otro lado, el aumento del arbitraje comercial internacional en las relaciones comerciales define los conflictos fuera del control de los Estados, es decir, es básicamente un sistema jurídico privado. Aunado a lo anterior, la autora señala que existe otro sistema importante en esta nueva geografía del poder que son las agencias de clasificación crediticia, que se instauran fuera del marco regulatorio nacional (pp. 32-34).

Por último, el espacio cibernético que ha facilitado las transacciones económicas de país a país, pero además de comunicación de cualquier tipo de información para llevar a cabo los servicios de empresas y corporaciones internacionales,

aquí, solo puedo centrarme en un aspecto concreto: el específico desafío que la virtualización de un creciente número de actividades económicas presenta no solo para el existente aparato regulador del estado, sino también para las instituciones del sector privado (p. 40).

Si bien es cierto que los efectos de la globalización han producido cambios importantes en la relación Estado, territorio y soberanía, la globalización ha generado un nuevo tipo de Estado el cual denomina “Estado transnacional”. Este adquiere características ligadas al desarrollo del capitalismo global, esto es, son relaciones entre el surgimiento de una clase capitalista global o transnacional representadas por un diverso número de instituciones políticas y económicas. Estas son la red de Estados integrados, conjuntamente con los foros económicos y políticos supranacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio, etcétera) (Robinson, 2013, p. 136).

De esta forma, las barreras impuestas por los estados nacionales en etapas anteriores se eliminan, ya sea a nivel político

como a nivel económico, y se enmarcan en los circuitos globales del capital. Estas barreras internas de los Estados nacionales son transformadas para poder ser reguladas y controladas a nivel local y nacional, ya que esta dimensión transnacional se presenta a partir de distintas regulaciones y legislaciones fiscales y laborales específicas como lo son los distintos Tratados de Libre Comercio entre los países. Ello conduce a que estos nuevos espacios creados por las empresas y organismos internacionales adquieran grados de poder para realizar sus actividades, desplazando a los Estados de su capacidad para determinar tanto imposiciones fiscales como relaciones laborales, es decir, disminuye su capacidad de regulación y control (Robinson, 2013, pp. 144-145).

Por lo tanto, una característica fundamental de los Estados transnacionales es que el poder de regulación y de control que ejerció el Estado en un determinado territorio, se modifica. Esto no quiere decir que el Estado haya retrocedido del todo en ciertas actividades y funciones esenciales que en fases y épocas anteriores realizó, como es la función de seguridad pública. Estos nuevos espacios permiten a una clase capitalista formar una red de relaciones transnacionales que sobrepasan el espacio tradicional de control estatal (Jessop, 2009, p. 151).²

2 Como bien lo enmarca Jessop (2009) con relación a la manera que las elites transnacionales concretaron el proyecto capitalista global: "A medida que las

En estos espacios transnacionales existe una hibridación entre la actividad pública y privada (Robinson, 2013, pp. 154-155).³ Esta mezcla de contenidos y de actividades tiene una serie de consecuencias importantes, y aunque no existe una clara distinción al respecto, como producto de las diferentes escalas en juego y la multiplicidad de dimensiones y actores, estas nuevas relaciones transnacionales establecen espacios fuera de control de aspectos

elites corporativas y políticas transnacionales aparecían en la escena mundial en los ochenta, hicieron demandas explícitas para construir y manejar una economía global mediante instituciones multilaterales y nacionales reestructuradas. Ellas presionaron para el desmantelamiento de los Estados keynesianos del bienestar y los Estados desarrollistas, y el levantamiento de los controles nacionales sobre la libre circulación del capital globalmente móvil. Propiciaron que los sectores públicos, así como las esferas de la comunidad no mercantiles, se abrieran para la obtención de las ganancias a la privatización y se propusieron imponer nuevas relaciones de producción de acumulación flexible" (p. 151).

3 Como lo afirma Robinson (2013) en relación a la formulación de proyectos de la Organización de las Naciones Unidas y los países en desarrollo para formar proyectos de conformación de mercados emergentes: "La fusión de las esferas pública y privada, muy conocida en el ámbito del Estado nación capitalista, pareció ser una creciente realidad a escala global, hasta el grado en que las operaciones y el discurso de la ONU revelaron explícitamente que actuaba al servicio de la acumulación global [...] Este tipo de fusión de lo público y lo privado entre las instituciones del ETN y el liderazgo, de las CTN a principios del siglo XXI se expande por todo el sistema de la ONU. La ONU y sus agencias han firmado cientos de acuerdos con las CTN para proyectos conjuntos y el patrimonio de la ONU a iniciativas corporativas [...] incluso agencias de la ONU como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) operan según la lógica de la acumulación, los refugiados, y demás, análogo a la mercantilización de estas esferas en el nivel de Estado-nación" (p. 154-155).

tos que anteriormente eran considerados en el Estado nacional, como públicos.

Se puede entender que lo transnacional es un espacio regulatorio distinto, el cual difiere de lo nacional e internacional porque su producción no solo es aplicada en un territorio determinado, además, que su constitución se presenta a través de una mezcla de elementos públicos y privados y que es considerada como híbrida (Zumbansen, 2010, p. 28).

En este contexto, la articulación de esta nueva dimensión transnacional desafía las concepciones jurídicas tradicionales; como lo son el monopolio de la producción normativa y la dimensión territorial y jurisdiccional del Estado. Lo que conlleva a nuevas formas y articulaciones jurídicas que pueden presentarse a través de regímenes jurídicos híbridos. Esto es, regulaciones que entremezclan normatividad estatal con formas y técnicas del derecho privado. Desde esta perspectiva, este proceso son llevados a cabo a partir de la implementación de técnicas y estrategias jurídicas (desregulación, la privatización de lo público y lo común, y autorregulación) que permiten generar marcos jurídicos que engarzan adecuadamente con todo tipo de actores transnacionales (Hernández, 2018, p. 96).

Por lo que respecta a la privatización de lo público, consiste en trasladar actividades estatales hacia el sector de lo privado, en las que se “generan normas desde el

Estado que traslada funciones y servicios que antes le eran exclusivas” (Hernández, 2018, p. 96). Al permitir que los privados realicen funciones estatales, se da un paso para establecer regímenes jurídicos que modifican la relación publico-privada y se generan mezclas que puede imposibilitar la distinción de ambos espacios.

La hibridación jurídica para fines privados

La hibridación jurídica “implica una mezcla, de hasta ahora, entidades separadas” (P. Kjaer, 2013, p. 1). Este fenómeno no es para nada novedoso, pero su intensificación a partir de la globalización capitalista ha hecho que las categorías y los marcos legales se hibridicen, es decir, que las distinciones jurídicas dejen de ser claras (Jurcys, Kjaer y Yatsunami, 2013, p. 1), esto es, como menciona Sand (2008),

los híbridos son definidos como la combinación de ambos lados de una diferencia o como la combinación de ser y no ser algo. Es una combinación de una diferencia contradictoria, marcada no por uno, sino por ambos (p. 874).

En este sentido la hibridación no solo se refiere a las contradicciones propias que presenta la conceptualización tradicional y su desfase para poder generar marcos que den salida adecuada a los cambios de

la realidad social, sino además, puede ser entendido como un concepto que representa: “un proceso general más amplio de cambios producidos en las formas, la semántica e incluso en la función del derecho...Puede argumentarse que el término hibridación puede ser usado en el proceso de descripción y auto descripción de estos cambios como los son las ambigüedades, la polivalencia, transición y situaciones contradictorias de cambios transicionales o de situaciones que son difíciles de definir” (I.-J. Sand, 2008, p. 877).

De esta manera la hibridación jurídica se presenta mediante la interacción e interdependencia de distintas figuras jurídicas. La hibridación es llevada a cabo a través de un régimen jurídico determinado y específico que regula diferentes áreas técnicas y especializadas, con una mezcla importante de distintos contenidos jurídicos, impulsados conjuntamente por el Estado, actores no estatales y el mercado y que permite la vinculación de espacios nacionales, internacionales y transnacionales. Hay que considerar que la hibridación jurídica “tiene varios discursos e identidades autónomas (como el legal, el político, el económico y el de la comunicación) y están al mismo tiempo interconectados e interdependientes en maneras que puede ser conceptualizado como un híbrido” (I.-J. Sand 2012, p. 234).

