

NÚMERO 18, ENERO - JUNIO 2026

# Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

18 | Centro de Investigaciones  
JURÍDICAS / UACJ

## **Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**

Daniel Alberto Constandse Cortez  
*Rector*

Salvador David Nava Martínez  
*Secretario General*

Guadalupe Gaytán Aguirre  
*Secretaria Académica*

Mayola Renova González  
*Coordinadora Editorial y de Publicaciones*

Jesús Meza Vega  
*Director del Instituto de Ciencias Sociales y Administración*

### **Revista Especializada en Investigación Jurídica**

EDITORES RESPONSABLES  
Wendolyne Nava González  
Javier Ignacio Camargo Nassar

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL  
Diego Barría Traverso (Universidad de Santiago de Chile)  
José Antonio Estévez (Universidad de Barcelona, España)  
Salvador Martí (Universidad de Girona, España)  
Manuel Bermúdez Tapia (Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)

COMITÉ EDITORIAL  
Jaime Fernando Cárdenas Gracia (Universidad Nacional Autónoma de México)  
Jorge Alberto González Galván (Universidad Nacional Autónoma de México)  
Fernando Barrientos (Universidad Autónoma de Guanajuato, México)  
Ares Nahim Mejía Alcántara (Universidad Nacional Autónoma de México)  
Hugo Manuel Camarillo Hinojosa (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)  
Gerardo González Rentería (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)

#### **Revista Especializada en Investigación Jurídica**

Año 10, número 18, enero-junio de 2026, es una publicación semestral, electrónica, indexada, arbitrada por pares nacionales e internacionales de publicación continua, editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona El Chamizal) s/n, C. P. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, ext. 3656. Página web: <http://reij.uacj.mx>; correo electrónico: [reij@uacj.mx](mailto:reij@uacj.mx). Editores responsables: Wendolyne Nava González y Javier Ignacio Camargo Nassar. Reserva de uso exclusivo núm. 04-2021-053118361700-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2448-8739. Responsable de la última actualización de este número: Coordinación Editorial y de Publicaciones, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881874, ext. 1874. 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.

NÚMERO 18 · ENERO - JUNIO 2026

# Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

**Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**

## PRESENTACIÓN

5

### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

#### **Retos institucionales y normativos asociados a la prevención del tráfico ilícito de migrantes en México**

Tania Estefanhy López Domínguez,  
Oficina de las Naciones Unidas contra la  
Droga y el Delito en México

ORCID: 0009-0001-3394-9680

Jesús Javier Peña Muñoz, Universidad  
Autónoma de Ciudad Juárez, México

ORCID: 0000-0003,1212,9058

7

#### **Análisis comparado de la gestión por sustitución en México: hacia una propuesta legislativa para Baja California Sur**

Adriely Franco, Universidad Autónoma  
de Baja California Sur, México

ORCID: 0009-0001-8542-7163

Rosa Alicia García Compeán, Universidad  
de Baja California Sur, México

ORCID:0009-0006-4142-4389

29

#### **Factores determinantes en la fijación de pensiones alimenticias: un análisis jurisprudencial y de derechos humanos**

Ángel de Jesús Olivares Baca,  
Universidad Autónoma del Estado de  
Hidalgo, México

ORCID: 0000-0006-2278-0273

Carolina Aguilar Ramos, Universidad  
Autónoma del Estado de Hidalgo, México

ORCID: 0000-0003-3965-4936

48

#### **La importancia de las concepciones del derecho en el quehacer de los juristas. Un ejercicio analítico y comparativo**

Jesús Everardo Rodríguez Durón,  
Universidad de Guanajuato, México

ORCID: 0009-0005-6970-2697

66

#### **La reforma constitucional del maíz transgénico de 2024 desde la perspectiva del derecho internacional económico**

Virdzhiniya Petrova Georgieva,  
Universidad Iberoamericana, Ciudad de  
México

ORCID: 0000-0002-4468-5940

96

#### **Hacia una comprensión filosófico-jurídica sobre la validez del derecho**

José Juan Pérez Ramos, Universidad  
Autónoma de Chiapas, México

ORCID:0000-0001-9110-3117

Gustavo Emir Reyes Pazos, Universidad  
Autónoma de Chiapas, México

ORCID: 0009-0005-9724-3504

Rodolfo Sánchez Rivera, Universidad  
Autónoma de Chiapas, México

115

#### **La seguridad jurídica de la fe pública en la función notarial. Un análisis doctrinal y jurisprudencial del notariado latino en México**

Antonio Silverio Martínez-Hernández,  
Universidad de Guanajuato, México

ORCID: 0009-0006-1061-9642

136

#### **La normativa ambiental y climática en la gestión de playas: argentinas: fragmentación y vacíos legales**

Clara María Minaverry, Universidad  
Nacional de Luján, Argentina

ORCID: 0000-0003-0153-7224

Cecilia Lucía Mantecón, Universidad  
Nacional de Mar de Plata, Argentina

ORCID: 0000-0002-9026-6499

153

# PRESENTACIÓN

La Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, presenta con satisfacción el número 18, correspondiente al periodo enero-junio de 2026, consolidando un espacio académico orientado a la difusión de investigaciones jurídicas de carácter crítico, interdisciplinario y contemporáneo. Este nuevo número reúne contribuciones que reflejan algunas de las problemáticas más relevantes que actualmente enfrenta el derecho en sus distintas dimensiones normativas, sociales, filosóficas e internacionales.

Los trabajos que integran esta edición abordan temas de especial relevancia para la agenda jurídica contemporánea, entre ellos la prevención del tráfico ilícito de migrantes en México, los desafíos regulatorios de la gestación por sustitución, el análisis jurisprudencial de las pensiones alimenticias desde una perspectiva de derechos humanos, así como reflexiones teóricas sobre las concepciones del derecho y la validez jurídica. Del mismo modo, se incorporan estudios vinculados con el derecho internacional económico, la protección ambiental y climática, y la función notarial en México, evidenciando la diversidad temática y metodológica que caracteriza a la investigación jurídica actual.

Este número pone de manifiesto la necesidad de continuar fortaleciendo el análisis jurídico desde perspectivas críticas y multidisciplinarias capaces de responder a contextos sociales complejos, dinámicos y globalizados. Las investigaciones aquí publicadas no solo examinan

fenómenos jurídicos desde el plano normativo y jurisprudencial, sino que también evidencian las tensiones existentes entre el derecho positivo, la realidad social y los procesos de transformación política, tecnológica y económica que inciden en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Asimismo, la diversidad institucional y geográfica de las y los autores participantes reafirma el compromiso de esta revista con la construcción de redes académicas nacionales e internacionales orientadas al fortalecimiento de la investigación jurídica de calidad. Las contribuciones provienen de distintas universidades e instituciones académicas y de investigación, lo que enriquece el diálogo científico y permite la convergencia de distintas aproximaciones teóricas y metodológicas en torno a problemas jurídicos comunes.

La *Revista Especializada en Investigación Jurídica* refrenda su compromiso con los principios de rigor académico, arbitraje especializado, ética editorial y acceso abierto al conocimiento científico, promoviendo la generación y difusión de investigaciones que contribuyan al desarrollo de las ciencias jurídicas y al fortalecimiento del pensamiento crítico en el ámbito jurídico nacional e internacional.

Agradecemos profundamente a las y los autores por confiar sus investigaciones a este espacio editorial, así como a las personas árbitras y al comité editorial por su valiosa labor académica y su compromiso con la calidad científica. Con esta nueva edición, la revista continúa consolidándose como un foro de reflexión y discusión jurídica comprometido con los desafíos contemporáneos del derecho.

Dra. Wendolyne Nava González  
Editora Responsable

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.1.1>

FECHA DE ENVÍO: 12 de mayo 2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25 de agosto 2025

# Retos institucionales y normativos asociados a la prevención del tráfico ilícito de migrantes en México

## Institutional and normative challenges associated with the prevention of migrant smuggling in Mexico

### RESUMEN

Ante la carencia de modalidades para migrar de manera segura y regular, las personas migrantes recurren a redes de tráfico o grupos delictivos organizados que ofrecen servicios para facilitar los cruces fronterizos a un alto costo y enfrentando grandes peligros. En este contexto, México, como principal país de origen, tránsito y destino de los flujos migratorios hacia Estados Unidos, enfrenta un aumento de la presencia de este delito. El objetivo de este artículo es identificar los principales retos institucionales y normativos para la prevención del tráfico de personas en México. Con base en entrevistas a informantes clave y en la aplicación de una encuesta a funcionarios públicos cuyas actividades se relacionan con la prevención de este crimen, se identificaron dos tipos de retos: 1) conocimiento sobre el delito y 2) capacidades institucionales y coordinación interinstitucional. Se concluye que estos retos resultan en una inadecuada identificación de delito por parte las autoridades que fungen como primeros respondientes, que no sean claros los procedimientos que

1 Especialista en migración internacional con enfoque en género, derechos humanos y justicia social. Es maestra en Migración Internacional por El Colegio de la Frontera Norte. Cuenta con amplia experiencia en el diseño y ejecución de proyectos sobre movilidad humana, protección internacional y tráfico ilícito de migrantes. Actualmente trabaja para la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Correo: taniaes.lopez@gmail.com. ORCID 0009-0001-3394-9680.

2 Doctor en Investigación en Ciencias Sociales por la FLACSO México. Es investigador del programa de investigadores por México de SECIHTI asignado a la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores nivel 1. Sus principales áreas de estudio son la sociología política y las relaciones internacionales. Correo: jesus.penamunoz@gmail.com; ORCID: 0000-0003-1212-9058.

# RETOS INSTITUCIONALES Y NORMATIVOS ASOCIADOS A LA PREVENCIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES EN MÉXICO

las diferentes instancias deben llevar a cabo para investigar-legislar el delito y que no exista una adecuada coordinación para proteger a personas objeto de tráfico ilícito de migrantes víctimas de delitos conexos.

**Palabras clave:** tráfico ilícito de migrantes, retos institucionales, retos normativos, prevención, México.

## ABSTRACT

In the absence of safe and regular migration pathways, migrants frequently turn to smuggling networks or organized criminal groups that offer border-crossing services at high financial cost and considerable personal risk. Within this context, Mexico—given its strategic position as a country of origin, transit, and destination for migratory flows toward the United States—has experienced a growing prevalence of migrant smuggling. The objective of this article is to discuss the main normative and institutional challenges to preventing this crime in México. For that, the study draws on interviews with key informants and survey data collected from actors involved in responding to migrant smuggling cases. The results identify two primary regulatory challenges: (1) limited knowledge and understanding of the crime, (2) insufficient institutional capacities and weak inter-institutional coordination. These challenges hinder the practical identification of smuggling cases by first responders, obscure the procedures that relevant authorities should follow in investigating and legislating the crime, and impede the provision of adequate assistance and protection to smuggled individuals, particularly those who are also victims of related criminal offenses.

**Keywords:** migrant smuggling, normative challenges, institutional challenges, prevention, Mexico.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n la actualidad de la migración global, el tráfico ilícito de migrantes (TIM) se ha consolidado como un delito que afecta a todas las regiones del mundo, atentando contra la soberanía de los Estados y poniendo en ries-

go la vida, la seguridad y el bienestar de las personas migrantes. México, dado su rol histórico como país de origen, tránsito y destino, ha registrado un incremento en la demanda de servicios de tráfico por parte de las personas migrantes. Las redes de TIM que ofrecen estos servicios atraviesan su territorio y se conectan, a nivel regional y global, con corredores migratorios de América Central y de América del Norte. Desde 2018 se ha registrado un importante incremento en las rutas de TIM por tierra, mar y aire a través de estos corredores. Como resultado, migrar por estos espacios implica exposición a condiciones de viaje inseguras, peligrosas y de abandono, así como a diversas formas de criminalidad y violencia a manos de grupos armados y del crimen organizado (United Nations Office on Drugs and Crime, 2022).

Ciertamente, el uso de las redes de TIM por parte de personas migrantes no es un fenómeno reciente. No obstante, durante la última década, las dinámicas de la migración en México han sufrido importantes transformaciones, caracterizadas por el incremento de los flujos migratorios irregulares internacionales y la implementación de políticas de control migratorio ante la llegada de grandes contingentes o caravanas de personas migrantes desde 2018. Como resultado de la intensa presión de Estados Unidos, el gobierno mexicano optó por una política migratoria basada en la detección, detención y deportación de

las personas migrantes en situación irregular (Hernández, 2021). Esto se tradujo en la aparición de nuevas estrategias de movilidad cada vez más costosas y peligrosas, así como en la concentración de personas migrantes en las fronteras sur y norte del país. Durante este auge han sido cada vez más comunes los eventos e incidentes que involucran la muerte, desaparición y violación a los derechos humanos de personas migrantes (United Nations Office on Drugs and Crime, 2021). Estos cambios han contribuido a agudizar lo que Marmora (2002) denomina desgovernabilidad o crisis migratoria. Siendo una de sus manifestaciones concretas el aumento en la demanda de servicios de tráfico ilícito por parte de las personas migrantes.

Dada la naturaleza clandestina de la actividad, no existen cifras específicas sobre cuántas personas utilizan redes de tráfico ilícito en sus procesos migratorios. Sin embargo, se estima que una proporción importante de las personas migrantes depende de estas, ya sea con el fin de viajar por México, y/o de entrar a los Estados Unidos de manera irregular (UNODC, 2018). A lo largo del tiempo, las redes de tráfico han sabido adaptarse a la implementación de políticas restrictivas y el aumento en los controles fronterizos, dando lugar a una profesionalización de los servicios de TIM. Actualmente, las redes de tráfico involucran a una gran variedad de actores que participan en distintas activi-

dades de manera permanente u ocasional (Brachet, 2018). Estas redes pueden llegar a desarrollar nuevos métodos de contrabando y alianzas con el crimen organizado, incluidas organizaciones de tráfico de drogas, redes de trata de personas, redes de secuestro y otras actividades criminales (Correa, 2022).

Estas transformaciones conllevan distintos efectos y necesidades en cuanto a la atención de las personas migrantes y las estrategias de contención de los flujos migratorios por parte de los aparatos institucionales y normativos de los Estados. En particular, México, enfrenta una serie de obligaciones para identificar, prevenir y judicializar delitos conforme al Protocolo contra el TIM por tierra, mar y aire y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. No obstante, actualmente en la práctica existen barreras importantes en materia de conocimientos, capacidades institucionales y coordinación interinstitucional que en su conjunto impiden una persecución coordinada del delito que culmine en un juicio y con una sentencia para las personas traficantes.

Actualmente son limitadas las investigaciones y los estudios de carácter empírico en materia de TIM. Del mismo modo, son escasas las fuentes de información y los datos disponibles que dan cuenta de la complejidad del fenómeno del tráfico ilícito de migrantes a nivel regional y, más

concretamente, en México. Con esto en mente, el presente artículo tiene por objetivo identificar los principales retos a los que se enfrenta México como país de origen, tránsito y destino en la identificación, prevención, persecución y judicialización del delito de TIM. Para esto, se usó la metodología cualitativa, basada en entrevistas a informantes clave y en la aplicación de una encuesta a funcionarios públicos cuyas actividades se relacionan con la prevención de este crimen. El artículo sigue esta estructura: en primer lugar, se presenta una discusión conceptual sobre la definición y los elementos constitutivos del delito. Luego se expone un análisis del conocimiento del delito, de las capacidades institucionales y de la coordinación de algunas de las principales instituciones que tienen atribuciones para hacer frente a este delito en México desde la perspectiva de personal operativo. Se cierra con una conclusión que reflexiona sobre la importancia de posicionar la prevención del tráfico de personas como un asunto prioritario de la política migratoria y de la seguridad en México.

## **ELEMENTOS CONCEPTUALES Y CONSTITUTIVOS DEL TRÁFICO DE PERSONAS**

¿A qué se refiere el tráfico ilícito de migrantes? El TIM se define como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona

no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (Organización de las Naciones Unidas ONU, 2000). La Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, UNODC por sus siglas en inglés, publicó en 2011 el *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de personas migrantes*, y en 2012 el *Marco de acción internacional para la aplicación del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes*. En ambos documentos a partir de la definición del artículo tres del Protocolo se reconocen tres elementos constitutivos del delito: 1) la facilitación de la entrada o la residencia ilegales de una persona, 2) un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, 3) la finalidad de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Aunado a estos elementos, el artículo seis del Protocolo exige a los Estados señalar como delito la siguiente conducta:

...la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a medios ilegales (ONU, 2000).

De ahí que se tipifique como delito, además, la creación, la facilitación, el suministro o la posesión de documentos de viaje o de identidad falsos con el propósito de posibilitar el TIM. Por lo tanto, se entenderá por tráfico ilícito de migrantes la combinación de sus elementos constitutivos, conforme a la definición del artículo tres, y las conductas afines, conforme a lo señalado en el artículo seis del Protocolo.

Esta definición ha sido acordada y adoptada internacionalmente por los 151 Estados firmantes de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), y es ampliamente utilizada por organismos internacionales en materia migratoria como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como organismos intergubernamentales encargados de la investigación y el control de fronteras como la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) o la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

Cabe destacar que esta definición presenta algunas limitaciones. Por ejemplo, la definición vincula el delito al objetivo del lucro a partir de la entrada y/o permanencia ilegal de una persona en un Estado. De acuerdo con Aziani, este énfasis en el lucro como actividad delictiva es crucial para orientar el diseño de las leyes nacionales en materia de tráfico, pero limita

el uso de esta definición para conceptualizar el fenómeno y/o el proceso (Aziani, 2021). En segundo lugar, esta definición es limitada en términos de especificidad, ya que permite que una “amplia variedad de actividades clandestinas de facilitación de la migración” sea etiquetada como tráfico ilícito de migrantes cuando no lo es (İçduygu, 2020, en Aziani, 2021).

Por su parte, autores como Van Liempt y Doomernik (2006) señalan la necesidad de contar con una definición que refleje adecuadamente el carácter cambiante de las estructuras intermediarias en los procesos de migración internacional y arroje luz sobre el posible carácter criminal del tráfico. Con esto se hace referencia, por un lado, a todos los actores que intervienen en los niveles más bajos del tráfico de personas y que no actúan precisamente en busca del beneficio económico, y, por el otro, a todos aquellos actos que se encuentran en un continuo entre el altruismo y el crimen organizado (UNODC, 2010).

La adopción y la tipificación a partir de la definición establecida por Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de migrantes dependerán del instrumento en el que cada Estado decida incorporarla. Actualmente los estados firmantes del Protocolo se encuentran en alguno de los siguientes tres supuestos: a) ya contaba con un marco normativo específico en materia de tráfico antes de hacer parte de la UNTOC; b) ha creado una ley especializada en materia

de TIM; o bien, c) ha incorporado el tipo penal en sus leyes en materia migratoria ya existentes. Algunos autores (Salinero, 2019; Genovese, 2023; Casillas, 2018) señalan que la tipificación del delito presenta algunas limitaciones de carácter jurídico. La primera de ellas se relaciona con la heterogeneidad en la forma de redactar y estructurar el tipo penal, ya que algunas son limitadas y otras más exhaustivas (Casillas, 2018). Por ejemplo, la legislación de El Salvador integra no solo la introducción de personas extranjeras al territorio sino también el intento, el albergue, el transporte o la guía; de igual manera, penaliza la documentación falsa o fraudulenta para hacer o intentar salir a salvadoreños. Pero no considera el fin del beneficio de orden material (Casillas, 2018).

Por su parte, Guatemala se apega más al Protocolo, pues introduce las acciones de promover o facilitar el ingreso, el transporte o el tránsito, la permanencia o la salida de una o más personas nacionales o extranjeras con el afán de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material. Al respecto, en México se contempla la introducción al país o a otro Estado y la permanencia (entiéndase albergue y transporte) de población nacional o extranjera. En cuanto a la fabricación o falsificación de documentos para el ingreso o la estancia, lo incluye el Código Penal Federal. En cuanto a los años de prisión,

es el país con las penas más largas, de 8 a 16 años.

Otra de las limitaciones de carácter jurídico está relacionada con la determinación del bien jurídico tutelado.<sup>3</sup> Autores como Genovese (2023), señalan que en la definición de tráfico ilícito de migrantes el bien jurídico tutelado es la soberanía del Estado, pues el delito se consuma cuando el traficante facilita el ingreso o habilita la estancia de una persona migrante en un país determinado. Sin embargo, partiendo del supuesto de que la norma jurídica también busca proteger la dignidad y los derechos humanos de las personas migrantes, las personas objeto de tráfico también deberían ser consideradas como bien jurídico tutelado (Genovese, 2023).

De manera similar, Casillas (2018) argumenta que, si se considera la dignidad humana como bien jurídico tutelado, el tráfico ilícito de migrantes se consuma cuando el bien jurídico (la persona migrante) se ve puesto en peligro o se ve materialmente afectado, lo cual puede ocurrir en cualquiera de las fases o modalidades del TIM (Casillas, 2018). En consecuencia, el reto para los Estados consiste en incorporar en

su marco jurídico nacional leyes y políticas que garanticen los derechos humanos y la protección de las personas migrantes objeto de tráfico.

## METODOLOGÍA

La estrategia metodológica se desarrolló en tres momentos: primero se llevó a cabo una búsqueda, revisión y recolección de información, consistente en reportes, artículos, diagnósticos, estudios e informes sobre las tendencias de la migración, así como sobre el impacto y la evolución del TIM a nivel internacional y regional, con énfasis en América Central, América del Norte y México. En un segundo momento, se aplicaron dos instrumentos para la recolección de datos. El primero fue un cuestionario estructurado y el segundo, entrevistas semiestructuradas a informantes clave. Se conformó una muestra de carácter intencional. El perfil de estos informantes clave cumplió con tres características fundamentales: a) trabajar o haber trabajado de manera directa con personas migrantes; b) trabajar o haber trabajado en alguna de las instituciones que tienen facultades para atender casos de TIM; y c) tener al menos tres años de experiencia en el tema. Se encuestó a 53 personas funcionarias que laboraban en alguna de las siguientes instituciones: la Secretaría de Marina (Semar), el Instituto Nacional de Migración (Inami) y la Fiscalía General de la República (FGR). Se ubicaban en Baja

<sup>3</sup> El bien jurídico tutelado se refiere a los intereses legítimos que están protegidos por la ley penal. Para determinar el bien jurídico tutelado en el caso del delito de tráfico ilícito de migrantes resulta fundamental identificar quién es el sujeto pasivo y el sujeto activo. En este caso, se identifica como el sujeto pasivo al Estado y como sujeto activo a la persona o las personas que realizan la conducta típica del delito, es decir, las personas traficantes. Véase: Genovese (2023).

California, Nuevo León, Sonora, Querétaro, Estado de México, Ciudad de México, Veracruz y Chiapas.

El tercer momento fue el análisis de los datos, que se llevó a cabo a partir de dos unidades de análisis: a) conocimientos en materia de TIM y b) capacidades y coordinación interinstitucional. En cada una de ellas se buscó vincular, por un lado, los hallazgos obtenidos a través del cuestionario y la información recabada durante las entrevistas y, por otro, complementarla con los datos y el conocimiento disponible actualmente, con el fin de identificar los retos asociados al tráfico ilícito de migrantes en México. Las entrevistas semiestructuradas fueron transcritas y analizadas con software especializado. A los datos obtenidos de los cuestionarios estructurados se les dio un tratamiento analítico cuantitativo, tomando en cuenta que no se trata de una muestra estadísticamente representativa.

## RETOS EN LAS CAPACIDADES INSTITUCIONALES Y REGULATORIAS

El análisis de los retos se llevó a cabo a partir de dos categorías de análisis: 1) conocimientos en materia de TIM y su correlación con delitos conexos en México, 2) capacidades institucionales para la identificación y atención de casos de tráfico ilícito de migrantes. El cuadro 1 presenta un resumen de los resultados obtenidos,

agrupados por categoría de análisis (véase el cuadro 1).

**Cuadro 1.** Retos en materia de conocimientos y capacidades para la prevención del tráfico de personas

Conocimientos	Capacidades
Definición y elementos constitutivos del delito	Roles de autoridades no identificados
Confusión conceptual entre Trata de Personas y TIM	Recursos humanos y materiales insuficientes
Modalidades del delito	Desconocimiento de marcos normativos nacionales e internacionales
<i>Modus Operandi</i>	Actos de corrupción
Delitos conexos	Falta de una Ley Especializada en Materia de TIM

**Fuente:** Elaboración propia con información obtenida en el cuestionario estructurado.

### 1) Conocimientos en materia de tráfico ilícito de migrantes y su correlación con delitos conexos en México

Los resultados obtenidos a partir de la aplicación del cuestionario señalan que no se conoce con exactitud en qué consiste el delito de tráfico ilícito de migrantes y, en la práctica, se confunde con el delito de trata de personas. De las personas participantes, veinte entendieron por tráfico ilícito de migrantes “la entrada ilegal de una persona en un Estado para obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Más de la mitad (27 respuestas) manifestó entender por TIM “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recu-

riendo a la amenaza o al uso de la fuerza”, mientras que los seis restantes entienden el delito de tráfico como “La esclavitud, la explotación con fines sexuales y/o laborales, el matrimonio forzado y la mendicidad forzada, entre otras”. Esto corrobora, por un lado, que no se conoce con exactitud la definición dada en el artículo 3 del Protocolo de Palermo, ni en el artículo 159 de la Ley de Migración, en donde se tipifica el tráfico ilícito de migrantes; y por el otro, que es muy común que se confunda con el delito de trata de personas.

Algo similar ocurre en cuanto a las características del TIM. Las dos características más identificadas por las y los funcionarios son: a) que la persona migrante es objeto del delito, y b) que implica un cruce de fronteras. Sin embargo, también señalaron mayoritariamente características y/o elementos del delito de trata de personas, como que la persona migrante siempre es víctima del delito, y que es un delito cuyo fin es la explotación de la persona.

Con base en estos resultados, podemos deducir que, en la práctica, las y los funcionarios suelen identificar hechos relacionados con el delito de trata de personas, como el tráfico ilícito de personas migrantes. Si bien la trata de personas y el TIM son delitos que ocurren como parte del fenómeno migratorio y pueden presentarse de manera conjunta, es importante destacar que son distintos. No obstante, esta distinción no resulta clara para las y los

funcionarios al momento de identificar y prevenir el delito en el desempeño de sus labores cotidianas, y es muy común que prioricen elementos de otros delitos antes que el tráfico ilícito de migrantes. Tal y como lo señaló el informante INAMI-2:

“[...] cuando nos encontramos con migrantes mientras hacemos los operativos casi siempre son víctimas de muchos delitos. Ya les robaron, ya los extorsionaron, sobre todo aquí en la frontera, a las mujeres ya les abusaron [...] entonces por todas esas cosas que uno ve, yo creo que por eso mis compañeros siempre piensan que es un caso de trata [...]”

También se identificó que existe la idea de que los delitos de trata de personas y de TIM son delitos siempre relacionados, así lo expresó el informe INAMI-1:

“[...] el tráfico y la trata están íntimamente relacionados [...], porque yo creo que antes de trata fueron traficados, fueron sujetos de tráfico antes de caer en trata, pero también hay tráfico de menores, sustracción de menores, o sea hay muchos delitos conexos y muchas situaciones conexas pero que llevan a una cosa, la trata y el tráfico [...]”

Por otro lado, aunado a la falta de conocimiento preciso sobre la definición del tráfico y sus elementos, derivado de las en-

trevistas realizadas, se identificó que, debido a la naturaleza clandestina del delito de TIM, resulta muy difícil para las autoridades identificarlo de manera inmediata, pues no se pueden corroborar todos los elementos del delito, tal y como indicó el informante SEMAR-1:

“[...] nosotros hacemos labores de patrullaje en aguas, y para nosotros es bien difícil probar que es tráfico, nosotros lo que vemos son inmigrantes y hasta niños que vienen en muy malas situaciones y que pusieron en riesgo su vida en el mar, porque de seguro los abandonaron, no, que es lo que pasa normalmente, son víctimas de los coyotes y polleros que los dejan ahí abandonados en el mar, y pues uno los rescata y los pone a disposición, pero no sabemos con exactitud si es tráfico [...]”

Siguiendo esta lógica, aunque en algunas ocasiones las y los funcionarios puedan advertir un posible caso de TIM, no siempre cuentan con toda la información, con todas las pruebas y con la declaración de las personas migrantes para acreditar todos los elementos del delito, así lo expresó el informante FGR-1:

“[...] las personas [migrantes] vienen coaccionadas, dada la vulnerabilidad en el que se encuentran en ese momento no quieren señalar a quienes son los guías o quiénes son los que están siendo res-

ponsables del traslado. Entonces generalmente esos guías [...] se hacen pasar como migrantes. Ya cuando quedan solos con nosotros, ya confiesan, ahí ya nos dicen la verdad, que determinadas personas vienen guiándolas por el territorio nacional, y es allí donde se les cambia la situación jurídica [...]”

Se encontró también, que uno de los elementos más difíciles de identificar y de acreditar por parte de las autoridades es el beneficio económico o el lucro. Esto se debe a dos cuestiones, la primera está relacionada con la poca o nula cooperación por parte de las personas migrantes al momento del primer contacto con autoridades que fungen como primeros respondientes, y la segunda, tiene que ver con las facultades con las que cuentan o no las instituciones para llevar a cabo actos de investigación, así lo señaló el informante FGR-2:

“[...] necesitamos forzosamente tener de dónde agarrarnos, de dónde sacar el hilo [para acreditar el lucro], si no tenemos nosotros tickets de depósitos o números telefónicos que nos proporcionen las víctimas sería muy difícil. Si no tenemos esos datos se nos complica y es que los extranjeros que están declarando ante nosotros aún se sienten miedosos, se sienten a veces confundidos, y lo que evidentemente, lo que siempre este pasa es

de que no nos dan datos de sus familiares, no nos dan nombres o nos dan números telefónicos incompletos por el temor a que vayan a de ser deportados [...]"

Del mismo modo, el informante INAMI-2, indicó lo difícil que es acreditar el elemento del lucro sin pruebas o la declaración de las personas migrantes:

"[...] es que lo que pasa es que la gente que se dedica al tráfico de personas a los migrantes les dicen mira, en caso que nos agarren ustedes no digan nada, nada, porque tienen, les dan como tres oportunidades para pasar sí, hasta los llevan condicionados sí, es por eso que los migrantes nomás dicen "no pues yo soy fulano de tal, vengo de tal lugar y pues pagué para que me lleven a Estados Unidos y a la persona que le pagué, yo no conozco, pues solamente sé que les dicen que alfa uno o alfa dos", o sea, ponen sobrenombres, "pero no lo ubico, no sé quién es" [...]"

Finalmente, conforme a la información recabada en las entrevistas y en el cuestionario, podemos identificar como retos importantes en materia de conocimientos para la identificación y prevención del delito de tráfico ilícito de migrantes los siguientes: 1) falta de una correcta identificación de los elementos constitutivos del delito de TIM conforme a la definición del artículo 3 del protocolo de Palermo, ni a los artículos 159 y

160 de la Ley de Migración por parte de las y los funcionarios públicos con facultades en el tema, 2) Confusión entre los hechos relacionados con el delito de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes al momento de la identificación de posibles casos de tráfico y 3) dificultad para acreditar el delito de TIM por parte de las autoridades competentes, dado que no siempre se pueden acreditar todos los elementos del delito, especialmente el que tiene que ver con el beneficio económico o material y el lucro.

## *2). Capacidades institucionales para la identificación y atención de casos de tráfico ilícito de personas migrantes*

Las capacidades institucionales se refieren a la manera de dar respuesta al delito en términos de atribuciones legales y administrativas, así como al aprovechamiento de recursos materiales, financieros y humanos. La capacidad de un Estado para actuar está determinada por las competencias que le han sido asignadas y por las limitaciones a nivel jurisdiccional.

Y en el contexto del derecho internacional, esta jurisdicción se traduce en competencia, que determina las capacidades de un Estado para responder a delitos como el TIM (Gallagher & David, 2014). Todas estas capacidades institucionales deben verse reflejadas tanto en el cumplimiento de las disposiciones legales en general como en las facultades específicas de cada institución. Aunque en México la Secretaría de Gober-

nación es la encargada de formular y dirigir la política migratoria, todas las instituciones que intervienen en la atención a personas migrantes tienen la responsabilidad de actuar en consecuencia y dentro del marco de sus atribuciones.

Es importante señalar que el gobierno mexicano cuenta con una ley federal en materia de trata de personas, pero no cuenta con una ley federal que persiga y castigue el tráfico ilícito de migrantes. No obstante, resultado de los esfuerzos conjuntos entre la Secretaría de Gobernación, (SEGOB) y la Organización Internacional para la Migraciones (OIM), se desarrolló la Estrategia Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes con Perspectiva de Género (2023-2025). Mediante este instrumento, el Gobierno de México busca brindar orientación y lograr una respuesta articulada de todas las instituciones con atribuciones en materia de tráfico ilícito de personas migrantes, desde un enfoque integral.

Como resultado de la aplicación del cuestionario y las entrevistas a las y los funcionarios con atribuciones en materia de TIM, se identificaron cuatro retos principales en cuanto a las capacidades institucionales para la prevención de ese delito: 1) desconocimiento de los procedimientos y protocolos existentes por parte de las autoridades, 2) falta de recursos humanos y materiales para la adecuada identificación e investigación de este deli-

to y 3) corrupción en los procedimientos que llevan a cabo las distintas instituciones para atender casos de tráfico ilícito de migrantes y 4) falta de coordinación entre instituciones y niveles de gobierno.

En cuanto al desconocimiento de los procedimientos y protocolos para la atención de casos de TIM se tiene que, si bien en México el tráfico ilícito de migrantes se encuentra tipificado en los artículos 159 y 160 de la Ley de Migración, son muy pocos los funcionarios con atribuciones en la materia que identifican este marco normativo y que lo aplican. Por ejemplo, de un total de 53 funcionarios encuestados, 32 identifican algún marco normativo para la atención de casos de tráfico, el resto señala no saber o no contar con uno. Sin embargo, resulta fundamental señalar que sólo 3 de ellos pertenecientes al INAMI identificaron la Ley de Migración de manera específica. En el caso del personal de FGR y de SEMAR, ambos hacen alusión a sus propios marcos normativos, como son el Código Penal Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y el Protocolo de Actuación del Personal Naval en Funciones de Guardia Costera; sin embargo, estos no son especializados en tráfico ilícito de migrantes.

Ahora bien, este desconocimiento del marco normativo existente en materia de TIM se debe a que este no es completo ni autónomo (Gallagher, 2015), es decir, requiere múltiples marcos jurídicos transversales a

nivel nacional e internacional para su adecuada atención. Como consecuencia, no solo no se aplican sus disposiciones, sino que tampoco se incorpora la atención de este delito como parte de los planes de capacitación de las y los funcionarios, y no existen áreas especializadas en el interior de cada institución encargadas de su atención. Por ejemplo, se identificó que la única institución con un área especializada en la que atienden casos de tráfico es la FGR, que cuenta con la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes, así lo señalaron 16 de los 53 funcionarios encuestados. Cabe señalar que esta unidad solo tiene atribuciones en materia de investigación, por lo tanto, ello representa un reto para las y los funcionarios con atribuciones para la identificación y la prevención del tráfico ilícito de migrantes.

Aunado a lo anterior, otro de los retos identificados fue la falta de capacitación y de *expertise* con la que cuentan las y los funcionarios en materia de TIM. Así se señaló el informante FGR-3:

“[...] muchos compañeros [...] ahora sí que ellos van aprendiendo sobre la marcha se podría decir... pero sí es lo que yo considero que falta la profesionalización, y los cursos de tráfico de migrantes deben de ser constantes [...] sí, constantes en cuanto a la cuestión de leyes, en aplicar los protocolos, y no están difíciles por-

que con puros ejercicios aprendes y lo implementas [...]”

Del mismo modo, el informante SEMAR-1, indicó que si bien ellos reciben capacitación para la identificación de varios delitos, el tráfico ilícito de migrantes es un tema que no se ha abordado lo suficiente en su institución:

“[...] claro que nosotros si recibimos capacitación, por ejemplo, tenemos un curso con la guardia costera de Estados Unidos, ahí nos enseñan a prevenir y disuadir muchos delitos en la zona económica exclusiva, sobre todo a interceptar embarcaciones sospechosas, porque pues advertimos que pueden estar transportando cosas ilegales, pero el asunto es que no nos han enseñado como tal un curso específico sobre tráfico de personas, y nos hace falta, pienso yo [...]”

El informante FGR-2 señaló no solo la falta de especialización sino también la necesidad de capacitación al personal de otras instituciones que pueden fungir como primeros respondientes en un caso de tráfico ilícito de migrantes:

“[...] lo que falta es que [los funcionarios] se especialicen, digamos, en los delitos comunes que hay en el país, que es el tráfico de personas, drogas, armas, órganos, sí, que sepan cómo tienen que actuar, ob-

viamente es muy diferente trabajar en Sinaloa que trabajar en Ciudad de México, igual Tamaulipas, sí, o sea, todo eso es lo que hace falta, no se especializa a las policías o a la institución, incluso al ejército, SEDENA sí hacen funciones de policía y no se especializa [...]

Algo similar fue mencionado por un funcionario de INAMI (INAMI-2):

“[...] yo le aseguro que estamos en un 40% del 100% del conocimiento de las leyes y los protocolos, y por ejemplo SEDENA, SEMAR, Guardia Nacional que hacen funciones de policía, deben de apegarse a lo que dice el protocolo, y no solamente las policías, también ellos, y es donde ellos les falla [...]”

Otra explicación que se puede encontrar respecto a la necesidad de capacitación sobre el delito de TIM se relaciona, por un lado, con el hecho de que el 65% de las y los funcionarios que respondieron el cuestionario estructurado dijeron contar con menos de cinco años de experiencia en la atención de personas migrantes; y por otro lado, con el hecho de que sólo el 8% del total de los funcionarios argumentó tener un nivel especializado de conocimiento del delito. Esta falta de conocimientos respecto al TIM forma parte del segundo reto identificado en cuanto a capacidades institucionales, aunado a la insuficiencia

de recursos asignados y la escasez de recursos humanos al interior de cada institución. Así lo señalaron las y los funcionarios durante las entrevistas:

Informante INAMI-1:

“[...] hay que dimensionar la superficie del territorio [mexicano], la superficie de la zona económica exclusiva que es dos y medio veces el territorio nacional [...] entonces qué fuerza humana se requiere para efectivamente atender esas situaciones, no solo de la procuración de la justicia sino para capturar a los traficantes o de inhibir esa actividad, el tráfico de migrantes, o sea, se hacen grandes esfuerzos pero de qué tamaño necesita ser el aparato de medios [...] y de recursos humanos, por supuesto y financieros, para que se pueda decir estamos cumpliendo al 100% [...]”

Informante FGR-3:

“[...] es que de hecho pues aquí lo que también hace falta es personal, somos muy pocos, muy pocos, y por más que quiera uno abarcar no se puede, [...] imagínese, en mi unidad somos 11 para toda la república, y en promedio cada uno traemos entre 20 y 30 carpetas destinadas y más las que se van generando [...]”

También identificaron como reto el incremento de los flujos migratorios, y si bien esta no es una cuestión meramente

de carácter institucional, sí es importante señalar que ha impactado de manera directa, por un lado, a las y los funcionarios en su capacidad de respuesta, y por el otro, a las personas migrantes, quienes se ven afectadas por los largos tiempos de espera, la desinformación respecto a los trámites migratorios y las limitaciones de idioma debido a la falta de intérpretes y traductores que les acompañen en sus procesos.

Aunado a todo lo anterior, el tercer reto en materia de capacidades institucionales está relacionado con el incremento de los actos de corrupción que se registran en los procedimientos que llevan a cabo las distintas instituciones para atender casos de TIM. Lo importante a rescatar es que los propios funcionarios reconocen que este tipo de actos ocurren en el día a día cuando se encuentran con posibles casos de tráfico ilícito de migrantes:

Informante FGR-1:

“[...] hablamos con personas, pues movían migrantes, sobre cómo era su modus operandi. Los movían a través de una agencia de viajes. La agencia de viajes le daba un papel [al traficante], como que los estuviera contratando y ya lleva el dinero que tiene que ir repartiendo a ciertas autoridades, porque también hay corruptos de todos los niveles [...]”

Informante INMAI-1:

“[...] sí, [los traficantes] ya saben a qué autoridad le tienen que dar tanto, incluso ellos mismos dicen: yo cuando llego a Tamaulipas o a Monterrey a mí la delincuencia o las autoridades me dicen “a mí nomás dame mi parte y pásale”, eh, así, y así se manejan, ahora sí que el que mejor pague lo dejan pasar [...]”

Informante FGR-3:

“[...] los compañeros en muchos de los casos cuando tienen oportunidad de estar frente a un hecho con apariencia de delito, como es el caso de transporte de personas migrantes, lo primero que tienen evidentemente es contacto con el infractor [posible traficante], deberían cuestionarlo, a dónde vas, por qué vas, pero lamentablemente no lo hacen para mitigar el delito, lo hace para encontrarlo y en ese momento negociar el hecho: “ya vi que estás transportando, así es que si nos ponemos de acuerdo te dejo libre” [...]”

Teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno migratorio actual y la evolución de las redes de TIM en México concretamente, resulta fundamental que las instituciones que cuentan con atribuciones en la materia dispongan de mecanismos de coordinación interinstitucional y acuerdos de cooperación a nivel regional

para la prevención y atención de este delito. En este sentido, luego de la aplicación del cuestionario y de la realización de las entrevistas pudimos identificar tres retos en materia de coordinación interinstitucional: 1) falta de legislación especializada en materia de TIM que especifique las atribuciones de cada institución que participa en la atención de estos casos, 2) no existe el mismo nivel de coordinación entre todas las instituciones y no todas las que participan en la atención de casos de tráfico ilícito de migrantes se coordinan, 3) falta de reconocimiento sobre la función y atribuciones para prevenir, identificar, investigar y judicializar casos de TIM en los niveles federal, estatal y local.

Similar a lo que ocurre con las capacidades institucionales, la falta de una ley especializada en materia de TIM se ha convertido en un reto para la coordinación, ya que no tener conocimiento por parte de las distintas instituciones de cuáles son sus atribuciones específicas y las de otras instituciones en materia de tráfico dificulta la coordinación y la colaboración entre estas para la atención de este delito. Así lo manifestaron tres de los informantes clave:

**Informante SEMAR-1:**

“[...] yo y mis compañeros, claro que sabemos cuál es nuestro trabajo porque pues tenemos nuestros protocolos, cuando andamos en aguas cada uno actúa con-

forme a la ley, sí, pero pues está difícil la situación porque en nuestros marcos legales, me refiero a los de Marina, no viene especificado qué debemos hacer con un caso de traslado de migrantes, o sea, no sé si me explico, no dice como tal qué protocolos seguir en un caso de tráfico de personas [...] pienso que sí nos hace falta una ley [...]”

**Informante INAMI-2:**

“[...] yo creo que el tema [de la coordinación interinstitucional] debe ser atendido primero en la frontera sur. Yo creo que controlando la frontera sur se controla el tráfico muchísimo, nosotros tenemos muchas autoridades que coadyuvan con nosotros la Guardia Nacional, la Armada, el ejército, algunos policías estatales [...], pero sí es complejo, o sea, cuántos dentro de la migración irregular, cuántos delinquentes [posibles traficantes] pueden ir ahí, y todo porque no siempre estos elementos [otras instituciones] saben cómo actuar [...]”

Como segundo reto también se pudo identificar que no todas las instituciones se coordinan de la misma forma ni en el mismo nivel. Por ejemplo, la institución con la que se tiene la mayor colaboración en materia de TIM es el Inami, seguido de la Guardia Nacional y la FRG. Esto puede explicarse por el hecho de que el Inami

es la única institución que cuenta con un marco normativo en el que se tipifica este delito, la Ley de Migración, por lo tanto, las y los funcionarios identifican claramente cuáles son sus atribuciones en la materia y cómo deben actuar para prevenir, identificar este delito en coordinación con otras instituciones. Además, se pudo constatar que el Inami desempeña un papel fundamental al coordinarse con instituciones como la FGR en los procesos de investigación y judicialización del delito de tráfico.

#### Informante FGR-1:

“[...] hay otras áreas que sí nos ayudan muchísimo, que sí tienen apertura, tienen flexibilidad, por ejemplo, el Instituto Nacional de Migración a nosotros nos ha ayudado muchísimo, porque nos rinden el informe de manera ágil y en los términos que nosotros deseamos, de igual manera aquí nosotros nos auxiliamos de servicios periciales, dictámenes de fotografías, dictámenes de vehículos, de tránsito de vehículos, dictámenes de evaluación, de criminalística, esos dictámenes generalmente nos rinden en las primeras 24 horas, igual Migración dentro de las primeras 24 horas, Interpol un poquito más, pero sí tenemos la respuesta dentro de las 48 horas [...]”

#### Informante FGR-3:

“[...] en este tipo de delitos, nos auxiliamos también con el Instituto Nacional de Migración, ese instituto nos dota de determinada información [...] porque cuando ellos, este, digamos detienen, tienen la facultad para detener a un autobús con migrantes, ellos tienen que hacerle de conocimiento obviamente a la primera autoridad, entonces la primera autoridad que siempre está con ellos o es GN [Guardia Nacional] o es Sedena [...]”

Contrario a esto, instituciones como la Semar, Guardia Nacional o Sedena que juegan un papel importante en los procesos de identificación e investigación de posibles casos de tráfico, son con las que se dificulta más establecer una coordinación. Así lo manifestó el informante FGR-1:

“[...] con instituciones del orden castrense es bastante difícil, porque hay temas jurídicos que ellos no entienden o sus jefes no quieren entenderlos, nosotros tratamos de ayudar en todo para que las cosas salgan bien, desde luego cuando las cosas vienen de manera correcta, cuando no hay transgresión a derechos humanos y el acto de los elementos estuvo apegado a legalidad, nosotros tratamos de ayudarles en todo lo jurídico, pero hay ocasiones que las instituciones castrenses se cierran y no dejan ayudar-

se, todo por indicaciones de sus superiores [...]”

Del mismo modo lo indicó el informante FGR-3:

“[...] entonces solamente cuando vamos, digamos, a intervenir en cuestión que, pues dicen que hay gente vamos [personas migrantes], pero nunca se pide colaboración digamos de Sedena, Guardia Nacional o Marina, quizá solo para que te den seguridad, porque no saben mucho del tema [tráfico ilícito de migrantes], pero el trabajo en sí lo hacemos nosotros, obviamente Migración, pues ellos son los que te ayudan, pero ya digamos una intervención directa para un cateo, una bodega, una casa, lo hacemos nosotros, ellos casi no se involucran [...]”

Finalmente, el tercer reto identificado fue la dificultad de coordinación entre instituciones a nivel federal, estatal y municipal. Dado que el TIM puede ocurrir en muchas entidades del territorio mexicano, son numerosas las autoridades involucradas en los procesos de identificación, canalización e investigación de este delito. Sin embargo, actualmente no existen mecanismos para que todas estas instituciones puedan intercambiar información sobre posibles casos de tráfico, ni brindar atención integral a las personas migran-

tes identificadas como víctimas de delitos conexos.

De lo anterior, también se identificó que el área en la que más se requiere fortalecer la coordinación interinstitucional es en los procesos de investigación del delito, sobre todo, en lo que respecta a las fiscalías estatales y la FGR. Cuando una fiscalía estatal o una autoridad local detecta un caso de TIM, por ejemplo, durante operativos de revisión de vehículos o de rescate de migrantes en tierra o en mar, se debe informar de inmediato a la FGR, pues este es un delito del fuero federal. Aunque la FGR abra una carpeta de investigación y asuma la dirección del posible caso de tráfico, se requiere del apoyo de las fiscalías estatales en la investigación inicial y en la recolección de pruebas sobre los implicados. No obstante, en muchos casos esto no ocurre.

## CONCLUSIÓN

Analizar los retos para prevenir el tráfico de personas migrantes a partir de las experiencias de las y los funcionarios genera insumos importantes para posicionar este delito como un tema fundamental en el marco de la política migratoria en México. En los resultados se identificaron retos en dos rubros principales: a) conocimientos, b) capacidades institucionales y coordinación interinstitucional. La falta de conocimientos sobre el TIM, sumada a la poca identificación de los elementos constituti-

vos del delito y a su confusión con el delito de trata de personas, constituye el primer reto al que se enfrenta el gobierno mexicano. Como se pudo corroborar, esto ocurre por varias razones. Una de las principales tiene que ver con el hecho de que no existe información de carácter empírico ni datos actualizados basados en evidencia sobre este delito, y a los cuales tengan acceso las y los funcionarios.

En cuanto a los retos en materia de coordinación institucional, puede argumentarse que podrían deberse a la falta de un marco normativo especializado en tráfico. Dado que el TIM es un delito del fuero federal, se constató que, en los niveles estatales y locales, las instituciones se declaran incompetentes y no participan en los procesos de investigación y judicialización de casos de tráfico, así como en la atención a las personas migrantes objeto de tráfico. En este sentido, resulta necesario que las y los funcionarios de instituciones como Inami, Semar y FGR, y otras como Guardia Nacional, Sedena, policías ministeriales, Comar, DIF, Sipinna, entre otras, cuenten con instrumentos que guíen y articulen las distintas acciones que estas realizan con el fin de prevenir, identificar, investigar y judicializar casos de tráfico ilícito de migrantes.

La falta de un marco normativo integral en materia de TIM tiene como consecuencia no solo que no se apliquen sus disposiciones, sino que no se incorpore la aten-

ción de este delito como parte de los planes de capacitación de las y los funcionarios y que no existan áreas especializadas al interior de cada institución encargada de la atención de este.

Resulta importante señalar que las dinámicas del TIM están en constante evolución. Hoy en día, para las personas migrantes resulta fácil acceder a servicios de tráfico o coyotaje a través de las redes sociales, como Tik Tok, Facebook o Instagram, y para las personas traficantes el uso de estas plataformas ha servido como medio para ofrecer y promover sus servicios, sus paquetes y hasta planes de financiamiento. Este uso de redes sociales y de aplicaciones de mensajería también ha evidenciado la incorporación de nuevos actores en actividades de tráfico ilícito de migrantes.

La incorporación de tecnologías de la comunicación de amplio acceso representa uno de los mayores retos para las y los funcionarios, pues no solo implica la identificación de las nuevas dinámicas en el delito de TIM, sino que requiere de un mayor nivel de especialización y capacitación en el uso de nuevas tecnologías para la identificación y prevención del delito, así como para rastrear los flujos financieros asociados al mismo, pero, sobre todo, para la investigación de casos, pues la información obtenida y compartida a través de estas plataformas podría servir de evidencia para la identificación de posibles

redes de tráfico y de rutas que pudieran representar mayores riesgos para las personas migrantes.