A nivel nacional, se afirma la existencia de hibridaciones que tienen como objeti-

vo principal articularse para el funcionamiento adecuado del mercado, es decir, son hibridaciones jurídicas para fines privados (por su alta injerencia de intereses particulares en los ordenamientos jurídicos estatales). Por tanto, se plantea que la hibridación jurídica para fines privados es:

un proceso por medio del cual se asimilan, incorporan, combinan y compiten principios, instrumentos, técnicas y procedimientos del derecho civil y mercantil con aquellos provenientes del derecho público y que son regulados y sancionados por el ordenamiento jurídico estatal y tienen como finalidad encubrir y simular la intromisión de intereses corporativos y empresariales nacionales e internacionales como si fuesen de interés público y general (Gutiérrez Garza, 2019 , p. 311).

Por lo que en la hibridación jurídica se pueden presentar principios, discursos y racionalidades provenientes del derecho privado que se combinan y modifican el sentido de los principios. De igual forma, se pueden implementar procedimientos por medio de instrumentos de derecho privado: sujeción a técnicas de regulación y de competencia económica, sujeción a procedimientos del Derecho Civil o Mercantil, esquemas contractuales que subordinan al derecho público sobre el derecho

privado, sujeción de la actuación de los Organismos Públicos al derecho privado, sujeción a mecanismos de resolución de conflictos arbitrales, sujeción al derecho privado de las empresas productivas del Estado.

Además, instrumentos técnicos científicos como lo son dictámenes o normas técnicas y que son aplicados bajo criterios de eficiencia, eficacia y competencia económica y que provienen de entidades privadas nacionales e internacionales. Por último, la participación de actores públicos y privados en el que se establecen relaciones de alianza y asociación para explorar y explotar un bien público o realizar actividades que son consideradas como públicas para someterlo a la lógica mercantil.

Para demostrar este proceso, un claro ejemplo de la hibridación jurídica para fines privados se presenta en el sector estratégico de la energía. En México se realizó, a partir de la reforma constitucional del año 2013 que permitió que particulares participaran en el sector.⁴ En la Ley de

hidrocarburos se establecen varias figuras jurídicas que indican que el sector está sometido a una lógica que permite la hibridación jurídica para fines privados.

Por ejemplo, se tiene a las asignaciones, los contratos y el arbitraje internacional,⁵ los contratos para la exploración y extrac-

rrafo sexto del artículo constitucional se hace mención de los principios de equidad social así como de productividad y sustentabilidad para impulsar a las empresas de los sectores social y privado. En el párrafo octavo se establece la protección a la actividad de los particulares y se alentará para que el sector privado contribuya a al desarrollo económica a través de la competitividad y por medio de un desarrollo industrial sustentable. En el artículo 27 de la Constitución se reforma el párrafo sexto, el cual establece: a) la prohibición de otorgar concesiones tratándose de mineral radiactivo; b) el uso exclusivo de la nación sobre la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; c) la prohibición de otorgar concesiones y pero al mismo tiempo se concede la facultad para celebrar contratos con particulares en la industria eléctrica. Se crea e incorpora el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional, el cual señala lo siguiente: a) sobre el petróleo y los hidrocarburos la propiedad corresponde a la nación, ésta será inalienable e imprescriptible; b) prohibición para otorgar concesiones en materia de hidrocarburos; d) se facultan realizar actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos a través de asignaciones a las empresas productivas del Estado; e) se permiten los contratos con las empresas productivas del Estado y con particulares para la exploración y extracción del petróleo. El artículo 28 constitucional en su párrafo cuarto señala que no son considerados como monopolios estatales las áreas estratégicas en: a) correos, telégrafos, radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional; b) Son áreas estatales prioritarias la comunicación vía satélite y los ferrocarriles y se podrán otorgar concesiones y permisos buscando proteger la seguridad y soberanía nacional.

5 Artículos 3, 5, 6, 8 y 9 de la Ley de Hidrocarburos.

4 De esta forma las modificaciones constitucionales se desarrollan a continuación. El artículo 25 constitucional es modificado en su párrafo cuarto, sexto y octavo. El párrafo cuarto establece que es el sector público se encargará de: a) las áreas estratégicas señaladas en el artículo 28 constitucional b) de las empresas productivas del Estado c) de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional d) del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica e) de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos f) estas actividades serán reguladas por la legislación secundaria introduciendo los conceptos de eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia, rendición de cuentas y mejores prácticas como base de la actuación del organismo gubernamental. En el pá-

ción de hidrocarburos,⁶ la jurisdicción y la utilidad pública,⁷ las servidumbres legales de hidrocarburos⁸ y las empresas productivas del Estado y su naturaleza híbrida.⁹ En cada una de ellas, el ámbito del derecho privado se encuentra presente modificando la relación de lo público y lo privado y por consecuencia, transformando el sentido de lo público estatal, en el que ahora pueden intervenir intereses privados nacionales y transnacionales que gestionan lo público estatal en beneficio del mercado.

RESULTADOS

Los resultados de investigación indican que existen sectores como el energético, en el que se demuestra que existe una combinación de contenidos y de actividades entre el ámbito de lo público y lo privado en la Ley de Hidrocarburos. Se entremezclan racionalidades y dinámicas económicas con principios que en teoría deberían responder al interés general de la población. Esta mezcla genera hibridaciones no solamente porque existe una asociación entre actores estatales y no estatales, sino porque además jurídicamente hay una asimilación y combinación de normatividad proveniente del derecho privado en el derecho público. Por lo tanto, se presenta

toda una normatividad proveniente del ámbito transnacional, ya sea a través de la incorporación de instituciones provenientes del derecho civil y mercantil como los son el arbitraje internacional o mediante la influencia de instituciones jurídicas como las servidumbres legales de hidrocarburos o la naturaleza híbrida de las empresas productivas del Estado.

CONCLUSIONES

Se demuestra el objetivo de la investigación, y es que, en el Estado transnacional se ha generado una serie de modificaciones en las funciones de los Estados. Como consecuencia se presenta la pérdida de control estatal en sectores estratégicos.¹⁰ Además, en ámbitos donde generalmente las funciones eran realizadas por el Estado, ahora son compartidas o llevadas a

6 Artículos 11, 12, 14, 15, 17 18, 20 y 22 de la Ley de Hidrocarburos.

7 Artículo 95 de la Ley de Hidrocarburos.

8 Artículo 100, 108 y 109 de la Ley de Hidrocarburos.

9 Artículo 2, 3, 4, 7 y 8 de la Ley de Petróleos Mexicanos.

10 Lo vemos actualmente con el sector energético a nivel mundial. En España, por ejemplo, los precios son elevados para el consumo de la población. Incluso las empresas a pesar de la crisis siguen obteniendo rentabilidad. Ver <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/07/28/economia/empresas-espanolas-de-energia-viven-ano-dorado-en-tiempos-de-crisis/>.

De igual forma, los gobiernos de Estados Unidos y Canadá han solicitado una consulta de resolución de disputas en materia energética en el marco del Tratado de Libre Comercio debido a violaciones del acuerdo respectivo, ya que México intenta, a través de su gobierno, establecer medidas para fortalecer las empresas estatales de la industria respectiva y ello conlleva, según los gobiernos aludidos, establecer prácticas que limitan la competencia de las empresas transnacionales. Se observa que el sector energético está sometido a una lógica híbrida en cuanto a que el resultado de la consulta puede derivar en la posibilidad de establecer un panel de expertos que resuelva esta controversia y no sobre la jurisdicción nacional.

cabo por particulares. De esta forma la hipótesis se confirma, porque la hibridación jurídica para fines privados introduce elementos del derecho privado en el ámbito de los ordenamientos jurídicos como se establece en la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Petróleos Mexicanos, por ende, es difícil fijar los límites de cada uno de los espacios correspondientes. Es conveniente en futuras investigaciones explorar la manera en que se deben definir los ámbitos de cada uno de los sujetos que participan en la realización de actividades y funciones específicas que son importantes para los Estados y la población, como lo es, por ejemplo, el sector energético.

REFERENCIAS

- Cárdenas Gracia, Jaime (2015). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, (32), 3-44.
- Darnaculleta I. Gardella, Ma. Mercé (2005). *Autorregulación y Derecho Público: La autoregulación regulada*. Marcial Pons.
- G. Tejeda, Armando (2022), *Empresas españolas de energía viven “año dorado” en tiempos de crisis*, Periódico *La Jornada*: <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/07/28/economia/empresas-espanolas-de-energia-viven-ano-dorado-en-tiempos-de-crisis/>
- Gutiérrez Garza, Arístides, (2019). *La transformación de la dicotomía de lo público y lo privado en el Estado y el derecho en México*. Porrúa.
- Hernández Cervantes, Aleida (2018). “Estructuras Jurídicas del Despojo; Trazando el Perfil”, en Hernández Cervantes Aleida y Burgos Matamoros Mylai (ED.), *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, Coords., Bonilla Artigas.
- Jessop, Robert (2009). *El futuro del Estado capitalista*. Catarata.
- Jurcys, Paulius; Poul F. Kjaer y Ren Yatsunami. (2013). *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*. Leiden Boston. Mirtinus Nijhoff.
- Robinson, William I. (2013). *Una teoría sobre el capitalismo global*. Siglo XXI.
- Roldán Xopa, José (2008). *Derecho Administrativo*. México: Oxford.
- Sand, Inger-Johanne (2008). “Hybrid Law- Law in a Global Society of Differentiation and Change”. En: *Sociologische Jurisprudenz. Festschrift Für Gunther Teubner*, coord. G.P. Callies, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch y P. Zumbansen. De Gruyter.
- Sassen, Saskia (2001). *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona, Ediciones Bellaterra.
- (2007). *Una sociología de la globalización*. Katz.
- Valls Hernández, Sergio y Carlos Matute González (2014). *Nuevo Derecho Administrativo*. Porrúa.
- Zumbansen, Peer (2010). “Transnational Legal Pluralism”. *Osgood Digital Commons*, 71. Osgoode Hall Law school of York University.



CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ COBOS¹

AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS²

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.6>

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 de agosto 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30 de noviembre 2022

LA CONTROVERSIAL MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

The controversial surrogate motherhood in Mexico

Resumen

Ante un escenario de desregulación casi absoluta, en México la maternidad subrogada sigue representado un talón de Aquiles en el entorno del respeto a los derechos humanos. Si bien la doctrina jurídica se ha ocupado de los problemas que se derivan de su existencia, en materia legislativa pervive en un escenario extrajurídico que genera una indefinición en cuanto a su naturaleza jurídica. De tal suerte que la maternidad subrogada pareciera ubicarse en el contexto contractual, cuando por su trascendencia incide en el campo de los derechos humanos. En criterio reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha establecido la competencia de las entidades federativas para regular los términos económicos de esta figura jurídica. El presente trabajo de corte teórico dogmático, parte de la hipótesis de que la maternidad subrogada está acéfala de una adecuada regulación en México, lo que incide en la vulneración de derechos humanos y la realización de acuerdos que rayan en la ilegalidad con una absoluta desprotección a las personas involucradas —incluido el ser humano en gestación—, por lo que debe regularse adecuadamente en la legislación ordinaria. La hermenéutica y la epistemología jurídicas sustentan la metodología empleada y la técnica de revisión de literatura especializada da un soporte adecuado a las conclusiones obtenidas que confirman la hipótesis.

Palabras clave: contrato, maternidad subrogada, derechos humanos.

1 Doctora en Derecho, con mención honorífica. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-578-9624>. Correo electrónico: ccobos@uach.mx

2 Doctora en Derecho con mención *cum laude*, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>. Correo electrónico: pcobos@uach.mx

Faced with a scenario of almost absolute deregulation, in Mexico surrogacy continues to represent an Achilles heel in the environment of respect for human rights. Legal doctrine has dealt with the problems that arise from its existence, every time it survives in an extra-legal scenario that generates a vagueness as to its legal nature, in such a way that it seems to be located in the contractual context, when due to its transcendence it affects the field of human rights. In recent criteria the Supreme Court in Mexico has established the competence of the federative entities to regulate the economic terms of this legal figure, a *contrario sensu* should we conclude that the other aspects should be covered by federal legislation. The present work of dogmatic theoretical cut, part of the hypothesis that surrogacy is acephalous of an adequate regulation in Mexico which affects the violation of human rights and the realization of agreements that border on illegality with an absolute lack of protection to the people involved—including the human being in gestation—. Legal hermeneutics and epistemology support the methodology used and the technique of reviewing specialized literature gives adequate support to the conclusions obtained that confirm the hypothesis.

Keywords: contract, surrogacy, human rights.

Introducción

Entre los temas que en México los legisladores federales evaden, por considerarlos álgidos en el entorno de la opinión pública, es el relativo a la maternidad subrogada. Pareciera que el Poder Legislativo no se percata de las complicaciones que se generan en el día a día en lo relativo a esta problemática que no por dejar de regularla va a dejar de existir.

Es cierto que los debates éticos al respecto son muchos y han llevado a algunos países a prohibirla. Notrica *et al.* (2017) señalan que posee dicotomías extremas en cuanto a lo legal y lo ético. Al respecto Pérez Fuentes

(2018) considera que al darle el tratamiento de contrato se dejan de lado elementos esenciales que inciden en la bioética, tales como el consentimiento informado. Por lo que no es esta la figura idónea para integrarlo al derecho, debiendo coincidir con la autora en estudio en el sentido de que la figura en comento debe ser desprendida del carácter patrimonialista que incluso la misma Corte en México le confiere, como se analizará más adelante.

El punto de partida lo constituyen sin lugar a dudas los derechos reproductivos, los que según Bareiro (2003, p. 129) “tienen que ver con nosotras, con nuestro cuerpo, con procesos biológicos muy personales” y añade que su consideración como derechos universales es muy reciente, en lo que al alcance y contenido del derecho se refiere, el mismo tutela: la libertad para decidir respecto del número y espaciamiento de los hijos, mas no acarrea una corresponsabilidad del Estado para alcanzarlo, pero sí en cuanto a aspectos de salud, educativos y culturales que inciden en el ejercicio del derecho que se enmarcan dentro del derecho a la salud.

La autora señala que estos derechos comprenden información, educación, asesoría científica, que no se limita únicamente a la distribución de métodos anticonceptivos, protección y atención al embarazo, protección y atención al parto, lactancia, acceso a métodos anticonceptivos, planificación familiar, fecundidad, esterili-

zación, atención de calidad, paternidad responsable y el polémico aborto (Bareiro, 2003, p. 130).

La maternidad subrogada no solo incide en los llamados derechos reproductivos a que hicimos alusión en los párrafos antecedentes, también en otros derechos humanos algunos de ellos insertos en el campo de la bioética —de entrada está en juego la dignidad humana de los involucrados, derechos como la identidad, libertad—; en consecuencia, coincidimos con Aparisi (2017, p. 164) cuando afirma que esta figura afecta directamente la esfera de los derechos humanos de quienes en ella intervienen, haciendo hincapié en la dignidad humana y añade que:

[...] si se quiere dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo dicha práctica afecta a la dignidad y a los derechos de las personas implicadas y, más en concreto, a la madre gestante. [...] la maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad humana.

Así entonces, la presente investigación, de corte teórico dogmático, parte de la hipótesis de que la maternidad subrogada está acéfala de una adecuada regulación en México, lo que incide en la vulneración de derechos humanos y la realización de acuerdos que rayan en la ilegalidad con

una absoluta desprotección a las personas involucradas, incluido el ser humano en gestación, por lo que debe regularse adecuadamente en la legislación ordinaria.

La metodología que sustenta esta investigación se basa en la hermenéutica jurídica, la cual permite hacer un análisis objetivo de la legislación y jurisprudencia existente, a efecto de desentrañar su justificación ética a través de la interpretación de los motivos que la generaron; por medio de la utilización de la epistemología jurídica, se desentrañan las circunstancias sociales e históricas que dieron origen a la figura jurídica en análisis, así como a la justificación de la creación de una forma distinta de regulación, bajo la base de que la forma en la que se ha legislado resulta inadecuada para su correcta tutela a la luz de los derechos humanos y, por último, se utiliza la técnica de revisión de literatura especializada la cual da un soporte adecuado a las conclusiones obtenidas que confirman la hipótesis. En cuanto a la estructura de la investigación, se comenzará por establecer un esbozo de concepto de lo que se debe entender por maternidad subrogada, posteriormente se analizará el marco legislativo y jurisprudencial que la constriñen actualmente, después se estudiará a la luz del derecho humanitario y por último, se presentarán las conclusiones a efecto de demostrar la comprobación de la hipótesis sustentada.

El entorno conceptual de la maternidad subrogada

Para evaluar el contexto que en México vive la maternidad subrogada se debe establecer previamente su evolución histórica, el marco conceptual que ha ido elaborando la doctrina jurídica respecto al tema, a efecto de determinar cuál es la denominación idónea, la naturaleza jurídica de la figura y sus particulares connotaciones.