Finalmente, aunque el diseño de política pública no fue el objetivo, los hallazgos de esta investigación aportan una base empírica para el diseño de políticas públicas en materia de TIM en México, al evidenciar la necesidad de fortalecer las capacidades institucionales, mejorar la coordinación interinstitucional y desarrollar un marco normativo especializado que incorpore elementos de este delito, rutas y protocolos de coordinación, así como procesos de capacitación y uso de tecnologías de la información para la prevención e investigación del delito.

## REFERENCIAS

- Achilli, L. (2018). The “good” smuggler: The ethics and morals of human smuggling among Syrians. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 676(1), 77-96. <https://doi.org/10.1177/0002716217746647>
- Aziani, A. (2021). The heterogeneity of human smugglers: A reflection on the use of concepts in studies on the smuggling of migrants. *Trends in Organized Crime*, 26(1), 3-19. <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09435-w>
- Baird, T., & Van Liempt, I. (2016). Scrutinising the double disadvantage: Knowledge production in the messy field of migrant smuggling. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 42(3), 400-417. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2015.1103172>
- Brachet, J. (2018). Manufacturing smugglers: From irregular to clandestine mobility in the Sahara. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 676(1), 16-35. <https://doi.org/10.1177/0002716217744529>
- Casillas, R. (2018). Convergencias y divergencias en los marcos jurídicos de los países del norte centroamericano, México y Estados Unidos, en materia de tráfico de migrantes. *Migración y Desarrollo*, 16(30), 95-121. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-75992018000100095](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992018000100095)
- Correa Cabrera, G. (2022). *Dismantling migrant smuggling networks in the Americas*. Belfer Center for Science and International Affairs. [https://www.belfercenter.org/sites/default/files/files/publication/Paper13\\_Cabrera\\_DismantlingMigrantSmuggling\\_V2.pdf](https://www.belfercenter.org/sites/default/files/files/publication/Paper13_Cabrera_DismantlingMigrantSmuggling_V2.pdf)
- Gallagher, A., & David, F. (2014). Acting against migrant smuggling: Capacities and limitations. En A. T. Gallagher & F. David, *The international law of migrant smuggling* (pp. 202-275). Cambridge University Press.
- Gallagher, A. T. (2015). Migrant smuggling. En N. Boister & R. J. Currie (Eds.), *Routledge handbook on transnational criminal law* (pp. 187-209). Routledge. <https://static1.squarespace.com/static/5b7ea2794cde7a79e7c00582/t/6348330cec4e21646665d315/1665676046236/rout-hand-trans-criminal+law.pdf>
- Genovese, R. (2023). Tráfico ilícito de migrantes: Diferencia con la trata de personas. *Revista Pensamiento Penal*, 489, 1-12. <https://>

- www.pensamientopenal.com.ar/system/files/geno.pdf
- Hernández, R. (2021). *Especialidad en migración internacional: Introducción*. Política migratoria de México [Video]. El Colegio de la Frontera Norte. <https://campusvirtual.colef.mx/posgrados/course/view.php?id=152>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (pp. 508–530). McGraw-Hill.
- Mármora, L. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Paidós.
- Mármora, L. (2010). Modelos de gobernabilidad migratoria. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 18(35), 71-92. <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042012004.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. ONU. <https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2000/es/128416>
- Salinero Echeverría, S. (2019). El delito de tráfico de migrantes: Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(155), 481-510. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14955>
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2010). *Issue paper: A short introduction to migrant smuggling*. UNODC. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue\\_Paper\\_-\\_A\\_short\\_introduction\\_to\\_migrant\\_smuggling.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue_Paper_-_A_short_introduction_to_migrant_smuggling.pdf)
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2018). *Global study on smuggling of migrants 2018*. UNODC. [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM\\_2018\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf)
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2021). *UNODC toolkit for mainstreaming human rights and gender equality into criminal justice interventions to address trafficking in persons and smuggling of migrants*. UNODC. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/GLO-ACTII/UNODC\\_Toolkit\\_for\\_mainstreaming\\_Human\\_Rights\\_and\\_Gender\\_Equality\\_February\\_2021.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/GLO-ACTII/UNODC_Toolkit_for_mainstreaming_Human_Rights_and_Gender_Equality_February_2021.pdf)
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2022). *Abuso y abandono: Una perspectiva de género sobre los delitos agravados del tráfico ilícito de migrantes y su respuesta*. UNODC. [https://www.unodc.org/documents/ropan/2022/ESP\\_Abuso\\_y\\_Abandono.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2022/ESP_Abuso_y_Abandono.pdf)
- Van Liempt, I., & Doomernik, J. (2006). Migrants' agency in the smuggling process: The perspectives of smuggled migrants in the Netherlands. *International Migration*, 44(4), 165-190. [https://pure.uva.nl/ws/files/2143249/45951\\_IM\\_article.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2143249/45951_IM_article.pdf)





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

ADRIELY FRANCO<sup>1</sup>

ROSA ALICIA GARCÍA COMPEÁN<sup>2</sup>

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.1.2>

---

FECHA DE ENVÍO: 06 DE JULIO 2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 09 DE FEBRERO 2026

---

# Análisis comparado de la gestación por sustitución en México: hacia una propuesta legislativa para Baja California Sur

## Comparative analysis of surrogacy in Mexico: towards a legislative proposal for Baja California Sur

### RESUMEN

La gestación por sustitución constituye un reto jurídico y ético en México debido a la ausencia de una legislación federal uniforme. Este artículo tiene como objetivo proponer un marco normativo integral para Baja California Sur que garantice la seguridad jurídica de todas las partes involucradas. Desde un enfoque interpretativista y mediante análisis documentales y comparativos, se revisan los marcos normativos de Tabasco y Sinaloa, identificando vacíos y diferencias significativas. Como resultado principal, se formula una propuesta legislativa que establece el acceso universal, sin discriminación por estado civil, orientación sexual o nacionalidad, así como controles médicos, psicológicos y judiciales previos y posteriores, incluyendo una compensación estrictamente resarcitoria, que prohíbe la comercialización, y garantizando el interés superior del menor como principio rector. Se concluye que es viable implementar un modelo regulatorio

---

1 Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California Sur. Extensión Académica de Los Cabos, México. <https://orcid.org/0009-0001-8542-7163>.

2 Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California Sur, Extensión Académica de Los Cabos, México. Licenciada en Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Maestra en Administración de empresas de la Universidad Autónoma de Chihuahua de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales en Ciudad Juárez, Maestra en Ciencia Política por la Universidad de Texas en El Paso, Estados Unidos. [ra.garcia@uabcs.mx](mailto:ra.garcia@uabcs.mx). <https://orcid.org/0009-0006-4142-4389>.

# ANÁLISIS COMPARADO

DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO: HACIA UNA PROPUESTA  
LEGISLATIVA PARA BAJA CALIFORNIA SUR

equilibrado que armonice los derechos reproductivos con la protección de la dignidad humana, posicionando a Baja California Sur como referente en la regulación ética de la reproducción asistida en México.

**Palabras clave:** gestación por sustitución; bioética; derechos humanos; derechos reproductivos; interés superior del menor.

## ABSTRACT

Surrogacy represents a significant legal and ethical challenge in Mexico due to the absence of uniform federal legislation. This article proposes a comprehensive regulatory framework for Baja California Sur that ensures legal certainty for all parties involved. Using an interpretivist approach and documentary-comparative analysis, the legal frameworks of Tabasco and Sinaloa are examined, identifying significant gaps and differences. The main research outcome is a legislative proposal that establishes universal access without discrimination based on marital status, sexual orientation, or nationality; comprehensive medical, psychological, and judicial controls both prior to and following the procedure; strictly compensatory reimbursement while prohibiting commercialization; and the paramount consideration of the best interests of the child as a guiding principle. The study concludes that implementing a balanced regulatory model that harmonizes reproductive rights with human dignity protection is viable, potentially positioning Baja California Sur as a benchmark for ethical regulation of assisted reproduction in Mexico.

**Keywords:** surrogacy; bioethics; human rights; reproductive rights; best interests of the child.

## NOTAS INTRODUCTORIAS

**G**racias a los avances tecnológicos, hoy existen alternativas que ofrecen esperanza a quienes no pueden concebir de forma natural. Entre estas opciones se encuentran las técnicas de reproducción asistida y, en particular, la gestación por sustitución. Estas prácticas, sin embargo, plantean complejos dilemas jurídicos y éti-

cos, especialmente en países como México, donde la ausencia de una legislación federal específica genera vacíos normativos y una marcada incertidumbre para las partes involucradas.

La problemática central radica en la falta de una regulación uniforme que otorgue certeza jurídica a los padres intencionales, a las mujeres gestantes y, sobre todo, a los menores nacidos mediante esta técnica. Surge, entonces, una pregunta clave: ¿qué materia debería regular la gestación por sustitución, considerando que involucra derechos y obligaciones familiares y contractuales, además de derechos constitucionales fundamentales como el derecho a formar una familia?

La doctrina especializada ha destacado la urgencia de avanzar en la construcción de marcos normativos sólidos en torno a la reproducción asistida. Albornoz (2016) advierte que la regulación fragmentada en los estados mexicanos fomenta la inseguridad jurídica y el turismo reproductivo. Ana Marrades Puig (2017), por su parte, analiza la gestación por sustitución como un tema de derechos fundamentales, considerando principios constitucionales de igualdad y de protección de la dignidad de las mujeres involucradas. De igual forma, Bollinger Ríos (2021) destaca la problemática en México al celebrarse acuerdos de gestación por sustitución en el vacío legal existente, así como las consecuentes violaciones a los derechos humanos de las personas involu-

cradas, principalmente el interés superior de la niñez. Asimismo, González Martín (2016) examina los aspectos transfronterizos de esta figura y destaca la necesidad de regulaciones armonizadas. Por su parte, Vargas Baca (2020) argumenta que es imperativa una regulación local en las entidades federativas para otorgar certeza jurídica en materia de filiación y nacionalidad de los menores nacidos por esta técnica. La autora subraya que el reconocimiento de la voluntad procreacional es fundamental, de modo que se establezca como padres o madres legales a las personas que celebraron el contrato de gestación por sustitución. Esta determinación legal, fundamentada en el acuerdo de voluntades, conlleva necesariamente la formalización de un contrato que delimite con precisión los derechos, las obligaciones y los efectos jurídicos para todas las partes involucradas.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es proponer un marco normativo para el estado de Baja California Sur que otorgue certeza jurídica a las personas que deseen recurrir a esta técnica, ya sea como solicitantes o como gestantes. La relevancia de esta investigación radica en que la ausencia de una regulación clara genera incertidumbre jurídica, abre la puerta a posibles abusos y coloca en situación de vulnerabilidad tanto a las mujeres gestantes como a los menores nacidos mediante este procedimiento. Su pertinencia se sustenta en la necesidad de armonizar

la legislación local con los principios constitucionales de igualdad, autonomía y no discriminación, garantizando la protección de los derechos fundamentales. Además, se justifica en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, específicamente en los relacionados con la salud (ODS 3), la igualdad de género (ODS 5) y la paz, justicia e instituciones sólidas (ODS 16).

Para brindar claridad al desarrollo, el artículo se estructura de la siguiente manera: en el primer apartado se presentan las notas introductorias con el planteamiento del problema y la justificación de la investigación; en el segundo se abordan aspectos metodológicos; en el tercero se proporcionan diferentes concepciones de la gestación por sustitución; en el cuarto se analiza el marco constitucional mexicano en relación con esta práctica; en el quinto se expone el marco teórico sobre la gestación por sustitución como derecho fundamental; en el sexto se revisa la normativa aplicable en México, con énfasis en Tabasco y Sinaloa; en el séptimo se identifican diferencias y vacíos en esas legislaciones; en el octavo se plantea una propuesta normativa para Baja California Sur; en el noveno se desarrolla la discusión; y en el décimo se presentan las conclusiones que sintetizan los hallazgos.

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

Esta investigación se enmarca en el paradigma interpretativo, el cual permite comprender fenómenos jurídicos desde sus significados sociales y normativos, más que desde la medición de variables, lo que resulta adecuado para el análisis de la gestación por sustitución no solo como institución jurídica, sino también de su contexto social, sus fundamentos axiológicos y su interacción con el sistema jurídico mexicano (Corbetta, 2007; Creswell, 2014). Desde un diseño no experimental, y un alcance descriptivo-analítico, se examina la realidad normativa sin manipulación de variables, a partir del análisis de fuentes legislativas y doctrinales (Hernández-Sampieri et al., 2014), para identificar vacíos legales y áreas de mejora.

La técnica empleada es la revisión documental y comparada, enfocada en la legislación mexicana, particularmente en las regulaciones vigentes en Tabasco y Sinaloa, con el fin de contrastarlas y extraer aprendizajes aplicables a Baja California Sur. Para este propósito, se recurre tanto al derecho comparado, entendido como un método de contraste entre sistemas jurídicos internos, como a la hermenéutica jurídica, necesaria para interpretar las normas constitucionales y su relación con los derechos humanos (Alexy, 1993). Esta estrategia metodológica permite proponer un marco normativo para Baja California

Sur, sustentado en principios de igualdad, autonomía y no discriminación.

### **¿QUÉ ES LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?**

La gestación por sustitución, también conocida como gestación subrogada, maternidad subrogada o vientre de alquiler, es definida por Beatriz Souto Galván (2005) como:

la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo; legalmente, es un proceso mediante el cual una mujer, llamada “gestante” o “madre sustituta,” lleva un embarazo y da a luz a un bebé en nombre de otra persona o pareja, quienes serán los padres intencionales o comitentes del niño. (p. 277)

A pesar del avance tecnológico, aún se plantean interrogantes sobre la dignidad y los derechos de la mujer gestante. Algunos argumentan que esta práctica puede conducir a la cosificación e instrumentalización del cuerpo femenino, reduciendo a la mujer a un medio para satisfacer el deseo de terceros de ser padres (Aparisi Miralles, 2017). Además, se cuestiona si el consentimiento de la madre gestante es verdade-

ramente libre, especialmente en contextos de vulnerabilidad económica, donde la necesidad financiera podría influir en su decisión (Regalado Torres, 2016).

Por otro lado, defensores de la gestación por sustitución sostienen que, bajo condiciones adecuadas y con el consentimiento informado de todas las partes, esta práctica puede ser una expresión de autonomía y altruismo por parte de la mujer gestante, además de brindar una oportunidad a personas o parejas que no pueden concebir hijos de forma natural.

Existen diferentes tipos de gestación por sustitución. Primero, según la relación genética, la gestación es de dos formas; la gestación por sustitución tradicional o parcial. En esta forma, la mujer gestante aporta su propio óvulo, por lo que tiene una conexión genética con el bebé; aquí, la fecundación se realiza generalmente mediante inseminación artificial con el espermatozoide del padre intencional o de un donante. La segunda forma, es la gestacional, donde la gestante no tiene vínculo genético con el niño. Se emplea la fecundación *in vitro* para crear un embrión con óvulos y espermatozoide de los padres intencionales o de donantes, que luego se transfiere al útero de la gestante (Reproducción Asistida, 2019).

El segundo tipo de gestación se ajusta a la naturaleza del contrato o pacto, que puede ser gratuito o altruista, o comercial u oneroso.

La práctica de la gestación por sustitución suscita debates éticos intensos en el ámbito de la bioética moderna. Luo y Zhang (2025) analizan el papel de los profesionales de la salud en contextos de subrogación no regulada. Señalan que dichos profesionales pueden incurrir en roles activos o pasivos sin conocer la situación de las personas que buscan el servicio, denunciando que los profesionales deben actuar como guardianes éticos para prevenir la explotación y proteger los derechos humanos fundamentales dentro del marco sanitario. Por otro lado, el estudio de Bugrein y AlJaber (2025) enfatiza que la libertad contractual no basta para legitimar la subrogación si el consentimiento se obtiene bajo coerción estructural o vulnerabilidad económica; y, advierte que la mercantilización del proceso puede comprometer el interés superior del menor, al reducir el nacimiento a una transacción jurídica. En consecuencia, recomiendan modelos regulatorios basados en la ética del cuidado, la solidaridad y la protección integral de todas las partes involucradas, priorizando un enfoque altruista por encima del enfoque comercial.

### **LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Congreso, 2025)

no menciona de manera explícita la gestación por sustitución ni sus terminologías análogas, el artículo 4 reconoce el derecho de toda persona a decidir libremente sobre la conformación de su familia y el número de hijos que desea tener. Este derecho puede interpretarse como una garantía que ampara diversas formas de reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, siempre que se respeten los derechos del menor, de los padres intencionales y de la mujer gestante.

El mismo artículo subraya la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, así como el deber del Estado de proteger a las familias y garantizar el ejercicio del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre la procreación. Esto implica que el acceso a la reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, no puede restringirse por motivos de género, orientación sexual o estado civil, lo que abre la puerta a su ejercicio por parejas heterosexuales, homosexuales o personas solteras.

Por otra parte, el artículo 40 constitucional establece que México es una república representativa, democrática, laica y federal, lo que implica que los estados gozan de soberanía en sus asuntos internos. De ahí que la regulación de la gestación por sustitución se haya dejado en el ámbito local, como sucede en los casos de Tabasco y Sinaloa.

Bajo este principio, dichas entidades han legislado a favor de la gestación por sustitución, incorporando disposiciones específicas en sus respectivos códigos civiles y familiares. No obstante, la normativa vigente en estas entidades aún presenta vacíos legales, especialmente en lo relativo a la filiación, los derechos de la mujer gestante y la protección del interés superior del menor. Estas limitaciones evidencian la necesidad de contar con una regulación más amplia, sólida, uniforme y armonizada a nivel nacional, que brinde mayor seguridad jurídica a las partes involucradas.

## MARCO TEÓRICO

### *La gestación por sustitución como un derecho fundamental*

Desde la perspectiva del derecho contemporáneo, la gestación por sustitución se vincula directamente con el marco de los derechos humanos, en particular con el derecho fundamental a formar una familia. Esta concepción se sustenta en la evolución del sistema jurídico mexicano, que ha transitado desde la doctrina de las garantías individuales hasta el reconocimiento pleno de los derechos humanos. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos marcó un punto de inflexión al incorporar los tratados internacionales como parámetro de interpretación jurídica (González Pérez, 2016).

El marco convencional de los derechos humanos refuerza esta perspectiva. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) reconoce en su artículo 16 el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia sin discriminación; y en el artículo 25 establece la obligación de los Estados de garantizar la protección de la maternidad y la infancia. Estos instrumentos obligan a considerar la gestación por sustitución no solo desde la óptica contractual, sino también desde la perspectiva del interés superior de la niñez y la dignidad de la mujer (Brownsword, 2019).

La falta de regulación adecuada ha generado prácticas clandestinas que ponen en riesgo la salud y los derechos de las personas gestantes y de los menores nacidos mediante esta técnica. Alberti, López Solana-Villanueva y Pimentel Aguilar (2024) documentan casos de explotación en contextos de vulnerabilidad, en los que las mujeres han sido sometidas a condiciones abusivas debido a la inexistencia de mecanismos legales efectivos de protección.

La doctrina constitucional, la bioética y el derecho internacional convencional coinciden en que la gestación por sustitución exige un marco normativo integral que asegure el respeto a la dignidad humana, evite la mercantilización del cuerpo femenino y garantice el interés superior del menor. En el caso de Baja California Sur, la pertinencia de una propuesta legislativa se justifica por la ausencia de regula-

ción estatal, la fragmentación normativa en México y la creciente demanda de este procedimiento.

### *Marco normativo de la gestación por sustitución en México*

En México, la gestación por sustitución está regulada en dos estados, Tabasco y Sinaloa. Tabasco fue pionero en legislar este tema en 1997. Sin embargo, la falta de especificidad en la regulación, en particular en lo relativo a los contratos, generó diversos problemas. Para abordar estas deficiencias, en el año 2015 el Congreso de Tabasco emitió una serie de reformas para regular de manera más específica esta figura: en el Código Civil del Estado se denomina gestación por contrato.

La regulación de la gestación por sustitución en Tabasco se encuentra en el Código Civil del Estado, artículo 380 Bis, dentro del capítulo VI bis “De La Gestación Asistida y Subrogada” donde primero se define el concepto de reproducción humana asistida (Congreso, 2024, p. 51). Cabe resaltar que este contrato solo puede celebrarse entre ciudadanos mexicanos en pleno goce de sus facultades.

En Tabasco solo está permitida para cónyuges o concubinos, siempre y cuando la mujer contratante presente una imposibilidad física o una contradicción médica para llevar la gestación en su útero, además, debe presentar prueba médica de esto. La gestación por contrato incluye dos formas

de realizarse, subrogada y sustituta (art. 380 bis 2); la primera implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y la segunda, que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

En el artículo 380 bis 3 se mencionan los requisitos para la mujer que desee realizar esta actividad como gestante, entre los que se encuentran no padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía; tener entre 25 y 35 años; gozar de buena salud; otorgar su consentimiento de manera voluntaria; presentar un dictamen médico oficial que acredite que no ha estado embarazada en los últimos 365 días previos a la implantación de la mórula y no haber participado en más de dos ocasiones en este procedimiento (Congreso, 2024).

La legislación vigente establece que el contrato de gestación por sustitución deberá formalizarse ante notario público, quien estará obligado a exigir a las partes contratantes la presentación de un dictamen médico que acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en la normativa aplicable. Este documento deberá ser suscrito por los padres contratantes, la gestante y, en su caso, por su cónyuge o concubino, se deberá precisar

el lugar, fecha y hora exacta de la firma, y podrá contar con la participación de un intérprete si alguna de las partes lo requiere. Asimismo, se le debe proporcionar a la mujer gestante un seguro de gastos médicos mayores expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos derivados de la atención del embarazo, parto y puerperio (p. 55).

La manifestación de la voluntad de las partes debe expresarse de forma clara, indubitable y expresa, garantizando que el consentimiento sea plenamente libre y consciente. Los derechos y obligaciones que emanen del contrato son de carácter personalísimo, es decir, no admiten representación legal; sin embargo, las partes tienen derecho a contar con asesoría jurídica si así lo consideran necesario.

En términos de certeza jurídica, la ley dispone que, en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge reclame la maternidad o la paternidad del producto de la inseminación, solo podrán obtener la custodia del menor en situaciones excepcionales. Esto será procedente únicamente cuando se acredite fehacientemente la incapacidad o el fallecimiento de los padres contratantes y siempre que exista un reconocimiento expreso por parte del cónyuge de la gestante.

Por otra parte, se establece que las clínicas e instituciones dedicadas a la reproducción humana asistida, así como el

personal médico especializado, deberán contar con la acreditación y autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, así como con la licencia sanitaria correspondiente. Además, estas instituciones tienen la obligación de enviar informes mensuales a la Secretaría de Salud, incluidas copias de los expedientes clínicos de los procedimientos realizados. En caso de prestar servicios de atención obstétrica, deberán notificar los nacimientos en un plazo no mayor a 24 horas, adjuntando el respectivo certificado de nacimiento. Del mismo modo, los notarios que intervengan en la formalización de contratos de reproducción asistida deben informar en un plazo de 24 horas tanto a la Secretaría de Salud como al Registro Civil, remitiendo una copia certificada del contrato.

En cuanto a la formalización del contrato de gestación subrogada, conforme al Código Civil del Estado de Tabasco, debe ser suscrito por las partes involucradas, es decir, los padres contratantes y la mujer gestante; una vez cumplidos los requisitos legales y médicos establecidos, con el propósito de salvaguardar el bienestar del *nasciturus* y garantizar seguridad jurídica a todas las partes. Antes de la transferencia embrionaria, tanto la gestante como los padres contratantes deberán someterse a los exámenes médicos y psicológicos determinados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado de Tabasco, con el

fin de garantizar condiciones óptimas de salud y viabilidad del proceso.

Una vez que el contrato sea firmado ante notario público, deberá ser aprobado por un juez competente mediante un procedimiento judicial no contencioso. En dicho procedimiento se establecerá el vínculo legal entre los padres contratantes y el nasciturus, y la gestante, junto con su cónyuge o concubino, si aplica, deberá renunciar expresamente a cualquier derecho de filiación sobre el o los menores por nacer.

El contrato aprobado judicialmente deberá notificarse a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado de Tabasco para su debida constancia y control institucional. Asimismo, la presente normatividad autoriza únicamente la implantación de un máximo de dos embriones fecundados por procedimiento, como medida de protección de la salud reproductiva de la gestante y para evitar complicaciones obstétricas.

En cuanto al certificado de nacimiento, este será expedido por el médico tratante que asistió al parto, mediante un formato especial emitido por la Secretaría de Salud del Estado. Dicho certificado deberá indicar que la gestación fue asistida mediante una técnica de reproducción humana asistida. Posteriormente, el asentamiento del registro del recién nacido se realizará mediante la figura de adopción plena aprobada por un juez competente.

El segundo estado que ha legislado este tema es Sinaloa, ahí la gestación subrogada está considerada en el Código Familiar (Congreso, 2023), capítulo V, “De La Reproducción Humana Asistida y la Gestación subrogada” dentro del Título Octavo relativo a la filiación; donde, al igual que en Tabasco, se comienza con la definición de reproducción humana asistida. Uno de los posibles errores en la legislación analizada es que establece que los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, serán considerados hijos del cónyuge o concubino que haya prestado su consentimiento expreso por escrito para someterse al procedimiento correspondiente (Congreso, 2023, art. 340), no deja en claro la filiación que se genera a partir de la gestación por sustitución.

Si bien el Código Familiar de Sinaloa (Congreso, 2023) reconoce de manera expresa la gestación por sustitución como una posibilidad legal para procrear; los efectos sobre filiación al consentimiento otorgado por las partes resultan limitados, al no contar con un marco integral que contemple los derechos, obligaciones y condiciones médicas, jurídicas y éticas necesarias para garantizar una práctica segura y respetuosa de los derechos humanos.

Entre las principales disposiciones en Sinaloa, se considera que solo está permitido para cónyuges o concubinos; que solo

puede accederse a este procedimiento si la mujer tiene una imposibilidad física o una contraindicación médica para llevar la gestación en su útero. Además, la mujer gestante debe tener entre 25 y 35 años, contar con al menos un hijo consanguíneo sano; gozar de buena salud psicosomática; otorgar su consentimiento voluntario; no padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía; ser evaluada mediante una visita domiciliaria realizada por personal de trabajo social del hospital tratante, para verificar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y con una condición económica y social favorable; acreditar mediante dictamen médico que no ha estado embarazada en los últimos 365 días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

A diferencia de Tabasco, el código familiar de Sinaloa reconoce distintas modalidades de gestación por sustitución entre ellas, sustitución total o parcial; la primera es aquella en donde la mujer gestante proporciona sus óvulos para ser fecundados; mientras que la segunda, se considera parcial cuando los óvulos son de la mujer contratante que han sido fertilizados *in vitro* y transferidos a la mujer gestante. Por otro lado, está la subrogación onerosa o altruista. Este código contempla la gestación subrogada como un servicio remunerable.

El instrumento de maternidad lo firmarán todos los involucrados, en este caso, la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete, si fuera necesario uno, el notario público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado el consentimiento para realizar el procedimiento (Congreso, 2023). Las diferencias entre la legislación de Tabasco (Congreso, 2024) y Sinaloa (Congreso, 2023), son que en Sinaloa se exige que la mujer gestante tenga al menos un hijo consanguíneo sano, mientras que en Tabasco no. En Sinaloa, la gestación subrogada puede ser pagada, mientras que en Tabasco no se menciona este aspecto. Solo en Tabasco se establece que las instituciones y clínicas que realicen este procedimiento deben estar acreditadas por la Secretaría de Salud del Estado.

#### *Diferencias y vacíos en la legislación de Tabasco y Sinaloa*

Las diferencias en estas legislaciones son cuatro, principalmente: primero, con la formalización y el control judicial, en Tabasco, el contrato debe celebrarse ante notario público y ser aprobado por un juez mediante un procedimiento judicial no contencioso. Sinaloa no exige validación judicial, lo que puede generar inseguridad jurídica en casos de conflicto. Segundo, con los requisitos médicos y sociales, Tabasco exige evaluaciones médicas, psico-

lógicas y sociales para los padres contratantes y para la gestante, además de una póliza de seguro. Sinaloa no contempla estos requisitos. Tercero, en cuanto al número de embriones y notificación oficial, Tabasco impone un límite máximo de dos embriones por procedimiento y establece plazos de notificación a la Secretaría de Salud y al Registro Civil. Sinaloa no contiene previsiones al respecto. Finalmente, cuarto, la renuncia de filiación por parte de la gestante: en Tabasco, la gestante debe renunciar expresamente a todo vínculo parental con el menor. En Sinaloa no se establece esta exigencia, lo que puede generar conflictos de filiación.

Por otro lado, se identificó que la legislación de Tabasco no menciona si la gestación por sustitución debe ser altruista o puede implicar compensación económica, lo que deja espacio para la explotación; la de Sinaloa sí lo menciona (artículo 284).

En ninguna de las dos legislaciones se contempla un seguimiento posterior al nacimiento ni mecanismos de protección para el menor, especialmente en caso de desacuerdos entre las partes. Tampoco se tiene una regulación sobre la participación de personas extranjeras, lo que puede derivar en turismo reproductivo sin controles adecuados.

En relación con la nulidad del contrato, ambas legislaciones coinciden en que es nulo cuando hay vicios en la voluntad o en la identidad de las personas contratan-

tes; cuando no se cumplan con los requisitos y formalidades que cada ley señala; y cuando establezcan cláusulas que atenten contra el interés superior del menor o contravengan el orden social y la dignidad humana. Una diferencia en la nulidad del contrato es que en Tabasco el contrato también es nulo cuando intervengan agencias, despachos o terceras personas para la celebración del contrato, cerrando así la opción a una gestación comercial. Aunque en Sinaloa se vulneran más derechos porque no hay una intervención judicial.

#### *Gestación por sustitución en Baja California Sur una propuesta de certeza jurídica*

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que tiene efectos jurídicos directos en la determinación de la filiación, es decir, en la identificación legal de quienes son los padres de una persona nacida mediante este procedimiento. Por tanto, el Título Noveno del Libro Primero del Código Civil de Baja California Sur, relativo a la filiación, es el lugar más adecuado para su incorporación.

El Título Noveno cuenta con cinco capítulos, por lo que se propone adicionar el Capítulo VI “De la Reproducción Humana Asistida y de la Gestación por Sustitución”, en el que se incluye la definición de la gestación por sustitución como el procedimiento mediante el cual una mujer

gesta un hijo para otra persona o pareja. Definiendo al mismo como un acuerdo mediante el cual una mujer acepta llevar en su útero un embrión fecundado, con el fin de que, al término de la gestación, el o los nacidos sean entregados a la persona o personas que contrataron dicho procedimiento. A diferencia del Código de Tabasco, se permitirá el acceso a este procedimiento a cualquier persona sin importar el sexo de las parejas, ya sean casadas o en concubinato; así como a mujeres y hombres solteros que cumplan con los requisitos establecidos en la legislación.

Dado que el Código Civil de Baja California Sur (Congreso, 2025) permite la adopción por parte de los extranjeros, se propone también permitir que personas extranjeras accedan a la gestación por sustitución, cumpliendo con los requisitos legales y médicos establecidos por la autoridad local. Entre los tipos se propone la gestación parcial y total; siendo la primera aquella en donde la mujer gestante aporta su propio óvulo, por lo que tiene vínculo genético con el menor. La fecundación se realiza mediante inseminación artificial con el esperma del padre intencional o de un donante. En este tipo de gestación la mujer gestante es, por tanto, madre genética y biológica del nacido. Esta es la forma más controvertida por sus implicaciones en la filiación y conflictos de maternidad. El segundo tipo es la gestación total; aquí, el embrión es creado a partir de los óvulos

y espermatozoides de los padres intencionales o de donantes. Con esto, la gestante no aporta material genético; solo lleva el embarazo. Es la forma más utilizada y regulada en países que aceptan esta práctica, la cual se considera médica y jurídicamente más segura para evitar disputas sobre la filiación.

La modalidad de la gestación por sustitución puede ser altruista y onerosa. Generalmente la modalidad altruista se basa en la solidaridad entre familiares o personas cercanas. Es la modalidad preferida por ordenamientos jurídicos que buscan evitar la mercantilización del cuerpo humano; ya que la gestante no recibe compensación económica, más allá de los gastos médicos y de manutención directamente vinculados al embarazo.

Mientras que en la modalidad onerosa, remunerada o comercial la gestante recibe una compensación económica adicional, pactada en el contrato, por llevar el embarazo. Puede resultar controvertido el pago por realizar esta actividad, por lo que es necesario aclarar en el contrato que la finalidad es exclusivamente asistencial y altruista en espíritu, pues en ningún caso implica la comercialización de la gestación. Con esto, se entiende que la compensación económica otorgada a la gestante tiene carácter resarcitorio y se limita al reembolso de gastos médicos, psicológicos, alimenticios, de transporte, pérdida de ingresos laborales y otras erogaciones razonables

relacionadas con el embarazo; prohibiendo expresamente cualquier pago adicional que tenga por objeto generar lucro, beneficio económico o ventaja indebida como contraprestación por la entrega del o de los recién nacidos; el incumplimiento de esta disposición puede dar lugar a la nulidad parcial del contrato sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan

Este procedimiento, considerado como un contrato, deberá celebrarse por escrito ante notario público y será válido únicamente si cumple con estos requisitos:

Primero, que los contratantes y la gestante sean mayores de edad y gocen de plena capacidad jurídica.

Segundo, que la persona o personas contratantes acrediten imposibilidad física, contraindicación médica o imposibilidad biológica para llevar a cabo una gestación por sí mismos, mediante dictamen emitido por médico autorizado.

Tercero, que la mujer gestante haya sido evaluada médica, psicológica y socialmente, y que no exista riesgo para su salud ni para la del producto.

Cuarto, que todas las partes otorguen su consentimiento de forma libre, consciente e informada.

Quinto, que se determine si el acuerdo es altruista o si existe compensación por gastos comprobables, prohibiéndose

expresamente la comercialización del proceso.

Una vez suscrito el contrato, deberá someterse a la aprobación del juez competente, mediante procedimiento judicial no contencioso. La resolución judicial deberá establecer expresamente el vínculo jurídico de filiación entre los contratantes y el *nasciturus*, y reconocer la renuncia de la gestante y su cónyuge, si lo hubiere, a cualquier derecho de filiación.

El contrato aprobado judicialmente deberá notificarse a la Secretaría de Salud del Estado y al Registro Civil de Baja California Sur en un plazo máximo de 24 horas. La implantación embrionaria no podrá exceder de dos embriones por procedimiento. Las instituciones médicas que participen deberán contar con licencia sanitaria vigente y enviar informes periódicos a la autoridad sanitaria competente. La nulidad del contrato procederá cuando se omita alguno de los requisitos esenciales establecidos en este capítulo, sin perjuicio de que, en todo momento, se garantice el interés superior del menor, quien conservará su derecho a la filiación legal con los padres contratantes, salvo resolución judicial en contrario.

En el contexto del Estado de Baja California Sur, resulta jurídicamente viable y socialmente pertinente permitir esta práctica bajo una regulación ética estricta que garantice el respeto a la dignidad humana

y prohíba expresamente su comercialización. En primer lugar, el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo y de las personas extranjeras a recurrir a la gestación por sustitución responde a principios fundamentales del orden constitucional mexicano, como la igualdad ante la ley, el derecho a fundar una familia, art. 4° CPEUM; y la prohibición de toda forma de discriminación, art. 1° CPEUM. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que el concepto de familia no se restringe a la unión entre un hombre y una mujer, y que las personas homosexuales tienen derecho a formar familias a través de diversas vías, incluida la reproducción asistida (SCJN, 2012).

En segundo lugar, Baja California Sur cuenta con un contexto económico y social que la posiciona como un destino turístico y médico de relevancia nacional e internacional. Esta realidad genera oportunidades para el desarrollo de servicios de salud reproductiva de alta especialización. Sin embargo, también plantea el riesgo de convertirse en un centro de turismo reproductivo comercial, donde las mujeres gestantes sean instrumentalizadas o explotadas con fines lucrativos. Por ello, una legislación que permita el acceso a la gestación subrogada pero prohíba su comercialización, asegurando que cualquier compensación sea estrictamente resarcitoria y supervisada, resulta indispensable.

La propuesta de permitir la gestación por sustitución bajo estas condiciones no solo es jurídicamente coherente con los principios constitucionales, sino que también se alinea con los estándares bioéticos internacionales, los cuales prohíben la cosificación del cuerpo humano y protegen el interés superior del menor. Además, esta regulación contribuiría a brindar certeza jurídica a los padres contratantes, a las gestantes y, principalmente, a los nacidos mediante esta técnica.

Permitir la gestación por sustitución en Baja California Sur para cualquier persona, incluidas personas extranjeras y parejas del mismo sexo, siempre bajo un esquema no comercial, representa un equilibrio entre el reconocimiento de derechos reproductivos y la protección de la dignidad humana. Esta medida puede posicionar al estado como un referente de inclusión, ética y modernidad jurídica en el ámbito de la reproducción asistida.

## DISCUSIÓN

La incorporación de una figura legal que regule la gestación por sustitución en Baja California Sur plantea diversas tensiones entre el avance científico, los derechos reproductivos, la justicia social y el respeto a la dignidad humana. Si bien la gestación por sustitución ofrece una solución efectiva para personas o parejas con imposibilidad biológica de gestar, también abre interrogantes éticos, especialmente cuando

se intersecta con contextos económicos como el del Estado, caracterizado por el turismo de personas extranjeras con alto poder adquisitivo.

Uno de los principales retos es encontrar un equilibrio entre el acceso universal a la gestación por sustitución y la prevención de su explotación. Permitir que parejas del mismo sexo, personas solteras y extranjeras accedan legalmente a este procedimiento no solo responde al principio constitucional de no discriminación (artículo 1º CPEUM), sino que también actualiza el concepto de familia, en consonancia con los precedentes jurisprudenciales que reconocen su pluralidad (SCJN, 2012). La limitación basada en el sexo, el estado civil o la nacionalidad de los solicitantes sería contraria al principio de igualdad sustantiva.

No obstante, la apertura del acceso debe ir acompañada de una regulación estricta que impida la mercantilización del cuerpo de las mujeres gestantes. La propuesta de una gestación de sustitución, con carácter altruista o resarcitorio, busca evitar la cosificación del cuerpo femenino y el uso del proceso reproductivo como una transacción mercantil. Esto se vuelve particularmente relevante en Baja California Sur, donde el turismo médico podría derivar, en ausencia de controles, en una forma encubierta de turismo reproductivo comercial, con alto riesgo de explotación y

asimetrías de poder entre gestantes locales y solicitantes extranjeros.

La exigencia de controles notariales, judiciales y sanitarios, así como la definición precisa de la naturaleza del contrato, que prohíbe expresamente el lucro, son mecanismos jurídicos que fortalecen la legitimidad del proceso. Además, la supervisión institucional y el acompañamiento psicológico de las partes garantizan que el consentimiento sea verdaderamente libre e informado.

La propuesta normativa no solo se limita a llenar un vacío legal, sino que pretende construir un modelo ético y garantista, que ponga al centro el interés superior del menor y la protección de todas las personas implicadas, especialmente las mujeres en contextos de vulnerabilidad. Así, Baja California Sur podría convertirse en un referente nacional en materia de regulación progresista de la reproducción asistida.

## CONCLUSIONES

El análisis comparativo de los marcos normativos de Tabasco y Sinaloa en materia de gestación por sustitución evidencia la fragmentación legislativa que caracteriza esta institución jurídica en México. Mientras Tabasco ha desarrollado un modelo robusto que incorpora controles médicos, notariales y judiciales, Sinaloa presenta una regulación limitada que omite mecanismos esenciales de protección. Esta disparidad normativa genera inseguridad

jurídica y vulnera los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

La propuesta legislativa para Baja California Sur representa una contribución significativa al derecho familiar mexicano al integrar los avances más relevantes del derecho comparado local con los estándares internacionales de derechos humanos. Al establecer un modelo que combina requisitos médicos y psicológicos exhaustivos; control judicial previo y posterior; protección específica de los derechos de la mujer gestante; y reconocimiento del interés superior del menor como principio rector, esta iniciativa supera los vacíos identificados en las legislaciones existentes.

La relevancia académica de este trabajo radica en su enfoque integral, que articula perspectivas jurídicas, bioéticas y de derechos humanos en el análisis de la gestación por sustitución. La investigación demuestra que es posible desarrollar un marco regulatorio que concilie el derecho a formar una familia con la protección de la dignidad humana, mediante la prohibición expresa de la comercialización del proceso y el establecimiento de compensaciones estrictamente resarcitorias.

Como aportación práctica, este estudio ofrece un modelo legislativo específico que puede ser adoptado no solo por Baja California Sur, sino también por otros estados mexicanos que busquen regular esta materia. La propuesta se posiciona como referencia obligada en el debate nacional

sobre reproducción asistida, al ofrecer soluciones concretas a problemas identificados en la práctica, como la determinación de la filiación, la protección de las mujeres en contextos de vulnerabilidad y la prevención del turismo reproductivo.

Como contribución legislativa nacional, este trabajo trasciende el ámbito local al establecer un estándar normativo replicable para el federalismo mexicano. El modelo de Baja California Sur sienta las bases para una futura ley general en materia de reproducción asistida, ofreciendo un equilibrio demostrado entre la innovación jurídica y la protección de derechos fundamentales que hasta ahora ha estado ausente en el ordenamiento jurídico mexicano.

En sí, esta investigación no solo resuelve una necesidad regulatoria específica, sino que constituye un precedente metodológico y normativo para el desarrollo de políticas públicas en México. La articulación entre diagnóstico comparado, fundamentación teórica y propuesta legislativa constituye un modelo transferible que responde a las transformaciones sociales mediante soluciones jurídicas éticamente fundamentadas, y se posiciona como referencia indispensable en la evolución del derecho familiar contemporáneo.

## REFERENCIAS

Alberti, P. (2024). Alquiler de vientres como explotación reproductiva de mujeres rurales

- de Tabasco. *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, 1-42.
- Alberti, P., López, K., Solana-Villanueva, N., y Pimentel-Aguilar, S. (2024). Alquiler de vientres como explotación reproductiva de mujeres rurales de Tabasco. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*. <https://doi.org/10.29101/crcs.v31i0.20648>
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- Aparisi Miralles, Á. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, 163-176. <https://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Bollinger Ríos, V. (2021). Gestación por sustitución en México: ¿cuáles son los problemas a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(161), 479-508. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.161.16483>
- Brownsword, R. (2019). *Law, technology and society: Re-imagining the regulatory environment*. Routledge.
- Bugrein, H. & Alfaber, H. (2025) Commercial Surrogacy between Ethics and Legalization. *Gynecol Obstet Open Acc*, 9(234). <https://doi.org/10.29011/2577-2236.100234>
- Congreso, E. (2023). Código Familiar del Estado de Sinaloa. H. Congreso del Estado de Sinaloa. Periódico Oficial del Estado de Sinaloa. [https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley\\_4.pdf](https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf)
- Congreso, E. (2024). Código Civil para el Estado de Tabasco. H. Congreso del Estado de Tabasco.
- Congreso, E. (2025). Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur. Congreso del Estado de Baja California Sur.
- Congreso, U. (2025). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. McGraw-Hill.
- Creswell, J. (2014). *Research design: Qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. SAGE.
- González Martín, N., y Albornoz, M. M. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(16), 159-187. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.524>
- González Pérez, L. (2016). Aplicación del principio pro persona en el sistema mexicano. En Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (Eds.), *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones* (Vol. V, Sección segunda: Transversalidad constitucional con perspectiva convencional), pp. 47-59. Porrúa. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5628/65.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Education. <https://apiperiodico.jalisco.gob.mx/api/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/>

metodologia\_de\_la\_investigacion\_-\_roberto\_hernandez\_sampieri.pdf

Luo, Y., & Zhang, Y. (2025). Healthcare Professionals and Unregulated Commercial Surrogacy in China: Ethical and Legal Challenges. *Journal of bioethical inquiry*, 22(2), 225-231. <https://doi.org/10.1007/s11673-025-10451-6>

Marrades Puig, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: Una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, 65 (1), 219-241. [https://doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](https://doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)

ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Regalado Torres, D. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, 2(2), 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>

Reproducción Asistida Org. (2019). ¿Qué es la gestación subrogada? Definición, tipos e indicaciones. <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

SCJN. (2012). Amparo en revisión 581/2012. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/AR%20581-2012.pdf>

Souto Galván, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro, Nueva época*, 1(2005), 275-292.

Vargas Baca, R. (2020). Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema ju-

rídico mexicano. En M. Albornoz, *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, 239-260. Universidad Nacional Autónoma de México.



DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.13>

---

FECHA DE ENVÍO: 01 DE SEPTIEMBRE DE 2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 25 DE NOVIEMBRE DE 2025

---

# Factores determinantes en la fijación de pensiones alimenticias: un análisis jurisprudencial y de derechos humanos

## Determining factors in setting child support: A jurisprudential and human rights analysis

### RESUMEN

El presente artículo es el resultado del análisis de factores a considerar en la determinación de pensiones alimenticias y de su compatibilidad con los derechos humanos de las partes involucradas en un proceso familiar. Para ello, se parte de la pregunta: ¿cuáles son los factores que los tribunales mexicanos consideran determinantes para fijar pensiones alimenticias y cómo se incorpora el enfoque de derechos humanos en esa valoración? Así, se parte de una revisión documental de resoluciones dictadas por órganos del Poder Judicial federal mexicano, así como de disposiciones normativas aplicables a la materia. La selección de los criterios se realiza mediante un análisis temático, tomando como referencia categorías tradicionalmente utilizadas en el estudio de las pensiones alimenticias, tales como la capacidad económica, las necesidades de quienes reciben alimentos y el contexto familiar e individual de las partes. Los resultados reflejan una tendencia en la impartición de justicia, que combina los factores tradicionalmente considerados por los tribunales mexicanos, pero complementados con un enfoque de derechos humanos; sin embargo, también evidencian tensiones jurídicas entre el derecho a los alimentos y las garantías del deudor, especialmente en lo relativo al Registro Nacional de Deudores Alimentarios. Finalmente, se concluye que, si bien existen

---

1 Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. <https://orcid.org/0009-0008-3056-134X>

2 Profesora investigadora de la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. <https://orcid.org/0000-0003-3965-4936>

# FACTORES DETERMINANTES

EN LA FIJACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS: UN ANÁLISIS  
JURISPRUDENCIAL Y DE DERECHOS HUMANOS

avances significativos en el tema, resulta necesario consolidar criterios uniformes que garanticen la justiciabilidad alimentaria sin menoscabar los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** alimentos; derecho familiar; derechos humanos; Poder Judicial.

## ABSTRACT

This article is the result of an analysis of the factors to be considered in determining alimony and its compatibility with the human rights of the parties involved in a family proceeding. It begins with the question: What factors do Mexican courts consider decisive in setting child support payments, and how are human rights incorporated into this assessment? Thus, we start with a documentary review of resolutions issued by bodies of the Mexican Federal Judiciary as well as applicable regulatory provisions on the subject. The selection of criteria is carried out through a thematic analysis, taking as a reference category traditionally used in the study of child support such as economic capacity, the needs of those receiving support, and the family and individual context of the parties. The results reflect a trend in the administration of justice that blends factors traditionally considered by Mexican courts with a human rights approach. However, they also reveal legal tensions between the right to alimony and the debtor's guarantees, particularly regarding the National Registry of Alimony Debtors. Finally, we conclude that, while significant progress has been made on this issue, it is necessary to consolidate uniform criteria that guarantee the justiciability of food without undermining fundamental rights.

**Keywords:** family law; human rights; Judiciary; maintenance.

## INTRODUCCIÓN

**L**os alimentos constituyen una figura esencial del derecho de familia al representar tanto una obligación jurídica como una prerrogativa, cuyo propósito es garantizar la subsistencia de aquellas personas que, conforme a determinadas condiciones y características, no pueden satisfacer por sí mismas sus necesidades básicas. Esta

obligación deriva del ejercicio del derecho de acceder a un nivel de vida adecuado, por lo que los alimentos comprenden la comida, vestido, vivienda, educación, así como los gastos relativos a la salud y esparcimiento; y se fundamentan en tres supuestos básicos: en primer lugar, “el estado de necesidad de la persona acreedora alimentaria; en segundo, la capacidad económica de la persona deudora; y, por último, la existencia un vínculo familiar entre ambas partes” (SCJN, 2022, p. 2).

Respecto del estado de necesidad de la parte acreedora, este consiste “en la imposibilidad de valerse por sí mismo, con independencia de las causas que hayan originado dicha situación” (SCJN, 2020). Así, se considera acreedor a los alimentos quien, de conformidad con lo previsto en la ley, tiene legitimación para solicitarlos, ya sea mediante convenios entre las partes involucradas o mediante instancias judiciales específicas.

Bajo esa premisa, pueden ser acreedores alimentarios: hijas e hijos menores de edad (y, en ciertos contextos, también los mayores de edad); los ascendientes de la persona deudora; así como los cónyuges o concubinos en caso de disolución del vínculo matrimonial o de pareja, siempre que se acrediten los requisitos previstos en la legislación civil o familiar aplicable.

Por otro lado, el segundo supuesto es que la capacidad económica se vincula principalmente con los ingresos o remunera-

ciones que percibe la persona obligada a proporcionar los alimentos. Este supuesto dependerá del acompañamiento de pruebas, que permitan identificar la posibilidad financiera de hacerlos llegar, sin que ello implique su omisión. En el caso de personas con ingresos estables, la capacidad económica puede determinarse a partir de recibos de nómina, por mencionar un ejemplo; y tratándose de trabajadores independientes, autónomos o cuyos ingresos no puedan comprobarse de tal manera, la persona juzgadora deberá requerir oficiosamente elementos probatorios, siendo la última instancia fijar la pensión alimenticia en salarios mínimos o gravar bienes diversos del deudor.

El tercer supuesto, la existencia de un vínculo familiar, también debe acreditarse, aunque debe reconocerse la multiplicidad de familias actuales. En ese sentido, resulta importante destacar que la familia es un ente social dinámico que ha evolucionado más allá del concepto tradicional. Hoy en día, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha definido a la familia como “un hecho no biológico, sino sociológico que se origina en las relaciones humanas, por lo que comprender que no hay más fundamento para ella que compartir las cargas y los beneficios sociales, permite el reconocimiento de nuevas formas de familia” (CEC-SCJN, 2023, p. 50).

De este modo, el derecho de familia mexicano ha apostado por tutelar los derechos

derivados de los vínculos familiares desde distintas perspectivas, con el objeto de garantizar su independencia, inclusión y protección jurídica. Como consecuencia, la regulación de los alimentos ha hecho posible exigir esta obligación por el nacimiento de hijos biológicos, el reconocimiento de paternidad por adopción, así como entre ascendientes, cónyuges o concubinos, especialmente cuando surgen desigualdades a raíz de la disolución del matrimonio o del término del concubinato.

En otro orden de ideas, los alimentos poseen una serie de características que los configuran como una institución jurídica autónoma, entre las que destacan su reciprocidad, es decir, que quien los proporciona tiene, a su vez, el derecho a recibirlos; su inembargabilidad, ya que al ser bienes esenciales para la subsistencia no podrán ser afectados por mandatos judiciales derivados de adeudos o procesos mercantiles; su imprescriptibilidad, pues el paso del tiempo no extingue el derecho, siempre que persista el estado de necesidad y este se pueda acreditar; y finalmente, su dinamismo, en el sentido de que los montos pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, tanto en relación con las posibilidades económicas de quien los otorga como de las necesidades de quien los recibe.

Otra consideración clave en el estudio de los alimentos es cómo estos pueden fijarse. En algunos casos, la solidaridad y el apoyo

mutuo dentro de la familia son evidentes y las personas responsables de dependientes económicos cumplen voluntariamente con el deber de la manutención, es decir, sin necesidad de recurrir a un mecanismo formal para asegurar su cumplimiento. Sin embargo, el escenario actual refleja un aumento considerable en el número de personas deudoras alimentarias que no cumplen con esta obligación.

En este contexto, las partes involucradas —en el caso de menores de edad, a través de sus tutores o representantes legales— pueden exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias de dos maneras. Una opción es la celebración de convenios, es decir, acuerdos de voluntad mediante los cuales se establecen la forma, el monto, la periodicidad y la manera de garantizar los alimentos. Estos convenios se tramitan ante los juzgados de lo familiar y deben ser aprobados jurídicamente, con “el fin de validar que cumplen con los requisitos legales y asegurar su exigibilidad, siendo importante destacar que dichos convenios no constituyen cosa juzgada, de manera que son mutables, en el entendido que pueden ser modificados con la finalidad de que se evite que la persona obligada a darlos eluda su responsabilidad” (PJENL, 2013).

La segunda manera de solicitar los alimentos es reclamarlos por vía jurisdiccional cuando las partes no logran llegar a un acuerdo sobre la forma o los montos para

proporcionarlos, cuando no existe voluntad de quien debe otorgarlos, o cuando este deja de otorgarlos. En tales casos, es recomendable la intervención de la autoridad judicial, que está facultada para determinarlos, inicialmente de forma provisional, la cual consiste en “una protección urgente que otorga una persona juzgadora mientras dura el juicio, siendo obligatoria hasta que se dicte una pensión alimenticia definitiva en una sentencia” (TSJQROO, s. f.).

Por último, los alimentos pueden asegurarse mediante hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad suficiente; o bien; mediante el descuento vía nómina del porcentaje o monto acordado o determinado por la autoridad jurisdiccional, “lo que permite – en cierto grado- garantizar la puntual, regular y periódica entrega de los mismos para la cobertura de las necesidades básicas que éstos componen” (TCC, 2007, p. 199).

### **MARCO NORMATIVO APLICABLE**

Los alimentos forman parte de las instituciones jurídicas del derecho de familia, aunque su regulación a escala federal aún los contempla en el ámbito del derecho civil. No obstante, pese a su pertenencia a estas ramas jurídicas, no puede ignorarse su contenido intrínsecamente constitucional, ya que se relacionan directamente con el ejercicio de los derechos humanos. Por ello, su naturaleza trasciende al estar vinculada a la protección de otras prerro-

gativas, como el derecho a la vida digna, la protección de la familia y la igualdad sustantiva.

Para tener un panorama más amplio del marco normativo aplicable, es importante partir del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). El artículo 1.º establece

que todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...] siendo obligación de todas las autoridades la promoción, respeto, protección y garantía de estos.

Por su parte, el artículo 4.º reconoce la protección a la familia, así como el derecho de toda persona a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. En esa misma línea, este artículo constitucional refrenda una protección reforzada para niñas, niños y adolescentes, al referir, en su párrafo onceavo, su derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, siendo deber de sus ascendientes, tutores o custodios preservar o exigir el cumplimiento de dichos derechos.

Respecto a la legislación civil, el Código Civil Federal (1928) —aún vigente— regula los alimentos en los artículos 301 a 323. Este ordenamiento los define como elementos indispensables para el susten-

to, la habitación, el vestido, la asistencia médica, la educación y la recreación de las infancias. Asimismo, su numeral 312 destaca el Principio de Reciprocidad en la obligación alimentaria, estableciendo que esta existe entre progenitores e hijos, entre cónyuges, y entre parientes hasta el segundo grado de parentesco en línea recta y cuarto en línea colateral, así como entre adoptante y adoptado. Por otro lado, el artículo 320 señala las causas por las cuales puede cesar esta obligación, tales como la carencia de medios del deudor, la ausencia de necesidad por parte del acreedor, los daños graves causados por este al deudor, o el abandono.

Otro ordenamiento relevante es el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (2023), que —aunque aún no ha entrado en vigor en todo el país— establece disposiciones técnicas sobre la tramitación de las solicitudes de alimentos ante las instancias jurisdiccionales. De este cuerpo normativo, se destaca lo dispuesto en el artículo 563, que regula los descuentos aplicables a la persona deudora una vez que su fuente de trabajo haya sido notificada de los datos y de la causa del descuento, como mecanismo para garantizar el cumplimiento del pago de las pensiones referidas.

De igual manera, este Código establece que, en aquellos casos en que no se pueda acreditar la capacidad económica de la persona deudora, la pensión alimenti-

cia deberá fijarse en función del salario mínimo vigente en la zona económica correspondiente, sin que esta pueda ser inferior a un salario mínimo diario. Finalmente, contempla la creación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, un repositorio en el que se inscribirá a las personas deudoras que incumplan con el pago de pensiones alimenticias por un periodo mayor a noventa días.

De forma paralela, a escala federal, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014) establece en su artículo 135 sexties, que los derechos alimentarios incluyen la satisfacción de las necesidades de sustento y supervivencia, estableciéndose la obligación de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia el garantizar los derechos alimentarios, estableciendo también la creación, proceso de inscripción, requisitos y funcionamiento del Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos.

En concurrencia, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores (2002) señala en el artículo 9.º que la familia debe cumplir con su función social, siendo responsable de manera constante y permanente de procurar los satisfactores necesarios para el cuidado, atención y desarrollo integral de las personas adultas mayores, estableciéndose de forma explícita la obligación de otorgar alimentos, de conformidad con lo estipulado en las leyes civiles.

A escala local, los códigos civiles y familiares de las entidades federativas retoman lo previsto en las legislaciones antes mencionadas, aunque con variaciones significativas. La revisión documental permitió identificar diversas particularidades: en el Estado de México, el concepto de alimentos incluye la atención psicológica; en entidades como Zacatecas, Morelos, Michoacán y Oaxaca, se incorpora la atención específica a personas con discapacidad o adultos mayores; en Nuevo León, se reconoce la figura de pensión compensatoria, equiparable a los alimentos entre cónyuges o concubinos que se hayan dedicado preponderantemente al hogar y a las labores de cuidados; mientras que en estados como Tamaulipas y Sinaloa prevé, desde el texto normativo, la posibilidad de remitir a leyes penales o a la imposición de sanciones administrativas en casos de incumplimiento de la obligación alimentaria.

En el ámbito internacional, diversos instrumentos reconocen el derecho alimentario como parte integral de la protección a la infancia y la familia. El artículo 27.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las pensiones alimenticias por parte de padres u otras personas responsables del sustento económico de niñas, niños y adolescentes.

De igual manera, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) establece la protección de la familia como una obligación del Estado y, en concordancia con ello, afirma el derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado, lo que incluye la alimentación como uno de sus componentes esenciales. Por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) dispone en su artículo 17 el deber estatal de proteger a la familia, señalando que deben adoptarse medidas apropiadas para garantizar la igualdad de responsabilidades entre cónyuges en caso de disolución del vínculo, con especial atención a la protección de hijas e hijos.

## **FACTORES DEL ACREEDOR ALIMENTARIO**

Se entenderán como factores determinantes para la fijación de la pensión alimentaria aquellos elementos o circunstancias que la persona juzgadora, en el ámbito del derecho de familia, toma en cuenta para establecer los montos, plazos y modalidades de cumplimiento de la obligación alimentaria. Visto de esta forma, dichos factores pueden clasificarse en dos grandes grupos: en primer lugar, aquellos derivados de las condiciones, necesidades y características de las personas acreedoras; y en segundo lugar, los relacionados con la situación personal, laboral y económica de la persona deudora alimentaria.

Para su análisis, se optó por una revisión de los criterios judiciales más relevantes en la materia, con la finalidad de identificar la forma en que los tribunales mexicanos interpretan y aplican las leyes relacionadas con los alimentos en casos específicos, pues en muchas ocasiones la legislación no detalla exhaustivamente todos los panoramas posibles que pueden surgir. Del mismo modo, esta revisión permite comprender de qué manera la justicia familiar resuelve, con base en la perspectiva de derechos humanos, para asegurar una correcta aplicación normativa y prevenir posibles vulneraciones de los derechos de las partes involucradas, los cuales se detallan a continuación.

*a) Edad, dependencia económica y número de beneficiarios*

Se ha señalado que la finalidad de los alimentos es satisfacer las necesidades básicas de quien los requiere, en virtud de su condición de acreedor alimentario. En este tenor, la legislación define con precisión quiénes pueden ostentar dicho carácter, estableciendo tres elementos indisociables que deben considerarse al fijar la pensión alimenticia.

En primer lugar, la minoría de edad, en el ámbito del derecho de familia, se considera una condición de vulnerabilidad que implica la necesidad de reconocer una protección especial por parte del Estado. Así, se convierte en el primer factor

a analizar, dado que la persona juzgadora debe atender los deberes derivados del interés superior de la infancia. A su vez, la edad también se presenta como un factor relevante en los estudios judiciales cuando la vulnerabilidad surge por tratarse de personas adultas mayores, quienes, al encontrarse en una situación de desventaja social, también son sujetos de protección legal.

En 2019, la SCJN precisó que no existe un límite de edad para reclamar alimentos que una persona no recibió en su infancia. En este sentido, se estableció que el derecho de los menores a recibir alimentos de sus progenitores surge desde el nacimiento, lo que implica que la deuda alimentaria se genera en ese momento. En consecuencia, “resulta plausible retrotraer la obligación del derecho a los alimentos al momento del nacimiento del menor y que dicha obligación puede ser exigida en cualquier tiempo por el acreedor” (SCJN-ADR 1388/2016).

Otro factor determinante es la necesidad del acreedor. Es importante destacar que este estado de necesidad, se origina de una carencia real y no de la comodidad. Así, es evidente que quien tiene la capacidad de trabajar no puede exigirle a otro la satisfacción de sus necesidades básicas. Además, se trata de un derecho estrictamente individual, por lo que, para que se actualice la obligación de alimentos, se debe tener en cuenta la necesidad del acreedor

de los mismos y no la de las personas que tiene a su cargo (SCJN, 2016).

En otro orden de ideas, las personas juzgadoras están obligadas a modificar la pensión alimenticia cuando, en la determinación inicial, no se haya incluido a una niña, niño o adolescente que tenga derecho a recibir alimentos. En caso contrario, se estaría vulnerando el Principio del Interés Superior de la Infancia, así como el derecho fundamental de los menores a contar con los factores necesarios para su desarrollo. Del mismo modo, el ejercicio de este derecho no puede estar condicionado a la actuación de los representantes legales del menor, pues se trata de un derecho irrenunciable que debe prevalecer aun ante la inacción por parte de estos.

Considerando lo anterior, retoma importancia uno de los criterios actuales acerca de la solicitud de alimentos no ejercida cuando el acreedor es menor de edad, el cual establece en la Contradicción de Tesis 168/2016 que

la satisfacción de los derechos e intereses de los acreedores alimentarios quedaría frustrada si, [...] se interpretara que la mayoría de edad marca el límite ineludible hasta el cual las prestaciones del deudor alimentario por concepto de educación o formación resultan exigibles.

En continuidad, la Contradicción de Tesis 9/2008 indica que la demanda de ali-

mentos siendo mayor de edad conlleva estudiar como factor de procedencia “los gastos derivados de la titulación cuando resulte necesario dicho documento para el ejercicio de su profesión”.

De forma adicional, en 2023 el Poder Judicial federal (PJF) reconoció la posibilidad de exigir los denominados “alimentos vencidos” bajo el concepto de pensiones alimenticias retroactivas, ya que son imprescriptibles y no debe ser motivo de impedimento para que la persona mayor de edad reclame aquellas necesidades alimentarias que necesitó en su minoría de edad y que no le fueron suministradas (SCJN, 2023).

Finalmente, cuando se trate de pensiones para pareja o cónyuges, la Primera Sala de la SCJN ha definido que esta debe durar el tiempo estrictamente necesario para corregir o reparar el desequilibrio económico entre la pareja y, por tanto, para que el cónyuge acreedor, se coloque en posición de proporcionarse a sí mismo los medios necesarios para su subsistencia, sin perjuicio de los supuestos de cese de la obligación establecidos en la legislación civil o familiar (SCJN-ADR 5745/2021).

#### *b) Nivel de vida y condiciones agregadas*

El nivel de vida, como estándar internacional, se refiere al grado de satisfacción de necesidades y aspiraciones, tanto materiales (bienes físicos) como inmateria-

les (culturales, educativos, etcétera). Estos aspectos, que conforman las condiciones generales de existencia —nutrición, salud, vivienda, empleo, educación, entre otros—, reciben el nombre de componentes del nivel de vida y dentro de cada uno de ellos, se toman en cuenta ciertos factores concretos que se utilizan en la medición estadística y a los que se conoce como indicadores (Uribe, 2023, p. 45).

Debido a su complejidad y multidimensionalidad, no es posible establecer una definición unívoca del concepto. No obstante, en el ámbito de los alimentos, el nivel de vida ha sido interpretado como sinónimo del binomio necesidad-posibilidad para determinar el monto de la pensión, por lo que el nivel de vida no se limita a necesidades genéricas, como la alimentación o la vivienda, sino que también abarca circunstancias particulares cuya naturaleza puede ser cambiante o dinámica.

Uno de dichos factores específicos es la discapacidad. Consecuentemente, cuando el acreedor alimentario presenta alguna condición de discapacidad, la determinación del monto de los alimentos “debe considerar la forma en que se han atendido sus necesidades de habitación o rehabilitación, como elemento a ponderar” (TCC, 2007). Adicionalmente, existen criterios que prohíben disminuir el monto de las pensiones alimenticias cuando la persona acreedora tenga una condición de inter-

dicción, autismo o cualquier otra como una forma de otorgar mayor protección jurídica ante la existencia de necesidades especiales (ALDF, s. f). Tal previsión tiene sustento en los gastos adicionales que suelen generarse por el acompañamiento terapéutico, los servicios médicos especializados y la asistencia personal permanente.

Al respecto, el PJJ ha sostenido que los ingresos económicos no son un indicador “real” del nivel de vida en el que se encuentran los hogares conformados por, al menos, una persona con discapacidad, ya que en estos hogares se gasta más en alimentos, vivienda y cuidados de la salud que en el resto de las familias. De hecho, se ha estimado que dicho gasto adicional puede ser hasta tres veces mayor que en hogares sin personas con discapacidad (SCJN-ADR 8314/2019).

## **FACTORES DE LA PERSONA DEUDORA ALIMENTARIA**

Respecto de los factores relacionados con la persona deudora, resulta relevante señalar que estos se encuentran directamente vinculados con su capacidad económica, siempre y cuando esta sea analizada a la luz del Principio de Proporcionalidad, con el fin de evitar afectaciones que comprometan su propio nivel de vida o que den lugar a determinaciones arbitrarias que generen tratos desiguales e injustificados entre las partes.

*a) Ingresos y tipo de empleo*

Como se ha precisado, para la determinación de pensiones alimenticias no existen montos predeterminados, pues ello depende de la capacidad de la persona deudora. En ese sentido, para establecer las posibilidades económicas de quien deberá cubrirla, la persona juzgadora tiene dos alternativas: en primer lugar, si la persona tiene ingresos fijos y estos pueden comprobarse de manera fidedigna, se fijará un porcentaje de descuento a través de la nómina, para lo cual el juzgado notificará a la parte empleadora para su implementación. En segundo lugar, si los ingresos no son fijos y no es posible comprobarlos de forma fehaciente, se podrá fijar la pensión alimenticia en términos de salarios mínimos, siempre que dicho monto no sea inferior a uno.

Además, se ha establecido que las personas juzgadoras tienen la obligación de recabar oficiosamente todos los elementos necesarios para determinar la capacidad económica de la persona deudora. Asimismo, aquellas que cuenten con información relevante sobre ello están obligadas a proporcionar los datos exactos que se les soliciten. En caso de desacato a las órdenes judiciales de descuento, o si se auxilie a la persona deudora para ocultar o simular sus bienes con el fin de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias (Código Civil para el Distrito Federal, 2021),

podrán ser sancionadas por omisión o proporcionar informes falsos.

Por lo tanto, los cálculos aritméticos utilizados para fijar la pensión alimenticia no pueden, bajo ninguna circunstancia, dejar a la persona deudora sin los medios para su subsistencia. Este concepto se denomina “mínimo vital” y, de acuerdo con la Contradicción de Tesis 26/2000, “busca garantizar la debida fundamentación y motivación para que el deudor pueda humanamente cumplir con esa obligación, haciendo de este derecho nugatorio”.

*b) Nivel de vida y condiciones agregadas*

El nivel de vida de quien debe proporcionarlos también constituye un factor relevante para la determinación del monto de la pensión, ya que las posibilidades financieras pueden incluso acreditarse como insuficientes. Esto no implica que, ante la imposibilidad actual de proporcionar alimentos, la obligación desaparezca, sino que lo procedente será emitir una condena al pago de alimentos, exigible una vez que la deudora tenga ingresos (SCJN-AD 2/2011).

En esa misma línea, recientemente, el Tribunal Constitucional Mexicano ha reconocido la posibilidad de afectar parcialmente el ahorro para el retiro de personas trabajadoras del Estado, con el fin de garantizar los pagos de las pensiones alimenticias de hijas e hijos, siempre y

cuando la persona esté desempleada y no tenga otros bienes para garantizar dicho derecho (SCJN-AR 652/2024).

Otra consideración relevante consiste en evaluar si la persona deudora acredita que proporciona habitación a sus acreedores alimentarios, porque el inmueble en que estos habitan es de su propiedad, circunstancia que deberá ser tomada en cuenta para considerar que contribuye con el rubro de habitación y, por ende, que cumple con parte de su obligación alimentaria al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia (SCJN, 2004).

En la perspectiva que aquí se aborda, los deudores alimentarios pueden ser, en casos concretos, los abuelos de los menores, por lo que, en múltiples ocasiones, se ha planteado la posibilidad de hacerles extensiva, de manera subsidiaria, la obligación alimentaria como medida para asegurar la cobertura de sus necesidades básicas. Sin embargo, aunque se han promovido acciones en este sentido, debe precisarse que, conforme a la jurisprudencia consolidada, existen dos supuestos estrictos que determinarán su procedencia: la falta de los padres o su imposibilidad.

En cuanto al primer supuesto, la falta no debe entenderse como sinónimo de “desentendimiento”, sino que se configura en casos de fallecimiento o desaparición de los progenitores. Respecto del segundo, la imposibilidad califica que los progenitores padezcan alguna enfermedad grave,

estén inhabilitados para laborar o enfrenten un obstáculo absoluto para satisfacer las necesidades de sus descendientes, supuesto en el cual no se contempla la renuncia a la fuente de trabajo ni la falta de esta (SCJN-ADR 3929/2013). En consecuencia, la obligación alimentaria subsidiaria de los abuelos no debe fundarse en el hecho de que cuenten con mayores posibilidades económicas en comparación con la persona deudora, sino que debe estar plenamente justificada conforme a los supuestos establecidos por la ley y la jurisprudencia.

### **DESAFÍOS IDENTIFICADOS DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS**

Los alimentos guardan una relación estrecha con los derechos humanos, al constituir un mecanismo para garantizar el bienestar y el desarrollo integral de las personas. Su cumplimiento incide directamente en derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la protección de la infancia. Además, su fijación y cumplimiento involucran elementos vinculados a la igualdad y la no discriminación, la corresponsabilidad familiar y el acceso a la justicia.

Ciertamente, los criterios anteriores permiten aseverar que existen avances significativos en la protección de derechos

humanos de las y los integrantes de una unidad familiar respecto de la fijación de pensiones alimenticias, pero persisten desafíos importantes. En ese sentido, en este apartado se señalan las asimetrías persistentes en el tema, tales como las barreras de acceso a la justicia, las inequidades motivadas por razón de género y los riesgos de afectar derechos de las personas deudoras en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria.

*a) Limitaciones judiciales y de acceso a la justicia*

Una de las primeras barreras de acceso a la justicia en materia de alimentos radica en el desequilibrio entre las partes que puede surgir tras una separación o divorcio, particularmente cuando existe una relación de dependencia económica o emocional. En tales escenarios, las posibilidades financieras o las decisiones personales de iniciar un proceso judicial pueden convertirse en un obstáculo significativo para la persona afectada, especialmente cuando actúa en representación de los intereses de sus hijas e hijos menores.

En relación con las “estrategias” empleadas para evadir la responsabilidad alimentaria como limitación de acceder a la justicia, estas se producen ante la ausencia de pruebas contundentes, la falta de ingresos fijos o la omisión de diligencias necesarias por parte de los operadores jurídicos, por

lo que la capacidad económica real del deudor puede verse distorsionada o subestimada, afectando gravemente el derecho a recibir alimentos.

Por último, otra limitación que incide en la vulneración de derechos fundamentales es la práctica de fijar pensiones alimenticias mediante criterios aritméticos rígidos sin atender a las circunstancias particulares del caso concreto. Aunque existen avances importantes en la determinación judicial de los montos y en la implementación de mecanismos para garantizar el cumplimiento de esta obligación, aún persisten resoluciones que reducen a los menores a porcentajes abstractos, despersonalizando su situación.

*b) Violencia estructural y desigualdad de género*

En el contexto mexicano persiste la asignación de roles tradicionales a madres y padres en la crianza de sus hijas e hijos. En la dinámica familiar, se presume que, por razones biológicas y culturales, las mujeres deben asumir las labores domésticas y de cuidado, mientras que los hombres son considerados proveedores por naturaleza. Si bien en los modelos familiares contemporáneos esta “regla tradicional” comienza a desdibujarse y la participación de ambos progenitores en la economía formal es cada vez más visible, estas asimetrías de

género aún se reproducen, sobre todo en la ruptura de la unidad familiar.

En efecto, tras una separación o divorcio, esta distribución desigual no desaparece; por el contrario, se acentúa. Ello se debe a que las mujeres suelen ser quienes asumen la guarda y custodia de los menores, mientras que los hombres suelen ser designados por decisión judicial como obligados alimentarios. Esto genera una sobrecarga para las madres autónomas, quienes asumen simultáneamente el cuidado y la manutención económica de sus hijas e hijos.

En ese contexto, esta desigualdad estructural no solo afecta a las madres, sino que también repercute en las posibilidades de desarrollo y la satisfacción de necesidades de las hijas e hijos de madres frente a aquellos que sí reciben un soporte económico de ambos padres (SCJN-ADR 4914/2018). En este escenario, son mayormente las mujeres quienes asumen la presencia y la responsabilidad económica, viviendo retos cotidianos múltiples. Para generar ingresos deben realizar dobles o triples jornadas laborales, generalmente en condiciones de informalidad y sin acceso a la seguridad social, pues tienen que adaptar sus horarios de trabajo y vacaciones al calendario escolar, al trabajo doméstico no remunerado y al acompañamiento emocional de sus hijas e hijos. Aunado a ello, la ausencia de redes de apoyo, así como el abandono de las responsabilidades por

parte del otro progenitor, conlleva una carga física y emocional constante que afecta significativamente su salud y bienestar.

*c) El Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, ¿vulnera derechos?*

A raíz de la denominada “Ley Sabina”, se impulsaron diversas medidas orientadas a la protección de los derechos de la infancia, particularmente en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de los progenitores. Una de las medidas es la creación del Registro Nacional de Deudores Alimentarios, el cual constituye, de acuerdo con Oliva (2020),

un mecanismo legal para procurar el aseguramiento en el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria, en virtud de que el deudor alimentario que incumple con dicha obligación es inscrito en dicho Registro, haciéndose constar su incumplimiento y quedando expuesto a las consecuencias legales que ello pueda provocar (2020, p. 88).

De acuerdo con Vázquez (2023), “la creación y administración del Registro recae en el Sistema Nacional DIF, mientras que su actualización está a cargo de los Tribunales Superiores de las entidades federativas y de la Ciudad de México de forma mensual (2023, p. 4)”.

Ciertamente, el Registro ha generado resistencias desde la presentación de la iniciativa legislativa en la Ciudad de México en 2011. Tales críticas se centran principalmente en la posible vulneración de los derechos humanos de las personas deudoras alimentarias, especialmente los relacionados con el derecho a la privacidad, dado que la inscripción en el Registro implica la exposición de datos personales que podrían afectar su reputación.

Se puede señalar que otras de las consecuencias del Registro son las restricciones para realizar diversos trámites administrativos que requieren presentar el certificado de no inscripción, tales como la obtención de licencias de conducir, pasaportes, la compraventa de bienes inmuebles, la celebración de matrimonio civil con diversa persona, e incluso puede haber restricciones al derecho de libre tránsito ante la prohibición de salir del país. A su vez, imposibilita el acceso a cargos de elección popular.

En ese sentido, la SCJN ha sostenido que el Registro se actualiza mediante una valoración judicial, la cual tiene como objetivo la aplicación de la norma, determinando con base en los diversos elementos de prueba si se actualiza el supuesto normativo, y evalúa los derechos en juego para arribar a una decisión razonable, a través de una decisión fundada y motivada (SCJN, 2024), por lo que cumple con el parámetro de regularidad constitucional, pues se trata de

una medida que se enfoca en hacer cumplir la pensión alimenticia, en el caso del menor de edad, en tutela del interés superior, mediante la restricción en comento hasta en tanto se cubra el adeudo, o bien, ya que se reconoce para dar cumplimiento al pago de alimentos (SCJN, 2021).

Finalmente, debe destacarse que actualmente la mayoría de los códigos penales estatales tipifican como delito el incumplimiento de las obligaciones alimentarias. Por consiguiente, el Registro opera como una medida complementaria, pero no excluye la posibilidad de configurarse una conducta penal cuando la persona obligada deja de proporcionar los montos sin que exista una justificación, el cual, de acuerdo con el Código Penal de la Ciudad de México (2002), puede ser castigado hasta por cinco años de prisión y el pago de cien a cuatrocientos días de multa.

## CONCLUSIONES

Las pensiones alimenticias, como institución jurídica del derecho de familia, pretenden garantizar la cobertura de necesidades esenciales derivadas de los vínculos familiares, particularmente en lo que respecta a niñas, niños y adolescentes o a otros miembros de la unidad familiar, que, en virtud de su necesidad y vulnerabilidad, son sujetos legitimados por la ley para su exigibilidad. En esa tesitura, su importancia trasciende lo económico o lo material, al representar un mecanismo in-

dispensable para asegurar las condiciones de vida digna de quienes se encuentran en dicha situación de dependencia.

Como se describe en el documento, los marcos normativos internacionales, nacionales y locales establecen obligaciones claras en materia de alimentos. Sin embargo, la labor diaria del Poder Judicial mexicano ha desempeñado un papel central en la determinación de los criterios que rigen actualmente este tema.

Así, a través de los criterios jurisprudenciales, se han identificado factores determinantes que deben ser ponderados en cada caso concreto, tales como la necesidad de quien recibe los alimentos, la capacidad de quien debe proporcionarlos y otras circunstancias específicas, que pueden influir en la cuantía y la forma del cumplimiento. En ese tenor, las pensiones alimenticias no pueden ser objeto de operaciones aritméticas, pues estas exigen un análisis razonado, equitativo y proporcional.

No obstante, persisten retos y desigualdades que inciden en la eficacia de las obligaciones alimentarias desde una perspectiva de derechos humanos, entre los que destacan las cargas desproporcionadas de género, la invisibilización de las capacidades paternas, las limitaciones de acceso a la justicia y los efectos negativos derivados del Registro Nacional de Deudores Alimentarios. Estas problemáticas evidencian tensiones que pueden afectar la igualdad, la no discriminación y la pro-

tección integral de la unidad familiar. En suma, la fijación de pensiones alimenticias exige una interpretación dinámica y comprometida con los derechos humanos, en la que los criterios jurisprudenciales resultan fundamentales como herramientas para superar las posibles barreras en la materia, que ante el dinamismo de los formatos de familia seguramente seguirán en construcción en años venideros.

## REFERENCIAS

- Asamblea Legislativa de la Ciudad de México. (s. f). Pensión alimenticia por discapacidad. <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-prohiben-reducciones-pension-alimenticia-por-discapacidad-interdccion--18215.html>
- Centro de Estudios Constitucionales. (2019). Derecho y familia, México. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/foro-debate/junio-derecho-y-familia>
- Oliva Gómez, E. (2020). El registro de deudores alimentarios morosos: sus efectos y eficacia en el sistema jurídico mexicano. *DIKE, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 26(11). <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/805/1787>
- Poder Judicial del Estado de Nuevo León. (2013, 29 de mayo). Sentencia de apelación definitiva del Juzgado Octavo de Juicio Familiar Oral del Primer Distrito Judicial. <https://www.pjenl.gob.mx/CriteriosJudiciales/index.html?pid=SC03020031>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2001, agosto). Primera Sala. Contradicción de tesis 26/2000. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/7285>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2004, diciembre). Primera Sala. Tesis de jurisprudencia I.11°.C. J/1. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/180007>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2007, abril). Primera Sala. Contradicción de tesis 169/2006-PS. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/172099>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2008, mayo). Primera Sala. Contradicción de tesis 9/2008-PS. [https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2008/4/2\\_96912\\_0\\_firmado.pdf](https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2008/4/2_96912_0_firmado.pdf)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2011). Sentencia de amparo directo 2/2011. (Guillermo I. Ortiz Mayagoitia). <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124354>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2013). Sentencia de amparo directo en revisión 3929/2013 (José Ramón Cossío Díaz). <https://desc.scjn.gob.mx/sites/default/files/2021-09/M%C3%89X18-Sentencia.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2016). Sentencia de amparo directo en revisión 1388/2016 (Arturo Zaldívar Lelo de Larrea). <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/page/files/2020-09/AR%201388%202016%20V.%20P%C3%BAblica%20Pago%20retroactivos%20de%20alimentos.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2016, agosto). Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 1ª./J.34. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012362>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2016, septiembre). Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 1ª./J.41. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012502>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2019). Sentencia de amparo directo en revisión 8314/2019 (Alberto Pérez Dayan). [https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2019/10/2\\_265719\\_4733.doc](https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2019/10/2_265719_4733.doc)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2020). Sentencia de amparo directo en revisión 4914/2018 (Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena). [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2020-07/ADR-4914-2018-200706.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-07/ADR-4914-2018-200706.pdf)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2021). Sentencia de amparo directo en revisión 5745/2021 (Norma Lucía Piña Hernández). [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2022-05/ADR-5745-2021-2505-2022.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-05/ADR-5745-2021-2505-2022.pdf)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2021, noviembre). Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 1ª./J.51/2021. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023880>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2022). Cuaderno de jurisprudencias. [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-07/CJ%20DyF\\_12%20ALIMENTOS\\_ELECTRO%CC%81NICO.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-07/CJ%20DyF_12%20ALIMENTOS_ELECTRO%CC%81NICO.pdf)

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2023, octubre). Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 1ª./J. 141/2023. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027373>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2024). Sentencia de amparo en revisión 289/2022 (Sofía Ávalos Díaz). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028987>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2025). Sentencia de amparo en revisión 652/2024 (Jorge Mario Pardo Rebolledo). [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2025-06/250630-AR-652-2024.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2025-06/250630-AR-652-2024.pdf)

TCC. (2007, febrero). Tesis aislada I.3o.C.588. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173395>

TSJQRO. (s. f). Pensión alimenticia provisional. *Revista Segunda Sala Especializada en Materia Familiar y Materia Familiar Oral*, 1(2). <https://www.tsjqroo.gob.mx/Revistas/impresos/2/files/basic-html/page9.html>

Uribe Villegas, O. (2023). Nivel de vida. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2(4). <https://revistas.unam.mx/index.php/rm-cpys/article/download/85280/74824>

Vázquez Correa, L. (2023). El Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias: una batalla contra el incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia. Instituto Belisario Domínguez. <http://www.bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/6026>



# La importancia de las concepciones del derecho en el quehacer de los juristas. Un ejercicio analítico y comparativo

## The importance of legal concepts in the work of lawyers. An analytical and comparative exercise

### RESUMEN

En este artículo se describen y analizan los puntos más sobresalientes de las principales concepciones del derecho, específicamente en relación con los vínculos —aceptados o negados— entre el derecho y la moral. Con ese contexto de fondo, el trabajo sostiene que la respuesta a esta pregunta sobre la influencia de contenidos morales en los sistemas jurídicos comporta profundas implicaciones sobre el alcance del derecho, la teoría de la validez o la conformación de los sistemas jurídicos. Después de este despeje inicial, se expondrán las razones por las cuales el positivismo jurídico se revela como la concepción más potente para explicar el fenómeno jurídico, incluso en el contexto de los sistemas constitucionalizados donde la regla de reconocimiento habría incluido aspectos valorativos entre las condiciones de validez. En esencia, los resultados de la investigación permitirán advertir cómo el positivismo —aun cuando sea en una de sus versiones incluyentes— es una concepción apta para explicar y operar con los cambios que el proceso de constitucionalización reporta sobre el ordenamiento, en especial, en relación con el cariz argumentativo y valorativo que ese derecho resustantivizado confiere a la actividad de los juristas. Para arribar a esa conclusión, se hará uso esencialmente de los métodos analíticos y comparativos.

---

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor en las maestrías en Justicia Constitucional, Ciencias Jurídico Penales e Interinstitucional en Derechos Humanos en Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SNII/SECIHTI). Correo: everardord@hotmail.com; <https://orcid.org/0009-0005-6970-2697>.

# LA IMPORTANCIA DE LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN EL QUEHACER DE LOS JURISTAS. UN EJERCICIO ANALÍTICO Y COMPARATIVO

**Palabras clave:** derecho como argumentación; iusnaturalismo; positivismo; realismo jurídico.

## ABSTRACT

This article describes and analyzes the most salient points of the main conceptions of law, specifically in relation to the links —accepted or denied— between law and morality. Against this background, the paper argues that the answer to this question about the influence of moral content on legal systems has profound implications for the scope of law, the theory of validity, and the formation of legal systems. After this initial clarification, the reasons why legal positivism emerges as the most powerful conception for explaining the legal phenomenon will be presented, even in the context of constitutionalized systems in which the rule of recognition would include evaluative aspects among its conditions of validity. In essence, the results of this research will reveal how positivism—even in one of its inclusive versions— is a suitable conception for explaining and dealing with the changes that the constitutionalization process brings to the legal system, especially in relation to the argumentative and evaluative nature that this resubstantivized law confers on the work of jurists. To arrive at this conclusion, primarily analytical and comparative methods will be used.

**Keywords:** law as argumentation; legal positivism; legal realism; natural law.

## INTRODUCCIÓN

**E**n un artículo fundamental publicado originalmente en 1985, Joseph Raz llamó la atención sobre cómo la teoría del derecho ha estado dominada por la discusión en torno a tres tesis sobre la relación entre el derecho y la moral. Con algunas simplificaciones, Raz denomina a cada una de estas asunciones la tesis social, la tesis de la incorporación y la tesis de la coherencia. Según la primera de ellas, «la totalidad del derecho encuentra su fundamento en las fuentes». La segunda sugiere que el

derecho surge de una fuente o una autorización de fuentes jurídicas. Mientras que la tesis de la coherencia sostiene que «el derecho consiste en el derecho que surge de las fuentes jurídicas, junto con la justificación moralmente más razonable del derecho basado en fuentes jurídicas» (Raz, 2001, p. 228).

Podría suponerse que estas proposiciones incumben a un aspecto tangencial, en la medida en que abordan solamente la influencia que la moral puede o no tener en la configuración del ámbito jurídico. Por eso mismo tendrían poco que ver con el derecho en acción; es decir, con el uso de las normas que diariamente aplican quienes deben ajustar su conducta a lo establecido en ellas. Sin embargo, una lectura más detenida del asunto muestra que sus consecuencias son mucho más arduas. En realidad, cada una de estas tesis ha derivado en modelos comprensivos, a partir de los cuales se pretende responder a los problemas centrales de la práctica jurídica.

Así, la tripartición acuñada por Raz adquiere relevancia, porque se presenta como una verdadera cuestión a partir de la cual se determinan la forma, los presupuestos y las limitaciones en la manera de hacer teoría del derecho. Al grado de que no es exagerado decir que, por debajo de cada una de las concepciones del derecho que han disputado el predominio en el último siglo, subyace una toma de postura respecto del

difícil asunto de la relación entre el derecho y la moral (Alexy, 2004, p. 13).

Lo dicho presupone un par de cuestiones que conviene explicitar antes de seguir adelante. Ello se debe a que las consideraciones de los apartados posteriores podrán comprenderse más fácilmente si desde ahora queda claro qué se entenderá por «concepción del derecho» y cuáles son las concepciones más relevantes en torno al fenómeno jurídico (Atienza, 1998, pp. 19-31). Por «concepción del derecho» se debe entender el conjunto articulado de respuestas a las cuestiones fundamentales planteadas en relación con el derecho, tales como «cuáles son sus componentes, cómo se determina el derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, y en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo» (Atienza, 2014, p. 21). Con base en esa precisión inicial, Atienza identifica, al menos, tres concepciones centrales. Estos modelos se corresponden con los paradigmas de la ciencia jurídica sostenidos, respectivamente, por el positivismo, el realismo y las doctrinas del derecho natural, los cuales han ocupado un lugar central en la reflexión de este campo (Atienza, 2014, p. 22).

Conforme al primero de estos paradigmas —el positivismo—, se postula un enfoque estructural del conocimiento jurídico. Esto quiere decir que se considera al derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos hu-

manos e identificables mediante criterios ajenos a la moral (Atienza, 2014, p. 24). No hay que decir, por lo demás, que esta ha sido la concepción del derecho más difundida en el último siglo, como lo muestra la influencia de Kelsen y Hart en la manera de hacer teoría del derecho durante ese periodo.

Empero, el positivismo no es la única doctrina que parte de la aceptación de la tesis social, pues también el realismo sostiene que el derecho es identificable a partir de criterios basados en fuentes sociales, aunque con una importante variante. En efecto, según los realistas, el derecho es una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; por ello, las normas jurídicas se presentan como un instrumento mediante el cual se pueden lograr ciertos fines relevantes para la sociedad. En función de ello, el método empleado por los juristas debe poner énfasis en el carácter empírico del conocimiento jurídico (Atienza, 1998, p. 21). Finalmente, según las doctrinas del derecho natural, el derecho representa la plasmación de un orden consistente en principios intrínsecamente valiosos en todos los tiempos y lugares, a los cuales se subordina la validez de las normas positivas (Atienza, 1998, p. 22; Atienza, 2014, p. 25). Para el iusnaturalismo no interesa tanto que el jurista describa cómo es el derecho, sino más bien que indague y proponga como debe ser según el orden natural; y a partir de

ahí, proporcione una lectura moralmente coherente de las normas jurídicas.

La introducción anterior es suficiente para delimitar los alcances de esta contribución. En lo que sigue se analizarán con mayor detalle los presupuestos conceptuales de algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, que aun cuando ya resultan conocidos no por ello dejan de tener interés. Así, se presentarán los alcances de cada una de estas concepciones, de la mano de quienes podrían considerarse autores destacados de cada corriente. Luego, en relación con el positivismo jurídico —que se estima la concepción más potente para acercarse al conocimiento del derecho—, se dará cuenta de cómo este es desafiado por otras concepciones que no pueden ser consideradas sin más que partidarias del derecho natural. Un ejemplo de ello es la teoría pospositivista fundada en el carácter argumentativo de la práctica jurídica propia de los Estados constitucionales, tal como es presentada por Manuel Atienza en diversos trabajos. Este recorrido permitirá sostener, en la parte final, la tesis de que el positivismo jurídico había infravalorado la importancia de los procesos argumentales que preceden o son concomitantes con las operaciones de adjudicación legal, aunque, de algún modo, ciertos aspectos que describen las posiciones argumentativas actuales se contengan *in nuce* dentro de las propias coordenadas de esa concepción.

Por ello, será fácil advertir también cómo esa faceta de la actividad de los juristas se integra como parte del elenco de cuestiones relevantes abordadas en planteos positivistas más exhaustivos que sus antecedentes. Sobre esa base, se podrá aceptar con mayor facilidad la manera en la cual el positivismo jurídico —aun cuando sea en una de sus versiones incluyentes— representa una concepción apta para explicar y operar con los cambios que el proceso de constitucionalización decanta sobre el ordenamiento, en especial, en relación con el cariz argumentativo y valorativo que ese derecho resustantivizado parece exigir a la actividad de los juristas.

## METODOLOGÍA

La cuestión central sobre la que habrá que ocuparse en la presente investigación consiste en explorar la necesidad de introducir ajustes en el entendimiento y los alcances de algunos postulados asociados al positivismo, con el propósito de dar cuenta de la relevancia moral del derecho. No obstante, ello no implica el abandono de tal concepción como explicación integral de la naturaleza del derecho ni tampoco supone que esta doctrina no proporcione algunas claves para comprender la complejidad estructural de la teoría del derecho contemporánea. Al contrario, lo único que esta afirmación sugiere es que una visión positivista del derecho —especialmente en el contexto del constitu-

cionalismo— habrá de estar cimentada fundamentalmente en la tesis de la incorporación, según el cariz de esta que más adelante se propondrá.

Para abordar los distintos aspectos implicados en el planteamiento esbozado en esta introducción, primero se analizarán algunos aspectos relacionados con el carácter ideal del derecho, tal como han sostenido las teorías antipositivistas. Luego, se abordará aquello que puede caracterizarse como la «naturaleza del derecho», según el entendimiento positivista —kelseniano— y el realista de la cuestión. Ese escenario servirá, además, para dar paso al contrapunto representado por los enfoques argumentativos del derecho, que —conforme a un lugar común— se echan en falta en la concepción positivista dominante hasta entonces. Una vez que se haya clarificado el campo donde se debate actualmente la cuestión sobre las relaciones entre el derecho y la moral, se explicará cómo, a partir de un cierto entendimiento de la tesis de la incorporación, el positivismo puede receptar dichos aspectos valorativos y argumentativos de la práctica jurídica sin desmentir conceptualmente la separación entre el derecho y la moralidad ni abjurar, con ello, de la tesis social.

Como no podría ser de otro modo, según el talante de esta breve investigación, para arribar a ese resultado se empleará el método analítico entre las diversas concepciones del derecho consideradas rele-

vantes para ese propósito. Como se sabe, de acuerdo con Villoro, «en el método analítico hay una descomposición mental de un todo, en forma real o lógica, en sus diversos constitutivos parciales» (1996, pp. 87-91). Lo anterior se debe a que, para describir las tesis asociadas al núcleo del positivismo, será necesario descomponer esta corriente en sus proposiciones típicas, a fin de analizar y determinar cuáles de ellas constituyen su base, sin las cuales no se puede mantener la divisa de dicho positivismo (Bayón, 2002, pp. 33-54).

## MARCO TEÓRICO

En los apartados siguientes, se debatirá el estado actual del campo en el que se centra la investigación, tal como se planteó en el introito.

### *El carácter ideal del derecho*

En este sentido, la concepción jurídica a la que se hará referencia en primer término está constituida por el variado elenco de posiciones vinculadas con la tradición del derecho natural. Conviene comenzar por esta tradición, no solo porque cronológicamente es la de mayor antigüedad, sino porque, pese a sus variantes, es posible encontrar un vínculo común entre todos sus exponentes. Dicho punto de toque se determina por la conexión entre el derecho y la moral, lo que justifica considerar al iusnaturalismo como un ejemplo de la

tesis coherentista en la teoría del derecho. En efecto, los valedores del derecho natural —ya sea en su vertiente teológica o racionalista— se caracterizan por aceptar la existencia de principios morales universales provenientes de una instancia ultraterrena, o bien, que el hombre descubrió a través de la razón, los cuales inspiran un conjunto de normas intrínsecamente valiosas que percolan al derecho positivo y determinan su forma de ser (por todos, Hervada, 2011, pp. 173-189).

Para los iusnaturalistas, un sistema jurídico solo merece tal carácter cuando sus normas participan de los atributos de justicia derivados de aquel derecho natural universal (Nino, 2003, p. 28). Semejante caracterización es suficiente para advertir la forma en que el iusnaturalismo parte de la aceptación de la tesis de la coherencia, en la medida en que el ordenamiento jurídico está conformado por el derecho que surge de las fuentes jurídicas y también por la justificación moralmente más razonable de ese derecho, basada en fuentes autoritativas. Bajo esta premisa, el iusnaturalismo preconiza un modelo de ciencia jurídica eminentemente prescriptivo: el jurista no únicamente debe ocuparse de describir la forma o composición del sistema, sino que su tarea se vincula más bien con la definición de las estrategias, a través de las cuales el derecho positivo puede acercarse de mejor manera a la imagen ideal

de un ordenamiento inspirado en el valor de la justicia.

Uno de los ejemplos más influyentes de la teoría jurídica de jaez iusnaturalista, se debe a Luis Recaséns (Núñez, 2001, p. XVII). Nada menos, Giorgio Del Vecchio escribió que Recaséns fue uno de los más fecundos cultivadores de la filosofía jurídica en España. Según el jurista italiano, la propuesta de Recaséns puede definirse como un exitoso intento de integrar las doctrinas fenomenológicas y el raciovitalismo de Ortega, con el propósito de elevar la filosofía del derecho al rango de la reflexión metafísica más avanzada de su tiempo (Del Vecchio, 1960, p. 227).

Para Recaséns, dentro del conocimiento jurídico deben distinguirse dos niveles de profundidad: el primero, científico-positivo, mientras que el segundo es de carácter filosófico. Al primer nivel pertenecen tanto la historia del derecho, que se ocupa de analizar el derecho positivo no vigente; la sociología jurídica, centrada en el hecho social en el que se originan las normas jurídicas; y, finalmente, la ciencia jurídica dogmática, que se encarga del estudio del derecho positivo vigente. Por su parte, a la filosofía del derecho pertenecen los campos de la teoría fundamental del derecho, la estimativa jurídica y la teoría de la interpretación (Núñez, 2001, p. 142). Si se limita el campo de atención a las partes integrantes del conocimiento filosófico

del derecho, se podrá captar mejor la extensión de cada uno de sus tres sectores.

En principio, la teoría fundamental del derecho se caracteriza por investigar la esencia de lo jurídico (Recaséns, 1997, pp. 40-48). Así, este sector trata sobre la búsqueda y el análisis del concepto esencial del derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. En este punto, el afán de Recaséns no es distinto de la pretensión de universalidad que caracteriza al positivismo jurídico como modo de hacer teoría del derecho, pues en ambos casos el concepto de derecho es visto como «una noción universal que abarca todas las manifestaciones de lo jurídico, todos los derechos que en el mundo han sido, todos los que son y todos los que pueden ser» (Núñez, 2001, p. 144). Aunque la pretensión de generalidad de la teoría iguala al iusnaturalismo del autor hispánico al positivismo jurídico de Kelsen y Hart, la definición de la naturaleza del derecho separa ambos enfoques.

En efecto, según Recaséns, el derecho es un producto que los hombres generan en su vida social según sus circunstancias (Ortega y Gasset, 2012, p. 197). En esa virtud, el derecho presenta una doble cualidad que permite verlo como un conjunto de normas garantizadas por la estructura autoritativa del Estado y, al mismo tiempo, como una manifestación de la vida humana objetivada, conectada con la realización de algún valor. Según el jurista español, la vida humana objetivada está constituida

por todas aquellas manifestaciones de la actividad humana que dejan una huella de su existencia y de las cuales el derecho es una muestra por antonomasia (Recaséns, 2002, p. 319). En ese contexto, si bien el derecho es norma en virtud de su naturaleza formal, no es menos cierto que posee una esencia material, en tanto que, mediante esas mismas directivas, se busca alcanzar la realización de algún principio axiológico (Núñez, 2001, pp. 150-151).

En este punto, resulta clara la manera en que el iusnaturalismo del autor español se aparta de la noción de validez definida por criterios formales que más adelante postulará el positivismo jurídico. No obstante, con todo lo relevante que ello pueda ser, resulta todavía más llamativa la manera en que, en la teoría de Recaséns, ya se encuentra uno de los aspectos característicos del llamado no-positivismo en la teoría del derecho. En este sentido, el paralelismo entre Luis Recaséns y Robert Alexy resulta difícil de ocultar. Como se sabe, Alexy sostiene una teoría no positivista del derecho, que se caracteriza por aceptar su doble naturaleza. Según el autor alemán, el derecho posee una dimensión real o fáctica y otra ideal o crítica. La primera se manifiesta en los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. En tanto que el aspecto ideal o crítico, se da por la pretensión de corrección moral. Según Alexy, cuando el derecho se define únicamente a partir

de los elementos fácticos, se sostiene una teoría positivista. Sin embargo, cuando se agrega la corrección moral como tercer elemento, el cuadro cambia hacia un concepto no-positivista del derecho; de modo que «la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo» (Alexy, 2017, p. 25). Pues bien, cuando Recaséns reconoce la misma doble naturaleza de la que habla Alexy, es inconcuso que el profesor español debe ser considerado como uno de los más claros precursores del no-positivismo; es decir, de una de las formas críticas del positivismo jurídico que reivindican el valor moral del derecho sin vincularse directamente con el modo iusnaturalista de hacer teoría jurídica.

La importancia del pensamiento de Recaséns también se aprecia en el campo de la estimativa o axiología jurídica (Recaséns, 2002, p. 495). La función principal de la estimativa consiste en proporcionar parámetros, a partir de los cuales se pueda realizar el enjuiciamiento concreto de las normas positivas; y, al mismo tiempo, se obtengan criterios para inspirar el desarrollo del derecho, a partir de un conjunto de ideas o valores con validez necesaria, esto es, con independencia de que el sujeto los piense como correctos o incorrectos (Núñez, 2001, p. 154).