Realmente no es algo tan novedoso como pudiera parecer, desde la antigüedad se encuentran usos en los que una esclava gestaba al hijo cuando la mujer era estéril, así se desprende del código de Hammurabi. Las leyes de Manú, por su parte, permitían cambiar a la mujer estéril e incluso en la Biblia se encuentran ejemplos de ello (Martínez, 2015). Lo que es novedoso es la forma en que se realiza, es decir, mediante las técnicas de reproducción asistida y las denominaciones que se le dan a la figura. Entre las más comunes se encuentra el alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación por sustitución, maternidad subrogada, madres suplentes, madres portadoras, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes (Lamm, 2013, p. 25).

En lo relativo a estas denominaciones la academia ha ido desglosando las razones por las que algunas de ellas son inapropiadas, así Notrica, Cotado y Curti (2017) señalan que no se debe utilizar el término maternidad subrogada, puesto que realmente no es la maternidad lo que se subroga, se gesta por otros y, en consecuencia, es la gestación la que en última instancia se subroga, toda vez que por parte de la gestante no existe la intencionalidad de tener un hijo. Los apuntados razonamientos han llevado a sugerir el uso del término gestación sustituta como más apropiado particularmente cuando se pretende legislar al respecto.

Se debe apuntar igualmente que resulta aún más inapropiado el término arrendamiento de vientre, toda vez que el vientre materno no puede ser considerado como un bien en el comercio que se pueda enajenar o arrendar, aunque el uso le esté dando una realidad *de facto*, muchos países lo sancionan de nulidad y otros lo prohíben expresamente, pero aun donde se permite la palabra arrendamiento parece muy desafortunada para denominar la figura en estudio.

Brazier (1998) la define como:

Surrogacy is the practice whereby one woman (the surrogate mother) carries a child for another person(s) (the commissioning couple) as the result of an agreement prior to conception that the child

should be handed over to that person after birth.³

Pérez (2002, p. 239) la define como:

[...] contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino).

Asignándole la misma naturaleza jurídica que el anteriormente citado, Díaz (2022) considera a la gestación por sustitución como:

[...] un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos.

3 La subrogación es la práctica mediante la cual una mujer (la madre sustituta) lleva un embarazo para otra persona (la pareja comitente) como resultado de un acuerdo previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa persona después del nacimiento (traducción de autoras).

Se ha optado por varios conceptos doctrinarios de diversa acuñación para poder examinar la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, en principio solo fue concebida como una práctica,⁴ de donde inferimos que asumiría la categoría de uso o costumbre a falta de regulación en los ordenamientos jurídicos correspondientes. Posteriormente y casi de manera unánime ha sido considerada por la doctrina como un contrato, lo que lo lleva al campo del derecho civil sujeto en consecuencia a requisitos de existencia y validez.

Frente a estas percepciones se encuentra la que lo concibe como un hecho jurídico complejo, que parece más atinada, puesto que los hechos jurídicos complejos, como afirma Pérez Fuentes parafraseando Maluquer, pueden “estar estructuralmente compuestos de hechos de diferente naturaleza —actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales— cada uno con autonomía y relevancia propia, pero todos juntos dirigidos a la producción de un efecto final” (2008), y toda vez que el contrato es un acto jurídico, se considera que dados los derechos en que incide es muy restringido e inadecuado estimarlo como tal.

⁴ Sin embargo, un meticuloso estudio de la Unión Europea lo considera una práctica véase: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

Dobernig (2018) señala que:

[...] las madres sustitutas o madres gestantes son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante el esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a las personas que lo encargaron y, asumieron en su caso, la compensación de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo o parto.

Marco legislativo y jurisprudencial

En lo relativo a precedentes judiciales en la materia resulta emblemático el caso *Stern vs Whitehead*, que es considerado por la doctrina el primer contrato de gestación subrogada, celebrado en Estados Unidos en 1989 entre el matrimonio Whitehead y el señor Stern. La Suprema Corte de New Jersey decretó la nulidad de dicho contrato, sin embargo, reconoció que si bien la madre biológica era Mary Beth Whitehead el padre biológico del producto de la concepción era el señor William Stern a quien se le concedió la custodia, pero reconociendo el derecho de visita de la madre (2016).

Desde sus orígenes esta forma de gestación ha sido muy polémica. No es de extrañar la diversidad de regulación y que

aún se sigue debatiendo en los tribunales nacionales y transnacionales sin que exista una legislación o salida uniforme al respecto. En un acucioso estudio realizado por el Parlamento Europeo intitulado: *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (2013), se examinan las políticas al respecto a nivel nacional, europeo y global, el documento resalta la problemática de la maternidad subrogada desde su perspectiva ética y afirma que:

The mere fact that a woman rents her body opens the road to exploitation, particularly since the logic of surrogacy is to fulfil the desire of a couple at any cost. Kimbrell (1993) draws parallels between surrogacy and slavery, since slave women were often used as birth mothers without any legal rights (2013, p. 26)

La diversidad en la regulación llevó a la necesaria elaboración de tablas comparativas, pero se encuentra una constante en la escasa regulación interna. Entre los datos que llaman la atención están los contrastes, ya que mientras en Bélgica se producen dos nacimientos al año mediante la subrogación en Reino Unido son 149 y en Francia 200 (Brunet, 2013, p. 19).

La gravedad del problema se hace más evidente con la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica* (Sentencia CoIDH, 28 de noviembre, 2012) donde expresamente determina que: “la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (2012, párrafo 143) determinando igualmente que la Convención Americana de Derechos Humanos al prever la protección del núcleo familiar que deviene en el derecho a fundar una familia y por ende a procrear.

En México en materia federal no existe normatividad alguna, a nivel estatal algunas entidades federativas lo han abordado, por lo que se examinará a continuación esa regulación. El estado de Tabasco regula la figura en el Código Civil (1997), el artículo 92 en lo conducente determina que:

[...] En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estar-se a lo ordenado para la adopción plena.

El ordenamiento en consecuencia considera válida la subrogación o sustitución de la gestación diferenciándolas y como

se desprende del texto mismo lo considera un contrato, además de que le confiere efectos de adopción plena.

El ordenamiento en estudio dice que madre gestante sustituta es:

[...] la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso [...] (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

El código asume la terminología de madre gestante sustituta y en el capítulo correspondiente utiliza el rubro “de la Gestación Asistida y Subrogada”; asimismo, en el numeral 380 bis plasma el concepto de reproducción humana asistida, la cual define como:

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células ger-

minales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

El numeral en cita prevé igualmente la inseminación homóloga y la heteróloga, la primera se actualiza cuando los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y, la segunda, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

Regula asimismo la inseminación *post-mortem* siempre que el consentimiento sea expresado en vida por el cónyuge o concubino, y que dicho consentimiento se otorgue con las formalidades que el Código exige. Empero, al no determinar cuáles formalidades, el código adolece de vaguedad y se tendría que ir a las reglas generales del consentimiento en los actos jurídicos, lo que no necesariamente nos llevaría a un consentimiento informado en los términos de la bioética, que sería lo deseable (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

Otro ordenamiento que prevé la figura es el Código de Familia para el estado de Sonora (2019), bajo la denominación de reproducción asistida. En el referido Código, entre las cuestiones a resaltar está el artículo 206 que prevé la denominada

paternidad voluntaria, que en los del referido numeral se da en la adopción, el nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados.

Por su parte, el artículo 156 fracción XV prevé como causal de divorcio por culpa el hecho de que uno de los cónyuges se someta a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge; el numeral 207 determina a la letra:

Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

El artículo 208 determina que el consentimiento de los cónyuges o concubinos “equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados pa-

dres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante” (Código Civil para el estado de Sonora, 2019). Añade que la autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad, puede realizarse ante el Director de la Clínica, ante notario o mediante un acuerdo privado suscrito ante testigos; igualmente confiere el parentesco consanguíneo en el artículo 213 cuando surge de la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

Una tercera regulación es el Código Familiar de Sinaloa (2013), que en su artículo 284 determina,

La maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:

- I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;
- II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

El ordenamiento prevé incluso la posibilidad de establecer una contraprestación por la gestación. En el numeral subsecuente establece la imposibilidad de participar como madres gestantes a las mujeres que tengan problemas de alcoholismo, tabaquismo o drogadicción; asimismo, impone al centro hospitalario la obligación de visitar en su domicilio a la madre gestante y establecer las condiciones idóneas para el adecuado desarrollo del embarazo; impone a la posible madre gestante acreditar mediante un dictamen médico que no ha estado embarazada en un periodo de 365 días previos a la implantación y de igual forma establece la imposibilidad de ser madre gestante a quien ya lo ha hecho en dos ocasiones consecutivas.

Son estas entidades federativas las que han previsto la solución a los problemas que se derivan de estas formas de reproducción y, de manera por demás irregular, la ley respectiva se aprobó en la Ciudad de México desde 2010 (s/f), pero a la fecha

no ha sido publicada lo que deviene en su inaplicabilidad. Contrario a lo previsto en los códigos de las entidades federativas anteriores, encontramos que en los ordenamientos de Querétaro, San Luis Potosí y Coahuila se prohíben expresamente estas prácticas.

La ausencia de legislación es preocupante. El 1° de julio de 2022 la presidenta de la mesa directiva del Senado, Dra. Olga Sánchez Cordero, manifestó que es urgente legislar en esta materia a efecto de evitar las prácticas perjudiciales realizadas en clínicas o laboratorios clandestinos que implican un riesgo para la población (Márquez, 2022).

En la misma tesitura las voces académicas se han estado escuchando con las advertencias de la gravedad que reviste la casi nula legislación. Ya se ha aludido a algunas de ellas y es evidente que en un país como México, cuya legislación es tan precaria, puede desarrollarse un uso abusivo de estas prácticas aprovechándose de la pobreza e ignorancia de las mujeres explotándolas como entes reproductores (Márquez, 2022). En el mismo sentido, González y Albornoz (2016, p. 173) consideran que de cara a lo antes mencionado que ya de suyo reviste gravedad, se generan igualmente problemas de filiación que impactan en los derechos de los niños así gestados llegando a lo que denominan filiación claudicante, puesto que la misma es reconocida por unos estados, mientras

que otros no lo hacen, ya que las normas sobre nacionalidad y filiación son igualmente divergentes en los estados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente emitió algunas resoluciones con relación al tema, verbigracia el amparo en revisión 852/2017 donde determinó en relación con el derecho a la identidad que el menor debe,

[...] poder ejercer su derecho a la identidad biológica; y que, en términos del artículo 7, inciso 1, y 8, incisos 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentre reflejada en el plano jurídico, el Estado debe reconocer el derecho del menor de edad (incluso del mayor de edad), para lograr el estado de familia que corresponda con su relación consanguínea, pues es un derecho del hijo tener la filiación que le corresponde y no una mera facultad de los padres hacerlo posible, por ello, esta Sala señaló que la tendencia debe ser que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica.

En un diverso fallo el tribunal en pleno de la Suprema Corte declaró la invalidez del artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil de Tabasco (1997) que establecía que: “en caso de que la gestante o su cónyuge demandaran la maternidad o paternidad del producto de la inseminación, solamente podrían recibir su custo-

dia cuando se acreditara la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”. La Corte estableció que “el interés superior de la niñez, que juega un papel primordial en la gestación subrogada, exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, lo que no puede determinarse de manera abstracta, sino en función de las circunstancias que concurren en cada situación” (Acción inconstitucionalidad, 16/2016).

Como se advierte, no existe una amplia construcción jurisprudencial que auxilie a cubrir la omisión legislativa existente, por lo que tal circunstancia agrava aún más el estado de clandestinidad en el que se están manejando los mal llamados contratos de maternidad subrogada.

IV. La maternidad subrogada en el entorno de los derechos humanos

A partir de los derechos reproductivos que se enfocan hacia la salud reproductiva entendida como,

[...]un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir

hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (1995).

Tales derechos se ven afectados por las situaciones de facto que viven miles de madres gestantes, para quienes el ingreso prometido es una esperanza de paliar la pobreza en la que viven y que está gestando un mercado respecto de bienes que jamás debieron estar en él.

En el presente apartado resulta esencial hacer hincapié en los riesgos que una inadecuada o ausente regulación acarrearán para la dignidad humana, la cual ya de suyo reviste una gran complejidad para definirla puesto que ni la Suprema Corte ha determinado con meridiana claridad cuál es la naturaleza jurídica de la misma, las principales corrientes existentes la conciben como derecho, como valor o como principio. Es tanto el uso del término que pareciera que se ha caído en el abuso del mismo; sin embargo, es evi-

dente que sin ella no se puede concebir a los derechos humanos, es por eso que en el presente apartado se aluden a las concepciones más destacables, pero no se examinan a profundidad la dignidad en sí, ni los debates acerca de su naturaleza jurídica por ser ajeno a las pretensiones del presente trabajo de investigación, conformándonos con destacar la relevancia que tiene en la gestación por sustitución. Además de lo apuntado, se debe resaltar, como lo hace Saldaña (2019), que existe un reconocimiento universal de la misma y por ende es un concepto trascendente y de difícil comprensión conceptual, “porque indica una cualidad indefinible y simple”.

La dignidad es inherente al hecho de ser persona, y es por ello que debemos evidenciar que en la forma en que se está legislando y con la precariedad que se realiza, se atenta a la dignidad de quienes intervienen y muy en especial a la de la madre gestante. Ya se expuso que el vientre de la madre no es una cosa que pueda estar en el comercio, ya que con ello estaríamos cosificando el cuerpo de la mujer. Aparisi menciona que “mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, en definitiva, disgrega su unicidad personal de tal manera que va más allá de cualquier concepto legal o ético” (2017, p. 168).

La gestación sustituta o subrogada repercute en el derecho a la identidad del producto de la gestación, generando serios

problemas al encontrarse en su escasa regulación esquematizado como contrato. Entonces, las cuestiones patrimoniales inciden en las determinaciones que al respecto se toman sin que exista una regulación *ex profeso* que delimite los aspectos de filiación que se originan, y los derechos que de ellas pueden derivarse. En la práctica, las partes intervinientes dirimen sus diferencias entre sí y con la propia autoridad mediante la interposición del amparo al no existir los senderos legales idóneos para ello.

Conclusiones

El término maternidad subrogada debe ser eliminado para utilizar en su lugar el más correcto desde una perspectiva jurídica de gestación por sustitución. Se entiende por tal el consentimiento informado mediante el cual una mujer —llamada madre gestante— acepta voluntaria e informadamente, a través de las técnicas de reproducción asistida, llevar en su vientre al hijo de dos personas —llamadas comitentes—, a quienes les será entregado a su nacimiento sin que se genere vínculo de filiación con la madre gestante.

En México la regulación existente es tan escasa que no contribuye a resolver el problema. El hecho de que en tres entidades federativas se regule, mientras que en las restantes existe una total omisión legislativa al respecto, con la salvedad de otras tres entidades que la prohíben, lo cual

acarrea las mismas consecuencias de la inexistencia de normatividad o incluso más graves al caer en la total clandestinidad.

En materia federal no hay precepto alguno que la regule, por lo que sería deseable una reforma a la Ley General de Salud para incluir esta figura y regularla en el marco de su competencia; así como la formulación de una adición al Código Civil Federal para su adecuada reglamentación.

No se puede decir que el problema generado por la ausencia de regulación sea baladí puesto que en México se realizan anualmente ochenta mil de estos procedimientos, sumado al hecho de que en el lapso comprendido entre los años 2003 a 2020 se incrementaron significativamente los establecimientos autorizados para llevar a cabo dichos procedimientos (Márquez, 2022), es en consecuencia necesaria la adecuada regulación de la figura en estudio para evitar vulneraciones a los derechos humanos de quienes intervienen.