Por tanto, los efectos de la estimativa se pueden apreciar fundamentalmente en dos campos relacionados con el carácter de la ciencia jurídica y la teoría de la vali-

dez del derecho. En relación con el primer aspecto, la estimativa enfatiza el carácter valorativo o modelador que la ciencia jurídica ejerce sobre su objeto, a fin de que las normas se correspondan con determinadas exigencias de corrección sustancial. En tanto que, respecto a la teoría de la validez, Recaséns subraya el hecho de que la normatividad del derecho carecería de sentido si no se encuentra referida a un juicio de valor positivo que inspira el carácter obligatorio de sus preceptos (Núñez, 2001, p. 156). Desde el momento en que Recaséns considera a la estimativa como un aspecto de la reflexión filosófica sobre el derecho, su teoría se separa del paradigma central del positivismo, al menos en la vertiente kelseniana; y, concomitantemente, se alinea como un anticipo de lo que será la teoría jurídica estándar para el constitucionalismo, la cual se encuentra basada sobre todo en el carácter normativo de la ciencia del derecho y la dimensión argumentativa de la práctica jurídica.

Precisamente en el carácter argumentativo de la adjudicación legal, se encuentra el último punto que se abordará sobre la obra de Recaséns. En un estudio dedicado a la interpretación jurídica, publicado en 1959, el profesor español refería la manera en que la aplicación del derecho debe estar presidida por la llamada lógica de lo razonable. Como lo ha enfatizado recientemente Teresita Rendón, la razonabilidad es un principio que trasciende al mero impera-

tivo de seguridad jurídica, en tanto que se vincula con la protección de razones que dotan de contenido y dan sentido a las decisiones de la autoridad, a través de la prohibición de la arbitrariedad (Rendón, 2018, p. 31). En el mismo sentido al que se acaba de apuntar, Recaséns considera que la interpretación del derecho siempre debe hacerse con vistas a una situación concreta, a fin de que la decisión, que al efecto deba tomarse, proporcione la mejor lectura de los valores que inspiran al derecho. Por ello, el profesor español se aparta del logicismo que ve en el razonamiento silogístico la forma por excelencia mediante la cual operan las normas jurídicas.

Al contrario, reducir el derecho a la aplicación de los cánones de la lógica implica desconocer que el derecho es frecuentemente lagunoso, que su curso no puede aherrojarse a un modelo simple de razonamiento y, lo más importante, que la jurisdicción no participa de una naturaleza mecánica o automática. Es por eso que el razonamiento jurídico se mueve en el plano de la lógica de lo razonable. En este espacio, no es inusual que el operador jurídico haya de vérselas con la aplicación de juicios morales, para garantizar la mejor decisión mediante una lectura integral y coherente del derecho. Con ello, nuevamente en Recaséns, no solo se hallan algunos atisbos de lo que, décadas después, será la moderna teoría de la argumentación jurídica, sino también algunas notas

que vinculan de cerca al autor español con la influyente lectura del derecho como una integridad sostenida por Ronald Dworkin.

En mérito de todo ello, la obra de Luis Recaséns es, bajo cualquier perspectiva, una potente muestra de las posibilidades de una teoría del derecho de cariz iusnaturalista, la cual debe tomarse en serio, sea para apoyarse en ella o para disentir de sus presupuestos. En todo caso, cuando el autor español se refiere, por ejemplo, a la importante consideración sobre el valor moral del derecho o la relevancia que implica la teoría de la argumentación jurídica como modelo integral para justificar las operaciones de adjudicación legal, no parece postular tesis incompatibles con el positivismo jurídico, porque si esta corriente se entiende únicamente como un modo general y descriptivo de hacer teoría del derecho, no resulta contradictorio sostener la existencia de vínculos accidentales entre el derecho y la moral, tal como se verá en el apartado final de esta contribución.

*«Cualquier contenido puede ser derecho»*

Sin demasiado trabajo puede decirse que Kelsen es acaso el teórico del derecho más destacado de los últimos tiempos. La teoría pura desarrollada, corregida y «defendida» por Kelsen, a lo largo de toda su vida, e incluso —a semejanza del Cid Campeador— hasta después de la muerte,

es un intento ambicioso y de largo alcance para mostrar, primero, que el naturalismo característico de la ciencia jurídica de fin de siglo era erróneo. Después para desarrollar los fundamentos de una teoría alternativa, que pudiera asegurar la autonomía del derecho y la pureza metódica de la ciencia jurídica. Semejante objetivo solo podía lograrse mediante una serie de operaciones intelectuales para desvincular el conocimiento del derecho del ámbito de otros dominios de la conducta humana, que constituyen verdaderas tierras exóticas para el jurista.

En ese sentido, la teoría pura es una representante de la Allgemeine Rechtslehre; es decir, de la teoría general del derecho que floreció en Alemania a finales del siglo XIX (Esquivel, 2011, p. 11). En tanto teoría general, la propuesta kelseniana pretende ser independiente, tanto de la filosofía del derecho considerada como una ciencia metafísica de los principios absolutos como de los estudios especiales del derecho.

Para Kelsen, mientras que el derecho se ocupe de cuestiones metafísicas, no podrá alcanzar un estatuto objetivo ni lo alcanzará si únicamente se aboca al conocimiento de disciplinas jurídicas especiales que siempre requieren un cuerpo de conceptos fundamentales ubicados en un nivel más alto de abstracción. Por ello, la teoría pura pretende sustituir el modo de reflexión jurídica de estro iusnaturalista por una for-

ma de exposición y sistematización del derecho positivo mediante el empleo de una serie de conceptos irreductibles.

Se trata de constituir un sistema de conceptos jurídicos fundamentales como un conjunto lógicamente cerrado con validez universal, válido para cualquier orden jurídico y bajo la premisa de que el único objeto de la ciencia jurídica está constituido por el derecho puesto; esto es, por aquel que deriva de ciertos actos provenientes de los agentes dotados de autoridad (Esquivel, 2011, p. 17). La teoría pura, como manifestación del positivismo, niega la etiqueta jurídica a las normas ideales que postulan cómo debería ser el ordenamiento, según algún orden valorativo. En esa medida, resulta preciso excluir de la teoría del derecho cualquier operación de aprobación o censura respecto de su objeto de estudio. En consecuencia, la teoría positivista «no tiene que legitimar ni justificar el derecho». La tarea evaluativa es eliminada del campo de la teoría general del derecho y de la ciencia jurídica, para reservarla solo a la filosofía, a la moral, a la política jurídica y, en general, a la ideología» (Esquivel, 2011, p. 19).

¿Cómo logra Kelsen sostener el carácter científico y la pureza metódica de su teoría, pese a que la actividad evaluativa resulta ser una tarea aneja a la labor de los juristas? (Hart, 2008, pp. 96-98). La respuesta a esta interrogante conduce a considerar uno de los aspectos más importantes

de la propuesta del jurista vienés. Según Kelsen, la teoría jurídica debe partir de un presupuesto metodológico fundamental representado por la distinción entre el «ser» y el «deber ser». Estas dos categorías marcan la distinción entre el punto de vista explicativo y el normativo propio de las ciencias. El método del «ser» es causal y explicativo, como se puede apreciar en el campo de las leyes de la naturaleza. Ese dominio del conocimiento está condicionado por la elucubración sobre las causas productoras de los fenómenos; tan es así que una vez conocidas y verificadas estas, la consecuencia prevista se producirá indefectiblemente. Empero, la mecánica de las leyes de la naturaleza no describe el funcionamiento de las reglas del derecho.

Cuando una norma jurídica establece la observancia de una conducta, debe observarse. El imperativo de deber ser no excluye la posibilidad —como si lo hiciera la relación de causalidad en la naturaleza— de que, en algunos casos, la conducta esperada por el derecho no se genere. El fenómeno del incumplimiento no origina la necesidad de reformular o abandonar la regla de derecho insatisfecha, en virtud de que, para el derecho, un cierto grado de ineficacia no es ajeno al fenómeno jurídico. Lo que ocurre en estos casos es que, según Kelsen, cuando la conducta prescrita no se realiza, se produce un acto antijurídico que constituye la condición para la imposición de una sanción por parte de las ins-

tancias establecidas conforme al propio ordenamiento.

Esta delimitación inicial, sostenida por Kelsen, es un auténtico aspecto capital de la teoría pura. En principio, si las normas jurídicas son imperativos de deber ser, entonces resulta palmario que la ciencia jurídica tiene carácter normativo, no tanto porque sea generadora de normas, sino porque se ocupa de captarlas o comprenderlas. No obstante, en consonancia con su objeto, el carácter normativo al que se hace alusión es exquisitamente formal: Kelsen rehúsa ocuparse de cualquier consideración relacionada con el contenido de las normas jurídicas, al estimar que no se trata de una actividad científica que pueda afrontarse con éxito por los juristas. Por ello, la divisa esencial de la teoría pura afirma que «cualquier contenido puede ser derecho» (Kelsen, 2005, p. 205): se trata de liberar a la ciencia jurídica de cualquier elemento que pueda desnaturalizarla o alejarla del conocimiento científico de las normas (Kelsen, 2013, p. 23).

Kelsen pretende lograr una ciencia jurídica pura. Para ello, la ciencia del derecho debe construir su propio objeto, a partir de un imperativo de neutralidad. No se trata de saber cómo debería ser un sistema jurídico, sino en describir cómo es el derecho (García Máynez, 1978, p. 30). La pretensión de pureza imbibita en la teoría del autor austriaco no quiere decir que los juristas dejen de preocuparse por los pro-

blemas de la justicia o que el derecho deba ser obedecido desde el momento en que es puesto por la autoridad; Kelsen tan solo se limita a afirmar que esta clase de actividades no son propias de la teoría general del derecho. Para algunos de sus críticos, el intento de la teoría pura para construir su objeto de conocimiento con total prescindencia axiológica, implica en sí mismo la asunción de un cierto compromiso ideológico que tornaría inviable la apuesta epistemológica del jurista vienés, pues la objetividad a la que aspira la teoría pura implica en sí misma un compromiso con ciertos valores.

Bajo esta consideración, a Kelsen le ocurriría como a aquellos que buscan llegar a la iluminación mediante la supresión de cualquier deseo, sin darse cuenta de que la aspiración a ese estado pleno donde no se desea nada es también la expresión de «un deseo de no desear». En todo caso, lo que Kelsen quiere subrayar cuando habla sobre la pureza metódica, es que al hacer ciencia jurídica es preciso partir de una clara distinción entre el derecho y la naturaleza. Por tanto, el conocimiento jurídico solo tiene por objeto a las normas, de acuerdo con las cuales determinados hechos o actos pueden ser jurídicamente calificados. Para decirlo con las palabras de García Máynez: «atribuir carácter jurídico a hechos naturales es afirmar la validez de ciertos preceptos cuyo contenido coincide hasta cierto punto con los fenómenos fi-

sicos» y solo a aquellas normas debe limitarse la atención del teórico (1978, p. 35).

Pero, con todo, la teoría pura es una de las muestras cimeras del positivismo jurídico y no está exenta de contradicciones internas. Uno de esos puntos disputados tiene que ver con las relaciones entre la validez y la eficacia como propiedades predicables de las normas jurídicas. En este punto, se advierten algunas variaciones al contrastar las obras iniciales de Kelsen con las de su periodo de madurez. Así, en la teoría general del derecho y del Estado, Kelsen sostiene que «la afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien, aquellos conceptos son enteramente distintos, entre ellos hay una relación muy importante» (Kelsen, 2010, p. 49). Y es que nada menos la relación entre validez y eficacia, se explica por el hecho de que, en ese momento, Kelsen considera que una norma es válida solo bajo la condición de que pertenezca a un sistema jurídico, que tomado en su totalidad sea eficaz. Ello no quiere decir, por otra parte, que el sistema solo exista a condición de que todas sus normas sean eficaces.

Kelsen se cuida bien en aclarar que en un sistema jurídico pueden existir algunas normas singularmente consideradas, que sean, asimismo, ineficaces y, si tal condición se prolonga por el tiempo necesario, entonces el autor no tiene reparos para aceptar que dichas normas hayan

sido privadas de su validez a causa de la desuetudo. Es difícil no apreciar la forma en la que esta última afirmación resulta problemática para la congruencia interna de la teoría pura del derecho. En efecto, si el derecho se genera por actos expresos de agentes dotados de autoridad, y —como lo diría Hobbes— la ley no se da únicamente para aquellos que tienen deseos de ella ni tampoco se puede rehusar su cumplimiento a contentillo de sus destinatarios (Hobbes, 2010, p. 218), entonces no se alcanza a comprender cómo el desuso de una norma puede privarla de su validez. Conceder este curioso fenómeno, conllevaría a que un juez obligado a la aplicación del orden jurídico tuviera que «inaplicar» una norma, que, pese a vincular su razonamiento, no debe disciplinar el fallo al ser ineficaz por un tiempo prolongado.

Tal vez por eso, en la edición definitiva de la teoría pura del derecho, Kelsen introdujo algunas modificaciones en el tratamiento del tema abordado en esta parte. A partir de entonces, el autor austriaco define la validez como la existencia específica de una norma. Según esta premisa, aunque no debe confundirse la validez con la eficacia tampoco es correcto que se pierdan de vista las relaciones que existen entre ambos términos, pues una norma jurídica solo será considerada objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula, se adecua a lo establecido en ella (Kelsen, 2005, p. 23). Aho-

ra la validez aparece vinculada a un fenómeno de obediencia, de fuerza obligatoria, en virtud del cual el individuo a quien se dirige la norma, «se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta», ya que, en caso contrario, se despachará un acto coactivo en su contra. Cuando Kelsen sostiene este aserto, parece estar de acuerdo con la existencia de cierta fuerza moral del derecho (2005, pp. 23 y 133). Aquí se encuentra otro punto abierto de la teoría pura.

En las obras de Kelsen, el concepto de validez aparentemente se relaciona con dos nociones diferentes: en unos casos se emplea para referirse a la pertenencia de una norma a un sistema jurídico específico, mientras que en otros contextos denota una especie de obligatoriedad de las normas (Esquivel, 2011, pp. 72-73). Tal dualidad conceptual ha llevado a autores de la talla de Alf Ross a acusar a Kelsen de ser nada menos que un cuasipositivista. Según Ross (2014), cuando Kelsen afirma que la existencia de una norma es su validez y que la misma posee validez porque los individuos deben comportarse como ella lo estipula, su afirmación lleva implícita la vinculación entre la validez y la existencia de un deber de obediencia al derecho —esto es, un deber de cumplir con las obligaciones jurídicas—. Esta vinculación solo tiene sentido si se acepta que el deber aludido es un verdadero deber moral, que corresponde a la fuerza obliga-

toria inherente al derecho. Ross sostiene que, «a pesar de que esta interpretación no armoniza con el confesado programa empirista de la teoría pura del derecho, ella es inevitable y debemos tomarla como una supervivencia de la filosofía del derecho natural de tipo cuasipositivista», de la cual Kelsen no puede separarse (2014, p. 24). Según el autor danés, resulta un error que la teoría pura asocie la validez con la fuerza obligatoria, porque al hacerlo olvida que la validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. De acuerdo con Ross, lo único que Kelsen consigue, al afirmar que existe un deber de obedecer las normas, es «reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales» (2014, pp. 24-26).

Para desactivar un riesgo semejante, tendría que encontrarse una forma de reconstruir el concepto de validez de la teoría pura en términos puramente descriptivos; es decir, sin hacer referencia a ningún criterio de evaluación moral. Esa es la apuesta de Eugenio Bulygin, quien ha propuesto redefinir la validez en términos de aplicabilidad (2005, p. 99). Para el profesor argentino, decir que una norma específica es aplicable significa postular que esta debe ser utilizada por un juez al momento de resolver un caso determinado, según

lo establecido por otras normas jurídicas positivas denominadas de aplicación. Este concepto de validez como aplicación es normativo, pero no se superpone a los deberes establecidos en las normas jurídicas, pues se trata del deber del juez de aplicar una determinada norma y este deber no tiene ninguna connotación moral, en virtud de que está establecido por las normas jurídicas positivas (Bulygin, 2005, pp. 99-101). De esta forma, el derecho puede identificarse mediante el recurso a un conjunto de hechos observables empíricamente, mientras que el deber judicial de aplicar ciertas normas se encuentra dado únicamente por otras directivas integrantes del orden jurídico, sin que ello implique la existencia de algún deber moral de obediencia al derecho. Este solo aspecto bastaría para demostrar cómo la teoría kelseniana puede quedar a salvo del colapso del cuasipositivismo denunciado por Ross.

Otra de las cuestiones que ha llamado la atención de los estudiosos de la obra kelseniana, es el recurso a partir del cual el profesor vienés postula la unidad del ordenamiento. Este aspecto es particularmente relevante, porque demuestra que la naturaleza del derecho no puede percibirse a partir de las normas aisladas, sino que debe basarse en las cualidades que dan identidad a un sistema jurídico. Como bien dice Kelsen, el orden jurídico es un sistema de normas; sin embargo, tan

pronto como se acepta esa premisa una serie de cuestiones salen al paso del jurista: ¿cuándo una norma pertenece a un determinado sistema normativo?, ¿qué convierte a una multitud de reglas de conducta en un sistema de derecho?, entre otras tantas interrogantes por el estilo. Pues bien, la respuesta de Kelsen a esta clase de preguntas, se encuentra en la inclusión de la norma hipotética fundamental como criterio para cimentar la unidad del ordenamiento.

El recurso a la norma fundamental le sirve a Kelsen para resolver los dos problemas que toda teoría del derecho que pretenda ser exitosa debe afrontar: en primer lugar, la cuestión relativa a la unidad del ordenamiento y, después, la forma en la cual el sistema se constituye como un entramado jerárquico de normas. En efecto, según este autor, la búsqueda del fundamento de validez de una norma no conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede; por tanto, para Kelsen una norma es válida, es decir, tiene sentido objetivo de deber siempre que su validez pueda referirse a otra norma positiva. No obstante, en algún momento se tendrá que llegar a una norma cuya validez no puede ser referida a ninguna otra, por lo que, para evitar el regreso al infinito, Kelsen tiene que presuponer una norma: la norma básica, válida sin haber sido dictada. Se trata de una norma de carácter fundamental, en tanto que consti-

tuye el último escalón para determinar la pertenencia común de todas las demás a un sistema determinado (García Máynez, 1978, p. 130).

Es en este punto donde surge el recurso a la norma fundamental. No se trata de la primera constitución histórica, sino de una regla que prescribe que las personas deben conducirse de la forma establecida por el individuo o los individuos que dictaron la primera constitución. Así, todas las normas pertenecen a uno y el mismo orden, en cuanto su validez, puede ser referido a la primera constitución, la cual —en virtud de la norma fundamental— se presupone obligatoria. Con base en estas consideraciones queda claro cuál es la verdadera naturaleza de la norma fundamental, pues no se trata de una norma positiva, sino de una presupuesta por la ciencia jurídica, para conferir poder creador al acto legislativo de la primera autoridad. Como señala Letizia Gianformaggio, la norma fundamental de Kelsen es una válida pero no positiva; es solo una norma pensada pero no querida; no es, sin embargo, producida por el pensamiento, porque ningún pensamiento, ninguna operación puede producir nada. Solo puede mostrar, señalar, descubrir algo que existe por necesidad: si no existiera otra cosa que realmente existiera, no podría existir.

Esta otra cosa es la norma positiva, cuya existencia, como norma, es la premisa

para el argumento trascendental con el cual la teoría pura, mientras fundamenta su validez y presupone el fundamento, permanece como mero conocimiento y, sin embargo, construye su propio objeto. (Gianformaggio, 2002, pp. 55-56)

El parecer de Gianformaggio muestra el variado elenco de peligros que asechan la consistencia de la norma fundamental. Ella se asume solo como una hipótesis de trabajo, una norma pensada únicamente, la cual tiene —sin embargo— el efecto de transformar la realidad del derecho al convertir un fenómeno de fuerza en el supuesto constitutivo de la unidad del sistema. Ciertamente, Kelsen fue consciente de los riesgos correlativos a la asunción de la norma fundamental como centro de gravedad de su construcción teórica. Pese a ello, su obra no contribuye de manera definitiva a despejar las dudas sobre este punto. Tan es así que la propia formulación de la norma fundamental fue objeto de una variada conceptualización a través de la evolución del pensamiento kelseniano; al grado de que en los escritos póstumos —específicamente en la teoría general de las normas—, Kelsen llegó a aceptar que esa norma era una especie de ficción —un como si— que tenía que presuponer el jurista para desarrollar su actividad científica sobre el derecho. Precisamente en vista de semejantes ambigüedades, para García Máynez la tesis de la norma fundamental

es solamente la fachada del pensamiento iusnaturalista de Kelsen (1978, p. 180).

Pero quizá el aspecto más endeble de la teoría pura, se refiera al problema que plantean las normas inconstitucionales. Esta clase, pese a ser creadas en contravención de las normas superiores que deberían regir su forma de producción —y, en algunos casos, también su contenido—, pertenecen al sistema y deben ser aplicadas mientras su irregularidad no sea declarada por los jueces. Para explicar este curioso fenómeno, Kelsen apeló al problemático recurso de la «cláusula alternativa tácita», según la cual la constitución posee una cláusula alternativa que contiene todas las normas que regulan la producción de las normas inferiores; y de ello se sigue que las autoridades tienen poder normativo para promulgar, por ejemplo, normas generales ajustadas a los contenidos constitucionalmente previstos o cualquier otra, y los jueces tienen el poder normativo de aplicar normas válidas para justificar sus decisiones o cualquier otra.

A pesar de lo que ordinariamente reconocen los juristas, bajo el argumento de Kelsen, no existirían normas inconstitucionales ni sentencias *contra legem*, ya que esos actos serían válidos a la luz de la cláusula alternativa tácita, con independencia de sus contenidos, e incluso de la forma de producción prevista expresamente en la Constitución (Navarro, 2016, p. 73). Si se aceptara la salida kelseniana

al problema de las normas inconstitucionales, se echaría por tierra no solo el principio en el cual se ha hecho descansar la unidad del ordenamiento, sino que también se abandonaría la posibilidad de cualquier conocimiento objetivo del derecho, pues resultaría que los actos generados en clara violación de la Constitución también serían acordes a ella. Para evadir esta delicada cuestión, nuevamente la alternativa puede ser optar por un concepto de validez en términos de mera aplicabilidad, que contribuya a explicar la manera en que ciertas normas inconstitucionales son aplicadas en el razonamiento judicial mientras su irregularidad no es declarada, sin comprometer por ello el Principio de Supremacía Constitucional (Bulygin, 2005, pp. 99-101).

Tal como se acaba de ver en este apartado, la teoría pura constituye una sólida propuesta para construir un modelo de ciencia jurídica general y descriptivo, afinado en la separación entre el derecho y la moral. Por eso, una de las asunciones irreductibles del positivismo kelseniano se relaciona con la manera en que el derecho se crea e identifica, a partir del recurso a las fuentes de autoridad. Es cierto que aún existen aspectos en los que la teoría pura del derecho tendrá que ser analizada con detenimiento, para verificar cómo puede engastarse dentro del paradigma constitucional, pero lo que resulta ya incuestionable es la impronta imborrable que Kelsen

ha dejado en la ciencia jurídica. Con razón Juan Ruiz Manero afirma que se puede coincidir o diferir de las tesis sostenidas por Kelsen a lo largo de toda su obra, pero lo que no puede dejar de reconocerse es que, si la teoría del derecho ha avanzado tanto en el último medio siglo, es gracias a que precisamente está parada sobre los hombros de Hans Kelsen (Ruiz Manero, 2014, p. 30).

La exposición detallada hasta ahora —en cuanto a los aspectos relativos a la idealidad del derecho abordados en el apartado anterior y sobre la presentación «pura» del positivismo jurídico— es relevante por un par de motivos. En primer lugar, dichos aspectos permiten marcar las posiciones antagónicas de dos concepciones que se ubican en las antípodas del pensamiento jurídico, en cuanto que la primera sostendría alguna forma de corrección sustantiva como elemento definitorio del derecho, lo cual es negado por la segunda. Si a ello se suma el escepticismo valorativo del positivismo kelseniano, se verá más claro el contrapunto que se desea destacar ahora. Este último aspecto es relevante, porque, si se inserta en el paradigma de la ciencia jurídica realista que se estudia en el apartado siguiente, se obtendrá, para lo que interesa más adelante, un cierto modelo de jurisdicción, que abjura de la posibilidad de justificar las decisiones judiciales más allá del voluntarismo o de la subjetividad de sus operadores. Para demostrarlo, se

avanzará en la exposición de ese modelo realista de la ciencia jurídica al que acaba de aludirse.

### *El derecho en clave realista*

A diferencia del modelo de la ciencia jurídica kelseniano, Alf Ross se propone construir una teoría del derecho que no sea puramente cognoscitiva, sino que también tenga un marcado componente empírico (Esquivel, 2011, p. 30). La teoría del derecho de Ross parte de la necesidad de definir el derecho en términos de hechos sociales, por lo que excluye de su campo de interés la reflexión sobre propiedades metafísicas, como la validez o la justicia. En este sentido, el realismo es también una especie del positivismo jurídico, en tanto que se construye sobre la base de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre el derecho y la moral (Atienza, 1998, p. 21). Consecuentemente, Ross propone un concepto de derecho compuesto a partir de directivas, que sirven como esquemas para la interpretación de determinados hechos sociales, cuya validez se define sin recurrir a ninguna noción que vincule las normas con alguna dimensión de valor.

Según Ross, la teoría del derecho debe dar respuesta a tres problemas fundamentales: el del concepto y la naturaleza del derecho, el del fin o idea de este, y el de la interferencia entre el derecho y la sociedad. Para responder a la primera in-

terrogante, la teoría general debe hacerse cargo de una serie de conceptos o nociones jurídicas fundamentales en torno a la universalidad de lo jurídico, como los conceptos de norma, derecho subjetivo o deber jurídico (García Máynez, 2013, pp. 65-66). Por eso puede apreciarse aquí un punto de contacto entre Kelsen y Ross —y, ciertamente, también con Recaséns— cuando ambos autores afirman el carácter general de la teoría del derecho como una verdadera pretensión explicativa universal respecto de los sistemas jurídicos. Sin embargo, las diferencias de enfoque en el entendimiento de la tesis social entre la teoría pura y el realismo jurídico de Ross, vendrán determinadas porque la propuesta de Ross es un intento por construir una jurisprudencia naturalizada que no está presente en la teoría pura (Esquivel, 2011, pp. 28-29).

Según Ross, el derecho se asemeja en cierta medida a las reglas de los juegos. Si se presenciara una partida de ajedrez o de dominó sin conocer las reglas que rigen estas prácticas, difícilmente se podría captar toda su significación. Por el contrario, si se conocen esas reglas y, además, se sabe que el sentido del juego es dar «jaque mate» al rey del oponente o terminar con las fichas propias antes que los demás contendientes, entonces no solamente se podrá comprender la actividad lúdica, sino que también se podrá adelantar las jugadas de los participantes, e incluso «predecir»

al ganador de la contienda. En el derecho ocurre algo parecido: con frecuencia, ante el jurista, aparece un sinfín de acciones humanas que resultan ininteligibles si no se cuenta con algún parámetro de interpretación proporcionado por las normas jurídicas. Con base en esa consideración, el derecho vigente está integrado por el conjunto de ideas normativas que funcionan como sistema de interpretación de los fenómenos jurídicos concretos, siempre que las normas relativas a estos sean efectivamente observadas y quienes las observan se sientan vinculados por ellas.

Esta definición de la vigencia claramente evade cualquier consideración metafísica sobre las propiedades inmanentes del derecho, al reducir el fenómeno a una mera cuestión de carácter empírico vinculada con una condición de efectividad expresada a través del deber judicial, para aplicar una sanción al responsable cuando las exigencias descritas en la norma han quedado satisfechas, y desde luego también excluye cualquier consideración moral sobre la obligatoriedad del derecho en términos morales semejante a aquella que Ross criticó a la teoría pura del derecho (Esquivel, 2011, p. 34; García Máynez, 2013, p. 78). En realidad —dice el profesor danés— todos los sistemas jurídicos están basados en hechos que deben ser descritos en términos independientes de la aprobación o censura moral de dichos hechos. Si ello es de este modo, entonces nada impide que la cien-

cia jurídica se construya con base en una neutralidad valorativa desvinculada de la consideración moral del sistema; por ello, se puede calificar como jurídicos a los órdenes fundados en esos hechos y, al mismo tiempo, creer que el deber moral más alto de sus participantes es luchar contra ellos (García Máñez, 2013, p. 76).

Conforme a lo señalado por Ross, dentro del sistema jurídico se pueden distinguir las normas de conducta de las de competencia. La primera clase está compuesta por las directivas dirigidas a los particulares, mientras que la segunda se refiere a las normas que crean un poder o autoridad para determinar en qué casos otras directivas, formuladas con arreglo a determinados procedimientos, deberán ser vistas como normas de conducta; de modo que las reglas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas. Sin embargo, independientemente de qué clase de normas se trate, en realidad, el destinatario final de cualquier directiva siempre será el Poder Judicial del Estado, ya que el sistema jurídico no es más que el conjunto de reglas relativas a la organización y el funcionamiento del aparato coactivo público.

A partir de ello, Ross concluye que la esencia del derecho se encuentra vinculada a dos características específicas: primero, con la idea de que el derecho es un conjunto de directivas concernientes al empleo de la fuerza; y, en segundo térmi-

no, que se trata de un conjunto de reglas constitutivas de instancias autorizadas para ejercer la fuerza, en la medida que ellas cuentan con la capacidad para «legislar, juzgar y ejecutar». En esta capacidad del ordenamiento estatal para constituirse como una instancia objetiva y externa a sus súbditos, se encuentra la diferencia específica del derecho frente a otros órdenes de la conducta y otras realidades inferiores a la organización política —como una asociación o un club—, los cuales pese a contar con una estructura fundada en normas, carecen de fuerza para ejecutar por sí mismos las sanciones que eventualmente llegaran a imponer (Ross, 1963).

En otro orden, el realismo jurídico también propone una concepción particular del estatuto de la ciencia jurídica. Según esta concepción, las tareas de la ciencia jurídica consisten en el análisis del contenido abstracto de las directivas jurídicas y en el estudio del derecho vigente en un ámbito determinado. En consecuencia, la ciencia jurídica es normativa no porque postule normas, sino porque se ocupa de ellas. En general, las aserciones de la ciencia jurídica son predicciones sobre las decisiones futuras de los jueces: predicen que la norma en cuestión será aplicada en una decisión judicial posterior. Por ello, en la medida en que la ciencia jurídica se ocupa de evaluar las probabilidades de que los jueces se comporten de una determinada manera, la elaboración de los

juristas no puede agotarse simplemente en la descripción de su objeto, sino que su campo predominante será la formulación de directivas de sentencia *ferenda* sobre el derecho, algo que de nueva cuenta separa al realismo de la teoría pura kelseniana (Esquivel, 2011, pp. 140-141).

Ciertamente, el modelo de ciencia jurídica de Ross presenta notables puntos de acierto, aunque en otros aspectos las cosas no necesariamente son como las presenta el autor de *Sobre el derecho y la justicia*. Así, por ejemplo, a diferencia de lo expuesto por este autor, el modelo de razonamiento judicial no exigiría que los jueces evaluaran cada norma, a fin de determinar si deben comportarse como exige tal directiva, porque más bien la judicatura se caracteriza por aceptar un conjunto de normas primitivas que prescriben la aplicación de las restantes normas que los jueces reconocen.

Esto quiere decir que el jurista dogmático identifica las normas del sistema observando determinadas prácticas judiciales por las que son aceptadas ciertas normas primitivas, y a partir de ello el observador podrá «predecir» que las restantes normas, cuya sanción está ordenada por las normas primitivas aceptadas, también serán reconocidas por los jueces. Además, es difícil no darse cuenta de que, en alguna medida importante, el modelo jurisdiccional de Ross está afectado por un vicio de circularidad cuando supone que los jueces del sistema jurídico, que a la sazón resul-

tan un aspecto fundamental para calificar su existencia en términos de eficacia, también tendrían que ser identificados por las mismas normas de las que se predica su validez una vez que son aceptadas por la misma magistratura.

Tanto la teoría pura del derecho como el realismo de Ross son concepciones del derecho que parten de un fuerte escepticismo ético, que los lleva a postular una separación tajante entre el derecho y la moral. La tesis sobre la imposibilidad de justificar racionalmente los juicios prácticos no constituye una asunción conceptual del positivismo jurídico. Dicho en otras palabras, se puede ser positivista y aceptar la posibilidad de un objetivismo moral mínimo, precisamente en la forma en que Bentham o Hart aceptan el positivismo jurídico como método y, al mismo tiempo, sostienen alguna variante de vinculación no necesaria entre el derecho y su valor sustantivo. Quizá en este enfoque más blando de la tesis de las fuentes, se encuentre el camino que el positivismo debe andar para responder al proceso de constitucionalización.

### *El derecho como argumentación*

Hasta ahora únicamente se ha hecho referencia a dos tipos de concepciones jurídicas vinculadas con la corriente del derecho natural y el positivismo jurídico —tanto en sentido estricto como en la ver-

tiente del realismo jurídico—. Sin embargo, en la actualidad también han cobrado éxito ciertas teorías del derecho fundadas en el carácter argumentativo de la práctica jurídica. Aludir a «esos otros enfoques» es pertinente, porque, en conjunto, enfatizan el aspecto argumentativo del derecho que se echaría en falta dentro del positivismo jurídico, y que —por cierto— ni el realismo ni las corrientes del derecho natural podrían desarrollar; el primero, por su compromiso con el escepticismo valorativo, y las segundas, por su impronta deductiva entre los contenidos de la ley natural con el derecho positivo y las normas resultantes de la adjudicación.

Las concepciones a las que se hace referencia en este apartado que, en general, podrían ser llamadas pospositivistas, se caracterizan por proporcionar una lectura coherentista de los componentes del sistema jurídico, lo cual comporta un distanciamiento con el proyecto positivista de teoría del derecho, pero sin que su rechazo a esa tradición las asocie con un nuevo desarrollo del derecho natural. Uno de los ejemplos más interesantes en este sentido, es la teoría sobre la naturaleza argumentativa del derecho desarrollada por Manuel Atienza (Atienza, 2012, p. X).

La primera parte de la propuesta del profesor español constituye una aguda crítica al positivismo jurídico. Según Atienza, esta corriente ha agotado ya su ciclo y nada tiene que decir actualmente en tor-

no a la complejidad de los sistemas constitucionalizados. Tan es así que las tesis del positivismo no constituyen ahora una posición distintiva para sus valedores, porque son tan manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante, que afirmarlas no hace ninguna diferencia. Es por ello que el positivismo se ha tornado caduco e irrelevante, porque si se le añaden rasgos, que aun no siendo quizá definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, entonces esa concepción resulta ser un escollo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas para las condiciones actuales.

En efecto, si las asunciones capitales de la teoría se limitan a señalar que el derecho es producto de actos humanos que imprimen un contenido históricamente variable a los sistemas jurídicos, entonces esta tesis es trivialmente verdadera y no constituye una cualidad distintiva, ya que, en realidad, todas las teorías del derecho de algún modo aceptan ese presupuesto. Por otro lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral puede entenderse de maneras tan diversas, que si se limita a aquello que comparten todos los que se denominan positivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría

del derecho, de modo que la mayor parte de quienes critican al positivismo estarían de acuerdo con aceptar que el derecho y la moral son dos ámbitos claramente separados (Atienza, 2012, pp. 239-248).

En suma, a decir de Atienza, la forma actual de hacer teoría del derecho requiere ocuparse de cuestiones que los positivistas están lejos de percibir en toda su complejidad; por ejemplo, los casos trágicos en donde dos principios constitucionales pueden colisionar de cara a un supuesto, de hecho, concreto, por lo que es preciso desarrollar juicios morales novedosos que permitan a los jueces desplegar un ejercicio de adjudicación fundado en la razonabilidad, que hasta cierto punto es desconocido para el positivismo (Atienza, 2012, pp. 23-32). Mientras que para los positivistas la frecuencia de casos difíciles era excepcional, el pospositivismo de Atienza centra su atención precisamente en ellos, al señalar que cualquier supuesto de hecho tiene un potencial de complejidad, que hace necesario el despliegue de ejercicios argumentales propios de una teoría de la adjudicación mucho más robusta que aquella desarrollada por los positivistas, en virtud de que el derecho no es una construcción hermética, sino que, por el contrario, presenta amplias zonas de indeterminación.

De lo que se trata, en fin, es de que la teoría del derecho se vuelva más sensible a los problemas de la práctica jurídica mediante el diseño de construcciones teóricas

con menor grado de abstracción, a través de las cuales se transite desde la teoría general del derecho hacia concepciones del derecho más cercanas al derecho positivo, más locales, menos generales y con más incidencia en comprender y usar mejor el derecho. Se busca, en suma, que la teoría jurídica ofrezca instrumentos para pensar e imaginar soluciones a los problemas que la práctica jurídica aún no tiene resueltos (Atienza, 2012, pp. 56-60).

No obstante, en este punto, bien podría preguntarse cuál es la teoría del derecho que Atienza presenta como adecuada para describir la complejidad de los sistemas jurídicos actuales. Por fortuna, la respuesta del jurista alicantino no demora en llegar. Según Atienza, la teoría del derecho propia para el estadio actual de los sistemas jurídicos tendría que presentar las siguientes características: ser constitucionalista, no positivista, basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el derecho y la moral, que además sostenga un objetivismo moral mínimo, y reconozca la importancia de los principios y de la ponderación, así como el papel activo de la jurisdicción, y finalmente subraye el carácter argumentativo del derecho.

El pospositivismo de Atienza es constitucionalista, no porque asuma que las normas constitucionales son supremas únicamente en virtud de sus atributos formales

derivados de la jerarquía normativa o la rigidez constitucional, sino porque contempla a esas normas como pautas, que en la mayoría de las ocasiones le permiten al jurista llegar a soluciones justas, a partir de la interpretación moral de la Constitución y sin tener que salir del derecho (Atienza, 2012, pp. 119-130). En mérito de esta cualidad, la teoría del derecho constitucionalista es una reacción contra el positivismo jurídico; es decir, un levantamiento contra una visión del derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad y en las formas, y por ello se olvida de la justicia. Ello presenta al derecho como un fenómeno dual que no se agota solo en un sistema o un conjunto de normas, sino que implica sobre todo una práctica social, donde se trata de armonizar ciertos fines o valores, pero permaneciendo dentro del ordenamiento. Desde luego, el carácter dual del derecho solo puede apreciarse cuando se acepta la tesis de la unidad de la razón práctica, lo que conlleva al rechazo de la separación entre el derecho y la moral, tanpreciado para el positivismo (Atienza, 2012, pp. 56-60).

La tesis de la unidad del razonamiento práctico implica que las razones últimas mediante las cuales se justifican las acciones tienen una naturaleza moral. Esto no quiere decir que el razonamiento moral termine avasallando al mundo de la juridicidad, sino que, si se acepta que el derecho es una práctica compleja, entonces

también se puede conceder la tesis de la unidad y, al mismo tiempo, salvar la singularidad del razonamiento que realizan diariamente los jueces y abogados, en virtud de que este adquiere una sustantividad propia que deriva del carácter institucionalizado del derecho. En este contexto, la justificación judicial descansa finalmente en un juicio de carácter axiológico que presupone un mínimo de objetivismo moral, según el cual es posible desarrollar una discusión racional acerca de los valores últimos; o, en otros términos, donde se considera que los juicios contenidos en los fallos constitucionales son susceptibles de ser fundamentados objetivamente (Atienza, 2012, p. IX).

La posibilidad de llegar a acuerdos racionales sobre cuestiones morales controvertidas, es indispensable sobre todo para una teoría que —como la de Atienza— acepta las características centrales del modelo de los principios en el derecho. Las normas principales, por lo general, están concebidas en términos demasiado amplios y suelen entrar en colisión con otros principios que se mueven en sentido contrario, por lo que con frecuencia deben ser ponderadas para encontrar la norma que disciplina el caso concreto. En esa virtud, también se explica la importancia que el pospositivismo confiere a la existencia de un modelo judicial robusto, que a partir de ejercicios argumentativos novedosos decida racionalmente las complejas cuestiones que

subyacen a los frecuentes conflictos de derechos. En suma, cuando Atienza insiste en la necesidad de dejar atrás el positivismo jurídico también pretende establecer las bases de una concepción jurídica distinta y alejada de esa tradición. En ese tenor, la propuesta del profesor español se funda en una lectura integral de los materiales conformadores del sistema jurídico, a partir de la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, así como de la unidad del razonamiento práctico. Para Atienza, las cualidades del descriptivismo, el normativismo y la concepción del derecho como sistema, que son centrales para la teoría del derecho positivista, representan ahora un obstáculo que dificulta la adecuada comprensión de la práctica jurídica (Atienza, 2012, pp. 4-11).

Pero ¿qué tanto son las cosas como las presenta Atienza? En principio, este autor incurre en el error de suponer que el positivismo limita cualquier posibilidad para que el jurista realice evaluaciones sobre su objeto de estudio, cuando en realidad lo único que el positivismo implica es que esa es una actividad distinta; esto es, que no se trata de una tarea cognoscitiva, sino práctica y valorativa, que por otro lado no es extraña a la actividad del teórico, por lo cual no debe considerarse como ocupación inapropiada para los juristas. Lo que enfatiza el positivismo es que no debe incurrirse en la confusión entre las labores de descripción y evaluación del derecho;

esto es, que se ha de evitar, en particular, que operaciones de política del derecho sean presentadas como operaciones científicas.

En el mismo sentido, es incuestionable que la ciencia jurídica debe posicionarse al estudio de la ponderación, la argumentación y la razonabilidad de las decisiones jurídicas como espacios de notable interés. Sin embargo, ello no debe llevar al abandono del positivismo como modo de hacer teoría del derecho. Con arreglo a esta forma de entender el asunto, si bien es cierto que las teorías de Kelsen, Ross, Bobbio, Hart, Alchourrón y Bulygin no proporcionan una teoría del razonamiento jurídico en los Estados constitucionales, ello no implica que no tengan algo que decir sobre el derecho contemporáneo. Al contrario, en ellas se contienen ideas valiosas acerca de la interpretación y el razonamiento jurídico en general; y, por lo tanto, resultan útiles para comprender cómo es y cómo funciona el derecho, tanto en los Estados legislativos de derecho como en los constitucionales.

Si lo dicho ahora resulta fundado, entonces la teoría del derecho, como argumentación sugerida por Atienza, falla en su pretensión general de constituirse como una vía superadora del positivismo jurídico. No obstante, pese al error en su pretensión mayor, paradójicamente, la lectura coherentista del derecho que subyace en la obra del profesor alicantino puede to-

marse como un punto de arranque para perfeccionar algunos aspectos de la forma positivista de hacer teoría jurídica. En ese sentido, el positivismo habrá de reposicionar la importancia del carácter argumentativo del derecho mediante una teoría de la adjudicación centrada en los criterios de razonabilidad para resolver los casos difíciles, lo cual no implica —ciertamente— que el aparato conceptual y las pretensiones descriptivas del positivismo lo hayan tornado una concepción jurídica caduca.

## RESULTADOS

Ahora es el momento de regresar a una afirmación que se dejó pendiente desde el primer apartado. En ese lugar se afirmó que una visión positivista del derecho, especialmente comprometida con el constitucionalismo, tendría que cimentarse en la tesis de la incorporación. La reflexión sobre este punto no solo permitirá dimensionar oportunamente los alcances y las restricciones de cada una de las concepciones jurídicas precedentes. Específicamente en relación con este último aspecto conviene recordar que, al principio, afirmé que el positivismo jurídico es un enfoque metodológico adecuado para explicar el derecho característico de los estados constitucionales, en la medida en que tal aproximación está en mejores condiciones que las posiciones pospositivistas,

para explicar los rasgos de un sistema jurídico constitucionalizado.

Desde luego, la acreditación de esta hipótesis requiere, en primer lugar, la realización de una operación de deslinde para delimitar el contenido focal del positivismo jurídico únicamente respecto de aquellas asunciones que le son esenciales e irreductibles como concepción del derecho; y, en segundo término, es preciso que el positivismo supla algunos aspectos que la tradición anterior no ha considerado adecuadamente, pero que la realidad del Estado constitucional ha puesto de manifiesto con notoria claridad. Es aquí donde cobra importancia la fuerza conceptual de la tesis de incorporación.

En el contexto del constitucionalismo es palmario que las cartas fundamentales representan la plasmación positiva de densos contenidos de valor, condicionantes no solo de la forma que debe asumir el derecho, sino principalmente del contenido que impregna a las normas jurídicas. En ese sentido, el contenido del ordenamiento resulta enriquecido y, por ello mismo, requiere una ciencia jurídica mucho más robusta, en tanto que la actividad del jurista adquiere un rol evaluativo difícil de ocultar. En ese punto, la cuestión sobre la relación entre el derecho y la moral es un asunto difícil de explicar desde el positivismo jurídico, en la medida en que la tesis de las fuentes sociales aparenta ser demasiado estrecha, para que, dentro de

su cauce, encuentre cabida la complejidad del derecho propio del constitucionalismo. Con todo, desde el positivismo es posible plantear, al menos, dos respuestas en torno a la tesis sobre la vinculación entre el derecho y la moral. La primera alternativa proviene del positivismo duro, mientras que la segunda muestra cómo la tesis de la incorporación puede ser una alternativa para construir un modelo teórico adecuado para el constitucionalismo, el cual también constituye una solución de continuidad con la tradición positivista previa.

Según el positivismo duro —que sostiene en sus términos la tesis social— es posible mantener en pie la afirmación de que el derecho es un fenómeno identificable, a partir de un conjunto de hechos sociales determinados convencionalmente, los cuales no guardan ninguna clase de vinculación con el dominio de la moral; y aunque, en algunos casos, las normas jurídicas hacen referencia a contenidos morales, no por ello esos contenidos pasan a formar parte del sistema. Por el contrario, para el positivismo incluyente o incorporacionista no existe inconveniente en aceptar que ciertos principios morales pueden ser jurídicamente válidos en virtud de su carga axiológica y con independencia de que exista una fuente social que los reconozca. Pese a esta aceptación, la corriente incorporacionista se mantiene como una variante del positivismo jurídico, en virtud de que no llega al extremo de postular una

conexión conceptual —sino meramente fáctica— entre el derecho y la moral. Además, para que la incorporación pueda tener lugar es necesario que la regla maestra del sistema incluya expresamente entre los criterios de validez a esas exigencias morales, lo cual ciertamente puede darse o no. En ese contexto, resulta claro que el positivismo incorporacionista no presenta inconveniente para aceptar que la regla de reconocimiento pueda incluir como criterio de validez jurídica a la conformidad de las normas producidas con principios morales o valores sustantivos.

## CONCLUSIONES

Frente a las posiciones morales del derecho que reivindicán la relevancia axiológica de la práctica jurídica, hay que reconocer que a la tesis incorporacionista no resultan ajenas las exigencias para que el derecho responda a una pretensión de corrección, y ni siquiera tendría reparos en aceptar la afirmación sobre la doble naturaleza de las normas jurídicas, como tampoco es extraño que los positivistas incluyentes sostengan, como de hecho acontece, robustas teorías de la argumentación jurídica que han marcado verdaderos paradigmas en la materia —como es el caso de N. MacCormick—. La tesis de la incorporación puede conceder todos esos puntos, con tal de que no se llegue al extremo de suponer que el solo valor moral de las normas las convierta en criterios

jurídicos; aunque la presencia de valores en el sistema implique la corrección sustancial como una condición necesaria —pero no suficiente— de la juridicidad. Ello, desde luego, no entraña una imposibilidad conceptual ni tampoco compromete la congruencia del incorporacionismo como concepción positivista del derecho, en tanto que aun en ese escenario sigue sosteniéndose en pie la tesis social y la separabilidad entre el derecho y la moral, pues decir que la regla de reconocimiento puede incluir entre los criterios de validez a elementos sustantivos, no quiere decir que ella siempre los contenga, por lo que sigue siendo verdadera la afirmación de que es teóricamente posible la existencia de un sistema que no remita a cuestiones morales. En un reciente —y por demás estimulante— libro, Kenneth Einar Himma sostiene un parecer semejante cuando expone que si la jurisprudencia conceptual se encarga de explicar el concepto del derecho tal como lo determinan nuestras prácticas lingüísticas ordinarias, mientras nuestras prácticas lingüísticas ordinarias permitan la posibilidad de un sistema jurídico con criterios morales de validez, entonces la tesis de la incorporación será verdadera (2025, p. 241). Para citar literalmente al autor norteamericano: «si no hay otras razones de peso para pensar que es conceptualmente imposible que un sistema jurídico incorpore criterios morales de validez, la tesis de la incorporación parece

ser verdadera en lo que respecta a nuestro concepto de derecho» (Himma, 2025, p. 242).

Decir que en algunas ocasiones el derecho y la moral coinciden no significa abjurar de la manera positivista de hacer teoría del derecho, pues mientras esta afirmación no adquiera un carácter necesario, ello no supone la claudicación de una concepción compartida entre los valedores de dicha posición. Los contactos morales que se aprecian como característicos en la teoría del derecho derivada del proceso de constitucionalización, se deben a que las tesis asociadas con el positivismo metodológico son susceptibles de alojar las principales transformaciones ocurridas en los sistemas jurídicos, en tanto no se altere un núcleo básico del positivismo como *approach*. Por eso, se puede conceder que la ciencia jurídica desempeñe funciones normativas, e incluso que, de hecho, existan conexiones entre el derecho y la moral, con tal de que esos vínculos no sean la única condición de la juridicidad y que el derecho siga siendo una cuestión identificable, a partir de determinados hechos sociales determinados autoritativamente en la regla de reconocimiento. Es por esa causa que la posición incorporacionista propia del positivismo incluyente no deviene autocontradictoria ni niega su filiación con la tradición focal del positivismo jurídico. Justo en esa medida resulta una postura plausible; y, además, constituye una ver-

dadera alternativa para explicar de forma solvente la situación actual de los sistemas jurídicos constitucionalizados.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (2.ª ed.). Barcelona, Gedisa.
- Alexy, R. (2017). «Los principales elementos de mi filosofía del derecho». *La doble naturaleza del derecho*. Madrid, Trotta.
- Atienza, M. (1998). *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2012). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona, Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Trotta.
- Bayón, J. C. (2002). «El contenido mínimo del positivismo jurídico». En V. Zapatero (Coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares.
- Bulygin, E. (2005). «El problema de la validez en Kelsen». En H. Kelsen *et al.*, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires, Astrea.
- Del Vecchio, G. (1960). *Historia de la filosofía del derecho*. Barcelona, Bosch.
- Esquivel, J. (2011). *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del derecho*. México, Coyoacán.
- García Máynez, E. (1978). *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*. México, Porrúa.
- García Máynez, E. (2013). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (9.ª ed.). México, Fontamara.
- Gianformaggio, L. (2002). *Estudios sobre Kelsen*. México, Fontamara.
- Hart, H. L. A. (2008). «Postscriptum a El concepto de derecho». En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural* (11.ª ed.). Navarra, Eunsa. <https://dadun.unav.edu/server/api/core/bitstreams/40d70f23-42af-4df6-bac3-992942f0ec8f/content>
- Himma, K. E. (2025). *Moralidad y naturaleza del derecho*. Puno, Zela.
- Hobbes, T. (2010). *De cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid, Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho* (14.ª ed.). México, Porrúa.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría general del derecho y del Estado* (3.ª ed.). México, UNAM.
- Kelsen, H. (2013). *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*. México, Colofón.
- Navarro, P. (2016). *Kelsen y la eficacia del derecho*. México, Fontamara-ITAM-ELD-SCJN.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea.
- Nino, C. (2013). *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. México, Fontamara.
- Núñez, E. (2001). *El pensamiento español en la filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*. México, Porrúa.