REFERENCIAS

Bibliohemerográficas

- Aparisi, A. (2017) Maternidad subrogada y dignidad de la mujer, *Cuadernos de Bioética*, (vol. XXVIII, No 2) <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Bareiro, L. (2003) Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones*

- nacionales de derechos humanos*, p. 119-133. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>
- Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. (1998) Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Department of Health and social care, Londres, disponible en [https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/publications/surrogacy-review-for-health-ministers-of-current-arrangements-for-payments-and-regulation--report-of-the-review-team\(619aaf90-831e-4c48-b81b-61e5b08fd-c7e\)/export.html](https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/publications/surrogacy-review-for-health-ministers-of-current-arrangements-for-payments-and-regulation--report-of-the-review-team(619aaf90-831e-4c48-b81b-61e5b08fd-c7e)/export.html)
- Brunet, L. (lead) (2013), A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)
- Díaz, M. (2010), La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario la Ley*, (No. 7257).
- Dobernig, M. (2018) Maternidad subrogada: Su regulación, en: Medina, M., María de Jesus Ibarra, F., Chan, S. (Coord.), *Bioética y Derecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, 251-294. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4733-bioetica-y-bioderecho>
- González Martín, N. y Albornoz M., “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 159-187, México, D. F., <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524>
- Lamm, E. (2013) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, Observatorio de Bioética, Publicacions i edicions. http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf
- Maluquer de Motes y Bernet, C. (2008) Derecho civil constitucional, en Perlingieri, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por Luna, A. y Maluquer De Motes y Bernet, C.), Ed. Dykinson.
- Márquez, M. (1 de julio, 2022) México: “Vacío legal en reproducción asistida permite un mercado para el turismo de fertilidad”, Ameco Press. <https://amecopress.net/Mexico-Vacio-legal-en-reproduccion-asistida-permite-un-mercado-para-el-turismo-de-fertilidad>
- Martínez, V., (Diciembre 2015) Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México, *Dikaion*, Año 29, Vol. 24 (No. 2) 353-382. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72045844007>
- Muñoz B. L. (2016). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, *REDUR14*, diciembre 2016, págs. 219-256. ISSN 1695-078X, <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4155/3405>
- Notrica, F. Cotado, F. y Curti, P. (2017). La figura de la gestación por sustitución, *Re-*

vista Ius, vol.11(39) https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008

Pérez, G. (2018). El acto jurídico normativo. una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, (No. 8) feb.. pp. 75-59 <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Saldaña, J. (2019). *La dignidad de la persona fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente*, UNAM, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/26854>

Legislación y fallos judiciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021, 3 de junio) Sentencia Acción de inconstitucionalidad 16/2016, (Procuraduría General de la República Vs diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco), <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6465>

Artavia Murillo y Otros (Fertilización in Vitro) Vs. COSTA RICA, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf y https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.Cfm?nId_Ficha=235

Congreso del Estado de Tabasco, (1997, 9 de abril) *Código Civil Para El Estado De Tabasco*, Periódico oficial del estado. <https://tsj-tabas->

co.gob.mx/documentos/37118/CODIGO-CIVIL-PARA-EL-ESTADO-DE-TABASCO/

Congreso del Estado de Sonora, (2019, 15 de octubre) *Código De Familia Para El Estado De Sonora*, Periódico Oficial del Estado, http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/Doc_436.pdf

Congreso del estado de Sinaloa, (2013, 6 de febrero) *Código Familiar del Estado de Sinaloa*, Periódico Oficial No. 17. https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1995), (párr. 7.2), ONU A/CONF.171/13/Rev.1, https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf,

Páginas web consultadas

European Parliament (2013) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

Surrogacy 365, El primer caso de gestación por sustitución en el mundo. (15 de julio, 2016) <https://www.surrogacy365.com/es/el-primer-caso-de-gestacion-por-sustitucion-en-el-mundo/>

Congreso de la Ciudad de México <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/7469d217fbf174b8ba5ed93471d2171c4cf2f049.pdf>



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JOSÉ MANUEL LÓPEZ LIBREROS¹

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.7>

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 de julio 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 18 de noviembre 2022

EFFECTOS JURÍDICOS DEL ORIGEN DE LAS MERCANCÍAS EN EL TMEC

Legal effects of origin of goods in the USMCA

RESUMEN

Las normas de origen para las mercancías son determinantes en el comercio internacional y apuntalan la aplicación de los principales instrumentos jurídicos de carácter comercial y aduanero, como lo son el trato preferente entre socios comerciales del Tratado México, Estados Unidos y Canadá (TMEC). En este sentido, las normas de origen, esencialmente técnicas y neutrales, se convierten en bisagras para la gestión de intereses y políticas industriales de los socios y de los grupos de presión. En el TMEC, la negociación de las normas de origen se erigió como uno de los puntos álgidos en la agenda comercial, especialmente por los intereses de los sectores involucrados y las presiones políticas a nivel nacional e internacional. En la investigación se parte del presupuesto de que la determinación de la forma y tipo de norma de origen para las mercancías reflejan y afectan el grado de apertura o liberalización de los flujos comerciales entre los países, y que por ello, generan consecuencias jurídicas en el comercio internacional preferencial. Para ello, se hace una revisión documental y en uso del método deductivo se analizaron las posturas teóricas del derecho convencional, derecho económico y del comercio internacional, además de documentos oficiales que fundamentan el origen de las mercancías en el TMEC. A partir de ahí, se identificaron las normas y los principios que se derivan del mismo, en cuanto a los efectos jurídicos de apertura del comercio entre los socios norteamericanos y en la ejecución de los compromisos de liberalización comercial pactados. Como conclusión, se identifica que el régimen jurídico del origen en el TMEC ha generado repercusiones jurídicas en la operación del tratado, la protección de intereses en sectores sensibles y ha generado controversias en la aplicación del entramado institucional.

1 Profesor investigador titular, Departamento de Derecho, Centro de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Reconocimiento SNI I, Conacyt; Perfil Prodep, SEP. Correo: manuel.lopezl@edu.uaa.mx. ORCID: 0000-0001-5110-6794.

Palabras clave: Normas de origen para las mercancías; TMEC; Derecho económico internacional; tratados comerciales.

ABSTRACT

Rules of origin for goods are a determining factor in international trade and underpin the application of the main legal instruments of a commercial and customs nature, such as the preferential treatment between trading partners of the United States- Mexico - Canada Treaty (USMCA). In this sense, the essentially technical and neutral rules of origin become hinges for the management of industrial interests and policies of the partners and lobbies. In the USMCA, the negotiation of rules of origin became one of the most important points on the trade agenda, especially due to the interests of the sectors involved and the political pressures at the national and international levels. The research is based on the assumption that the determination of the form and type of rule of origin for goods reflects and affects the degree of openness or liberalization of trade flows between countries, and therefore generates legal consequences in preferential international trade. For this purpose, a documentary review is made and using the deductive method, the theoretical positions of conventional law, economic law, and international trade, and official documents that support the origin of goods in the USMCA are analyzed; As a conclusion, it is identified that the legal regime of origin in the USMCA has generated legal repercussions in the operation of the treaty, the protection of interests in sensitive sectors and has generated controversies in the application of the institutional framework.

Key words: Rules of origin for goods; USMCA; International economic law; trade agreements.

EFFECTOS JURÍDICOS

DEL ORIGEN DE LAS MERCANCÍAS EN EL TMEC

INTRODUCCIÓN

La globalización se apuntala no solo en el avance tecnológico y de las comunicaciones, sino también en el desarrollo de regímenes jurídico-comerciales que faciliten el intercambio acelerado de bienes y servicios. En esta tesitura, el Tratado México, Estados Unidos, Canadá (TMEC) representa una evolución en la generación de institucionalidad en la zona norteamericana para facilitar y otorgar certeza jurídica en los intercambios comerciales y procesos de integración productiva iniciados con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (López, 2020).

La apertura comercial y los procesos de integración económica hacen que la determinación del origen de las mercancías que circulan en el comercio internacional sea una de las disciplinas técnicas comerciales de mayor relevancia. Esto es por las razones técnicas, que se garantice que los beneficios comerciales y trato preferente solo será para las empresas y productores vinculados con las partes y no para beneficiarios sin contrapartida.

Para poder lograr los objetivos comerciales pactados en el tratado, se requiere diferenciar las mercancías de las partes frente a aquellas que no lo son, y que en todo caso, pueden circular por el comercio no preferencial. En este contexto, las normas

de origen del entonces TLCAN, y ahora del TMEC, son manifestaciones de la interdependencia económica de las industrias de la zona norteamericana; las cuales reflejan la generación de cadenas productivas y de valor entre empresas, pero también los intereses y necesidades de los diversos actores, tales como empresas, corporativos, gobiernos locales y federales.

Las normas de origen, también conocidas como reglas de origen, son “todas aquellas disposiciones jurídicas de efecto general que vinculan a una mercancía con un determinado país o zona de integración”, algo semejante a la “nacionalidad económica” de una mercancía (López, 2008, p. 165). Concretamente, las normas de origen del TMEC suponen que las mercancías enteramente obtenidas en la zona norteamericana, o bien, suficientemente procesadas o con valor añadido en México, Estados Unidos o Canadá, otorgan por sí o en su conjunto con otros productos, el vínculo aduanero de una mercancía con un régimen jurídico comercial, y con ello, la posibilidad de que el productor se beneficie de los compromisos de liberalización y trato arancelario pactados en el TMEC. Esta, se trata de una función jurídica del régimen del origen, vincular la mercancía con un régimen legal determinado. Pero las normas de origen en general, y en particular las del TMEC, también generan impactos metajurídicos, como lo son la desviación y distorsión del comercio y

la protección de determinados intereses industriales y comerciales (Dávalos, 2020; Krueger, 1993; Lloyd, 1993).

En la presente investigación, se realizó un análisis de la doctrina en la materia, así como de las disposiciones que conforman el régimen jurídico del origen de las mercancías dentro el TMEC, para mediante la deducción establecer las consecuencias jurídicas del régimen del origen, tanto para los procesos de liberalización como para el funcionamiento del propio tratado, tomando como partida la asunción de que el régimen es más restrictivo para productos sensibles, como el sector textil y del vestido así como el automotriz. Para ello, se desarrollan los apartados: i) El régimen jurídico del origen en el TMEC. 2; ii) Normas técnicas y también políticas; iii) Efectos jurídicos colaterales en materia laboral; iv) Las normas de origen: un escenario de potencial conflicto. Posteriormente se abordarán los resultados y discusión, finalmente las conclusiones.

El régimen jurídico del origen en el TMEC

Las negociaciones para la actualización del TLCAN, que a la postre generaron el TMEC, fueron álgidas e impregnadas de intereses políticos e industriales, principalmente por la situación política que se vivía en Estados Unidos (De la Mora, 2020; Vega, 2020). Finalmente, las negociaciones y presiones se plasmaron en el texto del

tratado, como una conjugación de la profundización de la liberalización comercial norteamericana y políticas proteccionistas, impactando de manera directa en la configuración del régimen jurídico del origen de las mercancías.

El régimen del origen de los productos en el tratado se sustenta en una serie de principios, disciplinas y procedimientos para determinar, verificar y controlar el origen de las mercancías; contenidas en capitulado prolijo y técnico, donde proliferan las normas generales son la excepción y proliferan las normas específicas para sectores sensibles, como el automotriz. Para lo anterior, basta revisar el capítulo 4 y su anexo B, para identificar que si bien en la determinación del origen se utilizan las técnicas del cambio de posición arancelaria, el valor de contenido regional, requisitos técnicos de producción, que se usaron previamente en el TLCAN (Kovatch, 1999; Ramírez, 2004; Reyna, 1995). Ya que se han añadido más exigencias, como se puede evidenciar en el requisito del valor del contenido laboral aplicable a vehículos de pasajeros o el uso del acero norteamericano en la producción de vehículos. De hecho, el incentivar la relocalización de la producción de vehículos fue uno de los objetivos de negociación fijados por el Representante Comercial de los Estados Unidos (Blecker *et al.*, 2017; USTR, 2017).

Se trata entonces de un régimen jurídico-administrativo del origen que es claro,

preciso y que otorga certeza, que está llamado a facilitar la interacción entre las administraciones aduaneras, pero que endurece la gestión del origen y eleva la carga del cumplimiento administrativos para su otorgamiento, lo que supone un incentivo negativo para que los productores utilicen las vías del tratado para optar por el intercambio en el comercio no preferencial, o bien, no utilizar los bienes más económicos de terceros países afectando la eficiencia y precio de producción y al final, generar un efecto potencialmente proteccionista, especialmente en lo que se refiere a sectores sensibles como lo es el automotriz (Dávalos, 2020).

En general, existe evidencia de que las normas de origen restrictivas afectan a aquellos productores con menor capacidad de adaptación en la relocalización de suministros y poder económico; por ende, serían las empresas con menor escala, como los pequeños productores los que se verían privados del beneficio de la liberalización comercial, no tanto así las grandes multinacionales.

Normas técnicas y también políticas

Como se desprende de la vocación del Acuerdo sobre Normas de Origen, de la Organización Mundial de Comercio (OMC), un régimen de origen debería centrarse en facilitar el vínculo de la mercancía con un lugar de producción, y con ello, aplicar de manera técnica y neutral un determi-

nado entramado jurídico-comercial (La-Nasa, 1996). No obstante la aspiración a la inocua aplicación del origen, este tiene capacidad para generar efectos económicos en los flujos comerciales y de inversiones (Dávalos, 2020; Krueger, 1993; Rosellón, 2000); y es precisamente por esa cualidad que las negociaciones y ejecución del régimen del origen se convierte en objeto de interés de grupos de presión y de gobiernos, ya que con ello se pueden apalancar ciertas políticas (de fomento a una determinada industria o sector, atracción de inversiones, de relaciones exteriores, entre otras).

De nueva cuenta, en el endurecimiento de las normas de origen en sectores como el automotriz y textil obedeció más a una lógica de política interna hacia el electorado de los estados cuyas industrias se vinculan con la producción automotriz en Estados Unidos (*Rust Belt*) que una visión de estructuración de los sectores productivos (Vega y Campos, 2021, p. 22). Posición que, dicho sea de paso, tampoco fue rechazada por los socios, especialmente por México, porque con ello se permitió aislarse un poco de la competencia con los países asiáticos.

También sirvió como moneda de cambio para negociar ámbitos del tratado que fuesen de interés de los socios, por ejemplo la protección en el proceso de apertura del sector de lácteos o las industrias culturales canadienses. Mayor restricción de las

normas de origen sí, pero a cambio de evitar una carencia de tratado y el riesgo de gestionar las relaciones comerciales fuera de un contexto institucional (renunciando a un sistema orientado hacia reglas) así como la protección o liberalización de determinados sectores de interés local o regional.

Efectos jurídicos colaterales en materia laboral

Las negociaciones y posterior ratificación del TMEC resultó un avance en la consolidación de una política laboral norteamericana, especialmente por los compromisos que aceptó México en la recepción de estándares internacionales derivados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), normas y principios que finalmente se fijaron dentro del tratado y no mediante acuerdos añejos (López, 2020). Parte de esa estrategia implica que los estándares bajos laborales y los bajos sueldos no se constituyan en un *dumping* social que en sí afecte la atracción de inversiones hacia México en detrimento de los socios comerciales.

Es sabido que desde hace años se había perdido el poder adquisitivo del salario en México, y que, el generar un incremento sustantivo traería consigo efectos de aumento de consumo, y también, inflación. El programa político del presidente mexicano implicaba cumplir una reivindica-

ción social al aumentar el poder adquisitivo de los trabajadores.

Pues bien, precisamente a través del TMEC, y con ello, las normas específicas sobre el origen de vehículos de pasajeros donde se exige un contenido de valor regional con aporte de trabajadores con salarios de al menos 16 dólares estadounidenses la hora (anexo 4-B, art. 7), lo que impacta en los obreros, ingenieros y en la administración de las plantas productoras (Morales, 2020). Como una importante consecuencia jurídica en el ámbito laboral no solo ha sido la recepción del tratado en el ámbito interno, sino también las reformas a leyes, instituciones y procedimientos laborales que hicieran compatibles los compromisos comerciales internacionales en México.

Las normas de origen: un escenario de potencial conflicto

El régimen jurídico comercial establecido por el TMEC, supone un avance en la gestión del comercio por vías institucionales. Es de esperarse que, por la ejecución e interpretación del tratado, se generen controversias entre los productores y comerciantes de los distintos Estados parte. Para ello, se previó un esquema de solución de controversias dentro del TMEC (Correa, 2020; Cruz y Reyes, 2018) que en sí se diferenció del previamente existente en el TLCAN (Cruz Miramontes y Cruz Barney, 2005), pero que, en todo caso, permite con-

tar con mecanismos orientados en principios jurídicos que evitan la autotutela en la solución pacífica del conflicto.

En esencia, el mecanismo de solución de controversias del TMEC (capítulo 31) se inicia con una etapa no contenciosa que refiere una serie de consultas bilaterales antes de solicitar la integración de un panel de especialistas, que en sí es ya un contencioso; que de no encontrar un acuerdo, puede derivar en una Comisión que hará un informe previo y uno final, sin posibilidad de apelación. Si bien el endurecimiento del régimen del origen para algunas mercancías fungió como una válvula de escape a las presiones internas que a su vez permitió el cierre de la negociación del tratado, era de esperarse que afloraran las inconformidades.