- Ortega y Gasset, J. (2012). *Unas lecciones de metafísica* (12.<sup>a</sup> ed.). México, Porrúa.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona, Gedisa.
- Recaséns, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho* (12.<sup>a</sup> ed.). México, Porrúa.
- Recaséns, L. (2002). *Tratado general de filosofía del derecho* (16.<sup>a</sup> ed.). México, Porrúa.
- Rendón, T. (2018). *El canon constitucional de razonabilidad*. México, Porrúa.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba.
- Ross, A. (2014). *El concepto de validez y otros ensayos* (6.<sup>a</sup> ed.). México, Fontamara.
- Ruiz Manero, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima, Palestra-Temis.
- Villoro, M. (1996). *Teoría general del derecho*. México, Porrúa.



# La reforma constitucional del maíz transgénico de 2024 desde la perspectiva del derecho internacional económico

## The 2024 Constitutional Reform on Transgenic Corn from the Perspective of International Economic Law

### RESUMEN

El artículo aborda un conflicto fundamental entre la reciente reforma constitucional en México, relacionada con el maíz transgénico, y las “disciplinas de libre comercio” que el derecho internacional económico impone al sistema agroalimentario nacional. El objetivo principal del estudio es demostrar la incompatibilidad de dicha reforma con los principios de liberalización comercial que rigen en el derecho internacional económico. La investigación se desarrolla mediante un enfoque metodológico que integra tanto fuentes normativas como doctrinales. Este enfoque permite un análisis minucioso y crítico de los antecedentes legislativos de la reforma y de su contenido jurídico específico, estableciendo comparaciones con el marco normativo internacional vigente. El estudio revela de manera concluyente que las disposiciones introducidas por la reforma constitucional del maíz transgénico efectivamente vulneran las normativas internacionales que promueven la liberalización del comercio de productos agrícolas, en particular del maíz. El artículo concluye que, para lograr un equilibrio entre los objetivos de la reforma y la promoción de un comercio internacional libre y justo, es indispensable un cambio de paradigma en el derecho internacional económico. Solo mediante una reconfiguración de sus estructuras y principios será posible alinear las metas internas de México con las expectativas globales en materia de comercio y sostenibilidad.

<sup>1</sup> Profesora de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, y profesora de asignatura en la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, georgieva.virdzhiniya@ibero.mx, <https://orcid.org/0000-0002-4468-5940>

# LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL MAÍZ TRANSGÉNICO DE 2024 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**Palabras clave:** maíz transgénico, soberanía alimentaria, liberalización comercial, productos agroalimentarios, medidas sanitarias y fitosanitarias, excepciones al libre comercio de alimentos, TMEC, tratados de libre comercio, OMC

## ABSTRACT

The article addresses a fundamental conflict between Mexico's recent constitutional reform on genetically modified corn and the "free trade disciplines" imposed by international economic law on the national agri-food system. The main objective of the study is to demonstrate that this reform is incompatible with the principles of trade liberalization that govern international economic law. The research is developed through a methodological approach that integrates both normative and doctrinal sources. This approach enables a thorough, critical analysis of the reform's legislative background and specific legal content and draws comparisons with the current international regulatory framework. The study conclusively reveals that the provisions introduced by the constitutional reform on genetically modified corn indeed violate international regulations that promote the liberalization of agricultural product trade, specifically corn. The article concludes that, to balance the objectives of the reform with the promotion of free and fair international trade, a paradigm shift in international economic law is indispensable. Only through a reconfiguration of its structures and principles will it be possible to align Mexico's internal goals with global expectations regarding trade and sustainability.

**Keywords:** genetically modified corn, food sovereignty, trade liberalization, agrifood products, sanitary and phytosanitary measures, exceptions on the free trade in food, USMCA, free trade agreements, WTO

## INTRODUCCIÓN

**L**a recuperación de la soberanía alimentaria de México y la protección del derecho a la soberanía alimentaria de sus comunidades campesinas e indígenas constituyen una prioridad para el actual gobierno mexicano (Wise, 2023).

En plena conformidad con su obligación en virtud de la UNDROP, el 13 de abril de 2020, México aprobó la Ley Federal de Fomento y Protección del Maíz Nativo, que “declaró las actividades de producción, comercialización y consumo del maíz nativo [...], como manifestación cultural nacional”. El 31 de febrero de 2020, el expresidente mexicano Andrés Manuel López Obrador emitió un decreto presidencial para limitar “el uso de glifosato como sustancia activa en agroquímicos y en maíz genéticamente modificado en México”. Tres años después, el 13 de febrero de 2023, el expresidente emitió un nuevo decreto que establecía diversas acciones respecto del glifosato y del maíz transgénico, en particular la prohibición de la importación de maíz transgénico.

En 2023, Estados Unidos presentó una solicitud para establecer un panel del T-MEC para examinar la compatibilidad de las medidas biotecnológicas de México relativas al maíz transgénico con el capítulo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) del T-MEC. El panel emitió su informe final el 20 de diciembre de 2024 y Estados Unidos ganó el caso. No obstante, tres días después de la publicación del informe del panel, el 23 de diciembre de 2024, la recién elegida primera mujer presidenta de México, Claudia Sheinbaum, anunció una reforma constitucional para proteger el maíz nativo, esencial para la salud y la cultura de los mexicanos. La re-

forma se adoptó en marzo de 2025 y prohibió el cultivo de maíz transgénico en territorio nacional (Rojas, 2025).

El objetivo de este artículo es analizar los antecedentes y el contenido de la reforma constitucional del maíz transgénico, con el fin de demostrar su incompatibilidad con las “disciplinas de libre comercio” que el derecho internacional económico impone a los sistemas agroalimentarios internos de países en vías de desarrollo, como México. El análisis concluye de forma rotunda que las disposiciones de la reforma constitucional sobre el maíz transgénico infringen las normativas internacionales que abogan por la liberalización del comercio de productos agrícolas, en especial del maíz. Finalmente, el artículo sostiene que es esencial un cambio de paradigma en el derecho internacional económico para armonizar los objetivos de la reforma con la promoción de un comercio internacional de alimentos libre y justo.

Para llevar a cabo esta investigación, se emplea un enfoque metodológico que combina fuentes normativas y doctrinales. Este método facilita un análisis detallado y crítico de los antecedentes legislativos de la reforma, así como de su contenido jurídico específico, lo que permite comparar con el marco regulatorio internacional actual.

## MARCO TEÓRICO

La presente investigación abordará la reforma constitucional sobre el maíz transgénico de 2024 desde la perspectiva de las normas y principios del derecho internacional económico que rigen la liberalización del comercio de productos agrícolas. Asimismo, se estudiará el concepto de soberanía alimentaria y sus implicaciones socioeconómicas y ambientales en el comercio de maíz transgénico. Se analizará el reconocimiento de dicho concepto en la reforma constitucional de 2024, a fin de comparar sus disposiciones con las normativas internacionales.

En ese sentido, cabe resaltar que la liberalización progresiva del comercio de productos agroalimentarios a través de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de los acuerdos regionales de libre comercio facilitó el suministro y la distribución de una mayor variedad de alimentos. Además, la supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias al acceso a los mercados agrícolas internos redujo el costo de los alimentos e impulsó el crecimiento económico de los países desarrollados exportadores de dichos productos (Ray & Shukla, 2024). Estos importantes logros condujeron al establecimiento de un sistema agroalimentario global en el cual los alimentos fueron vistos como mercancías que debían sujetarse a las así llamadas “disciplinas del libre comercio” (UN, 2022).

No obstante, la liberalización del comercio internacional de alimentos también condujo a sobreproducción, a mecanismos de control de precios y al dominio de los procesos de producción y distribución de alimentos por parte de empresas agroalimentarias multinacionales de las economías desarrolladas (UN, 2022). La falta de transparencia y la competencia por los mercados alimentarios generaron la explotación a gran escala de los trabajadores en los sectores agrícolas de los países en desarrollo y la sobreproducción de alimentos causó problemas ambientales, como la pérdida de biodiversidad y el cambio climático (FAO, 2024).

En consecuencia, el libre comercio, como fundamento del sistema agroalimentario global, comenzó a cuestionarse por movimientos populistas y nacionalistas que ganaron elecciones en muchas partes del mundo. Hoy en día, en varios Estados se cuestiona el valor de una cooperación internacional profunda en materia agroalimentaria y se aboga por un “comercio justo” de alimentos y por una “autonomía y autosuficiencia alimentaria estratégica”. El proteccionismo regresó en las políticas comerciales internacionales de los Estados en materia alimentaria y surgió un nuevo concepto de soberanía alimentaria como expresión de la necesidad de recuperar el control de los Estados sobre sus asuntos agroalimentarios internos que, en la era de la globalización, estaban ma-

yoritariamente en manos de actores no estatales (empresas agroalimentarias multinacionales y organismos internacionales).

La soberanía alimentaria es un concepto multifacético que promueve la adopción de políticas públicas que garanticen el derecho a alimentos saludables y culturalmente apropiados, producidos mediante métodos ecológicamente sostenibles (Wittman, 2023). De acuerdo con los seis pilares de la soberanía alimentaria desarrollados por Nyéléni (2007), esta:

1. Se centra en los alimentos para las personas: a) Pone la necesidad de alimentos de las personas en el centro de las políticas. b) Insiste en que los alimentos son más que una mercancía.
2. Valora a los proveedores de alimentos: a) Apoya los estilos de vida sostenibles. b) Respeta el trabajo de todos los proveedores de alimentos.
3. Localiza los sistemas alimentarios: a) Reduce la distancia entre los proveedores de alimentos y los consumidores. b) Rechaza el dumping y la asistencia alimentaria inapropiada. c) Resiste la dependencia de corporaciones remotas e irresponsables.
4. Sitúa el control a nivel local: a) Los lugares de control están a cargo de los proveedores locales de alimentos. b) Reconoce la necesidad de habitar y compartir territorios. c) Rechaza la privatización de los recursos naturales.

5. Promueve el conocimiento y las habilidades: a) Se basa en el conocimiento tradicional. b) Utiliza la investigación para respaldar y transmitir este conocimiento a las generaciones futuras. c) Rechaza las tecnologías que amenazan los sistemas alimentarios locales.

La soberanía alimentaria está estrechamente relacionada con la seguridad alimentaria y la garantía del derecho humano a una alimentación adecuada (Fakhri, 2020). Sin embargo, según la ONU: “El derecho a la alimentación es diferente de la seguridad y la soberanía alimentarias. [...] La soberanía alimentaria es un concepto emergente según el cual los pueblos definen su propia alimentación y modelo de producción alimentaria (como la agricultura y la pesca), determinan el grado en que desean ser autosuficientes, protegen la producción alimentaria nacional y regulan el comercio para lograr los objetivos de desarrollo sostenible” (OHCHR, 2020). El derecho a la soberanía alimentaria está reconocido en algunas leyes nacionales; sin embargo, actualmente no existe consenso internacional al respecto. El artículo 305 de la Constitución de Venezuela es un ejemplo destacado del reconocimiento de la soberanía alimentaria en el derecho interno de los países en desarrollo.

Con la adopción, en 2018, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y Otras Per-

sonas que Trabajan en las Zonas Rurales (UNDROP, por sus siglas en inglés), el derecho a la soberanía alimentaria se incorporó oficialmente en un instrumento jurídico de *soft law* (Azzariti, 2021).

La declaración reconoció “la relación e interacción especiales entre los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales, y la tierra, el agua y la naturaleza a los que están vinculados y de los que dependen para su sustento”. Según el artículo 15-5 de la UNDROP,

los Estados formularán, en asociación con los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales, políticas públicas a nivel local, nacional, regional e internacional para promover y proteger el derecho a una alimentación adecuada, la seguridad y la soberanía alimentarias, y sistemas alimentarios sostenibles y equitativos que promuevan y protejan los derechos contenidos en la presente Declaración.

A pesar de que la UNDROP no es un tratado y no establece obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, algunos países en desarrollo, como México, han decidido cumplir voluntariamente con los estándares de la declaración.

## **ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA REFORMA DEL MAÍZ TRANSGÉNICO**

Para el actual gobierno mexicano, la protección del maíz nativo —maíz producido por las comunidades indígenas y campesinas de nuestro país— se consideró inicialmente como un medio para garantizar su acceso a un maíz que respete sus culturas. Se mencionó anteriormente que la Ley Federal de Fomento y Protección del Maíz Nativo, aprobada en 2020, declaró las actividades de producción, comercialización y consumo de maíz nativo como manifestación cultural nacional, de conformidad con el artículo 3 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

La segunda medida, dirigida a proteger la soberanía alimentaria de México, fue el decreto presidencial del 30 de diciembre de 2020. Este declaró que su objetivo era el logro de la “autosuficiencia y la soberanía alimentaria” y las medidas que introdujo estaban relacionadas con el derecho de los pueblos campesinos e indígenas (y del pueblo mexicano, en general) a un maíz no transgénico, producido mediante métodos ecológicamente racionales y sostenibles que no utilizan glifosato (artículo 15-5 de la UNDROP).

El decreto presidencial del 13 de febrero de 2023 complementó el decreto de 2020 con la prohibición de la importación de maíz transgénico. Según el artículo 6 del decreto presidencial de 2023,

las autoridades en materia de bioseguridad, en el ámbito de su competencia: I. Revocarán y se abstendrán de otorgar permisos para la liberación de semillas de maíz genéticamente modificado al ambiente en México; II. Revocarán y se abstendrán de otorgar autorizaciones para el uso de grano de maíz genéticamente modificado para consumo humano.

Como su título lo indica, la Ley General de Alimentación Adecuada y Sustentable se aprobó en marzo de 2024 con el objetivo de proteger el derecho a la soberanía alimentaria de los pueblos campesinos e indígenas (y de todos los mexicanos) mediante el acceso a una alimentación sana y adecuada, producida por métodos ecológicamente racionales y sostenibles (artículo 15-5 de la UNDROP). La ley utiliza criterios de soberanía alimentaria al establecer el derecho a consumir los “alimentos que conforman las canastas regulatorias regionales” (artículo 23). El artículo 25 establece que las canastas deben producirse local y regionalmente, de manera sostenible y culturalmente aceptable para la población.

Con base en estos antecedentes legislativos y reglamentarios, la reforma constitucional del maíz transgénico entró en vigor el 18 de marzo de 2025, un día después de que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de los artícu-

los 4° y 27° de la Constitución Política en materia de conservación y protección de los maíces nativos. El texto reformado del artículo 4° constitucional establece que:

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. México es centro de origen y diversidad del maíz, que es un elemento de identidad nacional, un alimento básico del pueblo de México y la base de la existencia de los pueblos indígenas y afroamericanos. Su cultivo en el territorio nacional debe ser libre de modificaciones genéticas producidas mediante técnicas que superen las barreras naturales de la reproducción o la recombinación, como las transgénicas. Todo otro uso del maíz genéticamente modificado debe ser evaluado en los términos de las disposiciones legales, a fin de quedar libre de amenazas para la bioseguridad, la salud y el patrimonio biocultural de México y su población. Debe priorizarse la protección de la biodiversidad, la soberanía alimentaria y su manejo agroecológico, promoviendo la investigación científico-humanística, la innovación y los conocimientos tradicionales.

Por su parte, el texto reformado del artículo 27° constitucional prevé que:

XX. El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural, cultural, económico y de salud, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina su bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional, fomentará la actividad agropecuaria y forestal, cultivos tradicionales con semillas nativas, en especial el sistema milpa, para el óptimo uso de la tierra libre de cultivos de maíz genéticamente modificado, en los términos definidos en el artículo 4º, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación, investigación, innovación, conservación de la agrobiodiversidad y asistencia técnica, fortaleciendo las instituciones públicas nacionales. Asimismo, expedirá la legislación reglamentaria para planear, organizar y monitorear la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, considerándolas de interés público.

Ambas disposiciones son contrarias a los compromisos que México ha adquirido en virtud del derecho internacional económico.

## **LA INCOMPATIBILIDAD DE LA REFORMA DEL MAÍZ TRANSGÉNICO CON EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

En primer lugar, cabe señalar que la reforma del artículo 4º constitucional declara que, tanto en el cultivo como en los demás usos del maíz, “debe priorizarse la soberanía alimentaria”. La afirmación de la soberanía alimentaria de México en dicha disposición constitucional es incompatible con las obligaciones impuestas a nuestro país por el derecho internacional económico.

La soberanía alimentaria promueve políticas de autosuficiencia alimentaria que garantizan el derecho a alimentos saludables y culturalmente apropiados, producidos mediante métodos ecológicamente sostenibles. La seguridad y la soberanía alimentarias comparten el objetivo de lograr la autosuficiencia alimentaria. Sin embargo, la seguridad alimentaria se centra en la disponibilidad física, social y económica de alimentos suficientes, seguros y nutritivos, mientras que la soberanía alimentaria también considera la resiliencia alimentaria como una vía para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (Wittman, 2023, p. 473).

El derecho internacional económico promueve la interdependencia económica y fomenta la complementariedad entre los mercados internos de alimentos, lo que

deja poco margen para cualquier tipo de resiliencia o autosuficiencia en la producción de alimentos. La liberalización progresiva del comercio de alimentos pretende facilitar el suministro y la distribución de estos bienes, brindando acceso a una gama mucho más amplia de alimentos a precios más bajos. El libre comercio de alimentos también busca impulsar la diversificación de las cadenas de suministro regionales y prevenir la escasez de maíz, ya que los países pueden abastecerse de este alimento en diferentes mercados. No se permite ni se concibe la posibilidad de que un país busque ser soberano, autónomo y autosuficiente en la producción de alimentos.

Bajo el paradigma liberal del derecho internacional, el maíz es una simple mercancía sujeta a las llamadas “disciplinas de libre comercio”. Estas incluyen, entre otras, la reducción y eliminación total de las barreras arancelarias al comercio internacional de maíz, la prohibición de restricciones cuantitativas a la exportación o importación de maíz, la prohibición de algunos tipos de subsidios al maíz y las restricciones al uso de normas y regulaciones de inocuidad alimentaria como barreras no arancelarias al comercio de maíz.

Desde la perspectiva del derecho internacional económico, el reformado artículo 4º constitucional constituye una restricción no cuantitativa al comercio internacional de semillas de maíz transgé-

nico. Al prohibir todo cultivo, en territorio nacional, de semillas de maíz obtenidas mediante “modificaciones genéticas producidas con técnicas que superen las barreras naturales de la reproducción o la recombinación, como las transgénicas”, la disposición establece, ipso facto, una prohibición a la importación de semillas de maíz transgénico para cultivo.

Expresado en otros términos, la reforma prohíbe que se use cualquier semilla de maíz transgénico (una variedad o especie de maíz genéticamente modificado) —de origen doméstico o importado— para la siembra de este cultivo en México. Si se compara esta prohibición con la de importación de maíz transgénico establecida por el decreto presidencial de 2023, la única diferencia radica en el uso del maíz genéticamente modificado, cuya importación se prohíbe. El decreto prohibió la importación de maíz genéticamente modificado para consumo humano, y la reforma constitucional prohibió la importación de maíz genéticamente modificado para cultivo. ¿Con qué objetivo se prohíbe dicha importación? Del texto del artículo 4º constitucional no queda claro. No obstante, es posible sostener que esta prohibición obedece, en primer lugar, a motivos culturales, ya que el artículo 4º señala que “México es centro de origen y diversidad del maíz, que es un elemento de identidad nacional, alimento básico del pueblo de México y base de la existencia de los

pueblos indígenas y afromexicanos”. En segundo lugar, es de estimarse que la prohibición de importar maíz transgénico para cultivo también busca proteger, igual que la importación para “todo otro uso del maíz genéticamente modificado”, “la bioseguridad, la salud y el patrimonio biocultural de México y su población”.

De ahí que el reformado artículo 4º constitucional, así como el decreto de 2023 que prohibió la importación de maíz transgénico para consumo humano, podrían constituir una medida sanitaria y fitosanitaria cuya legalidad debería determinarse con base en el Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC y el capítulo 9 del T-MEC, que incorpora sus disposiciones esenciales.

El régimen de las MSF (Downes, 2015) en el derecho internacional económico busca un equilibrio entre dos valores contrapuestos: la protección de la salud humana frente a riesgos sanitarios y fitosanitarios, y la necesidad de liberalizar el comercio de alimentos (Bossche & Zdouc, 2017, p. 1022). Las MSF son una excepción permitida a las obligaciones del GATT en materia de liberalización comercial, no discriminación y acceso a los mercados. Sin embargo, la invocación de la excepción está sujeta a las condiciones restrictivas del artículo XX b) del GATT de 1994 y del artículo 31.1 del T-MEC. En virtud de estas reglas, los Estados miembros del T-MEC y de la OMC tienen el derecho soberano de

adoptar MSF internas, pero solo si pueden demostrar que existen pruebas científicas (test científico) que dichas medidas son necesarias para proteger la vida y la salud de las personas (test de necesidad) y no constituyen un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países ni una restricción encubierta al comercio internacional (test del preámbulo del artículo XX del GATT).

La reforma constitucional de 2025 (al igual que el decreto presidencial de 2023) prohíbe o podría servir para prohibir las importaciones de un tipo específico de maíz (para siembra) en México —el maíz transgénico— para proteger la salud humana de los efectos adversos del glifosato, un pesticida presente en el maíz transgénico y sus derivados.

La demanda estadounidense en la disputa sobre maíz transgénico entre Estados Unidos y México se basó precisamente en la incompatibilidad del decreto presidencial de 2023 con el capítulo 9 del T-MEC. Las reclamaciones de Estados Unidos ante el grupo especial se basaron en la violación, por parte de las MSF mexicanas, de los tres tests mencionados con anterioridad (Informe del panel, párrafos 135-136).

El panel aceptó todas estas reclamaciones y consideró que México no había adoptado SPS científicamente fundamentadas y que las medidas no eran necesarias para proteger la salud de los mexicanos de los efectos dañinos del glifosato. La parte

principal de la defensa de México ante el panel del T-MEC se orientó a demostrar que, aun asumiendo que las MSF constituían un obstáculo no arancelario al libre comercio del maíz, estaban justificadas porque buscaban proteger el derecho de México y el de sus comunidades campesinas e indígenas a la soberanía alimentaria. Es de estimarse que el texto reformado del artículo 4º constitucional es un resumen de los principales argumentos de defensa de México ante el panel del T-MEC en la controversia sobre el maíz transgénico contra Estados Unidos.

De conformidad con el artículo 15-5 de la UNDROP, México argumentó que podía imponer legalmente una barrera no arancelaria al libre comercio de maíz si esta tenía como objetivo proteger el derecho de los campesinos y los pueblos indígenas a determinar su propio sistema de producción de maíz y a tener acceso a maíz nativo sano y culturalmente apropiado, producido mediante métodos ecológicos y sostenibles que no utilizan herbicidas dañinos, como el glifosato.

Conforme a los artículos 2 y 3 de la UNDROP, México sostuvo que, al aplicar un obstáculo no arancelario al libre comercio de maíz, había interpretado y aplicado el T-MEC de manera consistente con la protección del derecho a la soberanía alimentaria de los pueblos campesinos e indígenas. Sin embargo, las reclamaciones de México nunca incluyeron una referencia

directa a la UNDROP debido a su naturaleza jurídica de soft law. Los argumentos mexicanos intentaron vincular la justificación de las MSF bajo la UNDROP con las excepciones permitidas al libre comercio de maíz en virtud del T-MEC (y del GATT). En primer lugar, México invocó las excepciones de moral pública y de recursos naturales agotables de los artículos XX a) y XX g) del GATT de 1994 e intentó demostrar que las MSF se adoptaron respetando el derecho de sus comunidades campesinas e indígenas (y de todos los mexicanos) a un maíz culturalmente adecuado.

México agregó que las medidas abordan el riesgo no solo para la salud humana, sino también para el maíz nativo, el cual es “considerado patrimonio cultural en México” según la Ley Federal de Fomento y Protección del Maíz Nativo y es “de vital importancia para la identidad y cultura de las comunidades indígenas y campesinas de México, quienes son consideradas custodios y guardianes de esta tradición y biodiversidad” (Informe del panel, párrafo 264). México relacionó la protección de las variedades de maíz nativo con su deber público moral de “preservar [...] los medios de vida de las comunidades que derivan sus ingresos y medios de vida del cultivo y procesamiento” del maíz nativo (Informe del panel, párrafo 266). El derecho de México y de las comunidades campesinas e indígenas a la soberanía alimentaria también se abordó en el marco de la excepción

de agotamiento de los recursos naturales prevista en el artículo XX g) del GATT. En opinión de México, las MSF tenían como objetivo la conservación de la biodiversidad y la integridad genética de las variedades nativas de maíz como “recursos naturales agotables” en el sentido de este artículo (Informe del panel, párrafo 276).

El panel rechazó todas las defensas que México basó en las excepciones al libre comercio para proteger su soberanía alimentaria. Además, determinó primero que las MSF no son necesarias para proteger la moral pública, ya que México no demostró cómo el maíz transgénico amenaza las tradiciones o los medios de vida de las comunidades indígenas y agrícolas (Informe del panel, párrafo 287). Respecto a la excepción relativa a los recursos naturales agotables, el grupo especial consideró que México no adoptó medidas nacionales para abordar la supuesta amenaza a la integridad genética del maíz nativo y, por lo tanto, no cumplió con el requisito establecido en el artículo XX a) del GATT. El grupo especial rechazó las otras dos excepciones con base en el preámbulo del artículo XX del GATT. Según el panel, su objetivo de lograr la autosuficiencia alimentaria de México evidencia claramente su naturaleza proteccionista. En opinión del panel,

el propósito del Decreto de 2023 de establecer las acciones que deben tomar las

autoridades competentes “en relación con el uso, la venta, la distribución, la promoción y la importación” tanto del glifosato como del maíz transgénico, para lograr diversos objetivos, incluyendo la autosuficiencia, y el hecho de que el Decreto “se refiera a las ‘políticas de autosuficiencia alimentaria’ de México en múltiples ocasiones” demuestra que se trata de una restricción encubierta al comercio internacional de maíz. (Informe del panel, párrafo 287)

Al considerar que el objetivo de la autosuficiencia alimentaria equivale, per se, a una restricción encubierta al comercio internacional de alimentos, el informe del panel en la disputa sobre maíz transgénico entre Estados Unidos y México confirma categóricamente que cualquier búsqueda de “soberanía alimentaria” es, por definición, contraria a las “disciplinas de libre comercio” e incluso podría parecer un sinsentido desde la necesidad de garantizar el “acceso a los mercados” de alimentos que se promueve en el derecho internacional económico.

Las conclusiones del panel en la controversia contra Estados Unidos sobre el maíz transgénico podrían aplicarse plenamente a la reforma constitucional de 2025. Si el artículo 4º constitucional se utilizara para prohibir la importación de maíz transgénico para cultivo, con el fin de proteger los derechos culturales, la

biodiversidad o la salud humana, Estados Unidos (o Canadá) podría presentar una nueva demanda ante un panel del T-MEC y alegar la incompatibilidad de la reforma relativa al maíz transgénico con el capítulo 9 del acuerdo. La principal diferencia entre ambos casos radicaría en el rango jerárquico distinto de las medidas atacadas. Como se mencionó, en la controversia ya resuelta sobre el maíz transgénico Estados Unidos invocó la incompatibilidad de un acto administrativo —el decreto presidencial de 2023— con un tratado de libre comercio y, en el segundo caso, se invocaría la contrariedad de la Constitución mexicana con el T-MEC. En virtud del artículo 133° de la Constitución de 1917 y la interpretación que de él ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el T-MEC —un tratado de naturaleza comercial que no reconoce derechos humanos— tiene un rango infraconstitucional. De ahí que la reforma del artículo 4° constitucional, al elevar a rango constitucional los argumentos mexicanos a favor de la soberanía alimentaria en la producción de maíz libre de transgénicos, constituya una “rebeldía” frente a lo sostenido por el panel del T-MEC en la controversia contra Estados Unidos y un intento de evadir futuras demandas, al elevar la protección del maíz nativo a un rango constitucional.

¿Podría esta postura del gobierno mexicano influir en un posible cambio de paradigma del derecho internacional respecto

a la regulación de un comercio no solo libre, sino también justo, de maíz?

### **EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE EL MAÍZ TRANSGÉNICO EN EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO RESPECTO AL COMERCIO DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS**

En el último decenio, el derecho internacional económico ha experimentado un profundo proceso de reforma. En el derecho internacional de las inversiones, por ejemplo, la adopción del T-MEC y la modificación de las disposiciones de otros acuerdos internacionales de inversión han reequilibrado la protección jurídica internacional de los inversores con la soberanía de los Estados sobre el control y la regulación de los flujos transfronterizos de IED (Petrova Georgieva, 2023, p. 386). Si bien los Estados son los “dueños de los tratados”, los capítulos comerciales del T-MEC y de otros tratados de libre comercio no han experimentado reformas similares.

Sin embargo, cabe señalar que los capítulos comerciales de los tratados de libre comercio podrían ser renegociados. Una renegociación del T-MEC, en particular, podría ocurrir en 2026. La reforma constitucional mexicana sobre el maíz transgénico indicaría la voluntad de una de las partes en el acuerdo de modificar sus disposiciones de conformidad con el ar-

título 34.3 del T-MEC. Adicionalmente, el reconocimiento del derecho a la soberanía alimentaria en el artículo 4º constitucional y la adopción de reformas similares en otros países en desarrollo podrían impulsar una reforma del Acuerdo MSF de la OMC que, de conformidad con el artículo 34.4 del T-MEC, conduciría a una reforma del capítulo 9 del T-MEC. Estas reformas también podrían originar una práctica estatal consistente (inveterata consuetudo), que se requiere para la creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional. Asimismo, podrían transformar a la UNDROP en un tratado internacional vinculante o al reconocimiento de su carácter consuetudinario.

La promoción de la soberanía alimentaria está estrechamente relacionada con la protección del derecho humano a la alimentación. La soberanía alimentaria es un requisito previo para garantizar el derecho humano a la alimentación, ya que el acceso a alimentos adecuados implica que estos sean seguros para el consumo humano y estén libres de sustancias adversas, como contaminantes de procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de plaguicidas (OHCR, 2020).

Desde la década de 1990, diversos organismos de la ONU han instado a someter los acuerdos de libre comercio a un escrutinio riguroso respecto de la protección de los derechos humanos (OHCR, 2003). En 2011, los Principios Rectores sobre las Eva-

luaciones del Impacto de los Acuerdos de Comercio e Inversión en los Derechos Humanos se publicaron en un informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (UNGA, 2011). En 2017, la OIT formuló principios sobre la relación entre la liberalización comercial y la protección de los derechos sociales (European Commission, 2016). A escala regional de la UE ya se lleva a cabo un examen previo de los efectos de los acuerdos de libre comercio sobre los derechos humanos: la Evaluación de Impacto en la Sostenibilidad (EIS). De igual manera, el tratado bilateral de libre comercio entre Canadá y Colombia establece un mecanismo permanente de monitoreo del impacto del tratado en el respeto de los derechos humanos en los territorios de ambos países miembros.

Existen ejemplos concretos de la realización de este tipo de estudio previos a la entrada en vigor de un acuerdo de libre comercio. Así, por ejemplo, antes de la entrada en vigor del Área de Libre Comercio Continental Africana, a petición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para África en 2015, se realizó un análisis de su posible impacto (positivo y negativo) en algunos derechos humanos, cuyo respeto se considera particularmente amenazado en el contexto comercial africano. Al término del estudio, los autores propusieron una serie de medidas que los negociadores del tratado deberían adoptar para evitar un posible efecto ne-

gativo del tratado sobre los derechos humanos. Respecto al derecho humano a la alimentación, el informe propuso el establecimiento de una lista de alimentos básicos, excluidos de la liberalización del comercio de bienes, y la inserción de una cláusula de salvaguardia relativa a la seguridad alimentaria (Zerk, 2019, p. 10).

El T-MEC nunca ha sido objeto de una evaluación de impacto en los derechos humanos respecto del derecho a la alimentación. Sin embargo, la futura renegociación o modificación de las disposiciones del T-MEC relativas al comercio de productos agroalimentarios puede verse influida por estas nuevas iniciativas en el derecho internacional económico. Si el estudio identifica riesgos graves para la protección del derecho a la alimentación de la población, en general, y de las comunidades campesinas e indígenas, en particular. Los tres Estados (México, EE. UU. y Canadá) pueden adoptar cambios normativos en las disposiciones del tratado para evitar estos impactos negativos, que consistan, por ejemplo, en excluir algunos productos agroalimentarios (como el maíz) de la liberalización del comercio de bienes.

Otra forma posible de proteger el derecho a la soberanía alimentaria consagrado en la reforma constitucional sobre el maíz transgénico es admitir que el objetivo de armonización de las MSF de los Estados miembros del T-MEC pueda sufrir excepciones, siempre que la heterogeneidad

regulatoria esté justificada por prioridades de política pública nacional, como la protección de la salud pública y los valores culturales. Si la heterogeneidad refleja variaciones en las condiciones y preferencias nacionales de las comunidades afectadas por las MSF dentro de los territorios de los Estados miembros, debería permitirse una desviación de los estándares internacionales.

También es importante replantear el régimen jurídico de las MSF relacionadas con la inocuidad alimentaria, conforme a las excepciones permitidas en el artículo XX del GATT y en el artículo 31.4 del T-MEC. En especial, podría ser necesario incluir en ambos una lista más amplia de propósitos legítimos que contemple expresamente consideraciones de soberanía alimentaria. Como demostró la defensa de México ante el panel del T-MEC, las disposiciones de la UNDROP podrían ser una guía útil para estos esfuerzos.

Los Estados miembros del T-MEC podrían incluir en el texto del tratado un reconocimiento normativo y una definición del derecho a la soberanía alimentaria de los países y de sus comunidades campesinas e indígenas. Como se mencionó anteriormente, solo el derecho humano a la alimentación se reconoce en las fuentes vinculantes del derecho internacional, y la soberanía alimentaria es un concepto emergente, incorporado únicamente en instrumentos de derecho interno, como

el reformado artículo 4º constitucional, y en instrumentos internacionales de soft law, como la UNDROP. El T-MEC podría convertirse en un acuerdo de libre comercio pionero para fomentar la soberanía alimentaria e incluir disposiciones relativas a la promoción del comercio libre y justo en la agricultura, de conformidad con la obligación de respetar el derecho a la soberanía alimentaria de los Estados y de los pueblos (campesinos e indígenas). Además, establecería que la promoción del libre comercio no debe impedir el proteccionismo hacia los pequeños productores nacionales de alimentos siempre que sea necesario para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible y para proteger la salud y los derechos humanos.

Las políticas y prácticas de libre comercio deben reorientarse para que sirvan al derecho de los pueblos de México, Estados Unidos y Canadá a una alimentación segura, saludable, ecológicamente sostenible y culturalmente apropiada.

## CONCLUSIONES

La reforma constitucional sobre maíz transgénico de 2024 constituye un punto de inflexión en la evolución de los marcos normativos que rigen el comercio agroalimentario, ya que permite cuestionar las normas tradicionales que han promovido el libre comercio como medio para el desarrollo económico global. El análisis del contenido específico de la reforma permi-

te resaltar su enfoque en la protección de la soberanía alimentaria y el derecho de las comunidades indígenas y campesinas a definir sistemas de producción alimentaria más sostenibles y culturalmente apropiados. En eso, las disposiciones de la reforma violan las normas y principios del derecho internacional económico vigente, que promueve la liberalización del comercio agrícola y la interdependencia entre los mercados internos de productos alimentarios. A pesar de su contrariedad con el derecho internacional económico, la reforma del maíz transgénico en México podría catalizar un cambio de paradigma en dicho derecho que permita a los países en vías de desarrollo proteger a sus productores nacionales de alimentos.

El derecho internacional económico en el orden global posterior a la Segunda Guerra Mundial buscaba promover el desarrollo sostenible, distribuir equitativamente sus beneficios, lograr el pleno empleo y mejorar las condiciones de vida de todas las personas. En el centro de sus normas e instituciones se encontraba la idea de que el crecimiento económico es la única respuesta a la lucha contra la pobreza y que el libre comercio es la clave de dicho crecimiento. Sin duda, el derecho internacional económico logró sus objetivos en cuanto a promoción del libre comercio.

No obstante, sus normas e instituciones no lograron reducir la pobreza, eliminar el hambre ni promover el bienestar social

para todos. De hecho, redujeron la pobreza, eliminaron el hambre y fomentaron la prosperidad para unos cuantos, pero no para la mayoría (La Vía Campesina, 2021). El marco jurídico e institucional de las relaciones económicas internacionales no logró conciliar la promoción del libre comercio con algunos objetivos extraeconómicos esenciales para los Estados y las personas, como la alimentación, el agua, la educación, la salud, las relaciones comunitarias, las condiciones ambientales y el respeto a los derechos humanos. Estos objetivos extraeconómicos se han convertido en temas centrales de la nueva agenda del derecho internacional económico. La protección del derecho a la soberanía alimentaria forma parte de esta nueva agenda. Este derecho contradice la lógica de los acuerdos de libre comercio vigentes, ya que dichos tratados excluyen la posibilidad de que los países en desarrollo protejan a sus productores nacionales de alimentos y logren la autosuficiencia y la autonomía en la producción alimentaria (Mensah, 2018, p. 3).

Quizás haya llegado el momento de crear un nuevo derecho internacional económico para un nuevo orden mundial en el siglo XXI, un derecho que promueva no solo el libre comercio para las corporaciones agroalimentarias multinacionales, sino también el desarrollo socioeconómico de los países en desarrollo. Ese derecho debería establecer un nuevo sistema mul-

tilateral de comercio que tome en cuenta las aspiraciones del concepto de soberanía alimentaria y permita que los países del sur global tengan un mayor margen para proteger a sus pequeños productores de alimentos del dumping de alimentos altamente subsidiados provenientes del norte global (Ferrando & Mpofu, 2024). En este nuevo sistema comercial, el comercio de maíz no solo debería estar libre de obstáculos no arancelarios para las empresas multinacionales de los países desarrollados, sino también ser justo para los campesinos y los pueblos indígenas de los países en desarrollo (Douwe van der Ploeg, 2010).

## REFERENCIAS

- Azzariti, A. (2021). The Right to Food Sovereignty in International Law. *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (4), 990-1012.
- Bossche, P. Van den, & Zdouc, W. (2017). *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press.
- CONAHCYT (2024). De saberes y sabores. <https://conahcyt.mx/de-saberes-y-sabores/>
- CONAHCYT (2025). Efectos nocivos del herbicida glifosato. <https://conahcyt.mx/cibiogem/index.php/sistema-nacional-de-informacion/documentos-y-actividades-en-bioseguridad/repositorio-glifosato?pagina=38&busqueda=>
- Douwe van der Ploeg, J. (2010). The peasantries of the twenty-first century: The com-

- moditisation debate revisited. *The Journal of Peasant Studies*, 37(1), 1-30. DOI: <https://doi.org/10.1080/03066150903498721>
- Downes, C. (2015). Worth Shopping Around? Defending Regulatory Autonomy under the SPS and TBT Agreements. *World Trade Review*, 14(4), 553-578.
- European Commission (2016). Handbook for Trade Sustainability Impact Assessment (2nd ed.). [http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/index\\_en.htm#\\_methodology](http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/index_en.htm#_methodology)
- Fakhri, M. (2020). The right to food in the context of international trade law and policy: Interim report of the Special Rapporteur on the right to food (UN Doc. A/75/219). United Nations. <https://docs.un.org/en/A/75/219>
- Ferrando, T., & Mpofu, E. (2024). Peasants as “Cosmopolitan Insurgents”. *AJIL Unbound*, 116, 96-100. DOI: [doi:10.1017/aju.2022.14](https://doi.org/10.1017/aju.2022.14)
- Food and Agriculture Organization of the United Nations [FAO] (2024). GMOs and the environment. <https://www.fao.org/3/x9602e/x9602e07.htm>
- Kamphuis, C. (2017). Litigating Indigenous Dispossession in the Global Economy: Law’s Promises and Pitfalls. *Brazilian Journal of International Law*, 14(1), 165-224.
- La Vía Campesina (2021, noviembre 29). “Prosperity for a few, Poverty for the lot”, WTO and free trade agreements have failed the people! <https://viacampesina.org/en/2021/11/prosperity-for-a-few-poverty-for-the-lot-wto-and-free-trade-agreements-have-failed-the-people/>
- the-lot-wto-and-free-trade-agreements-have-failed-the-people/
- Mensah, C. (2018). Incentivising smallholder farmer livelihoods and constructing food security through home-grown school feeding: Evidence from Northern Ghana. *Brazilian Journal of International Law*, 15(3), 491-504.
- Nyeléni (2007). Nyéléni 2007 forum for food sovereignty. <https://nyeleni.org>
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights [OHCHR] (2020). The right to adequate food (Fact Sheet No. 34). <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights [OHCHR] (2003). Report of the High Commissioner for Human Rights on human rights, trade and investment. <https://digitallibrary.un.org/record/500177>
- Petrova Georgieva, V. (2024). Mexico in International Investment Law: From NAFTA to USMCA. En N. Menebhurrin, C. Olarte-Bácares, & M. A. Velásquez-Ruiz (eds.), *International Investment Law and Arbitration From Latin American Perspective* (pp. 243-271). Springer.
- Ray, I., & Shukla, A. (2024). Fragile pillars of food security: Exploring the challenges of availability, accessibility, and quality for global food regime. *Brazilian Journal of International Law*, 21(2), 114-128.
- Rigod, B. (2013). The Purpose of the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS). *Euro-*

- pean *Journal of International Law*, 24(2), 509-532. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/cht019>
- Rojas, A. (2025, enero 7). Sheinbaum busca la protección constitucional del maíz blanco mexicano. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/politica/sheinbaum-busca-proteccion-constitucional-maiz-blanco-mexicano-20250107-740863.html>
- Smith, F. (2009). *Agriculture and the WTO: Towards a New Theory of International Agricultural Trade Regulation*. Edward Elgar Publishing.
- United Nations General Assembly [UNGA] (2011). Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter: Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements (UN Doc. A/HRC/19/59/Add.5). [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR-Council/RegularSession/Session19/A-HRC-19-59-Add5\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR-Council/RegularSession/Session19/A-HRC-19-59-Add5_en.pdf)
- United Nations [UN] (2022). Impact of the COVID-19 pandemic on Trade and Development: Lessons Learned. UNCTAD. [https://unctad.org/system/files/official-document/osg2022d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/osg2022d1_en.pdf)
- Wise, T. (2023). Mexico's quest for food sovereignty: An interview with Undersecretary of Agriculture Victor Suárez. IATP. <https://www.iatp.org/mexicos-quest-food-sovereignty-interview-undersecretary-agriculture-victor-suarez>
- Wittman, H. (2023). Food sovereignty: An inclusive model for feeding the world and cooling the planet. *One Earth*, 6(5), 474-478.
- Zerk, J. (2019). *Human Rights Impact Assessment of Trade Agreements*. Chatham House.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.1.6>

---

FECHA DE ENVÍO: 19 DE DICIEMBRE DE 2025  
FECHA DE ACEPTACIÓN: 02 DE MARZO DE 2026

---

# Hacia una comprensión filosófico-jurídica sobre la validez del derecho

## Toward a philosophical theory of legal validity

### RESUMEN

Esta investigación analiza las posibles vías de solución al conflicto de validez del derecho, atendiendo, para tales fines, las propuestas tanto de los naturalistas como de los positivistas jurídicos. La investigación defiende la tesis de que dicha validez no admite una explicación monista exhaustiva, ya que los modelos teóricos disponibles iluminan dimensiones distintas del fenómeno aquí presentado; por ello, resulta fecundo reconstruirla mediante una síntesis triaxial de las aproximaciones desarrolladas. La aportación conceptual del texto consiste en mostrar que la disputa entre las corrientes del pensamiento iusfilosófico continúa en desacuerdo estructural sobre los criterios de identificación del derecho, de tal suerte que el debate sigue más vigente que nunca. Por ello, se sostiene que resulta pertinente la postulación de una ciencia jurídica construida desde la hermenéutica, que funcione como marco para articular la manera en que operan, en la práctica, la autoridad, las reglas últimas, la institucionalidad y el razonamiento jurídico. Se explorarán las tesis

---

1 Doctor, maestro y licenciado en Derecho; licenciado en Filosofía, todos estos grados concedidos por la Universidad Autónoma de Chiapas, en la que se desempeña como Profesor-investigador en la Facultad de Derecho, C-III, Extensión Tapachula, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de México y del Sistema Estatal de Investigadoras e Investigadores de Chiapas, correo electrónico: josejuan.perez@unach.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9110-3117>

2 Licenciado en Derecho y maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Facultad de Derecho, C-III, de la Universidad Autónoma de Chiapas. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios. Profesor-investigador en la Facultad de Derecho, C-III, Extensión Tapachula, México, de la citada institución de educación superior. Miembro del Sistema Estatal de Investigadoras e Investigadores de Chiapas, correo electrónico: gustavo.reyes@unach.mx ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9724-3504>

3 Licenciado en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores de Chiapas en Tuxtla Gutiérrez, S. C., maestro en Derecho Electoral egresado de la Escuela Judicial del Tribunal Electoral, correo electrónico: rodolfo.sanchez@unach.mx ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8632-4269>

de “autoridad última” y de “norma última”; para dicha empresa, abordaremos dos de las posturas más sobresalientes, a saber, el positivismo y el naturalismo, y concluiremos con otras que resultan ser integradoras de las primeras, para dar cuenta de la necesidad apremiante, en la Teoría del Derecho, de continuar con la deliberación aquí iniciada.

**Palabras clave:** legitimidad del derecho, legalidad, positivismo jurídico, hermenéutica jurídica, discurso jurídico.

#### ABSTRACT

This article surveys the principal theoretical approaches to resolving the problem of legal validity, engaging with both natural law and legal positivist accounts. It advances the thesis that legal validity does not admit of an exhaustive monistic explanation, since the leading theoretical models illuminate distinct dimensions of the phenomenon. For this reason, the paper argues that legal validity is more fruitfully reconstructed through a triaxial synthesis of the major jurisprudential traditions.

The article’s principal contribution is to show that the disagreement among jurisprudential schools reflects a structural divergence over the criteria for identifying law, thereby demonstrating that the debate remains pressing within contemporary legal theory. On this basis, the paper contends that it is timely to articulate a conception of legal science grounded in hermeneutics, understood as a framework capable of integrating the practical operation of authority, ultimate rules, institutional arrangements, and legal reasoning. To this end, the study examines the competing theses of “ultimate authority” and “ultimate norm,” focusing on legal positivism and natural law theory, and concludes by engaging integrative perspectives that seek to move beyond theoretical monism.

**Keywords:** Legitimacy of law, legality, legal positivism, legal hermeneutics, legal discourse.

# HACIA UNA COMPRENSIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA SOBRE LA VALIDEZ DEL DERECHO

## INTRODUCCIÓN

Una de las apuestas más desafiantes a las que se enfrenta el filósofo del derecho es desentrañar la génesis de su validez. Más allá de posturas estrictamente moralistas según las cuales cierto conjunto normativo es válido porque es justo, a la filosofía del derecho le corresponde reflexionar sobre cada uno de los conceptos que encierran la idea de validez y sopesar si se sostienen sobre bases sólidas.

Cuando se hace referencia a la validez de cierta cosa, se alude que, de ella, se puede predicar la cualidad de “válido” como uno de sus atributos esenciales. En ese sentido, resultan relevantes las primeras dos definiciones que, sobre el tema, ofrece el *Diccionario de la lengua española*:

- Firme, subsistente y que valga o deba valer legalmente.
- Aceptable (capaz). Un argumento válido. (Real Academia Española, s. f.)

De lo que se colige que cuando algo se precia de ser válido, es porque, en principio, “vale legalmente”, es “firme”, “subsistente” y, además, es “aceptable”, y que se puede llegar a ello a partir de la subsunción de premisas que aporten un argumento “válido”. En derecho esto es especialmente importante debido a que en ciertos sis-

temas jurídicos —por no decir que en la mayoría— se le ha concebido como un mecanismo de control social que limita o alienta la conducta de las personas a quienes está dirigido. Desde esa perspectiva y al considerar que se vale del arma más poderosa con la que cuentan los Estados: la coacción a través del castigo, resulta de diametral trascendencia que cavilemos en los presupuestos que han de verificarse en aras de la construcción de la validez del derecho.

Así, como diría el profesor Alfonso E. Ochoa Hofmann de la Universidad Nacional Autónoma de México, advertir las raíces del derecho puede conducir a un círculo regresivo similar al de “la paradoja del huevo y la gallina”, puesto que las soluciones aparentes son ya hacerlo descansar sobre otra norma positiva, como la Constitución Política de un Estado nacional que le confiera poder para ser legislado, o bien, en una autoridad que esté facultada para emitir tales actos administrativos, así como legislativos. El problema es que, como se ha anticipado, en ambos casos se seguirá demandando el sustento del derecho y el concepto mismo de validez, pues en los arquetipos enarbolados resulta necesaria la existencia de un tope de autoridad que confiera legitimidad y legalidad a las leyes derivadas de él.

La metodología adoptada en este trabajo es de carácter teórico-conceptual y se inscribe en la tradición de la investigación en

Filosofía del Derecho. El método jurídico predominante es de carácter hermenéutico-argumentativo, complementado por un enfoque analítico y comparativo. En lo que hace a la hermenéutica, el estudio interpreta los conceptos y tesis de validez jurídica atendiendo al contexto interno de cada teoría, es decir, sus presupuestos, lenguaje y problemas, y a la función en la práctica jurídica; en lo argumentativo, reconstruye la estructura de los razonamientos: premisas, inferencias y conclusiones e identifica sus compromisos normativos e institucionales y evalúa su consistencia, alcance explicativo y límites.

La investigación se desarrolla mediante un examen doctrinal sistemático de teorías sobre la validez del derecho en su formulación clásica (iusnaturalismo y positivismo jurídico) y de postulaciones contemporáneas influyentes, con énfasis en la teoría de la regla de reconocimiento de H. L. A. Hart, la concepción de la autoridad como mejora práctica formulada por Raz y los planteos del realismo jurídico como criterio alternativo de validación normativa. El argumento teórico y sus conceptos operativos se erigen como unidad de análisis, mediante la cual cada corriente pretende fijar los criterios de identificación del derecho y justificar la validez jurídica, por ejemplo, la regla última, la autoridad última, la norma última, las prácticas institucionales, la eficacia y la decisión judicial.

El criterio de selección doctrinal se ha determinado mediante: (i) centralidad canónica en la discusión sobre validez (autores y tesis que estructuran el campo); (ii) influencia en la teoría contemporánea y en el debate sobre discernimientos de identificación del derecho; (iii) diversidad explicativa (teorías que privilegian fuentes, autoridad, institucionalidad o práctica adjudicativa); y (iv) pertinencia directa para contrastar las tesis de “autoridad última” y “norma última” y para evaluar la viabilidad de un enfoque integrador. La pesquisa se apoya en fuentes doctrinarias, históricas y normativas, no como evidencia fáctica en sentido estricto, sino como insumos interpretativos para mostrar cómo los criterios de validez se ponen en juego en el razonamiento jurídico.

El método seguido no persigue la verificación empírica de hipótesis, sino la reconstrucción crítica y comparada de los argumentos centrales de cada corriente. A partir del contraste, sostenemos que ninguna teoría, considerada de forma aislada, ofrece por sí sola una explicación exhaustiva de la validez del Derecho. Ello justifica la adopción de un enfoque integrador que articula elementos de distintas tradiciones sin reducirlas a una síntesis monista y excluyente, y subraya la necesidad de un pluralismo metodológico en la teoría actual del derecho.

## MARCO TEÓRICO

El desarrollo del marco teórico se orienta a examinar el problema de la validez del derecho a la luz de dos tradiciones que históricamente han ofertado soluciones contrapuestas: el ius positivismo y el ius naturalismo. A través de la exposición sistemática de sus fundamentos y tesis primordiales se pretende esclarecer los criterios que cada fuente enuncia para dotar de fundamento último al derecho. Dicha revisión permitirá sentar las bases, como punto de comparación, para sustentar el análisis ulterior.

### *Ius positivismo*

Para los positivistas es derecho aquello que está legislado y que, por lo tanto, forma parte de los ordenamientos “positivos” (códigos, leyes, reglamentos, etc.). Así las cosas, Kelsen confeccionó su “teoría pura del derecho” (*Reine Rechtslehre*) en la que suprime de la ciencia jurídica todo lo que no sea derecho puro y duro. En otras palabras, lo que no ha sido constituido en virtud de un proceso de génesis normativa legalmente estatuido.

Por ello, Aristizábal (2018), en un artículo bien acabado sobre el legado del “jurista del siglo XX” en la conformación de la teoría del derecho, escribe que:

Entonces, Kelsen preocupado por la arremetida revolucionaria contra el Derecho,

empieza a postular su posición de que la Sociología y otras ciencias, incluyendo la Política, debían separarse del Derecho. Su intención no era descontextualizar la ciencia jurídica ni oponerse a la perspectiva revolucionaria, sino depurar el Derecho respecto a intereses que desvirtuaran su estatuto científico. (p. 189)

En su doctrina, el jurista vienés arguye que existe (o debe existir) una *Grundnorm*, que, interpretada en nuestro idioma, pasa a significar la “norma fundante”, sobre la cual se basan todas las demás leyes que, lógicamente, se derivarán de este prototipo normativo. De ahí que uno de los axiomas elementales de la teoría positivista sea el de que “toda norma obtiene su vigencia al tomarla de otra jerárquicamente superior”.

Este imperativo normativo ha de ser presupuesto e incuestionado, hipotético y fundamental. Con una estructura escalonada —o en forma piramidal, como los lectores de Kelsen han interpretado sus tesis— las leyes transitan desde la de menor rango hasta el final del triángulo, donde se encontrarán con la norma fundante. En algunas tradiciones, la *Grundnorm* suele identificarse con la Constitución Política de ese país, ya que la teoría constitucional la estatuye como la norma máxima en términos de gradación; pero en la connotación actual en la que el Derecho Internacional Público ha cobrado significativa

relevancia, se discute si la ley suprema será esta previamente nombrada o los tratados internacionales que, habida cuenta de ser signados y ratificados por la nación que se trate, resultan dotados de competencia en su territorio nacional.

González Navarro (1983) ha escrito sobre el particular que:

La construcción kelseniana no se limita a operar con los materiales que ofrece el ordenamiento nacional, sino que establece —y esto se ha de ver muy claramente dentro de un momento— las condiciones «para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada» (...) Por lo pronto, proyecta al ámbito del Derecho internacional su visión piramidal de lo jurídico, y nos habla también de una «norma fundamental validante», y de las demás normas que, bajo aquélla, se organizan jerárquicamente. Su referencia a la norma fundamental del Derecho internacional es, si cabe, más escueta todavía que la que hace cuando se ocupa de la que confiere validez a las normas puestas de un orden nacional (...)

Así, y aplicando la misma regla que, según hemos visto, juega en los ordenamientos nacionales, de que «la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por otra norma». (p. 306)

Y en esa misma línea de pensamiento, evaluamos lo relatado por Ortega Peñuelas (2023):

En relación a lo expresado por Francisco Quiñonez, es clara la acepción de la doctrina kelseniana en cuanto a reconocer que la Constitución como norma, que dota de legitimidad al procedimiento de creación de leyes, representa la máxima normativa. Una suerte de norma primaria o suprema, pero que adquiere su validez mediante la norma fundamental hipotética.

Bajo este orden de ideas, en nuestra entidad la norma suprema se encuentra representada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como aquella que otorga validez positiva a todo el ordenamiento legal mediante el proceso de creación de leyes, otorgando ese elemento de unidad y validez con el cual opera nuestro sistema jurídico. (pp. 5-6)

Ahora bien, corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿cuál es el máximo de autoridad para el iuspositivismo? Hay que concebir la *Grundnorm* como la base de la que emanan las demás leyes; empero, ¿quién faculta a esa norma primigenia para ser el suelo mínimo de donde se construye la torre del derecho? Algunos apuntarán a un elemento exógeno, que se pretende leer bajo el principio de la “soberanía popular”. En el sentido de

que, en tanto comunidad racional, se ha decidido que exista algo superior a las individualidades que pueda tener autoridad para dirimir los conflictos que la vida social trae aparejados y así, en términos de pura *isonomía*, le otorgamos ese poder a la *Grundnorm*.

Con todo, hay que reflexionar sobre uno de los equívocos de la asunción del iuspositivismo a ultranza. Este es el que tiene que ver con la idea de asumir que el derecho es válido, simple y llanamente, porque fue creado por el proceso legislativo destinado a tales menesteres, sin apelar a un mínimo contenido de justicia. Entender la validez de esta manera ha conducido a la humanidad, y no en pocas ocasiones, a destinos lúgubres que hoy día seguimos lamentando.

Muestra de ello es el llamado “derecho del terror”, instaurado en la Alemania de la década de los años 30 del siglo pasado. En el que, mediante reformas legales (que se subsumían en lo determinado en los dispositivos normativos), se diseñaron leyes que atentaron contra todo ápice de humanidad *versus* los judíos y otros grupos minoritarios que se declararon enemigos públicos de la política del Estado, como los gitanos, Testigos de Jehová, etcétera.

Cuestión interesante resulta la de saber, de buena tinta, que una vez vencidos los nazis, fueron llevados a los Juicios de Núremberg (que se organizaron por las naciones aliadas y vencedoras para justipre-

ciar a quienes colaboraron en el régimen), los acusados por los lamentables crímenes acaecidos en ese periodo intentaron elaborar razonamientos de defensa basados en el hecho de que las conductas desplegadas habían tenido fundamento en el derecho positivo alemán del momento, lo que desvela una postura iuspositivista irracional, en la que no media la reflexión intelectual sino que se actúa por medio de la repetición automatizada de lo que las leyes disponen.

La dificultad aquí sigue siendo: ¿hasta dónde llega, entonces, la legitimidad de la norma si esta busca su validez siempre en otras? ¿quién valida a estas últimas? Esto es un argumento regresivo *ad infinitum* del que no se puede confiar ciegamente.

### ***Ius naturalismo***

De manera complementaria, el naturalismo se levanta como una corriente que sostiene que la fuente de donde mana el derecho no es otra que el orden moral o, aún más, que tiene un origen divino. Desde esta mirada, en el Medioevo, algunas sociedades dispusieron que el rey (o monarca) era determinado por Dios, y que, en consecuencia, su mandato era divino. Se advierte que se trata de destinar la validez del derecho (o del poder estatal) a elementos de naturaleza metafísica que se alejan totalmente del fondo material y que presentan pretensiones científicas del positivismo.

En países fuertemente cristianizados, como Inglaterra, la separación entre el poder del rey y el de Dios era casi imperceptible en tiempos pretéritos. Al punto de que diversos juristas llegaron a considerar que la ley del rey era precisamente la ley de Dios y la de La Gran Bretaña.

El naturalismo, en estas líneas, postula que existe un derecho cuyo origen no radica meramente en el legislador estatal, sino en un orden de naturaleza moral anterior a este, o incluso celeste. Quiere decir que hay normas que son inherentes a la naturaleza humana, por razón de que el hombre y la mujer comparten un origen espiritual que los pone por encima de otras especies, y a las que se llega por medio de la razón, y que, por lo tanto, existen con independencia de que las creen los seres humanos. A partir de ahí, una ley institucionalizada (hecha por el hombre) es válida solo cuando refleja los principios universales. No tiene validez por ser formalmente aprobada, sino por ser justa, según un criterio moral de orden suprapositivo.

Desde antaño, los clásicos como Aristóteles y Cicerón, y luego también en la Edad Media con Tomás de Aquino, discutieron en torno a lo que llamaron “la ley natural”. Así, El Aquinate aseguraba que la ley de Dios era la ley natural y que, como se ha planteado en el párrafo que precede, era accesible al ser humano por la razón, y que el derecho legislado no era más que la

traducción de tales potestades naturales escritas en el lenguaje humano. Por ello, el derecho es válido por cuanto está imbuido del elemento de justicia; sin él, no existe. De ahí que esta perspectiva filosófica se contraponga al iuspositivismo en el que interesa que las normas sean confeccionadas por la autoridad con facultades para ello, sin imponer que los mandatos sean moralmente correctos.

Esboza George Duke (2023) sobre esa hipótesis:

El primer principio de la ley natural fundado en la ley eterna es que se debe hacer el bien y evitar el mal.

Los preceptos de la ley natural derivados de esta base pertenecen todos a lo que la razón práctica aprehende como bienes humanos, como la preservación de la vida individual, la preservación de las especies y el bien de la razón -que incluye el conocimiento de Dios y lo que promueve el summum bonum de la comunidad política-.

La razón práctica, asume Tomás de Aquino, procede de principios más generales a consideraciones particulares. Mientras la ley natural se refiere a las actividades en las que los seres humanos tienen una inclinación natural a realizar, y los principios generales de la ley natural y lo correcto y la verdad son conocidos en este sentido amplio por todos, con respecto a situaciones particulares no es cierto que

las mismas cosas sean prácticamente correctas o verdaderas. (p. 230)

Por ello, resulta relevante que para el iusnaturalista todo derecho que no pase el tamiz de la condición moral no tenga validez. Y ahí cobra sentido la teoría desarrollada en el clímax de la Segunda Guerra Mundial por Radbruch, sobre la que se acuñó la fórmula que lleva su apellido y con la que se alega que el derecho extremadamente injusto no es derecho. El exministro de justicia del Reich, al observar las aludidas atrocidades perpetradas por el nazismo, se aleja del positivismo y adopta una postura neokantiana en la que percibe el derecho como una ciencia del espíritu que, más que simplemente describir la realidad, aspira a reflexionar, comprender y transformar los fenómenos. Así pues, ve el derecho del Estado alemán de esa coyuntura como “derecho del terror”, ya que, no obstante haber sido confeccionado por el parlamento, sus resultados fueron sumamente injustos.

Dijo, en su tiempo, el profesor de Heidelberg, que “[...] el positivismo, con su convicción de que ‘la ley es la ley’, ha dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal” (Radbruch, 2009, p. 33).

Frente al naturalismo, el positivismo nos diría que la ley es ley si ha observado los procedimientos establecidos previamente por el Estado para su emisión. No importa

si esta es injusta o amoral. “La ley es dura, pero es la ley”, rezaba el aforismo en la *Lex Romana Visigothorum*. Por lo tanto, para John Austin, el derecho puede concebirse como el mandato general del Soberano respaldado por una sanción. Dejando fuera de la ecuación la moral como parte constitutiva del derecho.

Las principales diferencias que notamos entre el iusnaturalismo e iuspositivismo pueden resumirse en las que siguen:

- El iusnaturalismo demanda coherencia moral para la validez del Derecho; el positivismo no la exige.
- La primera de estas doctrinas estrecha al Derecho y a la justicia; la segunda, las separa radicalmente.
- El iusnaturalismo considera un orden superior: el natural o el divino; el positivismo sólo acepta como válidos los designios de hechura humana.
- Si una ley es injusta, para el iusnaturalismo puede no ser ley; para el positivismo sigue siendo ley a pesar de ello.

El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* señala que el iusnaturalismo es:

Concepción filosófica que proclama una idea unitaria y global del derecho como conjunto de valores universales previos al derecho positivo en los que debe este inspirarse.

Se manifiesta el derecho natural en dos aspectos o momentos: el derecho natural (derecho justo, derecho correcto) y el derecho positivo (impuesto por las autoridades humanas). Según esta concepción teórica, el derecho positivo, para ser verdadero derecho, no puede contradecir las exigencias del derecho natural. (Real Academia Española, s. f.)

El argumento central del iusnaturalismo en torno a la validez del derecho radica en la afirmación de un orden moral construido por valores universales racionalmente cognoscibles e inmutables que sirven de fundamento y criterio último de legitimidad. De esta premisa se derivan principios insoslayables, de los que se tiene que hay derechos previos al Estado y que esta entidad solo puede reconocerlos, mas no otorgarlos. Piénsese en la vida, la libertad, la propiedad o la dignidad humana: son universales, pues deben ser asegurados desde cualquier orden jurídico o nación y no cambian en su núcleo de protección, puesto que, a pesar del transcurrir de los años, seguirán siendo derechos cardinales e indispensables para la vida digna.

Ultimando este apartado, se precisa advertir que en el estudio del iusnaturalismo es plausible encontrar dos posturas: una de tipo y orientación teológica, encabezada por los escritos tomistas, en la que se cree que el derecho natural es heredad de Dios y que, *ergo*, las leyes positivas (creadas

por el hombre) han de reflejar presupuestos divinos. Pero también se abre paso una corriente de corte racional o ilustrada, en la que la ley natural no es una norma divina, sino que se deviene de la estructura racional del ser humano. A esta se afiliaron grandes teóricos de la talla de Kant, quienes entendieron que no era necesaria la imposición de un orden religioso para obrar conforme a lo que es correcto, sino que bastaba la consciencia moral (el imperativo categórico) para universalizar las leyes del pensamiento humano.

## RESULTADOS TEÓRICO-ARGUMENTATIVOS

Descritas las formulaciones clásicas para abordar el tema de la validez del derecho, ahora se analizarán las nuevas tendencias que despertaron el interés de los filósofos del Derecho posteriores.

### ***Hart y la regla de reconocimiento***

En la teoría jurídica moderna, la obra *The Concept of Law* (1961), de H. L. A. Hart constituye un verdadero paradigma en la comprensión sobre la validez del derecho. En esta *opera prima*, Hart introduce la noción de la “regla de reconocimiento”, un concepto piedra angular de su cosmovisión iusfilosófica. En aras de que todo constructo de derecho sea funcional, conviene tener claridad respecto de la distinción entre las “normas válidas” y las “no válidas”. Esta dicotomía es fundamental e

iniciática, ya que de ella dependen la seguridad jurídica, la previsibilidad de las decisiones judiciales y, en última instancia, la legitimidad del poder del Estado. No obstante, como es de conocimiento profundo, los ordenamientos jurídicos son, por su propia naturaleza, complejos, dado que se componen de normas de distinta jerarquía, fuente y función.

Ante esta situación, Hart plantea una aseveración demandante: ¿cómo sabe un jurista, un juez o un ciudadano o una ciudadana de a pie si una norma es parte del derecho? ¿Cuál es el criterio que permite reconocer una norma como jurídicamente válida? Para responder a ello, el autor da cabida a la noción de la “regla de reconocimiento” antes mencionada.

En Hart, el derecho no es simplemente un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas (como se ha escrito que bien estipulaba Austin), sino la conjunción de dos tipos de reglas:

*Reglas primarias*, que imponen obligaciones directas (por ejemplo, “no robar”, “no matar” o “no expresar falso testimonio”).

*Reglas secundarias*, que regulan la creación, modificación y extinción de las reglas primarias.

Entre las reglas secundarias, Hart, no satisfecho con su tipología esbozada preliminarmente, identifica tres determina-

ciones esenciales para que el *corpus iuris* madure correctamente:

Regla de cambio: permite modificar el derecho.

Regla de adjudicación: establece quién tiene la autoridad para resolver controversias; y,

Regla de reconocimiento: identifica qué normas forman parte del sistema jurídico.

Esta última —así entendida— resulta ser la más importante de todas, ya que se convierte en una pauta social que indica los criterios de validez en una determinada arquitectura normativa. Pensémosla como una suerte de “meta-norma” que no está, como en el derecho positivo, necesariamente legislada, pero que aun careciendo de positividad, se acepta y se practica por las y los operadores jurídicos como el faro que guía sus acciones.

Asegura Martínez Idárraga (2012) que:

La regla de reconocimiento en Hart es siempre social, obedece al reconocimiento que se hace del sistema, implica eficacia; sin existencia del ordenamiento jurídico, sus normas no pueden ser válidas según Hart, pues la eficacia para él no es lo mismo que la validez, y sin eficacia no existe este ordenamiento. (p. 151)

Desde la perspectiva lógica, la regla de reconocimiento funciona como un marco epistemológico, en el sentido de establecer cómo saber si una norma es válida. En sistemas como el británico, al que ya se ha aludido, y en aquellos en los que no se cuenta con una constitución codificada, la regla de reconocimiento puede advertirse considerando que una norma es válida si ha sido promulgada por el Parlamento siguiendo ciertos procedimientos.

Empero, en países con constituciones escritas, especialmente en tradiciones de tipo romano-germánico como la mexicana, la regla de reconocimiento suele implicar la precitada jerarquía normativa, es decir, “es válida la norma que emana de una autoridad competente y no contradice la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

En ese sentido, la regla presentará algunas características esenciales que la hacen ser ella misma:

Primero, no deriva su validez de otra norma. No hay una *Grundnorm* que legitime la regla de reconocimiento. Su validez se basa en el uso social generalizado y en la aceptación por parte de las y los operadores jurídicos.

Segundo, es, eminentemente práctica social. Su existencia estriba en que sea efectivamente seguida y aceptada. Si las personas descontinuaran su obser-

vancia y los jueces dejaran de aplicarla, la regla perdería su fuerza normativa.

Tercero. Aunque es relativamente estable, no es pétrea, por lo que puede mutar. Evoluciona si cambian las prácticas sociales o las instituciones jurídicas. *Verbigracia*: cuando los tribunales constitucionales adquieren más poder, la regla de reconocimiento puede incorporar su autoridad como fuente última del derecho.

Cuarto. No acusa de severos formalismos. En reiteradas ocasiones y circunstancias, las personas operadoras del sistema jurídico no la enuncian expresamente, pero la presuponen en sus actos. Está implícita en la manera en que entienden y aplican el derecho.

Conviene examinar algunos someros hipotéticos para comprender mejor la cuestión:

a) Las leyes aprobadas por el Congreso  
 Cuando el Congreso de un país aprueba una ley siguiendo los procedimientos constitucionales y el o la Jefa de Estado la promulga, todas y todos los actores sociales, llámense jueces, abogados y abogadas, ciudadanos y ciudadanas, la consideran válida. ¿Por qué? Debido a que la regla de reconocimiento establece que “las normas promulgadas por el Congreso conforme a la Constitución son válidas”. Nadie se pone a cuestionar cada vez que eso pasa,

si en realidad esto o aquello es derecho, en términos prácticos, muchas personas no atienden la lectura directa en el Diario Oficial de la Federación; simple y llanamente las aceptan.

#### b) El rol de las constituciones

Como se ha adelantado, en la gran mayoría de los países contemporáneos, la Constitución Política ocupa el escaño más alto en la jerarquía normativa. La regla de reconocimiento establece que una norma es válida siempre que no contradiga la Constitución. Tanto más cuanto si un juez declara inconstitucional una ley, lo hace invocando la regla de reconocimiento. Así, la norma deja de ser válida porque no cumple con los criterios establecidos por la propia normatividad.

#### c) Las decisiones judiciales

Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México o del Tribunal Constitucional del país que se trate ostentan fuerza obligatoria, porque la regla de reconocimiento ha evolucionado para incluir estas determinaciones como parte del derecho vigente. Por ese motivo, aunque nadie haya votado esa “norma” en el Poder Legislativo, tiene validez en la medida en que la comunidad la reconoce como tal.

#### d) La costumbre como fuente

En algunas materias, como en el caso del derecho indígena o del derecho mercantil, la costumbre puede ser concebida ampliamente como fuente jurídica. Esto acontece debido a que la regla de reconocimiento admite que ciertos patrones de conducta —no siempre escritos— tienen fuerza de ley si son aceptados como obligatorios y han sido seguidos de forma consuetudinaria.

#### **La autoridad como mejora práctica en la teoría de Joseph Raz**

Mientras que algunos, como Hart, ofrecieron una base descriptiva y estructural del sistema legal, Raz se adelantó un paso al preguntarse no solo qué es el derecho, sino también a embarcarse en una empresa más compleja: ¿por qué habría de obedecerse? En esas disquisiciones, su noción de validez como “mejora práctica” constituye una pieza fundamental para entender la organización de este y cómo perfecciona la acción humana. Esta idea no se sigue únicamente de la obediencia a la ley por la imposición de sanciones; antes bien, se alza mediante un razonamiento normativo, sosteniendo que las autoridades legítimas ayudan al gobernado y a la gobernada a actuar mejor según las razones que ya poseen y que, por ello, merecen ser obedecidas.

No se niega que Raz se inicia en el positivismo, pero es en esa misma tesitura don-

de introduce una distinción clave entre el concepto del derecho y su validez. Habida cuenta de que Hart trabajaba en los criterios de validez y de estructura interna del sistema, Raz volvió la vista hacia la razón por la que el derecho debe ser obedecido. Según sus postulados, el hecho de que una norma forme parte de la estructura normativa del Estado no implica que, necesariamente, sea obedecida en sus términos. Por esta situación, se hacen diferenciaciones congruentes entre conceptos como el de “autoridad *de facto*” (quien efectivamente manda y puede imponer consecuencias) y “autoridad legítima” (alguien a quien racionalmente se sigue porque se le quiere obedecer). Por ello, piensa que las autoridades institucionales desempeñan una función racional, pues ayudan a la ciudadanía a conformar una conducta mediante razones que ya tenían, pero que por sí mismas no podrían atender de manera eficaz.

Esta visión de la validez del derecho se construye conforme a lo que Raz denomina “la tesis de la dependencia” y “la tesis de la sustitución de razones”. La primera establece que las autoridades deben fundamentar sus decisiones en razones aplicables a los sujetos gobernados. ¡Vaya! No se inventan razones nuevas, sino que organizan bien y les dan orden a las ya existentes. Por otra parte, la segunda afirma que una vez que la autoridad emite una orden o disposición normativa, dicha determi-

nación sustituye nuestras convicciones personales para actuar. Expresado de otro modo, ya no obramos porque creemos que es lo mejor, sino porque la autoridad así lo ha determinado para nosotros, con base en sus mejores razonamientos.

La apuesta valiosísima del planteamiento de Raz es que no descansa en la coacción ni en el poder *per se*. La autoridad no es válida por ejercer más violencia o por ser una mayor amenaza. Es válida porque nos ayuda a hacer mejor lo que ya deberíamos hacer. Piénsese en una norma cotidiana, como el Reglamento de Tránsito de la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas. Detenerse en el alto (rojo) no es correcto solo porque ese cuerpo normativo lo exponga positivamente; hay que hacerlo porque tenemos razones de seguridad, eficiencia y orden social que nos constriñen a actuar así. Pero como esas razones son muchas, intrincadas y, a veces, contradictorias o incluso confusas, se necesita una autoridad que simplemente aliente a cruzar solo cuando haya luz verde. Así, simplifica las vidas y las hace más prácticas y sencillas. En fin, son acciones que, en teoría, ya se sabe que se deben seguir, pero que, por medio de las autoridades, se convoca a un mejor cumplimiento de ellas.

Cuestiona el profesor de la Universidad de Oxford:

La pregunta moral es: ¿cómo puede ser que alguien tenga un deber de someter su

propia voluntad y juicio a los de otra persona? Por supuesto, somos afectados por otros y por sus acciones de innumerables maneras. A menudo actuamos para inducir a otros a ayudarnos o a no ponernos trabas, a colaborar con nosotros en empresas comunes, a evitar herirnos o a hacer que sus acciones sean en nuestro beneficio. Pero el caso de la autoridad es especial. Las directivas emitidas por la autoridad aspiran a constituir razones para sus súbditos y son vinculantes para ellos porque fueron pensadas para serlo. Si reconocemos un deber de obedecerlas, reconocemos que tienen un derecho a darnos órdenes, no sólo a afectar las circunstancias que conforman nuestras oportunidades y obstáculos en nuestro camino. Las autoridades nos dicen qué intentar hacer, con el objetivo de lograr cualquier meta que ellas persigan ordenando nuestra voluntad. ¿Puede algún ser humano tener tal poder normativo sobre otro? ¿Puede, en algún caso, ser correcto reconocer a otro tal poder sobre uno mismo? (Joseph Raz, 2006, p. 149)

Aclarado esto, hay que prestar atención a que esa visión de autoridad implica que no todo representante estatal es legítimo, aunque, en virtud del nombramiento que se le ha otorgado, sea legal. Hay reiterados ejemplos en los que las autoridades no colaboran en actuar conforme a las buenas razones, hacen algo peor: incitan a su pue-

blo a alejarse de ellas. Medítese en una supuesta ley que discrimine o que imponga castigos trascendentales y desproporcionados que podría ser formalmente válida, pero no tendría autoridad legítima, pues Raz nos dirá que no mejora nuestra acción racional, sino que la entorpece y la envilece (Cfr. La explicación del “derecho del terror” arriba). Ahí su teoría invita de continuo a una crítica interna del derecho, consistente en la comprensión de que algo que sea legal no siempre debe ser aducido como verdadero o realizable, a menos que cumpla la función de ayudarnos a actuar mejor de lo que ya lo haríamos sin ello.

### **El realismo jurídico como criterio de validez**

Otra postura que se encamina a resolver las cuestiones problemáticas respecto a la validez del derecho, confrontadas entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, es la del realismo jurídico, a la que no le incumbe mucho si las normas han observado los requisitos formales para su enunciación, si están infundidas de principios morales, etcétera. Lo que quiere identificar es si dicho contenido legal es realmente observado en la práctica reiterada de la comunidad (si es vigente) y también si las y los jueces actualmente lo aplican. En suma, el derecho no está en los suntuosos palacios legislativos, sino en la vida cotidiana, en los mercados, en las plazas, en las calles de las comunidades. Allí donde el maes-

tro Sócrates dictaba sus clases, y en donde demostraba su asunción a la ley, en las esferas más próximas a las gobernadas y gobernados.

Puesto así, el criterio de validez del derecho no es formal ni moral, mucho menos metafísico, sino conductual. Una norma es válida si las juezas y los jueces están dispuestos a aplicarla, si los abogados y las abogadas la invocan en sus alegatos y peticiones, si las autoridades la hacen cumplir y si las personas la obedecen porque reconocen que tiene consecuencias materializables en sus vidas. El derecho se convierte en un fenómeno observable, que puede analizarse en la cotidianidad.

Sobre las preocupaciones centrales de esta corriente, Solar Cayón (2012) señala:

En este contexto general, un elemento decisivo para la conformación de un pensamiento jurídico alternativo fue precisamente la influencia del pragmatismo filosófico. El talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad, socialmente sentida por determinados sectores políticos y jurídicos, de articular un pensamiento enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba.

En lo que se refiere a la concepción de la experiencia jurídica, resulta central su

formulación instrumental del derecho como un medio para la consecución de determinados fines sociales y, en consecuencia, su afirmación de la necesidad de evaluar cualquier parte del derecho en función de sus consecuencias. Aquí, en general, los realistas se sentirán mucho más próximos al escepticismo de Oliver Wendell Holmes que a la confianza optimista de Roscoe Pound en la posibilidad de elaborar una “ingeniería social” que suministre un esquema objetivo y omnicompreensivo de ordenación de las innumerables y conflictivas aspiraciones y demandas sociales. Tanto Holmes como los realistas desconfiaron de toda pretensión sistemática de encerrar en fórmulas o esquemas generales preestablecidos la inabarcable riqueza de una experiencia caleidoscópica. Además, el acusado entendimiento hermenéutico de la realidad, característico de los realistas, les impedía aceptar el pretendido carácter plenamente racional y objetivo de tales esquemas. Estas notables diferencias llevaron incluso a Pound (1940) a denunciar airadamente que el realismo constituía “una filosofía de la rendición” (give-it-up philosophy) (pp. 29, 176-186).

Este proyecto representa un quebranto en la percepción más tradicionalista del Derecho, como un sistema cerrado de normas deducidas lógicamente a partir de una Constitución o de una regla de reco-

nocimiento. Para el realismo jurídico, eso es solamente “lo superficial”; aquello que en verdad interesa es el comportamiento efectivo de quienes tienen el poder de tomar decisiones que afectan la vida en sociedad: jueces, fiscales, policías y otros funcionarios estatales. Lo que está codificado en las leyes puede llegar a pasar “sin pena ni gloria” en la realidad de los seres humanos si no tiene vigencia. Por ejemplo, si una ley prohíbe el soborno, pero todos saben que el juez “x” o “y” lo recibe diariamente, entonces, desde el realismo, esa norma no es jurídicamente válida en la práctica, porque no produce las consecuencias que debería producir. A la inversa, si en la praxis se penaliza una conducta que no está formalmente prohibida, dicha consecuencia, sea cual fuere su naturaleza, tiene fuerza jurídica real.

Con la evolución de los derechos humanos en el mundo, se aprecia, más que en otra materia, que los movimientos sociales van un paso por delante de la regulación del derecho. Un buen ejemplo se observó en el avance del matrimonio igualitario en los países europeos. Antes de ser reconocidos por la ley, algunas personas juzgadoras empezaron a dictar sentencias que concedieron cabalmente derechos a parejas del mismo sexo, basándose en principios constitucionales como el de la igualdad ante la ley. Legalmente no había un encuadre en una norma explícita que permitiera esos matrimonios, pero la

práctica judicial comenzó a ganar terreno, generando efectos reales. Solo después el legislador formalizó este progreso. Lo mismo ocurre con prácticas policiales que se vuelven costumbre en México (como ciertas detenciones arbitrarias), aunque sean ilegales, si son toleradas sistemáticamente por jueces y ministerios públicos, adquieren una especie de validez fáctica que no puede pasar desapercibida para el realismo jurídico.

Otro de los aportes atrayentes es que adiciona una dosis de escepticismo respecto de la alegada postura de neutralidad judicial. Algunos realistas dicen —y con bastantes elementos a su favor— que los jueces y las juezas no deciden todo el tiempo con base en reglas objetivas, sino que las decisiones que emiten están trastocadas por sus valores, personalidad, emociones, prejuicios y tradiciones. Por lo tanto, el derecho no va a permanecer todo el tiempo estático en la norma, sino en las vivencias y en la mente del juez o la jueza que la interpreta.

Holmes Jr., quien fuera magistrado del Tribunal Supremo de Massachusetts, en discurso con ocasión de la inauguración del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, preceptuó que:

Creo que los propios jueces no han reconocido suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de utilidad social. Tal deber es inevitable, y el resultado de la frecuentemente proclamada

aversión judicial a tratar de dichas consideraciones es, simplemente, que las auténticas razones y los fundamentos de sus sentencias permanecen inarticulados y, a menudo, inconscientes, como ya he dicho. (1897, p. 72)

Desde esta perspectiva, el realismo jurídico también se convierte en una herramienta crítica para evaluar la eficacia del derecho. ¿Qué sirve más para saber si una norma es válida: que esté escrita en una Constitución, o que la Suprema Corte de Justicia de la Nación la aplique de forma consistente? Para el realismo, lo segundo es definitivamente mucho más trascendente. Y esto no significa que el derecho no tenga estructura, sino que se sostiene en el comportamiento cotidiano de quienes lo aplican. Por eso, la validez se convierte en una cuestión más empírica y menos lógica o normativa. Una ley es válida si forma parte del conjunto de prácticas institucionales efectivas que rigen una sociedad.

## CONCLUSIONES

La pregunta por la validez ha gestado una discusión fértil en la filosofía del derecho desde sus albores hasta el presente. Iusnaturalistas y iuspositivistas exploraron este tópico cardinal a partir de ángulos totalmente diferentes, aunque, en esencia, ambas teorías comparten la preocupación toral de conferir al orden jurídico un fundamento que justifique su existen-

cia, estructura y obligatoriedad. El iusnaturalismo lo hace anclando la validez en principios morales universales y racionales, alegadamente descubiertos por la razón práctica; el iuspositivismo la sitúa en fuentes sociales y normativas que, como se ha argumentado en este trabajo, no necesariamente poseen contenido moral. En medio de esta profunda tensión, la teoría de H. L. A. Hart otorga luz mediante un giro analítico y metodológico sin precedentes al proponer la “regla de reconocimiento” como criterio fundamental de validez, cuyo carácter social —y no eminentemente normativo— pretende hacer reposar el problema del fundamento último sin invocar trascendentes metafísicos ni formalismos autorreferenciales.

Con todo, la noción hartiana tampoco escapa a la complicación central que ha motivado el escrito que tiene usted en sus manos: el argumento regresivo al infinito. ¿Por qué es válida la regla de reconocimiento? ¿Qué justifica su aplicación si no existe una norma superior que la fundamente? ¿Acaso la práctica social es suficiente para conferir autoridad normativa? Ante estos dilemas de connotaciones problemáticas, la teoría de la autoridad de Joseph Raz ofrece un puente conceptual de gran calado. Una norma o conjunto de ellas son legítimamente vinculantes si, y como condicionante, solo si mejoran la capacidad de él y la gobernada para actuar conforme a razones que ya poseían en su

*psique*. Este razonamiento trabaja desde una perspectiva racional y práctica que puede complementar la postura de Hart en términos de adecuar a la aceptación social un elemento funcional de justificación reflexiva.

En otro orden de ideas, el realismo jurídico pone en aprietos al iuspositivismo y al iusnaturalismo, al desmitificar el componente formal y moral del derecho y reubicarlo en el plano estrictamente práctico. Desde su pretensión, el derecho no es solo un conjunto de normas, es también una práctica judicial, una serie de patrones conductuales perceptibles en la actuación de los y las jueces, fiscales y operadores jurídicos. La validez se determina en función de lo que efectivamente ocurre en los tribunales, no de lo que mandata el texto legal ni de los principios morales que lo respaldan. En consecuencia, la regla de reconocimiento pierde su centralidad teórica, pues su existencia se sustenta en el comportamiento observable de las y los actores jurídicos y no en un consenso normativo tácito.

Mientras tanto, poner a dialogar estas tres grandes corrientes (iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico) requiere una delimitación cuidadosa de sus respectivas ontologías, epistemologías y teorías de la autoridad. El iusnaturalismo, pese a su presencia histórica y a su insistencia en la moralidad objetiva del derecho, se debilita ante la inestabilidad de los

consensos morales en sociedades pluralistas de este tiempo moderno. El iuspositivismo, especialmente el de Hart, se acoraza de esa crítica desplazando la validez hacia criterios formales y sociales, pero en el intento adolece cuando justifica en la circularidad de la regla de reconocimiento por la razón de que es aceptada, por un hecho social que, por sí mismo, no genera deberes normativos. El realismo jurídico, finalmente, ataca cualquier intento de normatividad abstracta y recuerda que el derecho no es lo que debe ser, sino lo que efectivamente es y lo que hace en y para con la *polis*.

Después de todo, el argumento regresivo al infinito sigue latente en los enfoques aquí bosquejados. Si una ley es válida porque así lo establece una norma superior, ¿qué o quién legitima a esta norma superior? Si se reflexiona a profundidad en la regla de reconocimiento, ¿qué impide cuestionarla como a cualquier otra norma? ¿Y si el juez o la jueza deciden ignorarla? Este tipo de reflexiones nos conduce inexorablemente a una regresión sin punto de apoyo, a menos que se establezca un fundamento que no viva a cuenta de normas superiores ni de consensos sociales contingentes. Aquí es donde la teoría de Raz puede aportar una salida conceptual: la autoridad legítima rompe la cadena regresiva, no porque esté encima del sistema, sino porque cumple una función práctica al permitir que las y los

agentes jurídicos actúen mejor conforme a sus propias razones. Es como decir que la validez de una norma se estabiliza si el órgano que la produce conduce a una mejor coordinación de acciones racionales sin requerir una justificación *ad infinitum*.

Esta investigación permite reinterpretar la regla de reconocimiento como una clase de heurística práctica colectiva, cuyo peso radica en su aceptación, pero con mayor fuerza en su capacidad y eficacia para ordenar las conductas de las y los operadores jurídicos de manera coherente, racional y eficiente. En ello, Hart y Raz no son *a priori* incompatibles, sino complementarios. Hart describe la función estructural de la regla y Raz su justificación funcional. La regla de reconocimiento no sería “válida” porque así lo sugiera otra norma, ni porque todas y todos la obedezcan, sino porque, como práctica social, permite realizar de forma más eficiente el objetivo del derecho: la regulación de la conducta externa del hombre y la mujer en contextos de complejidad, conflicto y pluralismo.

En esa misma tónica, el realismo puede aportar a este modelo desde su faceta empírica de validación. El derecho no solo es prescriptivo; ha de ser —y con mayor pujanza— también efectivo. A la luz de este trinomio, en el que convergen estructura normativa (Hart), función racional (Raz) y efectividad práctica (a partir del realismo jurídico), puede trazarse una visión integrada de la validez del derecho que su-

pere el tantas veces señalado argumento regresivo. No nos ocuparemos de encontrar la *Grundnorm*, sino de articular tres dimensiones complementarias de validez: normativa (ser parte del sistema), racional (ser útil para actuar debidamente) y fáctica (aplicarse en la realidad concreta).

Se propone que, a partir de este enfoque triaxial, la cuestión de la validez del derecho se aleje del retroceso sin fin para esbozar una evaluación compleja de tres variables fundamentales: primero, que la norma esté incluida en el cuerpo de leyes mediante los procedimientos legales conducentes (perspectiva positivista), segundo, que el derecho cumpla con una función práctica en la mejora racional de la conducta de aquellas personas que participan en su observancia (perspectiva de Raz) y tercero, que este conjunto normativo sea efectivo en su aplicación “real” (perspectiva del realismo jurídico). De esta suerte, el concepto de validez se redefine como un constructo relacional que emerge de la confluencia entre la normatividad, la racionalidad y la efectividad.

*Last, but not least.* A través de tanta discusión en el devenir del tiempo sobre el asunto aquí delineado, hemos comprendido que la validez del derecho no puede reducirse a una sola dimensión ni derivarse de un fundamento único. La historia del pensamiento jurídico ha mostrado, de cuando en cuando, que los enfoques eminentemente unilaterales fracasan al

explicitar la complejidad del fenómeno jurídico. Una teoría completa de la validez, desde nuestra óptica, ha de nutrirse de las estructuras normativas, como las de Hart, de las justificaciones prácticas de Raz y de los convencionalismos sociales efectivos que conduzcan al realismo jurídico. Solo así es posible salir adelante de la conjetura regresiva *ad infinitum* y construir una concepción del derecho que sea lo suficientemente sólida para guiar la acción de este en contextos reales, plurales y en constante transformación.

## REFERENCIAS

- Aristizábal, J. F. (2018). La teoría pura del derecho y la exclusión de la sociología. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, IV(162), 185-197. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/sociales/article/view/36591/37278>
- Duke, G. (2023). *Aristóteles y el derecho: la política del nomos* (E. de Rosa, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Navarro, F. (1983). La «Norma Fundamental» que confiere validez a la Constitución Española y al resto del ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, (100-102), 293-330. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2117527.pdf>
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot. (Trabajo original publicado en 1961).
- Holmes, O. W., Jr. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478. <https://doi.org/10.2307/1322028>
- Martínez Idárraga, J. A. (2012). Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A. Hart: Ensayo doctoral. *Memorando de Derecho*, 3(3), 139-152. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851203.pdf>
- Ortega Peñuelas, E. I. (2023). La relevancia de la norma fundamental en el sistema jurídico constitucional mexicano. *Derecho & Opinión Ciudadana*, 6(12), 1-24. [https://iip.congresosinaloa.gob.mx/Rev\\_IIP/rev/012/001.pdf](https://iip.congresosinaloa.gob.mx/Rev_IIP/rev/012/001.pdf)
- Radbruch, G. (2009). *Relativismo y derecho* (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Temis.
- Raz, J. (2006). El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 141-175. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.09>
- Real Academia Española. (s. f.). Iusnaturalismo. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 30 de noviembre de 2025, de <https://dpej.rae.es/lema/iusnaturalismo>
- Real Academia Española. (s. f.). Válido. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 29 de julio de 2025, de <https://dle.rae.es/v%C3%A1lido>
- Solar Cayón, J. I. (2012). Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2), 176-226. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2082>



# La seguridad jurídica de la fe pública en la función notarial. Un análisis doctrinal y jurisprudencial del notariado latino en México

The legal certainty of public faith in the notarial function.  
A doctrinal and jurisprudential analysis of the  
latin notarial system in Mexico

## RESUMEN

Los actos de las autoridades gozan de presunción de certeza ante la sociedad. Dentro de la seguridad jurídica que el Estado debe garantizar a las personas, en las entidades federativas, todos los gobernadores de México tienen una facultad expresamente conferida por ley para delegar la fe pública del Estado en profesionistas del derecho, quienes actúan como notarios públicos en el ejercicio de la función notarial en la materia y los servicios regulados para tal efecto. De esa manera, en este artículo se aborda un estudio dogmático, con una hermenéutica jurídica desde lo teórico-conceptual con naturaleza descriptiva y cualitativa de la institución del notariado, con argumentaciones y razonamientos sobre el derecho notarial, los antecedentes del notariado latino derivado del derecho romano-germánico y la fe pública inherente al Estado, en un mero contraste con la aceptación del notariado en el *Common Law* y los principios que rigen la función notarial para abrigar la seguridad jurídica que es intrínseca y coetánea en los actos notariales, tal como es acepta-

---

<sup>1</sup> Maestro en Justicia Constitucional y en Ciencias Jurídico Penales, con egreso de la Especialidad en Notario Público y del doctorado en Estudios Jurídicos, Políticos y de Gobierno de la Universidad de Guanajuato; Diplomado en Mediación y Conciliación; Argumentación Jurídica y Técnica Legislativa, y Amparo, por la Universidad La Salle, Universidad Anáhuac y la SCJN; con estudios de derecho comparado en las Universidades de Nuevo México y Texas; estancia de investigación en el ITESO; Investigador Parlamentario en el INILEG; colaborador en Dependencias, Entidades y Organismos Autónomos de Guanajuato; docente en universidades e instituciones del ámbito privado; México; a.s.mardez@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1061-9642>.

# LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL. UN ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL NOTARIADO LATINO EN MÉXICO

do por las normas constitucionales y legales en México, para brindar de forma preventiva la certeza y seguridad jurídica que garantiza la función notarial en el tráfico jurídico, como está estudiado y aceptado en las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y sus tribunales.

**Palabras clave:** seguridad jurídica, fe pública, servicio y función notarial.

## ABSTRACT

The authorities' acts are subject to a presumption of entire certainty in the face of society. As part of the legal certainty from the State to the people, all governors have a faculty, in strict form of law, to delegate the State's public faith to lawyers to serve the public on various matters as notaries public at the office. This paper is an approach the institution of the notary in a dogmatic manner, with a legal hermeneutics from a descriptive and qualitative theoretical-conceptual perspective, with arguments and reasoning of notarial law with the analysis of legislation to focus mainly about Latin notary's precedents in the Roman and Germanic Law, in contrast with the acceptance of the notary's public in Common Law, the principles that govern notarial function to arrive at the natural legal certainty in all their acts as well accepted by the Constitution and the legislation from Mexico's federative Entities, to preventively provide with the degree of certainty and legal security provided by the notarial function contained in the legal transactions, as studied and accepted in the interpretations of law from Mexico's Supreme Court and its tribunals.

**Keywords:** legal certainty, public faith, service and function of the notary public.

## INTRODUCCIÓN

**E**n este artículo se precisa el hecho de la fe pública inherente al Estado. En secuencia de lo mencionado, hay fe pública en todos los actos públicos cotidianos del Estado que son celebrados ante las personas o por la autoridad ante otras autoridades homologas con independencia de

su ámbito de competencia, por lo que con ello se implica la certeza jurídica que conllevan el atender los artículos 14, 16 y 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 1917), en virtud de la necesidad de normatividad previa que contemple facultades expresas para una autoridad, servidor público o persona designada o habilitada, como sucede en la fe pública que ejerce la función notarial.

Una de las formas de delegación de la fe pública del Estado a través de sus autoridades, es la del *fiat* para los notarios públicos. Cuando en una primera línea se habla de la seguridad jurídica como derecho humano, pocos conceptos dentro de la ciencia jurídica ofrecen la mayor garantía de salvaguarda de los derechos de las personas, como la fe pública notarial. Para ello, en la presente investigación sobre la base del estudio dogmático, teórico-conceptual de naturaleza descriptiva para las institución del notariado, con aspectos históricos que permiten establecer las diferencias entre el notariado latino que es el modelo del notariado en México, del notariado en el *Common Law* de la tradición anglosajona y con las aproximaciones doctrinales a los sistemas notariales de Alabama, Luisiana y Florida, e interpretaciones jurídicas aglutinadas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales federales, con la definición de lo constitucional para establecer la recep-

ción de la seguridad jurídica como certeza formal que reviste el actuar de la función del notariado, la fe pública delegada en una entidad federativa y su vinculación para las personas y autoridades en virtud del amparo del Pacto Federal en México.

En el desarrollo de la investigación se utilizará el método de inferencia a partir de las teóricas doctrinales, la hermenéutica jurídica con las interpretaciones jurisprudenciales actuales, las disposiciones constitucionales, convencionales y legales del ámbito federal, así como la normativa notarial que corresponde Chihuahua, Guanajuato y Jalisco al ser entidades que cuentan con una legislación, sobre todo la primera, con aspectos más puntuales para obtener una interpretación armónica, integral, funcional, sistemática y la teleología de la norma. Esto con el fin de establecer su congruencia y conformidad con la normativa constitucional y convencional para consolidar en este análisis la forma previa de la seguridad jurídica que deben atender desde un inicio todos los actos de las autoridades estatales; en segundo lugar, la contribución a la seguridad jurídica de la fe pública originaria, y la delegada en el notariado para brindar preventivamente seguridad jurídica en la celebración de actos que requieren una participación de un fedatario y la garantía de seguridad jurídica en la intervención del notariado para el tráfico jurídico contemporáneo,

con circunstancias que han sido acogidas por la Corte y los tribunales federales.

Es así como todas las autoridades tienen por su solo actuar pautas de certeza, es decir, una autoridad no puede negar que hizo lo que en realidad está llevando a cabo, generando o activando continuamente y para las personas como seres humanos o ciudadanos, dichos actos son reiteradamente ciertos bajo el principio de seguridad jurídica, de lo contrario no estaríamos en presencia de actos de autoridad, o sería una administración fallida; un gobierno fallido, un órgano estatal superfluo o un poder estatal falaz, si se comunicara a la sociedad que realiza actos de autoridad que no gozan de certeza actual y futura, para que sea posible mantener registro de su verificación en el tiempo.

## **DERECHO NOTARIAL**

En este apartado se integrará la definición de Bañuelos para identificar que el derecho notarial es “aquella rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público” (1990, p. 118).

El derecho notarial es una función añeja, como todos aquellos supuestos en los que se trata de contar con un registro de actos o datos de importancia comunitaria o social, de tal manera que el derecho notarial

se corresponde con la tradición latina que tiene sus raíces en la síntesis de los sistemas romano-germánico (González-Fisher, 2021, p. 69) y se constituye como rama autónoma del derecho público, con objeto de estudio dual (Silva, 2004, p. 2).

Es así como sobre la primera perspectiva, con el derecho notarial se atiende el estudio del notariado en sí, del notariado como institución, con la normativa que regula las relaciones jurídicas que tiene el notariado como función y a la vez como servicio con el que cuenta el Estado para brindarse a la sociedad y por ello existe la vigilancia estatal sobre el notariado, por la delegación de la fe pública, para lo cual existe la verificación y el procedimiento para ello, y en ese mismo sentido el objeto de lo notarial abarcará la relación del notariado con la sociedad y las formas que han aceptado los propios fedatarios para agremiarse. A la par de todo ello, el derecho notarial también conlleva en su objeto el que se conforme bajo su acepción todos los instrumentos públicos notariales, los cánones para el sistema de reglas o principios que rigen los actos de la función notarial con el apego a la teoría suficiente como necesaria para poder elaborar y emitir el documento que contendrá el acto o hecho jurídico ya materializado con el génesis del instrumento notarial (Silva, p. 2).

Las legislaciones notariales de las entidades federativas en México, regulan en

forma general la actuación de los notarios públicos, y sustancialmente las legislaciones son uniformes de uno a otro estado, de tal forma que entre sus fines primigenios está el mantener a salvo la función notarial y coetáneamente brindar la seguridad jurídica que está vinculada con los artículos 121; el segundo párrafo del artículo 14 y el primer párrafo del artículo 16 de la CPEUM, a la par de la que le corresponde a las actuaciones de las autoridades del Estado (Andrade y Centro de Estudios en Derecho e Investigaciones Parlamentarias (CEDIP), 2015, p. 332). De tal manera que regularmente las legislaciones notariales de las entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos establecerán una serie de requisitos que van desde la conformación de procesos de registro, evaluación, acreditación, reconocimiento o expedición de la calidad de aspirantes a obtener una notaría pública, de notarios públicos auxiliares, o bien de personas que son notarios públicos a quienes se les ha reconocido y expedido el *fiat*.

Así, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 1 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, la función notarial debe de apegarse a los principios de “rogación, profesionalismo, imparcialidad, legalidad y autonomía en su ejercicio” (LNEG, 2006), por lo que de igual forma, en el artículo 26 de la misma normativa, se establece la necesidad de reserva de información y cuestiones relativas al secre-

to profesional en todo momento, así como el limitar el acceso al protocolo, pues acceden a él únicamente las personas que intervinieron, sus representantes, o quienes legítimamente guardan un interés, o bien, mediante una solicitud que haga las veces de mandamiento u orden judicial que sea competente en la materia del requerimiento y cuyo objeto de petición esté en posibilidades de ser colmada con la información que en su momento generó el notario, lo que en su alcance está también previsto en el artículo 39 de la Ley del Notariado del Estado de Chihuahua (LNEC, 2020), así como en el segundo párrafo de los artículos 1140 y 1141 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCYF, 2023), ya en vigor pero con fechas límite para la vigencia plena, gradual y sucesiva para los estados con las declaratorias de los congresos de las entidades federativas al 1 de abril de 2027.

### **LA FE PÚBLICA DELEGADA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Es de vital importancia para el entendimiento de las bases en las que se ciñe este artículo, el dotar de concepto y comprensión que la fe pública es única por disposición de la propia legislación, y es el Estado quien la ejerce a través de sus propias autoridades, o bien, la delega a servidores públicos o a personas civiles que no son parte de la administración, dependencia, entidad, organismo o poder estatal, y

quienes deben contar con requisitos cualificados en virtud de las características exigidas en la legislación para tal función, como específicamente para el caso del notariado es menester ser profesionales del derecho, sin que obste decir que, al ser fedatarios públicos, sean por ese solo hecho autoridades del Estado, pues no hay una identificación plena entre autoridad y la función notarial ejercida por delegación.

La *fides*, como vocablo que proviene del latín, es la creencia, la confianza o la credibilidad que originalmente se concibe con el término fe pública para establecer la garantía que el Estado otorga sobre ciertos actos que reconoce como tales (Brand y Cortez, 2020, p. 206) y, de esta manera, el notariado tiene la fe pública delegada en la que denominamos notarial.

A razón de lo anterior, se estima que la definición legal que se prevé en la LNEC está mejor realizada en su primera significación, pues mientras en Guanajuato se establece que la legislación tiene por objeto el regular la función notarial y que la misma corresponde al titular del Poder Ejecutivo (artículo 1 de la LNEG), en Chihuahua el párrafo segundo del artículo 1 (LNEC), en una vinculación con su artículo 4, sí se desvela la pertenencia de la fe pública y se contempla para ella:

La Fe Pública compete originalmente al Estado de Chihuahua y, por delegación, la encomienda a profesionales del de-

recho, a quienes, satisfaciendo los requisitos legales previos, se les otorga la patente notarial correspondiente por conducto de la persona titular del Poder Ejecutivo.

Aunado a lo anterior, se debe retomar la fórmula constitucional de la fe pública con la que cuentan todos los actos de naturaleza pública como está reconocido en el primer párrafo del artículo 121 de la CPEUM, pues el sistema federal en todo momento se percató de la necesidad para preservar la unidad y la plena validez de los actos en cada estado de la federación, así como de la emisión y vigencia de la legislación para cada estado o la elección de gobernadores o jefes de gobierno para las entidades federativas y para la Ciudad de México, respectivamente, todos ellos con una naturaleza de actos públicos. Así también, en la tesitura de plena validez, como actos públicos, los registros de las entidades federativas que tienen a cargo las inscripciones del registro civil, de los registros públicos de la propiedad o del registro público de comercio, los actos notariales e incluso todo acto administrativo que tienen plena validez (Andrade y CEDIP, p. 332) y en el que se implique la existencia, o constancia en la que se expresa o se contenga, una situación jurídica determinada sobre una persona o los bienes de una persona o de entidades públicas, es así como se establecen las delimitaciones

sobre cada competencia y facultad expresamente reconocida para ejercer por cada entidad federativa las funciones del poder público en seguimiento de la disposición normativa de los artículos 121 y 124 de la CPEUM, pues en integración e interpretación de ambas disposiciones, la reserva de ley se encuentra consagrada hacia los estados y la Ciudad de México, como entidades federativas, no hacia la federación.

En una forma coetánea a la plena validez que tienen los actos surgidos en el seno de las funciones que corresponden al servicio público, están reconocidos así de manera uniforme por la legislación, con la facultad autenticadora para que la totalidad de las personas y las mismas autoridades conozcan, acepten o reconozcan como cierto lo asentado por las autoridades o los fedatarios públicos en las condiciones narradas en una actuación, constancia o documento, o como instrumento público o instrumento notarial (que puede ser una escritura, un acta, un cotejo o una ratificación).

En atención a lo ya referido, tendría características de prueba plena por conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos o hechos que sucedieron o que acontecieron ante su fe pública mediante la expresión plasmada como consigna en los instrumentos referidos (Brand y Cortez, pp. 205-207) que son a su vez las aplicables para la dación de fe originaria o con las certificaciones de la capacidad

jurídica de las personas, o la dación de fe del documento o instrumento, para la creación y contenido de este, pero sin pasar por alto que la fe pública es limitada en seguimiento de la competencia territorial (primer párrafo y fracciones I y II del artículo 121 de la CPEUM). En lo material, funciona únicamente para actos autorizados por la legislación y no proscritos para los servidores públicos o profesionistas, que cuentan con una competencia natural para ejercerla, por lo que, en todo aquello que está permitido a tales funcionarios o personas a través de la delegación de fe, es, por tanto, la verificación de una fe pública absoluta (García, 2021).

No obstante lo anterior, un pensamiento aceptado entre la sociedad es identificar que la fe pública es de los gobernadores como titulares del poder ejecutivo, pero originalmente la fe pública le pertenece al Estado, es una forma natural e inherente del poder estatal y los gobernadores serían el referente facultado para delegar esa fe estatal, para que con la absoluta y plena certeza y como una garantía de seguridad jurídica, lo que la autoridad con fe pública delegada o el notario público hagan constar, se tendrán como aquellas circunstancias y condiciones que están en apego a la verdad, con independencia de la voluntad de todas las otras personas que no intervienen en el acto, pero que participan de la certidumbre y garantía de

que los hechos determinados son ciertos (Carbajo, s.f., p. 27).

Como se ha referido, el notario público en México es un profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, que tiene a su cargo el recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas (que pueden ser o no partes), en actos y hechos que pasan o suceden ante su fe, con la consignación de los instrumentos que son de su autoría (instrumentos notariales) y cuya finalidad es otorgar certeza y seguridad jurídica a las personas, con apego a los principios de legalidad, autonomía, matricidad y en concordancia con el profesionalismo referido, en apego al derecho positivo mexicano (Ascención *et al.*, 2023, p. 73).

En México, de acuerdo con las diferentes legislaciones constitucionales locales como a las ordinarias de las entidades federativas, se reitera en ellas que el notario debe ser un profesional del derecho, mientras que en otros países no es necesario, como en Estados Unidos, pues para ellos no existe la necesidad de formalizar actos o contratos ante fedatarios públicos, porque nada fuerza al Estado a contar con un registro público de propiedad inmobiliaria y el documento redactado por el profesionista del derecho o abogado, no tiene un valor pleno al no ser inherente a él la función de fe pública o facultad autenticadora (Morales, s. f.), no le es obligatorio el redactar por sí mismo los documentos a

autenticar ni los conserva, el cargo es temporal y frecuentemente es una actividad complementaria o una segunda o tercera profesión compatible o no con la que se ejerce primordialmente (Prada de, 1994). Todo lo anterior, con independencia de los casos de Alabama (Alabama Secretary of State, 2024), Luisiana (Gimeno, 2009) y Florida (Chico, 2009), pues son casos excepcionales sobre las posibilidades del *Civil Law Notary* y en todo caso, es competencia de cada Entidad federativa de los Estados Unidos de América el asumir formas de actuación apegadas al notariado latino.

El *notary public* de la tradición anglosajona, llegada de Inglaterra hacia los Estados Unidos posibilitó que personas particulares sin experiencia alguna intervinieran en casos muy contados, de naturaleza administrativa, fiscales o sin formalidad alguna, para hacer constar o apostillar poderes que surtirán efecto en el extranjero (Morales, s. f.).

En Guanajuato, como en el resto de las entidades federativas de México, la forma exacta que debe caracterizar diversos actos jurídicos de particulares, como de autoridades o instituciones oficiales, deben constar en documentos o instrumentos notariales y ello constituye un requisito establecido en la legislación, por lo que se conforma como la única y exclusiva forma real para dar validez, compaginada con la certeza jurídica a los actos que

requieren un carácter o requisito determinado en la normativa que les rige (Estrada *et al.*, 2012), para configurarse como actos en los que debe intervenir la función notarial. Conforme a los artículos 3 y 5 de la LNEG, la figura del “notario”, es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial, la cual puede desempeñar dentro de la adscripción que se le hubiera asignado, salvo casos de excepción expresamente previstos en la legislación, como cuando están facultados para desempeñar sus funciones si los bienes objeto del acto jurídico se encuentren fuera de su adscripción o cuando esté destinada la actuación notarial a surtir efectos jurídicos en un lugar diferente al de la adscripción notarial, lo que tiene que estar receptado por la entidad, en atención a la fracción II del artículo 121 de la CPEUM y a la debida conformidad legal que debe atender protocolos, homologaciones y en general toda autorización en misiones diplomáticas; legaciones y consulados mexicanos.

Como ejemplos de lo comentado tenemos que referir el Convenio por el que se Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (1961) o lo que se conoce como la Convención de La Haya o Convención de La Apostilla, a la que México está adherida (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, principalmente se atienden los artículos 3 y 4 para La Apostilla) o la Convención

Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (1975) de la Organización de Estados Americanos (OEA) y por lo menos en tal sentido están elaboradas las distintas disposiciones en materia civil, verbigracia, de la fracción I del artículo 13 del Código Civil Federal (1928) y las limitantes de las fracciones I y II del artículo 15 del mismo ordenamiento, y así se reitera en los artículos 267, 116 a 119, 1129, 1130, 1139, 1144, 1173 a 1180 del CNPCYF.

Así, en la especie como en términos generales el fedatario público es quien por disposición de ley está facultado para realizar la función autenticadora en representación y vinculación del Estado, que bajo una aceptación general es una verdad asumida y oficial que es acompañada de la fe pública, pues la intervención del notario otorga certeza jurídica al contenido, al documento y a los actos e instrumentos en los que interviene como fedatario (Tribunales Agrarios *et al.*, 2022).

### **PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN EN LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Es fundamental que el servicio notarial tenga como precedente la rogación, que es la exigencia para que el notario público pueda proceder en los actos que le son permitidos para dar fe de un acto jurídico a petición de una parte, lo que legitima desde un inicio el estarse acogiendo a los diferentes principios protectores de certe-

za y seguridad jurídica que puede brindar la fe pública delegada en el notario (Tribunales Agrarios *et al.*, 2022), lo que estaría además vinculado, por ejemplo, con la fracción III del artículo 7 de la LNEC que determina la legalidad en la ya supuesta inmediatez (fracción II del artículo 7) que se está generando con la rogación presunta y precedente. Entre tanto, durante todas estas fases se está consolidando la veracidad (fracción VI del artículo 5 de la LNEC), con todo profesionalismo para que pueda solventar los actos y hechos que ante él se celebran.

Ahora bien, necesariamente en todos los instrumentos notariales que fueron rogados, el notario interpreta la voluntad de las partes y la adecua a los requisitos legales, de tal manera que de acuerdo al artículo 3 párrafo segundo de la LNEG le corresponde:

[...] recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante ellos acuden, conferir autenticidad y dar certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe a través de la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

La referencia legal anterior, a su vez, está vinculada con lo prescrito en el artículo 76 fracción II de la LNEG, con la obligación del notario de leer la escritura; establecer que se explicaron por él mismo,

los alcances e implicaciones del acto que se está celebrando (fracción III), y reunir tanto la conformidad de las partes o personas que intervinieron —incluso con firma a ruego— en el acto con lo leído y lo explicado (fracción IV) para contar con las firmas de anuencia y tenerlo como finalmente realizado; lo que a su vez también está prescrito, por ejemplo, en el artículo 37 en su primer y tercer párrafo de la LNEC. Debiendo recabar y reunir todo acto en el resguardo de su protocolo y archivo, por la obligación de conservar todo instrumento vinculado a su actuación y a su función notarial, de conformidad con el principio de matricidad (fracción V del artículo 7 de la LNEC).

De forma complementaria a dichos principios, existen los impedimentos determinados en la legislación para que el notario público se abstenga de actuar como se sigue de las fracciones I a VIII del artículo 31 de la LNEG, como en su caso también las prevé la LNEC en los incisos a) a f) de la fracción III del artículo 43, o en las aglutinadas fracciones I a XIX de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco (LNEJ, 2006), como en aquellos casos en los que se vea o pueda verse afectada su imparcialidad; cuando lo rogado sea de ejercicio exclusivo de un servicio público identificado; que exista una situación en la que tiene un interés directo o del que podría surgir un conflicto de intereses con su actuación.

## SEGURIDAD JURÍDICA CON LA ACTUACIÓN NOTARIAL

Como ya se comentó, de conformidad con el artículo 121 de la CPEUM, es una obligación del Estado mexicano el poder consolidar tanto actos públicos, los que impliquen fe pública originaria o delegada, así como el brindar posibilidades de registro y seguimiento de actos determinados ante la fe notarial, como al certificarse la fe de la identidad y la capacidad de las personas por el servicio rogado y la legitimidad del acto que consta en un instrumento público; como está relatado y sintetizado por la Unión Internacional del Notariado Latino en 1995 (Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1995), dichos documentos gozan de presunción de legalidad y exactitud con la génesis de su vida jurídica, así como de la fuerza probatoria y ejecutiva, por ser instrumentos públicos reconocidos en la legislación procesal que corresponda a la materia del acto si se llegara a controvertir (primer párrafo del artículo 121 de la CPEUM), por lo que proporcionan, fundamentalmente, certidumbre jurídica y minimizan riesgos de conflictos, desacuerdos, controversias o litigios.

En el referido sentido, en apego a la concepción del notariado latino, es el notario público el responsable de lo que ante él se actuó, redactó y autorizó con su firma y sello para tal efecto, en cuanto al instrumento notarial con el que se concluye la

rogación, en cuanto a la voluntad de las personas o la intención de lo que las personas tuvieron a bien comunicar para su atención en relación con la prestación del servicio notarial, pues en materia práctica las voluntades de las personas tienen que ser exactas a lo jurídicamente posible y petitionado al notario.

Aunque existen diferencias entre las legislaciones notariales de las entidades federativas del país, todas mantienen el perfil del notariado latino, en el cual los notarios son abogados autorizados por el Estado para dar autenticidad y certeza legal a los actos jurídicos de particulares y las personas que buscan en sus servicios que se imprima certeza y seguridad sobre los actos o hechos mediante su autenticación, legitimación, formalización, con la guía y asesoría que el notario debe prestarles, en seguimiento de la fe pública; a fin de salvaguardar la certeza sobre la identidad de la notaria o notario público con el documento que los identifica, más las prevenciones de ley a través de varios elementos que permiten a las personas en general identificar, con un alto grado de credibilidad, la función notarial en el lugar en el que residen.

En forma más cercana a la seguridad jurídica que busca la comunidad, las notarías tienen por su competencia, una adscripción territorial con adecuación a su materia y acorde con las facultades que les son reconocidas, de tal manera que con-

solidan la fe pública en su patente o *fiat* notarial como acto de delegación de la fe pública del Poder Ejecutivo estatal, aunado a los elementos materiales con los que cuentan, como el sello, protocolo y firma registrados, los avisos a las autoridades sobre la oficina donde prestarán sus servicios, sus números telefónicos, horario de servicio y demás datos que permiten a las personas particulares el que puedan tener la identificación y comunicación con la notaria pública o notario público y la notaría a su cargo.

Como bien lo advirtió la Primera Sala de la SCJN en la tesis de jurisprudencia CCCXV/2013 (10a.) (2013, p. 521), al haber comunicado a autoridades administrativas, judiciales y organismos autónomos de procuración de justicia, a la autoridad municipal a la que están circunscriptos y en el caso de Guanajuato, al Colegio Estatal de Notarios, y a los registros públicos de propiedad y de comercio que corresponda a la adscripción, como se determina en su vinculación con el artículo 25, fracción IV de la LNEG; y en ese mismo sentido están planteados los artículos 45 en sus tres primeros párrafos, sus siguientes fracciones I a VI y el cuarto párrafo conclusivo, y 46 a 48 de la LNEJ, como el artículo 48 de la LNEC; pues al atender dichos preceptos jurídicos ofrecen a la ciudadanía y a las propias autoridades el que puedan tener una total seguridad jurídica de su función con la instalación o infraestructura en un lu-

gar determinado para ejercer la fe pública por delegación.

De manera complementaria, con lo ya relatado dentro de la función notarial los artículos 14, 16 y 17 de la CPEUM, son tanto atendidos como resguardantes de la función notarial, al ceñirse el notario en completo apego del principio de legalidad, donde si bien los particulares podrían solicitar al notario todo lo que la ley no les prohíbe, el notario únicamente podría brindar el servicio para lo que está facultado, lo que como axioma de actuación tiene implicaciones plurales en la medida en que se atiende cada principio de la función notarial, en puntual seguimiento de la tradición constitucional protectora de los derechos humanos, desde la recepción de la tradición nacional en lo funcional y administrativo, como en respuesta a lo jurisdiccional tan pleno de formalismos, como en algunos casos con los esquemas de seguimiento y registro en lo notarial, registral, como en todo acto de autoridad, que consuman verdaderos actos rituales, tanto en la forma de pedir, de dar o de solventar por parte de las personas como particulares, de las personas hacia las autoridades, desde las autoridades hacia las otras autoridades o bien, cuando devienen de las autoridades hacia las personas físicas, personas morales o entidades públicas o particulares.

En secuencia de lo narrado, las actuaciones notariales pueden ser consideradas

válidamente con valor probatorio pleno a través de la relación sucinta de un acto o hecho que obra en su protocolo y para ello habrá que estar prestos para verificar que dichas actuaciones no están desvirtuadas por documentos o actos que prueban una situación contraria, en el entendido que el documento expedido por el fedatario a ruego de las personas o mediante la petición de autoridad facultada en ejercicio del vínculo del Estado con la función notarial, debemos recordar que es de orden público y tiene como objeto satisfacer necesidades de interés social, como son las garantías de autenticidad, certeza y seguridad jurídica de los actos y hechos jurídicos de conformidad con las posibilidades constituciones de protección de los derechos humanos.

De ahí que la función notarial pueda contribuir a la tranquilidad de la sociedad a la que pertenece y a la que se debe el notario, por lo que actúa con la certeza de la fe pública como derecho a la seguridad jurídica que otorga su trabajo. Tanto al Estado como a las personas, al establecer mediante la fe pública delegada que un acto se otorgó conforme a la normatividad vigente y que lo relacionado con su actuar notarial es cierto, como se señala en la tesis de jurisprudencia I.5o.C.103 C (11a.) del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (2023, p. 5608).

De todo lo anterior, baste decir que todas las pautas de legalidad y limitantes de

exigencia que hay para el notario público, siempre será dentro de los ámbitos de la legalidad y seguridad jurídica, en atención al empleo de las medidas que sean razonables y que estén a su disposición dentro de la generalidad aplicable al caso, para que a la vez sean comprobatorias entorno a sus posibilidades, de que la información obtenida con el servicio prestado a la persona usuaria o beneficiaria de la prestación del servicio es fidedigna, completa, adecuada, precisa y actualizada al momento de la prestación del servicio. Lo que no solo dota de seguridad a las personas solicitantes del servicio sino también al propio Estado mexicano como a todas las autoridades, en estudio de la jurisprudencia 2a./J. 18/2024 (11a.) emitida por la Segunda Sala de la SCJN (2024, p. 3478).

En ese sentido, tanto la judicatura como las diferentes legislaturas, sean de las entidades federativas como las emitidas por la legislatura federal del sistema bicameral del Congreso de la Unión en México, siempre han contribuido para la adecuada interpretación de la certeza y seguridad jurídica que brinda una actuación notarial, como lo ha aceptado el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis de jurisprudencia I.11o.C.57 K (10a.), que excepcionalmente es procedente que una ratificación de firma de promociones ante una autoridad de amparo, pueda realizarse también ante un notario público, pues brindan una misma

certeza, en la comprensión que durante la ratificación en la notaría pública habrá un conjunto de exigencias para poder acreditar ante la autoridad judicial la narración de la imposibilidad, los medios probatorios que soportan la actuación, así como el mismo acto que incorpore la certificación, acta o testimonio notarial expedido con la ratificación, y siempre y cuando se hayan colmado todos los requisitos para las ratificaciones o el tipo de acto que establezca la legislación notarial que resulte aplicable, para con ello salvaguardar el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 de la CPEUM, así como la certeza en cuanto a la expresión de la voluntad de las personas que comparecen ante su fe, como la voluntad de las partes que intervienen en un juicio o procedimiento (Tribunales Colegiados de Circuito, 2021, tesis I.11C.57 K (10a)).

## CONCLUSIONES

Los actos de las autoridades del Estado son públicos y dotan de unidad a los poderes constituidos como a las administraciones de las dependencias, entidades y organismos estatales mediante sus funciones, por lo que la plena certeza conlleva la seguridad jurídica como un derecho humano que garantiza el Estado mexicano a la sociedad en general, a la que pertenecen sus autoridades. De tal manera que las actuaciones y emisiones de actos públicos del Estado son presuntivamente

válidos cuando atiende su conformación a la normativa constitucional como a la legal, tanto interna como a la externa en el orbe internacional, pues la actuación se vincula de manera natural y ordinaria a los protocolos, homologaciones y en general a toda normativa exigida para la validez de los actos ante el Estado nación, como ante las autoridades de otros países.

Atendiendo a la fe pública del Estado, el derecho notarial estudia el objeto dual de la función notarial con la fe pública delegada, mediante la cual el Estado regula el ejercicio notarial y la sociedad tiene acceso a los servicios de la fe pública a través de las notarias, cuyos titulares a su vez tienen posibilidades de agremiarse para consolidar su ramo. Así, en el sistema notarial latino como el que se tiene en México, con raíces en los sistemas jurídicos romano y germánico, delega la función notarial en profesionistas del derecho que brindan servicios a la sociedad para ejercer la función con la fe pública del Estado y a través del continuo seguimiento de un sistema de reglas y principios se consolida la propia función notarial.

La facultad autenticadora concomitante en la delegación de la fe pública va mucho más allá de la reducción de lo notarial a la posibilidad para certificar documentos, pues los actos que pueden constar en un instrumento notarial no son los que ya obran en una foja para certificar su coincidencia; las posibilidades de actuación y

prestación de servicios mediante la función notarial es múltiple y coetáneamente formal, por lo que se produce en ello la seguridad jurídica mediante la certeza y veracidad que están presentes en la licitud de toda actuación legal, no solo con el instrumento o registro generado, sino por la intervención de la fe pública del Estado a través del notario público, con las pautas de actuación de la legislación que rija el acto y el actuar apegado a la legitimidad de la función que tiene el notario en cada caso en concreto.

Las mismas autoridades judiciales en México a través de la interpretación de las posibilidades que ofrecen la compaginación de la legislación emitida por el órgano legislativo y el cercioramiento que debe guardar el notario público, concluyen que en casos excepcionales al interior de la sustanciación de un juicio, ciertas ratificaciones de actos puede ofrecer un valor pleno de certeza y seguridad jurídica en sus actuaciones.

Es así que solo en contadas excepciones, y siempre que se atiendan ciertos requisitos que en resguardo, semejanzas y condiciones, en las que se muestre la imposibilidad para acudir ante la inmediatez de una autoridad judicial, y que el acudir por rogación e inmediatez ante un notario público se dote de certidumbre a la propia autoridad judicial para esclarecer la excepción que se acredita para resguardar la certeza y la seguridad jurídica que

demanda la presencia de una ratificación y cercioramiento para la autoridad judicial de la federación, con circunstancias integradoras de la condición y causa especial para ello, como está reconocido en los criterios jurisprudenciales, mediante las cuales la SCJN y sus tribunales, concretizan y confluyen en la interpretación de las posibilidades de actuación en apego a la normativa constitucional y legal en el ámbito de la función notarial.

## REFERENCIAS

- Alabama Secretary of State. (2025, noviembre 6). Civil law notaries. Administrative Services. <https://www.sos.alabama.gov/administrative-services/civil-law-notaries>
- Andrade, E., & Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias (CEDIP). (2015). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. Oxford University Press.
- Ascención, D., Destenave, F., Jaramillo, G., & Lara, F. (2023). *Prevención de lavado de dinero: ¿Cómo cumplir con las obligaciones de la Ley Antilavado en la función notarial?* (2.ª ed.). Colegio Estatal de Notarios de Guanajuato.
- Bañuelos, F. (1990). *Derecho notarial: interpretación, teoría, práctica y jurisprudencia*. Cárdenas Editor.
- Brand, J., & Cortez, E. (2020). *Breve diccionario notarial: Manual práctico notarial. Guía para proyectistas de notarías públicas*. Universidad Autónoma de Aguascalientes.
- Carbajo, C. (s. f.). *Derecho notarial*. s. e.

- Chico, L. (2009, otoño). El Banco Mundial y los estados de Florida y Alabama: ¿Puntos de vista opuestos sobre la función notarial? *Epikēia*, 12, 1-19. [https://epikeia.iberoleon.mx/old/numeros/12/epikeia12-puntos\\_de\\_vista.pdf](https://epikeia.iberoleon.mx/old/numeros/12/epikeia12-puntos_de_vista.pdf)
- Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. (1995). Unión Internacional del Notariado Latino. Comisión de Asuntos Americanos. *Conclusiones. Revista Notarial*, 69(29), 1-18. <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNC-ba-69-1995-19-Congresos.pdf>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (1965, octubre 5). Convenio por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. <https://assets.hcch.net/docs/52558144-9886-451b-8a54-8ec253fba7ff.pdf>
- Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1917, febrero 5). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1928, mayo 26). Código Civil Federal. Diario Oficial de la Federación. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf>
- Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (2023, junio 7). Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Diario Oficial de la Federación. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>
- Congreso del Estado de Chihuahua. (2020, enero 1). Ley del Notariado del Estado de Chihuahua. Periódico Oficial del Estado de Chihuahua. <https://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivos-Leyes/1523.pdf>
- Congreso del Estado de Guanajuato. (2006, agosto 22). Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato. Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato. [https://congreso-gto.s3.amazonaws.com/uploads/reforma/pdf/3532/LNEG\\_REF\\_30Diciembre2022.pdf](https://congreso-gto.s3.amazonaws.com/uploads/reforma/pdf/3532/LNEG_REF_30Diciembre2022.pdf)
- Congreso del Estado de Jalisco. (2006, septiembre 26). Ley del Notariado del Estado de Jalisco. [https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/bibliotecavirtual/legislacion/Leyes/Documentos\\_PDF-Leyes/Ley%20del%20Notariado%20del%20Estado%20de%20Jalisco-190423.pdf](https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/bibliotecavirtual/legislacion/Leyes/Documentos_PDF-Leyes/Ley%20del%20Notariado%20del%20Estado%20de%20Jalisco-190423.pdf)
- Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. (2021, octubre 8). Tesis I.11o.C.57 K (10a.). Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028356>
- Estrada, E., Sánchez, J., & Hernández, C. (2012). Regulación de los servicios notariales en México. *El Trimestre Económico*, 79(315), 631-663. <https://www.redalyc.org/pdf/313/31340972005.pdf>
- García, O. (2021, noviembre 10). La fe pública. Panel: La mediación notarial y la fe pública del mediador. Semana de la Mediación 2021 [Conferencia]. Instituto de Mecanismos Alternos para la Solución de Controversias

- del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. <https://www.youtube.com/watch?v=1kzw-1gWd15s>
- Gimeno, R. (2009, abril-junio). El notariado latino: Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones. *Revista del Notariado*, 896, 207-232. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/54113.pdf>
- González-Fisher, X. (2021). La función notarial: ¿Un mero costo de transacción? *Escribano*, 96(29), 68-70.
- Morales, A. (s. f.). Estados Unidos de América: Sistemas de fe pública en los Estados Unidos. En *Análisis comparativo de la compraventa de bienes inmuebles* (pp. 129-137). Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2964/11.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1975, enero 30). Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-38.html>
- Prada de, J. (1994). Los sistemas notariales anglosajón y latino. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, 106, 90-108. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernot-mx/cont/106/est/est7.pdf>
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013, noviembre). Tesis 1a. CC-CXV/2013 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004909>
- Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. (2023, septiembre 29). Tesis I.5o.C.103 C (11a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027321>
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2024, marzo 8). Jurisprudencia 2a./J. 18/2024 (11a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028356>
- Silva, A. (2004). La función notarial desde la perspectiva del servicio público. En *Encuentro nacional para la consolidación del Registro Nacional de Testamentos* (pp. 1-15). Orden Jurídico Nacional. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Banners/MemoriaEncuentro/CONFELIC-Adolfo%20U%20Silva.pdf>
- Tribunales Agrarios, Procuraduría Agraria, Registro Agrario Nacional, & Colegio Nacional del Notariado Mexicano. (2022). Actos jurídico-agrarios con participación de las y los notarios públicos conforme a la Ley Agraria: Protocolo orientador.



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

CLARA MARÍA MINAVERRY<sup>1</sup>

CECILIA LUCÍA MANTECÓN<sup>2</sup>

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.1.8>

---

FECHA DE ENVÍO: 17 DE NOVIEMBRE 2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30 DE ENERO 2026

---

# La normativa ambiental y climática en la gestión de playas argentinas: fragmentación y vacíos legales

## Environmental and climate regulations in the management of Argentine beaches: fragmentation and legal gaps

### RESUMEN

Las playas son ecosistemas complejos en los que cualquier intervención puede provocar la ruptura de su frágil equilibrio. Es por ello que a la hora de elaborar un plan de gestión es necesario tener en cuenta múltiples factores planteados desde una visión holística. El objetivo de este trabajo es realizar un análisis comparativo entre las normas jurídicas y voluntarias de carácter ambiental (incluyendo el enfoque ecosistémico), sobre cambio climático y gestión de playas en Mar del Plata, Argentina, para detectar fortalezas y debilidades. Se ha aplicado un diseño de tipo bibliográfico-documental y descriptivo, basado en la revisión y sistematización de fuentes secundarias, como la doctrina, la normativa jurídica y voluntaria, y el método analítico comparativo, adaptado al ámbito jurídico. Es posible concluir que tanto en los textos de los sistemas de certificación de playas como en las leyes y ordenanzas ambientales no se hace referencia específica a la implementación de medidas orientadas a la lucha contra el cambio climático ni a la aplicación del enfoque ecosistémico. Existe un relevante desarrollo normativo ambiental y climático, pero se encuentra estructurado de manera individual y desconectado entre sí (fragmentado), con evidentes vacíos legales y de conocimiento, y con una fuerte influencia del principio de desarrollo sustentable.

**Palabras clave:** playas, cambio climático, derecho, ambiente, certificación.

---

1 CONICET, INEDES, Universidad Nacional de Luján, Argentina, [cminaverry@unlu.edu.ar](mailto:cminaverry@unlu.edu.ar), <https://orcid.org/0000-0003-0153-7224>

2 CONICET, Universidad Nacional de Mar del Plata y Universidad Tecnológica Nacional, Argentina, [cetecon@hotmail.com](mailto:cetecon@hotmail.com), <https://orcid.org/0000-0002-9026-6499>

# LA NORMATIVA AMBIENTAL Y

CLIMÁTICA EN LA GESTIÓN DE PLAYAS ARGENTINAS: FRAGMENTACIÓN  
Y VACÍOS LEGALES

## ABSTRACT

Beaches constitute complex ecosystems in which any form of intervention may result in the disruption of their fragile equilibrium. Therefore, the development of a management plan requires the consideration of multiple factors assessed from a holistic perspective. The aim of this paper is to conduct a comparative analysis of binding legal frameworks and voluntary environmental standards (including the ecosystem approach) related to climate change and beach management in Mar del Plata, Argentina, to identify their respective strengths and weaknesses. A bibliographic–documentary and descriptive research design was employed, based on the review and systematization of secondary sources, including legal doctrine, statutory and regulatory frameworks, and voluntary standards. Likewise, a comparative analytical method adapted to the legal field was applied. The findings indicate that neither beach certification system standards nor environmental laws and municipal ordinances explicitly reference the implementation of measures to address climate change or the application of the ecosystem approach. Although a substantial body of environmental and climate regulatory development exists, it remains individually structured and disconnected (fragmented), revealing significant legal and knowledge gaps, as well as a marked influence of the principle of sustainable development.

**Keywords:** beaches, climate change, law, environment, certification.

## INTRODUCCIÓN

**L**as playas son ecosistemas complejos en los que cualquier intervención puede provocar la ruptura de su frágil equilibrio. Por ello, a la hora de elaborar un plan de gestión, es necesario tener en cuenta múltiples factores desde una visión holística. Esto implica abordarlos desde diversas disciplinas, de modo que la gestión se encuentre enmarcada en la teoría de la sustentabilidad (Mantecón, 2017). Estos espacios son sitios apropiados para el desarrollo de actividades de educación ambiental dada la diversidad de fauna y las particularidades de su funcionamiento ecológico. Pero

también son zonas atractivas para el desarrollo de actividades recreativas, como los deportes náuticos, el avistaje de fauna, la pesca deportiva, el turismo de sol y playa, y el disfrute paisajístico (Isacch, Escapa, M., Fanjul, E., Iribarne, 2011, p. 540).

Muchas de las principales ciudades del mundo están ubicadas de forma estratégica a menos de 50 kilómetros de la costa porque ofrecen múltiples servicios (PNUMA, 2010). Se destacan la conservación de la biodiversidad, la alimentación, la regulación hídrica y climática, el soporte de la vida humana y los beneficios inmateriales, como el estético y el paisajístico, la identidad de sitio y la herencia cultural y educativa (Mantecón, 2023).

El caso de análisis en este trabajo se ubica en la provincia de Buenos Aires; se localiza entre las coordenadas 33° 20' y 41° 4' de latitud sur y 63° 23' y 56° 40'30" de longitud oeste y posee una superficie de 307.571 km<sup>2</sup>. Su territorio se divide en 24 jurisdicciones: 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La costa atlántica bonaerense posee una longitud total de 1.281 kilómetros y se extiende desde la Punta Rasa del cabo de San Antonio hasta la margen norte del Río Negro (Mantobani, 1997).

En las figuras 1 y 2 se observan las principales localidades turísticas de la provincia de Buenos Aires. El caso de estudio se centra en la ciudad de Mar del Plata, ubicada en el Partido de General Pueyrredón,

fundado en 1874, cuya primera temporada oficial de verano se remonta a 1886. El crecimiento del partido de General Pueyrredón entre los años 1947 y 1960 fue del 81.4% y, junto a las áreas metropolitanas de Mendoza y de Salta, es de las que más rápido crecieron en Argentina (Mazza, 2002). El ámbito espacial seleccionado se justifica porque se trata de un lugar donde existen experiencias de aplicación de normativa voluntaria y, además, se encuentra en incremento debido al desarrollo actual de este destino turístico.

El análisis de las fuentes jurídicas y de los sistemas de gestión en un contexto que presenta diversas preocupaciones comunes a nivel internacional resulta relevante y original para abordar en investigaciones científicas en el área territorial seleccionada. Estas cuestiones se centran en la creciente complejidad de la relación entre la sociedad y la naturaleza, junto con las proyecciones sobre el cambio climático y sus efectos en el oleaje y las tormentas, lo que ha vuelto imprescindibles los estudios vinculados a los fenómenos costeros. Esto genera que las áreas litorales y la población que reside en ellas experimenten una elevada vulnerabilidad frente a estos procesos (Merlotto A., Bértola G., Isla F., 2017).

La gestión de las playas argentinas, en especial durante la temporada de verano, enfrenta problemáticas asociadas a la presión del turismo masivo y a la falta de planificación integral del espacio cos-

**Figura 1.** Localidades turísticas en la costa atlántica bonaerense en Argentina



Fuente: elaboración propia, 2025.

**Figura 2.** Unidades turísticas fiscales en el Municipio de General Pueyrredón en Argentina



Fuente: elaboración propia, 2025

tero. La expansión urbana, la instalación de infraestructura turística en dunas y la ocupación intensiva han contribuido a procesos de erosión costera y degradación ambiental, afectando la sostenibilidad de los ecosistemas. A esto se suma que se estima un crecimiento de la población y el deterioro de las condiciones socioeconómicas de la sociedad, que podrían generar un incremento en la vulnerabilidad y en el riesgo de erosión costera (Merlotto A., Bértola G., Isla F., 2017).

Estas problemáticas ya han sido identificadas en otros países, como España, donde se menciona que el modelo de gestión de las áreas litorales es ineficiente debido a la existencia de políticas públicas orientadas a un desarrollo insostenible. También al mantenimiento de interpretaciones obsoletas de algunos de sus principios básicos. En este contexto, los mecanismos de coordinación y cooperación entre las distintas escalas y sectores de la administración constituyen la clave para el avance de esta disciplina en España (Barragán J. M., De Andrés M., 2016). Todos estos aspectos, que también se observan en otros países, influyen directamente en la implementación de las normas jurídicas y voluntarias en la práctica argentina.

El aspecto positivo es que las playas y costas brindan diversos servicios ecosistémicos (a menudo no visibilizados) que tanto el derecho como las normas voluntarias sobre calidad se proponen preservar. Para

caracterizar los servicios ecosistémicos se hace referencia a la clásica definición de la “Evaluación de los Ecosistemas del Milenio” (en inglés, Millenium Ecosystem Assessment). En 2005 se definieron los servicios ecosistémicos como los beneficios que los seres humanos obtienen de los ecosistemas, ya sean económicos o culturales.

Estos servicios se pueden clasificar en:

a) servicios de abastecimiento: como comida, agua, fibra y combustibles, que son utilizados directamente por los seres humanos, b) servicios de regulación: relacionados con procesos que afectan el clima, enfermedades, materiales de desecho, inundaciones, c) servicios culturales: que se refieren a beneficios estéticos, espirituales, recreativos y educativos y, d) servicios de soporte: como producción primaria o mantenimiento del ciclo de nutrientes, que son la base del suministro de la mayoría de los servicios de regulación (Outeriro, L., Villasanté, S., 2013; Minaverri, 2016 y 2020).

A su vez, los servicios culturales y recreativos son definidos como los beneficios que obtienen la sociedad de carácter estético, espiritual, recreativo, educativo, turístico y científico (Altesor, A., Barral, M., Booman, G., Carreño, L., Cristeche, E., Isacch, J., Maceira, N., Pérez, N., Achinelli, M., Perucca, R., Ligier, H., Kandus, P., Quintana, R. D., Minotti, P. G., Oddi, J. P.,

Baigún, C., González Trilla, G., Ceballos, D., 2011, p. 647). De esta forma se provee un importante servicio cultural mediante la provisión de un sistema adecuado para la investigación científica, lo cual ha contribuido significativamente a las ciencias ambientales. Del relevamiento normativo realizado en investigaciones anteriores (Minaverry, 2016), se establece que el reconocimiento y la regulación jurídica de los servicios ecosistémicos culturales en el ámbito nacional son muy incipientes y que se requiere de un avance en el campo de la investigación científica con un enfoque interdisciplinario (Minaverry, 2020).

En el derecho ambiental argentino, el enfoque ecosistémico presenta relevancia porque ha sido incorporado principalmente a partir de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos Ambientales N° 26.331 de 2007 de bosques nativos. Dicha norma jurídica define los bosques nativos como sistemas complejos que incluyen flora, fauna, suelos, subsuelo, atmósfera, recursos hídricos y sus diferentes interacciones sistémicas.

Por tal razón, resulta fundamental poder analizar, entre otros aspectos, si esto se encuentra integrado a la normativa jurídica y voluntaria sobre gestión de playas, ambiental y sobre cambio climático y, además, en qué estado se hallan sus lineamientos para aplicar en la práctica. El derecho ambiental tiene como objetivo la protección del ambiente, pero intenta lo-

grar un equilibrio entre el desarrollo humano y en especial cuando se registren situaciones de vulnerabilidad

En este contexto, el objetivo de este trabajo es realizar un análisis comparativo entre las normas jurídicas y voluntarias de carácter ambiental (que incluyen el enfoque ecosistémico) sobre el cambio climático y la gestión de playas en Mar del Plata, Argentina, para detectar fortalezas y debilidades. A tal fin, debe diferenciarse, en primer lugar, entre la categoría de normas jurídicas que resultan vinculantes para las personas y, en caso de incumplimiento, podrían acarrear sanciones de diferente magnitud. En segundo lugar, se puede establecer que las normas voluntarias presentan la posibilidad de poner en cabeza de los sujetos (en general, a las personas jurídicas) su necesidad o interés de aplicación y, por supuesto, su incumplimiento no acarrea sanciones de ninguna índole.

## **METODOLOGÍA**

Se trata de una investigación cualitativa que indaga de forma exploratoria en un área de vacancia relativa, con escasos antecedentes científicos. Se ha aplicado un diseño de tipo bibliográfico-documental y descriptivo, basado en la revisión y sistematización de fuentes secundarias.

Se realizó una sistematización de normativa ambiental sobre cambio climático y gestión de playas a nivel nacional, de la

provincia de Buenos Aires y del Municipio de General Pueyrredón que es aplicable a la zona de estudio. Además, el análisis se centró en las normas voluntarias sobre certificación de playas, pero no en los instrumentos internacionales ambientales generales porque se propuso analizar el contexto normativo local. Todo ello es vigente para aplicar en la actualidad y este trabajo se focalizó en el estudio de la operatividad de las normas.

Además, se ha aplicado el método analítico comparativo que “se ocupa fundamentalmente de la descripción y el análisis de los flujos de información entre las realidades jurídicas lejanas y cercanas;

una descripción y un análisis que arrojan la identificación de diferencias y similitudes entre los sistemas normativos y la elaboración de modelos explicativos (simplificados) de cartografía global” (Moreno Cruz, 2018, p. 6). A su vez, este método tiene la finalidad de obtener conocimiento que implica el estudio analítico de los ordenamientos normativos y que lo obtenido se pueda aplicar a fines concretos (De Vergottini, 2018).

Por tal razón, se elaboró el cuadro 1 que será desarrollado en el apartado de resultados, que fue diseñado dividiendo la normativa jurídica y voluntaria en diferentes ejes de análisis.

Cuadro 1.

Fases	Elemento normativo	Ejes de análisis	Normas	Resultado comparativo
1. Delimitación	Tipo de norma	Ley, código, decreto, tratado		
	Ámbito	Nacional / internacional		
	Materia	Penal, ambiental, laboral, etc.		
	Vigencia	Año, reforma, estado actual		
2. Sujetos	Sujetos regulados	Personas, Estado, empresas		
	Sujetos protegidos	Víctimas, colectivos, ambiente		
3. Conductas	Aspectos centrales de las conductas reguladas o descritas	¿Qué se sanciona?		
4. Derechos	Derechos protegidos	Vida, salud, ambiente		
	Nivel de protección	Alto / medio / bajo		
5. Sanciones	Tipo	Multa, prisión, clausura		
	Gravedad	Leve, grave, muy grave		
6. Procedimiento	Autoridad competente	Juez, agencia, ministerio		
	Proceso	Administrativo / judicial		
7. Principios	Principios jurídicos	Legalidad, prevención, equidad		

Fuente: elaboración propia, 2026.

Resulta importante mencionar que en Argentina el sistema de gobierno se divide en provincias que existían con anterioridad a la creación del ámbito nacional y que poseen diversas potestades que no se delegan. En particular, el artículo 124 de la Constitución de la Nación Argentina establece que las provincias poseen el dominio originario de los recursos naturales que poseen en su territorio (Minaverry, 2018). A su vez, existe una tercera jurisdicción que es la local o municipal en donde se han relevado las ordenanzas municipales.

Dentro de las jerarquías normativas el análisis se ha limitado a la categoría de leyes ambientales (generales), sobre cambio climático y gestión de playas, en tanto poseen una jerarquía legal superior (respecto de otras como son las disposiciones, resoluciones, etcétera). Asimismo, fueron aprobadas por el Congreso de la Nación y establecen derechos, deberes y procedimientos fundamentales. Estas son las que plantean los lineamientos generales que se aplican de forma directa a la gestión y protección ambiental de las playas. A su vez, en el ámbito de análisis de la gestión de playas, se analizaron las ordenanzas municipales que se aplican a la ciudad de Mar del Plata y que son de carácter específico.

## **MARCO JURÍDICO AMBIENTAL Y SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO PROVINCIAL Y GESTIÓN DE PLAYAS APLICABLE AL CASO**

### *Normativa ambiental general*

Cabe destacar que en el ámbito del derecho (en general) la normativa en muchos casos, y en especial en relación con este trabajo, serán los insumos que se analizarán primariamente. Además, resulta viable que formen parte del marco teórico de una investigación científica y jurídica.

En este sentido, las fuentes del derecho analizadas aquí presentan un enfoque vinculado al desarrollo sustentable. Este concepto se estableció a partir del Informe Brundtland, elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Dicha comisión fue presidida por la exprimera ministra de Noruega en 1987 y se expidió sobre los océanos, los criaderos de peces y la contaminación marina. Además, determinó que una administración adecuada de los océanos es esencial para que exista un desarrollo sostenido y recomendó reforzar la capacidad de acción nacional, especialmente en los países en vías de desarrollo. También recomendó mejorar la administración de criaderos piscícolas, reforzar la cooperación en los mares regionales y semicerrados, el control de la disposición de desperdicios peligrosos y nucleares y sancionar una ley regulatoria del mar. Este último punto, fue alcanzado

a través de la Convención sobre Derecho del Mar, ratificada por la Argentina el 12 de enero de 1995 y que entró en vigor el 31 de diciembre de 1995.

Según expresa Follett (2020), ya se han alcanzado los límites del crecimiento basados en el consumo actual y en el impacto en los recursos naturales, lo que obstaculizará el logro de una economía más sostenible. El desarrollo de este concepto fue introducido en todas las disciplinas, pero cuando se aplica al turismo, se lo vincula con el turismo sustentable. Asimismo, en el ámbito del derecho ambiental provincial y municipal, se han incorporado estos enfoques, según se describirá a continuación.

El artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece los lineamientos para la preservación, recuperación y conservación del medio ambiente. En particular, instituye el derecho a gozar de un ambiente sano, el deber de conservarlo para las generaciones presentes y futuras; establece el dominio exclusivo de los recursos naturales; prohíbe el ingreso al territorio de residuos tóxicos o radiactivos; garantiza el derecho a la información y participación en materia ambiental; asegura políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo; y consagra el principio de precaución en acciones que puedan degradar el ambiente.

La ley N° 11.723 de 1995 sobre protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general tiene como finalidad “preservar la vida en su sentido más amplio, asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica”. También establece el derecho a la información y, en su artículo 6, obliga al Estado a fiscalizar las acciones antrópicas que pueden producir daño al ambiente, tanto por acción como por omisión.

El Código de Aguas (Ley N° 12.257) tiene como objeto formular políticas sobre el recurso agua y establecer un régimen de protección, conservación y manejo en el ámbito provincial. Crea como máxima autoridad en esta temática a la Autoridad del Agua (ADA). Se destaca el artículo 142, que prohíbe el loteo y la edificación a ciento cincuenta metros del océano y sobre los médanos y cadenas de médanos, y determina la delimitación de la línea de ribera. De esta forma, el Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires en sus artículos 18 al 21 establece el procedimiento de la demarcación. La Autoridad del Agua es la encargada de fijar y demarcar la línea de ribera en el terreno. La demarcación puede ser tanto de oficio como a instancia de cualquier propietario de inmuebles contiguos o del concesionario. Además, determina que se considerará crecida media ordinaria la que surja de promediar los

máximos registrados en los últimos cinco años. La norma aclara que, a falta de registros confiables, se determinará conforme a criterios hidrológicos, hidráulicos, geomorfológicos y estadísticos, evaluados a la luz de una crítica sana y actualizada. Luego de regular la forma de publicidad (artículo 19) y el proceso de demarcación (artículo 20), se determina que, en el caso de que las alteraciones de la línea de ribera sean por causas naturales o por acto legítimo, la Autoridad del Agua procederá a una nueva fijación y demarcación.

*Normativa sobre cambio climático (nacional y provincial)*

El derecho al clima es un concepto emergente en el ámbito jurídico y de los derechos humanos que busca garantizar un entorno climático estable, seguro y saludable para todas las personas. Su finalidad es proteger a la población frente a los efectos negativos del cambio climático, situando la justicia climática, la equidad y los derechos humanos en el centro de las decisiones y acciones relacionadas con esta problemática global. Este derecho, también denominado derecho a un clima adecuado o sano, pretende definirse de una manera integral, abarcando todos estos elementos sin dejar ninguno relegado (Díaz-Cruces, Méndez Rocasolano, M., Zamora-Ledezma 2024).

Aunque todavía no existe un instrumento internacional específico que lo regule,

diversos tratados y acuerdos internacionales se relacionan con su contenido. Su implementación resulta compleja y exige compromisos a nivel mundial, nacional y local, donde no solo se trata de reducir emisiones, sino también de promover la transferencia de tecnología a los países más vulnerables. Algunos autores distinguen, además, la noción de derecho a la protección del clima, que consideran un concepto más concreto y orientado a la acción. Este se centra en el derecho de las personas a exigir que los gobiernos y otros actores adopten medidas efectivas para salvaguardar el clima, vinculándolo directamente con la ejecución de políticas públicas de protección ambiental y climática (Minaverry, C., Flores, A., Giorgi, A., 2025).

En Argentina, la Ley Nacional N° 27.520, promulgada en 2019, regula los principios e instrumentos de adaptación y mitigación del cambio climático, actuando como lineamientos para la implementación de políticas públicas locales. Además, el incipiente desarrollo normativo analizado en el trabajo no consideró diversas cuestiones que necesariamente deberían incluirse y que fueron desarrolladas a nivel científico y doctrinario, posteriormente a las fechas de las sanciones de las ordenanzas municipales, en donde la última data del año 2010.

A nivel municipal se han dictado algunas ordenanzas que son pertinentes y que pueden ser comparadas con la ley nacio-

nal mencionada anteriormente. Se trata de la Ordenanza N° 17.989/07 que creó el Foro Regional de Anticipación para trabajar en la problemática climática local, y la Ordenanza 26.077 de 2016 que aprueba la incorporación del Municipio a la Red Argentina de Municipios por el Cambio Climático (RAMCC).

#### *Normativa nacional sobre gestión de playas*

A nivel municipal, se destacan algunos casos relevantes para el presente análisis:

- La Ordenanza N° 10.011/95 crea la Reserva Turística y Forestal Costanera Sur, declarando así de dominio municipal toda la franja costera sur contigua a la ruta N° 11, desde Punta Mogotes como límite norte hasta el Arroyo Las Brusquitas como límite sur. Por Decreto N° 2.965 del año 2002 se determinó la integración de la Comisión Coordinadora de Manejo de la Reserva y se creó la Comisión Técnica que fue la encargada de elaborar el Plan de Manejo aprobado por Ordenanza N° 19111 del año 2009.
- La Ordenanza N° 18.436/2008 encomienda al Departamento Ejecutivo que incluya en los futuros pliegos de licitación de unidades turísticas fiscales la adhesión de los concesionarios a la Norma IRAM 42.100:2005 “Gestión de la Calidad, la Seguridad y Ambiental en Balnearios-Requisitos”.

- La Ordenanza N° 4.568/79 clasifica a las playas según sus servicios y distingue a la playa pública libre, en donde existe una extensión de costa de fácil acceso, equipadas y balnearios de 1 a 6 soles.

Luego, a nivel mundial y con un enfoque integral de protección del ambiente, se debe tener en cuenta que desde que comenzó la producción de bienes y la competencia por la venta de un producto o servicio, los empresarios y los sistemas de gestión de calidad han tenido una preocupación constante por encontrar la forma de sobresalir en el mercado. En consecuencia, han sido creados catálogos de buenas prácticas, modelos de procesos y estándares de calidad (Carro Cartaya, 2008).

Este objetivo empresarial se debe desarrollar enmarcado en un sistema sustentable, donde el ambiente posee una doble protección. La primera, que es genuina, es la conservación del ambiente y de sus ecosistemas; la segunda, utilitaria, se centra en el uso del recurso de la playa.

### **EL TURISMO SUSTENTABLE Y LA CERTIFICACIÓN DE LAS PLAYAS**

Ante la degradación ambiental de las zonas turísticas y como resultado de la conciencia ambiental aplicada en las diferentes disciplinas, se comenzó a desarrollar el concepto de turismo sustentable. Por ello, en los albores del siglo XXI, se comenzó a señalar que la falta de un plan turísti-

co había generado en muchos países un desarrollo económico no incluyente con un aprovechamiento no sustentable de los recursos naturales y una anarquía en el desarrollo de los espacios territoriales (Alvarado, J., Martínez, P., 2013). Asimismo, otro aspecto a tener en cuenta es el gran impacto ambiental que se evidenció con el creciente tránsito de viajeros.

En este marco se da a conocer la primera definición de turismo sustentable, brindada en 1991 en el 41º Congreso de la Asociación Internacional de Expertos Científicos en Turismo, y surgió como aplicación del principio de desarrollo sustentable: “el turismo sustentable es aquel que mantiene el equilibrio entre los intereses sociales, económicos y ecológicos”. Asimismo, se estableció que “el turismo sustentable es aquel que atiende las necesidades de los viajeros actuales y de las regiones receptoras, al mismo tiempo que protege y fomenta las oportunidades para el futuro” (UNCTAD, 2007, p. 1). Es decir, que lo que se busca es lograr un uso físico y un desarrollo óptimo de la playa, que respete elementos físicos naturales de ese ambiente.

El principal escenario en el que se desarrolla el turismo de mar y sol es la playa, que constituye uno de los activos ambientales más importantes de los ecosistemas costeros. Este tipo de turismo data de la mitad del siglo XVIII, cuando se relaciona con propiedades terapéuticas del sol y el mar. Además, no solo es la base de la ac-

tividad turística, sino que también es soporte de una gran riqueza biológica y un instrumento eficaz para implementar una política de protección de costas (Yesper Piqueras, 1999).

Asimismo, el turismo sostenible se define como aquel que logra satisfacer las necesidades de los actuales turistas, sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras (Asenjo, M., Meroño, C., 2007). Así, este modelo debería mejorar la calidad de vida de la comunidad receptora y facilitar al visitante una experiencia de alta calidad en el ambiente del que ambas partes dependen.

La Organización Mundial del Turismo elaboró 18 principios para conseguir un turismo en el marco de la teoría de la sustentabilidad, reconoce la fragilidad del recurso del cual se vale la industria del turismo, la degradación que se produce en el ambiente y la necesidad de respetar a las poblaciones receptoras. En consecuencia, adopta criterios de sostenibilidad, determina, entre otros, que la actividad turística ha de ser soportable ecológicamente a largo plazo, viable económicamente y equitativa desde una perspectiva ética y social para las comunidades locales.

Este proceso tiene que estar orientado a la conservación del capital natural, cultural y humano, incluyendo las áreas protegidas. Para conseguir este objetivo, el turismo sustentable presupone la solidaridad, el respeto mutuo y la participación

de todos los actores implicados, tanto públicos como privados, y se basa en mecanismos eficaces de cooperación en todos los niveles: local, nacional, regional e internacional.

Asimismo, propone criterios de calidad orientados a la preservación del destino turístico y a la satisfacción del turista, determinados en conjunto con las comunidades locales, que deberán ser objeto de estrategias y proyectos turísticos. Para participar del desarrollo sostenible, el turismo debe asentarse en las oportunidades ofrecidas por las economías locales e impulsar un reparto más equitativo de los beneficios y cargas. De esta forma, los gobiernos y las organizaciones multilaterales deberán priorizar y reforzar las ayudas directas e indirectas a los proyectos turísticos que contribuyan a mejorar la calidad ambiental.

De este modo, la síntesis entre desarrollo e industria del turismo está evaluada por las ecoetiquetas, o bien, esquemas de certificación de playas. Botero (2009) compara los esquemas de certificación de playas en Iberoamérica y realiza una lista de aspectos de conformidad y los agrupa en ambientales, de servicios, de seguridad, de información y educación, de manejo, y otros.

El primer indicador fue diseñado para medir el grado de inclusión respecto de los siguientes criterios: la naturaleza jurídica, la función en la playa y el interés de lucro. El segundo indicador fue diseñado para

analizar la proporción de aspectos de conformidad relativos a la gestión de las playas en cada esquema de certificación. En principio, los seleccionados se relacionaban con acciones de manejo que se deberían realizar en la playa, como el cumplimiento normativo o la zonificación de actividades lúdicas. El tercer indicador mide los esfuerzos de cada esquema, para promover una gestión integrada y participativa de la playa. Por último, el cuarto indicador se relaciona con la exigencia de mediación de la capacidad de carga de la playa.

Es importante destacar que “Las certificaciones de playas son esquemas que buscan evaluar características de una playa en particular, normalmente turística, a través de criterios de conformidad mensurables...” (FEE 2006 citado por Botero, 2008, p. 1 y Zielinski, 2014, p. 158). Esta herramienta es relativamente moderna para certificar playas marítimas, ambientales o turísticas (Zielinski, 2014).

A su vez, los indicadores son puntos de referencia que brindan información cualitativa o cuantitativa, conformada por uno o varios datos, constituidos por percepciones, números, hechos, opiniones o medidas. Estos permiten seguir el desenvolvimiento de un proceso y su evaluación, y deben guardarse relación con el mismo. Luego de la explicación de este marco internacional turístico, es importante destacar que “las normas voluntarias son una inmejorable herramienta en

la consecución de ese cambio al explicitar el quehacer empresarial, la estrategia de desarrollo sustentable y el fomento de la cultura de la calidad, que implica por igual beneficios para todos los actores sociales” (Martínez, Rosenfeld, Iglesias, s/f, p. 1).

En relación con la calidad de las playas, el primer programa desarrollado es el de Bandera Azul. Este es un proceso de certificación voluntaria para playas y marinas, administrado por una organización independiente sin fines de lucro: la Fundación de Educación Ambiental (FEE, por sus siglas en inglés). Está formada por miembros organizadores de 46 países de cinco continentes. Los indicadores a aplicar se agrupan en cuatro áreas: calidad de las aguas de baño, información y educación ambiental, gestión ambiental y seguridad, servicios e instalaciones.

Esta campaña no es novedosa; surge en Francia en el año 1985, donde se les aplicaba a los municipios costeros con base en el criterio del tratamiento de las aguas residuales y de la calidad de las aguas de baño. Posteriormente, con el respaldo de la Comisión Europea, se extendió a toda Europa, ampliándose a otros criterios: manejo de residuos, planificación y protección costera, e incluyendo las marinas. En el caso de estudio, se estima que para la temporada 2026 habrán 15 balnearios con Bandera Azul en Argentina, cuando con anterioridad no se registraron estos antecedentes y esto sin lugar a dudas colabo-

rará con la protección de las playas. De la misma forma, en el año 1998, se extendió el programa fuera de los límites europeos otorgándole la primera Bandera Azul a Sudáfrica en el año 2001. Los participantes no europeos incluidos fueron: Bahamas, Canadá, República Dominicana, Jamaica, Marruecos, Nueva Zelanda, Puerto Rico y Brasil.

Con base en el desarrollo sustentable, los objetivos básicos de la campaña Bandera Azul son mejorar el conocimiento del entorno costero y promover la incorporación de asuntos ambientales en los procesos de toma de decisiones de las autoridades locales.

De esta manera, se fundamentan en los criterios, el control y el monitoreo. La temporada Bandera Azul debe establecerse a partir de la presencia de visitantes en las playas y marinas, durante las épocas del año en que se cumplan los criterios (FEE, 2020).

La información y la educación ambiental se aplican en balnearios costeros, concesionados o no, y determinan que la organización debe identificar y documentar los aspectos ambientales que puedan producir impactos ambientales adversos resultantes del desarrollo de los procesos de la organización. Asimismo, deberá documentar planes orientados a minimizar dichos impactos y, especificando como mínimo, acciones, responsabilidades y tiempos de cumplimiento.

De esta forma, se establece un sistema de seguimiento de la calidad del agua de baño recreacional desde que comienza la temporada hasta que termina, en donde se deben informar los resultados de los controles. Además, se deben tener en cuenta los límites de aceptabilidad determinados en las normas vigentes. A su vez, se respetará la metodología para la toma, conservación y traslado de muestras de agua obtenidas en el frente costero del balneario.

Respecto de los recursos hídricos, determina que se deben establecer métodos, mecanismos y reglamentos para regular el uso del agua y alertar de que sea solamente con la finalidad de realizar una breve higienización; establecer, implementar y controlar un sistema de tratamiento y disposición de las aguas residuales de los núcleos sanitarios y áreas de preparación gastronómica. Además, determina que debe suministrar un punto de provisión de agua potable.

En relación con el suelo, se informa que debe implementarse un sistema de limpieza (arena, piedra, césped) cumpliendo con su mantenimiento e identificando las características peligrosas del suelo, advertir sobre ellas y tomar acciones según corresponda. El aire también es considerado en esta norma, y determina que se debe cumplir con la legislación vigente, referida a olores, humos, gases, ruidos y sonidos (FEE, 2006).

Cabe destacar que, a diferencia de los demás sistemas de certificación desarrollados, la norma IRAM 42.100:2005 (Sistema de Gestión de la Calidad, la Seguridad y lo Ambiental en Balnearios) también incluye la flora y la fauna. Al respecto, establece que se implemente un plan de conservación de la flora autóctona, en concordancia con la reglamentación local. Asimismo, se prohíbe el acceso, el tránsito o la permanencia de animales domésticos, se identifican las plagas, se establece un sistema de control utilizando productos autorizados y se da evidencia de cumplimiento de las medidas de protección del sistema natural costero.

Otros aspectos interesantes que incorpora la norma son el paisaje y la contaminación visual. Sobre el primer elemento establece que se deberá respetar la topografía del lugar, con el principio de no alterar las cualidades físico-ambientales. Respecto al segundo, determina que la publicidad no debe superar la altura de las edificaciones, y que sus dimensiones no obstruyan la vista desde y hacia el balneario. Estas proposiciones también se aplican a la instalación de estructuras con fines de esparcimiento, las cuales no deben alterar la visualización del paisaje, ni generar barreras a la circulación del aire, ni al acceso de los rayos solares, ni a la contaminación visual. De la misma forma, propone acordar su uso racional mediante la elección

de métodos, mecanismos y reglamentos que lo aseguren.

Respecto a estos, exige que se establezca, implemente y controle un sistema propio de recolección, separación, depósito y disposición final de residuos. A tal fin, se debe diseñar un sistema especial para la disposición de colillas de cigarrillo, pañales y otros residuos perjudiciales o peligrosos para la salud.

Además, insta a asegurar que la propia generación de sustancias contaminantes se mantenga dentro de los límites reglamentarios. Se debe establecer una metodología para la prevención de derrames y comunicar a la organización y a los usuarios. En el mismo orden de ideas, ante la falta de sistemas cloacales, se deben tratar las aguas residuales. Por último, aborda este tema y determina que se desarrollen planes de acción preventiva y de contingencia que contemplen a los usuarios, las áreas de baño recreativo, las actividades recreativas, náuticas y los alimentos. Entre algunas proposiciones, se destaca que se debe evitar que la práctica recreativa genere perjuicios al usuario, aunque hubiese sido interesante que se incluyera la consideración del ambiente dentro de esta previsión. Se hace referencia a los deportes náuticos a motor o los cuatriciclos, entre otros, que no solo ponen en peligro la seguridad de las personas sino que perjudican al ambiente al producir daños como es el caso de la erosión costera. Los

principios de información y de educación ambiental también fueron incluidos en las normas jurídicas y voluntarias.

Es importante mencionar que, de forma individual, las fuentes normativas y voluntarias analizadas anteriormente incorporan diversos aspectos fundamentales para la protección ambiental, pero son reguladas sectorialmente y sus enfoques no se encuentran sistematizados, a diferencia de los desafíos que surgen de su implementación.

**Figura 3.** Aspectos ambientales considerados en las certificaciones de playas

información ambiental  
contaminación visual aire  
residuos agua  
paisaje suelo  
educación ambiental

**Fuente:** elaboración propia, 2025

## RESULTADOS

A continuación, se procederá a avanzar con el análisis comparativo de normas en el formato presentado en el Cuadro 1 en el apartado de metodología y de acuerdo con las diferentes categorías de análisis. De esta manera se organizaron las fuentes legales descritas en las subsecciones anteriores. Estos cuadros tienen la finalidad de sintetizar y focalizar en aspectos centrales en donde se realiza el análisis comparativo, relevando ciertos aspectos que resultan clave para contrastar las diferen-

**Cuadro 3.** Cuadro comparativo acerca de normas jurídicas municipales sobre gestión de playas

Fases	Elemento normativo	Ordenanza N° 10.011	Decreto N° 2.965	Ordenanza N° 18.436	Ordenanza N° 4.568	Resultado comparativo
1. Delimitación	Tipo de norma	Ordenanza	Ordenanza	Ordenanza	Ordenanza	Sin diferencias
	Ámbito	Municipal	Municipal	Municipal	Municipal	Sin diferencias
	Materia	Administrativo, ambiental	Administrativo, ambiental	Administrativo, ambiental	Administrativo, ambiental	Sin diferencias
	Vigencia	1995	2002	2008	1979	<i>Existe un extenso desarrollo temporal de las ordenanzas municipales pero que no presenta actualización conforme a las necesidades actuales</i>
2. Sujetos	Sujetos regulados	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Sin diferencias
	Sujetos protegidos	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Sin diferencias
3. Conductas	Aspectos centrales de las conductas reguladas o descritas	Crea la Reserva Turística y Forestal Costanera Sur	Determina la integración de la Comisión Coordinadora de Manejo de la Reserva y crea la Comisión Técnica que fue la encargada de elaborar el Plan de Manejo	Encomienda al Departamento Ejecutivo que incluya en los futuros pliegos de licitación de unidades turísticas fiscales la adhesión de los concesionarios a la Norma IRAM 42100:2005 "Gestión de la Calidad, la Seguridad y Ambiental en Balnearios- Requisitos"	Clasifica a las playas según sus servicios y distingue a la playa pública libre en donde existe una extensión de costa de fácil acceso, playas equipadas y balnearios de 1 a 6 soles	<i>Todas las ordenanzas regulan aspectos complementarios entre sí y específicos a su temática</i>
4. Derechos	Derechos protegidos	Organización de la mensura y brindar presupuesto para la creación de la reserva	La Comisión Técnica tiene estas funciones: Zonificar el área, realizar propuestas de uso para cada zona, establecer criterios de conservación, proponer mejoras, programas de reforestación, cartelaría, etc, vincularse con las instituciones gubernamentales y no gubernamentales a los efectos de sumar opiniones expertas, analizar la viabilidad técnica de todas aquellas propuestas para el sector que surjan de otros estamentos de la sociedad, concesionarios, asociaciones Vecinales de Fomento, Clubes Universidades, organizaciones No Gubernamentales	Gestión de la Calidad, la Seguridad y Ambiental en Balnearios- Requisitos	Derecho de acceso a la playa pública libre. Fue definida como aquella extensión de costa de fácil acceso que presente una superficie de playa de libre uso. Este sector no posee equipamientos	<i>Todas las ordenanzas regulan derechos complementarios entre sí y específicos a su temática</i>
	Nivel de protección	Leve	Leve	Leve	Leve	Sin diferencias
5. Sanciones	Tipo	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	Sin diferencias
	Gravedad	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	Sin diferencias
6. Procedimiento	Autoridad competente	Municipio de General Pueyrredón	Municipio de General Pueyrredón	Municipio de General Pueyrredón	Municipio de General Pueyrredón	Sin diferencias

*Continúa...*

Fases	Elemento normativo	Ordenanza N° 10.011	Decreto N° 2.965	Ordenanza N° 18.436	Ordenanza N° 4.568	Resultado comparativo
	Proceso	Administrativo y judicial	Administrativo y judicial	Administrativo y judicial	Administrativo y judicial	Sin diferencias
7. Principios		No aplica	No aplica	No aplica.	No aplica	Sin diferencias

Fuente: elaboración propia, 2026

tes normativas. Se han dividido en cuatro categorías: normas jurídicas ambientales aplicables a las playas, normas jurídicas sobre cambio climático, normas voluntarias específicas para aplicación en la gestión ambiental de playas y balnearios y ordenanzas municipales (Partido de General Pueyrredón) sobre gestión de playas.

Esta división se justifica en que estos aspectos se interrelacionan entre sí y son analizados de forma exploratoria, por lo que podrían brindar resultados relevantes, descriptivos y que impactan directamente en la protección ambiental y la gestión sustentable de las playas.

**Figura 4.** Conglomerados diseñados para el análisis de la normativa obligatoria y voluntaria



**Fuente:** Elaboración propia, 2026.

El análisis comparativo de las ordenanzas anteriores muestra uniformidad en su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación

y sujetos regulados. No se observan diferencias relevantes en cuanto a autoridad competente, procedimientos ni régimen sancionatorio (que en este último caso resulta inexistente).

Las diferencias se presentan principalmente en el contenido, ya que cada ordenanza regula aspectos específicos y complementarios: creación y manejo de la reserva, organización institucional, criterios de calidad ambiental en balnearios y clasificación de playas y acceso público. La ordenanza N° 4.568 es la que presenta mayor nivel de desarrollo conceptual porque elaboró una categoría de playas que se divide en soles y cuyo cumplimiento se vincula con los requisitos exigidos respecto de la infraestructura. Esto genera que los balnearios se movilen e intenten ser incorporados en alguna categoría para mejorar sus ingresos económicos y sus niveles de sustentabilidad y bienestar de las personas. Esta norma intenta mantener un equilibrio y compensar los diferentes derechos de los actores involucrados. No se hace demasiada referencia a los deberes específicos respecto de estos espacios y a sus diversas estructuras como para compensar el accionar de los usuarios.

**Cuadro 4.** Cuadro comparativo sobre normas jurídicas sobre cambio climático

Fases	Elemento normativo	Ley Nacional N° 27.520	Ordenanza N° 17.989	Ordenanza N° 26.077	Resultado comparativo
1. Delimitación	Tipo de norma	Ley	Ordenanza municipal	Ordenanza municipal	<i>La Ley Nacional sobre Cambio Climático posee una jerarquía superior a las ordenanzas municipales que no receptaron los lineamientos de la anterior porque son previas y de carácter general</i>
	Ámbito	Nacional	Municipal	Municipal	<i>Las jurisdicciones son distintas y la Ley Nacional no posee una que la complemente en el ámbito provincial, a pesar de ser de presupuestos mínimos ambientales</i>
	Materia	Cambio climático, ambiental	Cambio climático, ambiental	Cambio climático, ambiental	Sin diferencias
	Vigencia	2019	2007	2017	<i>Las ordenanzas son anteriores a la Ley Nacional y no incorporaron aspectos relevantes en su contenido</i>
2. Sujetos	Sujetos regulados	Personas físicas y jurídicas	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Personas físicas y jurídicas en el ámbito municipal	Sin diferencias
	Sujetos protegidos	Ambiente y personas físicas y jurídicas	Ambiente y personas físicas y jurídicas	Ambiente y personas físicas y jurídicas	Sin diferencias
3. Conductas	Aspectos centrales de las conductas reguladas o descritas	Regula los principios e instrumentos sobre adaptación y mitigación al cambio climático, actuando como lineamientos para la implementación de políticas públicas locales	Creó el Foro Regional de Anticipación para trabajar en la problemática climática local	Aprueba la incorporación del Municipio a la Red Argentina de Municipios por el Cambio Climático (RAMCC)	<i>La Ley Nacional de Presupuestos Mínimos incorporó lineamientos y principales relevantes para la adaptación y mitigación al cambio climático. En el caso de las dos ordenanzas crearon dos instancias de participación de los municipios vinculados con esta temática</i>
4. Derechos	Derechos protegidos	Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático en todo el territorio nacional en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional	Funciones del Foro: Describir los nuevos escenarios posibles para Mar del Plata y la región, ante los cambios climáticos que operan a escala mundial con consecuencias locales. Relevar su repercusión en lo relativo a la vida humana, las precipitaciones y temperaturas, el estado de las costas, los comportamientos del mar, la viabilidad de los cultivos, la evolución de la flora, la supervivencia de la fauna y los estados posibles y deseables del patrimonio forestal. Diseñar políticas y recomendaciones activas (prevención, control, educación, sanción) y pasivas (adaptación planificada) Promover legislación en consonancia con los objetivos señalados. Promover la organización de nuevas formas de relacionarse socialmente entre las ONG, el estado (nacional, provincial y municipal), las organizaciones gremiales, la empresa y demás sectores con el fin de actuar en defensa del bien común ante los nuevos escenarios. Impulsar el mejor aprovechamiento de los recursos académicos y científicos disponibles para promover el mejoramiento de la calidad de vida y la seguridad medioambiental	El objeto principal de ejecutar proyectos o programas municipales, regionales o nacionales, relacionados con la mitigación o adaptación al cambio climático, a partir de la movilización de recursos locales, nacionales e internacionales, así como de coordinar e impulsar políticas públicas de los municipios participantes de la lucha contra el cambio climático de las ciudades y pueblos de la República Argentina; todo ello teniendo en cuenta el triple impacto ambiental, social y económico	<i>Las ordenanzas incorporaron las funciones de las instancias de participación creadas por dicha normativa. En la Ley Nacional se incluyeron lineamientos y principios sobre cambio climático que deberían receptarse en el ámbito provincial existiendo actualmente un vacío legal</i>

Continúa...

Fases	Elemento normativo	Ley Nacional N° 27.520	Ordenanza N° 17.989	Ordenanza N° 26.077	Resultado comparativo
	Nivel de protección	Intermedio	Intermedio	Intermedio	Sin diferencias
5. Sanciones	Tipo	No aplica	No aplica	No aplica	Sin diferencias
	Gravedad	No aplica	No aplica	No aplica	Sin diferencias
6. Procedimiento	Autoridad competente	Subsecretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación	Municipalidad del Partido de General Pueyrredón	Municipalidad del Partido de General Pueyrredón	<i>Se diferencian las autoridades de índole nacional y local en el segundo caso. No existe normativa ni autoridad provincial</i>
	Proceso	Administrativo y judicial	Administrativo y judicial	Administrativo y judicial	Sin diferencias
7. Principios	Principios jurídicos	Responsabilidades comunes pero diferencias, transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado, prioridad y complementación	No aplica	No aplica	<i>Únicamente en la Ley de Presupuestos Mínimos se incorporan principios y están ausentes en las normas municipales</i>

Fuente: elaboración propia, 2026.

Estas normas conforman un entramado regulatorio que se complementa entre sí. Además, existe un desarrollo normativo prolongado en el tiempo; se advierte una falta de actualización acorde con las necesidades actuales debido a que los enfoques y paradigmas aplicados en estos ámbitos evolucionaron notablemente desde el año 2008. En contraste con las normas voluntarias, en estos textos normativos no se han incorporado criterios de integralidad ni enfoques sistémicos donde se consideren las sinergias existentes entre todos sus componentes.

El nivel de protección de derechos fue considerado como “leve” en todas las ordenanzas, lo que sugiere la conveniencia de

una revisión en sus niveles dentro del marco normativo municipal de acuerdo con lo legalmente permitido. Es evidente que en dichas jurisdicciones las únicas sanciones permitidas legalmente son esas y que sus respectivos montos son bajos.

El análisis comparativo muestra una articulación multinivel existente entre la Ley Nacional N° 27.520 y las ordenanzas municipales, todas orientadas a la adaptación y mitigación del cambio climático. La ley nacional establece los presupuestos mínimos y principios rectores, mientras que las ordenanzas locales traducen esos lineamientos en herramientas concretas de gestión municipal, como la creación de espacios de planificación y la adhesión a redes intermunicipi-

pales. En este caso se detecta que existe una tendencia en la normativa local a incorporar soluciones o acciones concretas y generales para aplicar en el territorio, pero que en muchos casos se pierde la oportunidad de incorporar aspectos más sustanciales o pro-

**Cuadro 5.** Cuadro comparativo sobre normas voluntarias

Fases	Elemento normativo	Norma IRAM 42.100:2005	Bandera Azul	Resultado comparativo
1. Delimitación	Tipo de norma	No aplica	No aplica	Sin diferencias
	Ámbito	Internacional	Internacional	Sin diferencias
	Materia	Ambiental	Ambiental	Sin diferencias
	Vigencia	2005	1985	Bandera Azul posee mayor antigüedad y experiencia de implementación
2. Sujetos	Sujetos regulados	Personas, empresas	Personas, empresas	Sin diferencias
	Sujetos protegidos	Colectivo	Colectivo	Sin diferencias
3. Conductas	Aspectos centrales de las conductas reguladas o descritas	Planificación del sistema de gestión, los procesos, las actividades del personal, la infraestructura, el ambiente y el entorno, la seguridad en general, el turista/cliente, la información y la educación ambiental, las acciones de mejora	Certificación voluntaria para playas y marinas	Bandera Azul tiene un propósito más amplio que la norma IRAM 42.100:2005 incluyendo a playas y a marinas
4. Derechos	Derechos protegidos	Salud, ambiente, trabajo	Salud, ambiente, trabajo	Sin diferencias
	Nivel de protección	Medio	Medio	Sin diferencias
5. Sanciones	Tipo	No aplica	No aplica	No aplica
	Gravedad	No aplica	No aplica	No aplica
6. Procedimiento	Autoridad competente	Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM)	Foundation for Environmental Education	En el primer caso se trata de una organización internacional y en el segundo de una nacional pero que aplica la norma voluntaria en conjunto con ISO (International Organization of Standardization)
	Proceso	No aplica	No aplica	No aplica
7. Principios	Principios jurídicos	Información y educación ambiental	No aplica principios sino criterios ambientales, educativos, de seguridad y accesibilidad	En Bandera Azul no se especifican algunos principios como el de educación ambiental de forma específica pero en la norma ISO se hace referencia únicamente al de educación ambiental

Fuente: elaboración propia, 2026.

fundos. Un ejemplo de esto es poder diferenciar claramente los casos de mitigación y adaptación al cambio climático y qué se puede implementar en los municipios. En este análisis en particular debe destacarse que la ley nacional fue sancionada posteriormente a la ordenanza.

En cuanto a los sujetos y derechos protegidos, las tres normas abarcan a personas físicas y jurídicas y priorizan la protección del ambiente, con un nivel intermedio. No contemplan sanciones, lo que refuerza su carácter programático y de coordinación de políticas públicas de índole punitiva. Se destaca que las ordenanzas cumplen con un rol complementario y operativo frente a la norma nacional, fortaleciendo la implementación local de políticas climáticas, aunque su eficacia depende de la incorporación de mecanismos más actualizados y efectivos de seguimiento y evaluación y del presupuesto económico.

Es importante destacar que la norma IRAM 42.100:2005 especifica los requisitos para un sistema de gestión integrado. Esto implica que la dirección de la organización necesita demostrar su capacidad y realizar prácticas adecuadas que promuevan el uso sustentable de los recursos naturales y culturales en las actividades desarrolladas en balnearios (Martínez, Rosenfeld, 2012). Existen otras certificaciones internacionales, como es el caso de las normas ISO (por ejemplo, ISO 9001, ISO 14001) o sellos de calidad turística aplica-

dos en otros países en playas que podrían utilizarse como buenas prácticas. Sin embargo, en el área analizada se destaca la de Bandera Azul, que es la que posee mayor trayectoria en la práctica.

La iniciativa Bandera Azul es una certificación que exige el cumplimiento de criterios ambientales y de servicios educativos. Desde la gestión municipal se realizan licitaciones de unidades para concesiones de playas en Mar del Plata que deben responder a los lineamientos normativos vigentes y vinculantes. Esta iniciativa implica considerar y poder afrontar diversos costos económicos, gestiones institucionales y aprobación por parte de los actores sociales. Esto tiene un objetivo clave que es la protección de determinados espacios cuidando la calidad ambiental y regulando las condiciones turísticas que pueden elevar su nivel y generar importantes beneficios. Sin embargo, la implementación de las normas que no son obligatorias todavía se encuentran en evolución porque no todas las playas están certificadas, lo cual no asegura el cumplimiento de los aspectos mencionados anteriormente.

Bandera Azul tiene un alcance más amplio que la norma IRAM 42.100:2005, ya que incluye a playas y marinas y aplica criterios ambientales, educativos, de seguridad y accesibilidad. Sin embargo, en la segunda norma se incorporó la protección de la flora y fauna, lo cual representa un

acercamiento a un enfoque más sistémico, aunque aún sectorial ambiental.

Ambos sistemas coinciden en la gestión de la salud, el ambiente y el trabajo, sin presentar diferencias relevantes en estos aspectos. La diferencia principal se encuentra en el origen institucional: Bandera Azul es internacional, mientras que IRAM es nacional, aunque alineada con normas ISO.

El principio de la educación ambiental se aborda de manera distinta; en el caso de Bandera Azul, la integra bajo criterios generales; la norma IRAM la menciona de forma más específica. Ambos esquemas son certificaciones voluntarias orientadas a la mejora continua.

## CONCLUSIONES

En primer lugar, en este trabajo se logró revelar que existe un destacado desarrollo normativo y climático, que ya fue analizado, que se encuentra estructurado de manera individual y desconectado entre sí y con una fuerte influencia del principio de desarrollo sustentable. Asimismo, a nivel provincial, todos los desarrollos conceptuales que fueron incluidos por parte del Derecho Ambiental se están receptando a un ritmo más desacelerado que en el ámbito internacional. Tal es el caso de las evaluaciones internacionales elaboradas por el IPBES, que tiene la función de guiar a los Estados en la elaboración de políticas públicas, que a su vez pueden influen-

ciar a la normativa y a la jurisprudencia. En particular, se destaca que no se han sancionado normas ambientales que presenten un enfoque ecosistémico y que se apliquen de forma directa a la gestión de playas bonaerenses argentinas.

En segundo lugar, es importante establecer que en los cuadros presentados en el apartado de resultados se ha expuesto el análisis comparativo de la normativa jurídica y voluntaria, que fue dividida en cuatro conglomerados temáticos. Se destacan algunos aspectos que son relevantes para todos los casos como es la existencia de normas jurídicas programáticas, cuya implementación depende de diversos factores como son los institucionales, económicos, presupuestarios y de capacitación de funcionarios públicos. Por tal razón, en algunos casos las normas voluntarias aplicables a la gestión de playas funcionan de manera más efectiva en la práctica y poseen una experiencia extensa al haberse implementado en varios países del mundo cubriendo vacíos legales.

También resulta evidente la fragmentación de las normas jurídicas, al existir varias para temas similares y que a su vez se superponen entre sí, sumándose a la complejidad de un sistema de gobierno federal con varias jurisdicciones funcionando de forma simultánea y con escasa comunicación entre sí.

Se destaca también que ni en los textos de los sistemas de certificación de playas

ni en las leyes y ordenanzas ambientales se hace una referencia específica a la implementación de medidas orientadas hacia la lucha contra el cambio climático ni a la aplicación del enfoque ecosistémico (considerando al turismo y al paisaje como servicios culturales).

A su vez, en la ley nacional de presupuestos mínimos sobre cambio global tampoco se hace mención específica a las problemáticas de las playas ni al enfoque ecosistémico, con evidencia de erosión en aumento entre otros síntomas. Es posible detectar un vacío de conocimiento y de contenidos legales en la normativa vigente que se espera que evolucione en concordancia con los enfoques internacionales que son comunes a varias regiones geográficas. Tal es el caso del enfoque de las soluciones basadas en la naturaleza o la planificación espacial inclusiva de la biodiversidad (BISP, por sus siglas en inglés) que integra la biodiversidad, la conectividad ecológica y las necesidades humanas en la toma de decisiones en los territorios. Esto ha surgido de la evolución y de las negociaciones de políticas ambientales en el ámbito de los organismos internacionales ambientales.

En particular, en las ordenanzas municipales sobre gestión de playas se ha detectado que no presentan un régimen de sanciones administrativas, ni se incorporan principios relevantes para brindar una mayor protección ambiental y ecosistémica

a sus elementos naturales y culturales. De esta forma también se establece la existencia de vacíos temáticos que se van profundizando a medida que pasa el tiempo y no se avanza ni se discuten estas cuestiones en las diferentes jurisdicciones.

Se destaca que el Decreto 3202/2006 regula determinados aspectos de las zonas costeras siguiendo los lineamientos introducidos por la normativa ambiental en nuestro marco jurídico, las zonas urbanizadas y la ampliación de las mismas, y contempla la posibilidad de establecer zonas de reservas naturales o de recuperación de dunas o médanos vivos. Además, tiene en cuenta la correcta provisión de agua potable y los sistemas de desagües cloacales sustentables, que determinan los requisitos de construcción para no interferir. Sin embargo, dicha normativa no ha sido considerada dentro del análisis comparativo porque el Poder Ejecutivo, al dictarla, no tuvo en cuenta leyes de nivel superior, contradiciendo la competencia nacional para dictar presupuestos mínimos (art. 41 CN), normas de ordenamiento territorial (Decreto Ley 8972/1977) y desentendiendo competencias municipales (Decreto-Ley 6769/58, Ley 11.723/95). Hasta el momento no se ha realizado una presentación judicial que alerte sobre esta situación que evidencie su incumplimiento de los principios fundamentales del derecho.

El aspecto central que se ha desprendido de todo el trabajo es la grave falta de san-

ción de una ley nacional, configurando el principal vacío legal detectado, que idealmente sea complementada por una provincial y sobre la gestión y protección de las costas argentinas. Esta temática lleva varios años de evolución y de movimientos fallidos, pero presenta antecedentes que son valiosos por los aportes que se efectuaron y por los actores sociales involucrados.

En particular, en Argentina se han presentado en varias instancias relevantes proyectos de ley para la protección y uso sostenible de la zona costera. Uno de ellos es el proyecto de Ley de Costas del año 2001, cuyo objetivo “fue establecer los presupuestos mínimos para la preservación, mejoramiento y recuperación de las áreas costeras en todo el territorio de la Nación, en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional”. Otros proyectos legislativos presentados entre 2007 y 2009 apuntaron a la jurisdicción provincial sobre las 12 millas de mar territorial; a la creación del Instituto Nacional de Áreas Costeras y al régimen de protección de costas sobre el Atlántico Sur y riberas de los ríos interiores. Sin embargo, hasta la fecha no se ha sancionado ninguno de ellos (García, M.; Veneziano, M., 2011). Posteriormente, se presentó un proyecto de ley sobre la valorización y administración del litoral marítimo y la Bahía de Samborombón. Dicha propuesta buscaba fortalecer la cultura marítima y se complementaba con otro

proyecto sobre promoción y desarrollo de la acuicultura.

El texto proponía un enfoque armonizador del uso de la zona costera, para reducir los conflictos que se intensifican durante la temporada turística. Se destaca que la costa es un espacio con identidad propia, distinto de lo terrestre y lo marino, que integra intereses de turistas, empresarios, científicos y habitantes locales. Asimismo, se planteó al litoral marítimo como un punto de unión entre el ciudadano bonaerense y su territorio marítimo.

Recientemente, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, a través del Ministerio de Ambiente se ha lanzado una consulta pública denominada “Plan de respuesta provincial al cambio climático”. Su finalidad es prepararse para el año 2030 y convocar a la sociedad en general para que realice sus aportes hasta el mes de febrero de 2026, en donde se planteen iniciativas energéticas y productivas con bajas emisiones. Esto podría brindar otra clase de herramientas, atento a la existencia del actual vacío legal en la materia. Esta iniciativa se justifica en que en la actualidad existe un bajo nivel de implementación de políticas públicas y de financiamiento aplicado a la problemática del cambio climático, y esto complejiza el panorama en el ámbito nacional. Se espera con ello cumplir con la función de compensar lo que no se encuentra regulado en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

ni a nivel provincial. A su vez, resulta fundamental poder aplicarlo directamente a la lucha contra el cambio climático.

## REFERENCIAS

Altesor, A., Barral, M., Booman, G., Carreño, L., Cristeche, E., Isacch, J., Maceira, N., & Pérez, N. (2011). Servicios ecosistémicos: Un marco conceptual en construcción. Aspectos conceptuales y operativos. En P. Laterra, E. G. Jobbágy, & J. M. Paruelo (Eds.). *Valoración de servicios ecosistémicos: Conceptos, herramientas y aplicaciones para el ordenamiento territorial*, Ediciones INTA.

Alvarado, J., & Martínez, P. (2013). Las teorías del desarrollo en el análisis del turismo sustentable. *Inter Sedes*, 14(27), 144–167. <https://doi.org/10.15517/ISUCR.V14I27.14370>

Argentina (1994). Constitución de la Nación Argentina. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Argentina (2007). Ley N° 26.331, Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26331-136125/texto>

Argentina, (2019). Ley Nacional N.º 27.520. Presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27520-333515>.

Argentina, Cámara de Senadores de la Nación (2001). Proyecto de ley 0110-S-01. [https://www.hcdn.gob.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=dae](https://www.hcdn.gob.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=dae).

nfo&record=%7B2B4%7D&softpage=ref\_Doc&utm\_source=chatgpt.com. El texto del proyecto más actualizado es el de 2001 así que se eliminó la referencia al año 1999.

Asenjo, M., & Meroño, C. (2007). *Indicadores de capacidad de carga para el turismo sostenible de la Región de Murcia*. Universidad Católica San Antonio de Murcia.

Barragán, J. M., & de Andrés, M. (2016). Aspectos básicos para una gestión integrada de las áreas litorales de España: Conceptos, terminología, contexto y criterios de delimitación. *Revista de Gestão Costeira Integrada – Journal of Integrated Coastal Zone Management*, 16(2), 171–183.

Botero, C. (2009). Utilidad de los esquemas de certificación de playas para el manejo integrado costero: Evaluación de ocho certificaciones en Iberoamérica. Editorial Universidad del Magdalena.

Botero, C., Díaz, H., Hurtado, L. H., Ojeda, M., Herrera, E., & González, J. (2008). *Determinación de un sistema de calificación y certificación de playas turísticas: Informe final*. Editorial Universidad del Magdalena.

Carro Cartaya, J. C., & Carro Suárez, J. R. (2008). La inteligencia empresarial y el sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000. *Ciencias de la Información*, 39(1), 31-44.

41º Congreso de la Asociación Internacional de Expertos Científicos en Turismo (1991). *Tourisme qualitatif: conception d'un développement touristique compatible a la fois avec les aspects économiques, sociaux et environnementaux* / Claude Kaspar Pu-

- blicação: [S.l.: s.n.] En: 41ème Congrès de l'AIEST, Mahé (Seychelles), 17-23 nov. 1991, p.9-25; 1666-XLI.01.
- Organización de las Naciones Unidas (1982). Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)
- Díaz-Cruces, E., Méndez Rocasolano, M., & Zamora-Ledezma, C. (2024). Evolución del nexo entre derecho a la protección del clima y sostenibilidad corporativa: Análisis bibliométrico basado en Scopus. *European Public & Social Innovation Review*, 9, 1-19. <https://doi.org/10.31637/epsir-2024-791>
- Feng, L. (2023). On synergistic governance of biodiversity and climate change in the perspective of international law. *Biodiversity Science*, 31, 23-110. <https://doi.org/10.17520/biods.2023110>
- Follett, C. (2020). *Neo-Malthusianism and coercive population control in China and India (Policy Analysis No. 987)*. Cato Institute.
- Foundation for Environmental Education. (2006). Premios al mejoramiento del entorno costero: El ejemplo de la Bandera Azul. <https://www.onecaribbean.org/content/files/spFEEManualSPFINAL.pdf>
- Foundation for Environmental Education. (2020). Blue Flag and Sustainable Development Goals. <https://banderaazul.org.ar/index.php/publicaciones/>
- García, M. C., & Veneziano, M. F. (2011). Proyectos de ley de costas y desarrollo litoral sostenible desde la óptica geográfica. *Contribuciones Científicas GÆA*, 23, 95-107.
- Isacch, J. P., Escapa, M., Fanjul, E., & Iribarne, O. (2011). Valoración ecológica de bienes y servicios ecosistémicos en marismas del Atlántico sudoccidental. En Laterra, E. G. Jobbágy, & J. M. Paruelo (Eds.) *Valoración de servicios ecosistémicos: Conceptos, herramientas y aplicaciones para el ordenamiento territorial*, Ediciones INTA.
- IRAM (2005). Norma IRAM 42.100, gestión de la calidad, la seguridad y ambiental de los balnearios.
- Mantecón, C. L. (2023). Cambio climático y zonas costeras: Un desafío de la Argentina frente a la protección de sus servicios ecosistémicos. En Argañaraz L., Echaide J. *Nuevos enfoques sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (DESCA), pp. 176-184, Aldina Editorial Digital.
- Mantecón, C. L., Álvarez, J., & Del Río, J. L. (2017). Conflictos derivados de la erosión costera: Responsabilidades estatales. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"*, (18), 1-23.
- Mantobani, J. M. (1997). Notas sobre el problema de la creación de los primeros balnearios argentinos a fines del Siglo XIX. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 11, <https://www.ub.edu/geocrit/sn-11.htm>
- Martínez, A., & Rosenfeld, A. (2012). *Turismo: Normas voluntarias y competitividad*. Editorial Universidad de Palermo. <https://www.>

- palermo.edu/economicas/PDF\_2012/PBR6/PBR-edicion-especial-15.pdf
- Martínez, A., Rosenfeld, A., & Iglesias, A. (s. f.). La herramienta normas voluntarias y el modelo competitivo de turismo responsable y sustentable. <https://www.desarrollolocal-sustentable.unlu.edu.ar/sites/www.desarrollolocal-sustentable.unlu.edu.ar/files/site/PONENCIA%20Smart%20Tourism%20-%20Mart%C3%ADnez%20Rosenfeld%20Iglesias.pdf>
- Mazza, C. (2002). Territorio, paisaje y planificación. En *Construcción de paisajes: Transformaciones territoriales y planificación en la región marplatense, 1930-1965*. Editorial Universidad Nacional de Mar del Plata.
- Merlotto, A., Bértola, G. R., & Isla, F. I. (2017). Riesgo de erosión costera de la provincia de Buenos Aires, Argentina. *Revista Universitaria de Geografía*, 26(2), 37-72.
- Millennium Ecosystem Assessment. (2005). *Ecosystems and human well-being: Synthesis*. Island Press.
- Minaverri, C. (2016). Consideraciones sobre la regulación jurídica ambiental de los servicios ecosistémicos en Argentina. *Estudios Sociales*, 26(48), 43-67.
- Minaverri, C. (2018). El derecho ambiental en la gestión de los bosques nativos (Espinal) en Argentina. *Sociedad y Ambiente*, (16), 157-177.
- Minaverri, C. (2020). El reconocimiento de los servicios ecosistémicos culturales en el ámbito científico del derecho ambiental y de las ciencias sociales. *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 18(25), 109-137.
- Minaverri, C., Flores, A., & Giorgi, A. (2025). El derecho al clima y su interrelación con el acceso al agua dulce. En *Libro de resúmenes del XI Congreso Argentino de Limnología*. ISSN: 1851-507X, Editorial FaCENA-UNNE.
- Moreno Cruz, P. (2018). Herramientas para un análisis de derecho comparado. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/5105c03a-da60-4ab9-9c73-a07740189a0d/content>
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina. (2007). Ordenanza N.º 17.989/07. Créase en el ámbito de la Municipalidad de General Pueyrredón el Foro Regional de Anticipación para las Consecuencias del Cambio Climático. <https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o17989.html>
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina. Ordenanza N.º 26.077 (2016). Aprueba la incorporación del Municipio a la Red Argentina de Municipios por el Cambio Climático (RAMCC). <https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o26077.pdf?v=872dae5be022c0b5ee4ec-19356f6c848>.
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina. Ordenanza N.º 10.011/95. (1995). Declárase Reserva Turística y Forestal a toda la franja costera sud de dominio municipal contigua a la Ruta N.º 11, desde Punta Mogotes como límite norte hasta el Arroyo Las Brusquitas como límite sud, imponiéndose el nombre de “Reserva Turís-

- tica y Forestal Costanera Sud". <https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o10011.html>
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina (2002). Decreto N.º 2.965. determinó la integración de la Comisión Coordinadora de Manejo de la Reserva y crea la Comisión Técnica que fue la encargada de elaborar el Plan de Manejo aprobado por Ordenanza N.º 19.111 del año 2009. <https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/dec/d2965-02.pdf?v=6bb5ef146cf7ae119a79cffd1342c6ce>
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina (2009). Ordenanza N.º 19.111. Aprobación del Plan Integral de Manejo de la Reserva Turística y Forestal Paseo Costanero Sur [https://www.concejomdp.gov.ar/expedientes/ficha\\_expediente.php?anio=2018&tipo=E&numero=1698](https://www.concejomdp.gov.ar/expedientes/ficha_expediente.php?anio=2018&tipo=E&numero=1698)
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina (2008). Ordenanza N.º 18.436/2008. Adhesión de los concesionarios a la Norma IRAM 42100:2005 "Gestión de la Calidad, la Seguridad y Ambiental en Balnearios, <https://www.concejomdp.gov.ar/biblioteca/docs/o18436.html?v=aa0bf01458fb5a20aac4d6f6274675b3>
- Municipio de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, Argentina (1979). Ordenanza N.º 4.568/79. Reglamento de categorización de Unidades de Balnearios, <http://www.concejo.mdp.gov.ar/biblioteca/docs/o4568.html>
- PNUMA. Anuario: avances y progresos científicos en nuestro cambiante medio ambiente (2010). Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente., página 5. <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sinia/archivos/public/docs/3321.pdf>
- Provincia de Buenos Aires, Argentina (1994). Constitución de la Provincia de Buenos Aires, [https://www.infoleg.gov.ar/?page\\_id=173](https://www.infoleg.gov.ar/?page_id=173)
- Provincia de Buenos Aires, Argentina (1995). Ley N.º 11.723. Protección del medio ambiente y recursos naturales <https://normas.gba.gov.ar/documentos/V9ONqUPx.html>
- Provincia de Buenos Aires, Argentina (1998). Ley N.º 12.257, Código de Aguas. <https://normas.gba.gov.ar/documentos/xbROJHGx.html>
- Provincia de Buenos Aires, Argentina (2006). Decreto 3202/2006. Aprobación de proyectos urbanísticos en zona atlántica deberán verificar adhesión municipal por ordenanza. (Medio ambiente -Código de Aguas -Ordenamiento urbano-Construcción-Balnearios-Costas bonaerenses-Forestación), <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/decreto/2006/3202/41077>.
- Provincia de Buenos Aires. (1977). Decreto-Ley 8912/77 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo. <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/decreto-ley/1977/8912/1102>
- Provincia de Buenos Aires. (1958). Decreto-Ley N.º 6769/58. Ley Orgánica de las Municipalidades. <https://normas.gba.gov.ar/ar-b/decreto-ley/1958/6769/1719De> Vergottini,

- G. (2018). Análisis comparativo y derecho constitucional. *Themis Revista de Derecho*, (73), 235-249. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.019>
- Outeiro, L., & Villasante, S. (2013). Sinergias y trade-offs de servicios ecosistémicos causados por la salmonicultura en el socio-ecosistema marino de Chiloé (Sur de Chile). *Sémata: Ciencias Sociais e Humanidades*, 25(25), 153-177.
- UNCTAD (2007). Is the concept of sustainable tourism sustainable? Developing the Sustainable Tourism Benchmarking Tool, p. 1, [https://unctad.org/system/files/official-document/ditctncd20065\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditctncd20065_en.pdf)
- Yepes Piqueras, V. (1999). Las playas en la gestión sostenible del litoral. *Cuadernos de Turismo*, (4), 89-110.
- Zielinski, Seweryn, & Díaz Cano, Marlenny. (2014). Los esquemas de certificación de playas turísticas en América Latina: Evaluación del componente socio-cultural y el nivel participativo. *Estudios y perspectivas en turismo*, 23(1), 156-175. [https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-17322014000100009&lng=es&tln-g=es](https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-17322014000100009&lng=es&tln-g=es).