Así, el sistema de solución de controversias del tratado se inauguró con las consultas formales sobre la interpretación y aplicación de las normas de origen para productores de vehículos solicitado por México (Amador, 2021), al cual se unió también Canadá, contencioso que dependerá de lo que resuelva un panel. El conflicto deriva de las normas de origen para vehículos, endurecidas respecto de las del TLCAN, en las que se exige un contenido de valor regional del 75% y además se agregó el ya referido valor de contenido laboral. El vehículo final, así como las partes esenciales (motor, chasis, transmisión, suspensión) también deben de cumplir

con dichos requisitos por separado. Tanto México como Canadá entienden que una vez que una parte esencial cumple con el requisito de origen al incorporarse al vehículo como producto final debe de sumarse al valor de contenido regional como originario de la zona norteamericana (*roll-up*).

Por su parte, Estados Unidos interpreta que no debe ser así, y con ello, se establecen mayores costes de producción, ya que estima que aunque las partes que se incorporan al auto hubiesen cubierto el requisito del origen, su aporte al vehículo final no es del 100% originaria, sino en el porcentaje cumplido. El efecto de una determinación en este sentido es protectionista, puesto que implica que los productores de la zona norteamericana para poder cumplir con el requisito del origen sacrifiquen la eficiencia productiva que pudiesen ofrecer mercancías o partes de terceros países, en favor de lograr el reconocimiento del origen TMEC aun utilizando productos más caros o con menor avance tecnológico.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El trabajo que se realizó es esencialmente analítico-documental, del cual se puede obtener una serie de orientaciones hacia las consecuencias jurídicas que el origen de las mercancías genera dentro del proceso de integración norteamericano. En esencia, de la revisión documental y el

contraste con el régimen del origen en el TLCAN, es evidente que existe un endurecimiento en los requisitos para acreditar y controlar el origen, especialmente, en aquellos sectores de mayor sensibilidad comercial, como lo es el textil y del vestido y el automotriz, áreas en las cuales se puede identificar un dilatado proceso de integración de cadenas productivas en la región. Especialmente relevante es la incorporación del valor del contenido laboral en las normas de origen para determinados vehículos, sector en el que México es altamente competitivo. Ahora bien, se tendrá que analizar aún más, y desde una perspectiva multidisciplinar, los efectos positivos o negativos en los flujos económicos así como en el ajuste jurídico, armonización o unificación normativa, que supone para el sistema jurídico mexicano la participación en el proceso de integración comercial dentro del contexto del TMEC.

CONCLUSIONES

1. Las normas de origen del TMEC son más estrictas que anteriores regímenes jurídico-comerciales norteamericanos. Es decir, por su configuración e interpretación, suponen un endurecimiento respecto de aquellas que se regulaban con el TLCAN, especialmente para sectores y productos sensibles, como lo son el textil y del vestido o el automotriz. Además, que el régimen del origen de las mercancías en

el TMEC genera consecuencias jurídicas sobre el cumplimiento de los objetivos de liberalización al conformarse o interpretarse de manera restrictiva.

2. El régimen del origen de las mercancías tiene una naturaleza técnica y otra política. En sentido estricto, en el TMEC es técnico, puesto que permite vincular a una mercancía con un territorio y con ello aplicar toda una serie de normas jurídicas relativas al tratado y la ejecución interna del mismo; pero también, por su potencial efecto de gestión de los flujos comerciales, supone la posibilidad de que sea utilizado como instrumento proteccionista, lo que les convierte en objeto de interés de captura por los grupos de presión o por los propios estados. Si bien se puede considerar que las normas de origen restrictivas pueden resultar perjudiciales, cumplen con una misión de carácter político, como se evidenció en el TLCAN y ahora en el TMEC, ya que sirvieron como negociación al cierre del tratado.

3. Un ejemplo de cómo el régimen del origen de los productos genera reverberaciones hacia otras áreas, es la materia salarial en México, donde gracias a los contenidos de valor laboral pactado como parte del requisito del origen para determinados vehículos apuntala políticas laborales tendientes a generar, por un lado, un *dumping* social, y por otro, a nivelar el piso de la competencia entre los productores de los tres países. Con ello, al menos

de manera incipiente, se genera el piso de una política salarial norteamericana.

4. El régimen de origen del TMEC puede poner a prueba los fines y objetivos jurídico-comerciales del propio tratado. Como efecto al endurecimiento de las normas de origen en su conformación e interpretación, se podrá evidenciar la activación del sistema de solución de controversias del TMEC, situación que depende de cómo se resuelva, podrá afectar los procesos de liberalización pactados así como el reordenamiento de las cadenas productivas en torno a los requisitos del origen que queden fijados.

REFERENCIAS

Amador, O. (2021). “México pide a EU entrar en fase de consultas; da primer paso para resolver discrepancia por reglas de origen en el T-MEC”. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/empresas/Mexico-pide-a-EU-entrar-en-fase-de-consultas-da-primer-paso-para-resolver-discrepancia-por-reglas-de-origen-en-el-T-MEC-20210821-0019.html>

Blecker, Robert A.; Moreno-Brid, J. C., y Salat, I. (2017). *Trumping the NAFTA renegotiation: An alternative policy framework for Mexican-United States cooperation and economic convergence*. ECLAC.

Correa López, G. (2020). “Solución de controversias en el TMEC”. *Portes: Revista Mexicana de Estudios Sobre la Cuenca del*

Pacífico, 14(28), 175–196. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=z-bh&AN=147760713&site=eds-live>

Cruz Barney, Ó., y Reyes Díaz, C. H. (2018). *El T-MEC/USCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones* (1a ed.). UNAM - IIJ. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14020>

Cruz Miramontes, R., y Cruz Barney, Ó. (2005). *Diez años del Capítulo XX: Solución de Controversias entre las Partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. IIJ, UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1667/10.pdf>

Dávalos, E. (2020). “Protectionism, USMCA and its Possible Effects on Mexico’s Automotive Industry”. *ERIS*, 7(1), 81–104. <http://10.0.4.139/21967415-bja10016>

De la Mora, L. M. (2020). “Evolución de los acuerdos comerciales de México: de la integración comercial a la inserción en las cadenas globales de valor”. En M. C. Toro (Ed.), *Los acuerdos comerciales regionales y el TLCAN* (pp. 101–130). El Colegio de México. <https://doi.org/10.2307/j.ctv19rs0dm.8>

Kovatch, W. J. J. (1999). “The NAFTA’s Rules of Origin, Certificate of Origin and Record-Keeping Requirements: The Disadvantage to Small Businesses”. *Global Business & Development Law Journal*, (12) 2.

Krueger, A. O. (1993). “Free Trade Agreements as Protectionism Devises: Rules of Origin”, Working paper (4352), National Bureau of Economic Research, <http://www.nber.org/papers/w4352>

- LaNasa, J. A. (1996). "Rules of Origin and the Uruguay Round's Effectiveness in Harmonizing and Regulating Them". *The American Journal of International Law*, 90(4), 625–640.
- Lloyd, P. J. (1993). "A Tariff Substitute for Rules of Origin in Free Trade Areas". *World Economy*, 16(6), 699–712. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9701.1993.tb00191.x>
- López Libreros, J. M. (2008). "Las normas de origen para las mercancías en el sistema GATT-OMC", *Revista Información Comercial Española*. Información comercial española: 60 años del Sistema GATT-OMC, 843, 163–180.
- López Libreros, J. M. (2020). "El T-MEC: Un análisis desde el Derecho de los tratados". *De Jure*, 13, 31–62.
- Morales, R. (2020). "Detallan contenido laboral automotriz del T-MEC". *El Economista*. <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Detallan-contenido-laboral-automotriz-del-T-MEC-20200702-0050.html>
- Ramírez, J. A. (2004). "Rules of origin: NAFTA's heart, but FTAA's heartburn", *Brooklyn Journal of International Law*, 29(2), 617.
- Reyna, J. V. (1995). *Passport to North American Trade: rules of customs procedures under NAFTA*. McGraw-Hill.
- Rosellón, J. (2000). "The economics of rules of origin". *Journal of International Trade and Economic Development*, 9(4), 397–425. <https://doi.org/10.1080/096381900750056849>
- USTR. (2017). *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*. USTR.
- Vega Cánovas, G. (2020). "El Tratado de Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC): balances y retos", *Otros Diálogos de El Colegio de México*, 11.
- Vega Cánovas, G., y Campos Ortiz, F. (2021). "El Tratado México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). Desafíos y oportunidades ante el entorno global del coronavirus". En A. Chelminsky (Ed.), *La implementación del T-MEC: Una prueba para América del norte* (pp. 12–43). Senado de la República, Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques.