

Iustitia Et Libertas

Revista académica del Centro de Investigación en Derecho y
Criminología (CIDYC) de la Universidad Metropolitana de Monterrey



Directorio Institucional

Lic. Héctor Sepúlveda Prieto
Rector

Dra. Lorena Frankenberg
Vicerrectora de Crecimiento y Desarrollo Institucional

Mtra. Carmen Tamez Muñoz
Vicerrectora Académica

Lic. Margarita Sáenz
Vicerrectora de Innovación y Tecnología Educativa

Dr. Cristián Castaño Contreras
Director de la División de Derecho y Criminología y Coordinador del Centro de Investigación en Derecho y Criminología

Dr. Mario Alberto Hernández Ramírez
Asistente del CIDYC

Mtra. Dominga Balderas Martínez
Asistente del CIDYC

Mtro. Abelardo González Duque
Director de Posgrado de la División de Ciencias Sociales

Mtra. Alma Delia Bocanegra Partida
Coordinadora de Proyectos Estratégicos

Dra. Citlalli Díaz Galeana
Coordinadora de Derecho

Mtra. Karla Guadalupe Samaniego Pérez
Coordinadora de Derecho

Lic. Pedro Adrián de Jesús De Luca Gallegos
Coordinador de Criminología

Lic. Dagoberto Chávez Piña
Coordinador de Criminología en el Directorio Institucional

Héctor Gabriel Martínez Zavala
Becario de Proyectos Estratégicos

Alexa Montemayor Rivera
Coordinadora de Mercadotecnia

Luis Alberto Guillén Peña
Diseñador Gráfico



UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE MONTERREY CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y CRIMINOLOGÍA CIDYC. Año 1, Número 1, 2024.

Portada de la Revista del Centro de Investigación en Derecho y Criminología de la Universidad Metropolitana de Monterrey. Número 1, año 1, enero - abril 2024, es una revista tetramestral editada por la Universidad Metropolitana de Monterrey, a través del Centro de Investigación en Derecho y Criminología CIDYC, con dirección en la avenida Zaragoza número 130, entre las calles de Aramberri y Ruperto Martínez, colonia Centro en la ciudad de Monterrey, Nuevo León. 46464.

Página electrónica de la revista: <https://revista.umm.edu.mx/> y correo: revista@umm.edu.mx.
Editor responsable: Dr. Cristián Castaño Contreras. Revista sin fines de lucro.

La Revista “Iustitia Et Libertas” del Centro de Investigación en Derecho y Criminología, de la Universidad Metropolitana de Monterrey UMM, se adscribe a la política de Acceso Abierto y todos los artículos contenidos en esta publicación son responsabilidad de sus respectivos autores y no comprometen la posición oficial de la revista, ni de la Universidad Metropolitana de Monterrey UMM.

Se autoriza la reproducción parcial de los contenidos de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

Comité Editorial

Dr. Cristián Castaño Contreras, *Director de la División de Derecho y Criminología de la Universidad Metropolitana de Monterrey, UMM.*

Mtro. Diego de G. Romero Rivero, *Candidato a Doctor por la Universidad de Cambridge, Reino Unido.*

Mtro. Abelardo González Duque, *Director de Posgrado de la División de Ciencias Sociales.*

Mtra. Dominga Balderas Martínez, *Coordinadora Académica del Centro de Estudios Legislativos y Parlamentarios CELYP, de la UMM.*

Dr. Mario Alberto Hernández Ramírez, *Coordinador Académico del Centro de Estudios Legislativos y Parlamentarios CELYP, de la UMM.*

Sayda Cortes Álvarez, *Coordinadora de Mercadotecnia*

Luis Alberto Guillén Peña, *Diseñador Gráfico*

Presentación

El garantismo constitucional a la educación, ciencia y tecnología tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.

La Universidad Metropolitana de Monterrey, en el ámbito de su normatividad y fines asume con beneplácito las disposiciones constitucionales e internacionales contenidos en los tratados de la materia educativa, convencida que por su naturaleza de institución académica tiene dentro de sus funciones sustantivas la de impartir educación integral, potenciando que la formación y competitividad de sus educandos y egresados respondan a las necesidades de la sociedad; Esto contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la naturaleza, la diversidad cultural, la integridad de las familias, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

En este contexto las acciones de la UMM, están orientadas en la búsqueda y logros que coadyuven al orden público, al interés social y a generar mayores oportunidades de cambio y evolución, tanto en el contexto doméstico como internacional que tengan trascendencia y repercuten e impacten decididamente en la transformación global.

Por tanto, es parte de las prioridades de la UMM, el impulsar, divulgar y actuar para que se promueva en sus espacios el conocimiento científico teórico y práctico de la ciencia jurídica y disciplinas concurrentes, a través de la imprescindible investigación.

En este contexto, se crea la REVISTA IUSTITIA ET LIBERTAS del CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y CRIMINOLOGÍA “CIDYC” de la UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE MTY. Centro de Investigación que deberá imperar como un agente de cambio en el desarrollo y sustentabilidad de la sociedad. En un rigor universitario, la revista tendrá un verdadero enfoque de pertinencia científica, social, tecnológica y cultural que sea capaz de responder a las necesidades humanas; capaz de escuchar a las voces que plantean cambios e innovación; capaz de organizar e impulsar a través del ejercicio de la investigación, el diálogo, el debate y la propuesta en la siempre constante del bien común.

La revista impulsará la investigación jurídica y disciplinas afines, esencialmente en el tema de los problemas nacionales. Propiciará el conocimiento del derecho no doméstico para eficientizar el derecho mexicano. Procurará reunir, clasificar y catalogar el material jurídico, bibliográfico, hemerográfico, legislativo y jurisprudencial para el estudio del derecho nacional y extranjero. Impulsará la investigación de los sistemas jurídicos vigentes, especialmente los iberoamericanos, con el fin de desarrollar otras formas de unificación nacional e internacional. Y desde luego informar y divulgar a la comunidad, a través de sus publicaciones diversos temas y aspectos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales del derecho mexicano e internacional.

Centro De Investigación En Derecho Y Criminología

Considerando; Que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala de manera categórica que la educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva; Que tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; Que promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje;

Que contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la naturaleza, la diversidad cultural, la integridad de las familias, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos; Que la Universidad Metropolitana de Monterrey, en el ámbito de su normatividad y fines asume con beneplácito las disposiciones constitucionales e internacionales contenidos en los tratados de la materia, convencida que por su naturaleza de institución académica tiene dentro de sus funciones sustantivas la de impartir educación integral, potenciando que la formación y competitividad de sus educandos y egresados respondan a las necesidades de la sociedad;

Que las acciones de la UMM, están orientadas en la búsqueda y logros que coadyuven al orden público, al interés social y a generar mayores oportunidades de cambio y evolución, tanto en el contexto doméstico como internacional que tengan trascendencia y repercuten e impacten decididamente en la transformación global. Particularmente en temas como el Derecho en las tecnologías, el Derecho energético, la Biodiversidad, la Bioética, Bioderecho, Neuroderecho, Competencia económica, Biopolítica, Seguridad humana, etcétera. Por tanto, es parte de las prioridades de la UMM, el impulsar, divulgar y actuar para que se promueva en sus espacios el conocimiento científico teórico y práctico de la ciencia jurídica y disciplinas concurrentes, a través de la imprescindible investigación.

En esta dimensión, se crea el **CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO Y CRIMINOLOGÍA de la UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE MONTERREY**. Centro que deberá imperar como un agente de cambio en el desarrollo y sustentabilidad. En un rigor universitario, el Centro tendrá un verdadero enfoque de pertinencia científica, social y cultural que sea capaz de responder a las necesidades humanas; capaz de escuchar a las voces que plantean cambios e innovación; capaz de organizar e impulsar a través del ejercicio de la investigación, el diálogo, el debate y la propuesta en la siempre constante del bien común.

Objetivos Del Centro

I. Realizar de acuerdo a las metodologías y protocolos académicos la investigación jurídica, esencialmente en el tema de los problemas nacionales.

II. Aplicar científicamente el conocimiento del derecho no doméstico para eficientizar el derecho mexicano, en cuanto a las reformas legislativas como en el avance sistémico de la jurisprudencia nacional.

III. Reunir, clasificar y catalogar el material jurídico, bibliográfico, hemerográfico, legislativo y jurisprudencial para el estudio del derecho nacional y extranjero.

IV. Investigar los sistemas jurídicos vigentes; especialmente, los iberoamericanos, con vistas a preparar formas positivas de unificación nacional e internacional.

V. Informar y divulgar, a través de sus publicaciones, diversos temas y aspectos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales del derecho mexicano e internacional.

Índice

- 9** Reflexiones sobre Constitucionalismo y Populismo.
Diego de G. Romero Rivero
- 23** El derecho a la información en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Mexicana.
Carlos Martín Gómez Marinero
- 31** El neuroderecho como un nuevo ámbito de protección de los derechos humanos.
Enrique Cáceres Nieto
Carmen Patricia López Olvera
- 47** El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia.
Matías Mascitti
- 63** Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital.
Cristina Benloch domènech
Joaquín Sarrión Esteve
- 73** Las luchas contra insurgencia-terrorismo-criminalidad; amenazas irregulares en el siglo XXI.
Borja García Vázquez
- 91** Simbolización de conductas sexuales violentas en agresores sexuales.
Rocío Delfina García Moreno
- 106** “¿Cómo funciona el tribunal Constitucional Federal alemán?”
Armando Salas Cruz
- 112** La Justicia Procesal Imperfecta de la Teoría Substantialista de John Rawls como Problema de la Lógica Jurídica.
Mario Alberto Hernández Ramírez
- 123** Los Nuevos Retos de la Victimología en el Sistema Penal Mexicano.
Dominga Balderas Martínez

“Reflexiones sobre Constitucionalismo Transformador y Populismo Mexicanos; normalización y rechazo”

Diego de G. Romero Rivero



Kelsen sabía que una constitución que no estuviese garantizada judicialmente carecería de virtualidad normativa. Asimismo, sabía que una constitución judicialmente garantizada que estuviese repleta de contenido material abre la puerta a un nivel de decisionismo judicial mayúsculo –y cuya compatibilidad con la democracia política podría ser cuestionable.¹

Actualmente, gran parte de las constituciones de la posguerra, así como aquellas redactadas con posterioridad a la caída del comunismo, están judicialmente garantizadas y contienen una gran cantidad de disposiciones normativas redactadas en términos abiertos e indeterminados –es decir, no solamente contienen reglas sino también principios y valores²– tales como los derechos humanos.

Por otra parte, Gustavo Zagrebelsky, quien fuera magistrado y presidente de la Corte Constitucional de Italia, considera que:

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces, o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben muy bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.

Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia.³

Lo que intento mostrar es que las constituciones actuales, entendidas como normas jurídicas exigibles y judicialmente garantizadas, en efecto han empoderado a los jueces de la forma en la que Kelsen advertía. Si a ello añadimos las palabras de Zagrebelsky, vemos que la influencia de la teoría constitucional en la determinación del derecho de una sociedad es tremenda.

Si lo que se busca es un profundo y verdadero entendimiento de las soluciones jurídicas que las operadoras jurídicas –entre ellas, desde luego, las juezas constitucionales–, no basta un conocimiento del contenido escrito de las constituciones. Se requiere, además, una comprensión de aquellas ideas que definen quién debe determinar el significado de los textos constitucionales y cómo deben de interpretarlos. Por ello, habría que agregar la idea misma de juez, y en específico la de juez constitucional,⁴ a la lista de aquello que, según Zagrebelsky, cuenta en última instancia. El ejercicio y los resultados de un sistema de justicia constitucional dependen enormemente de la concepción que tengan las integrantes del poder judicial sobre cuál es el rol que debe jugar la justicia constitucional en una democracia.

Una clara demostración sobre cómo las teorías y conceptos constitucionales informan las decisiones de los jueces puede verse en la reciente discusión que sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre la inconventionalidad de la prisión preventiva oficiosa y el arraigo como figuras jurídicas constitucionalizadas, y su correspondiente ‘armonización’ con el resto de las normas constitucionales.⁵

La Ministra Piña Hernández, por ejemplo, llamó a aclarar “el entendimiento que tenemos cada uno de nosotros al respondernos qué es la Constitución y a qué estamos obligados cuando juramos cumplir y hacer cumplir nuestra Constitución.”⁶ Posteriormente, resaltó el hecho de que el Pleno de la SCJN se encuentra integrado por personas que fueron formadas “no solo en distintos tiempos, sino conforme a muy diversas ideologías, y aquí la riqueza en la diversidad de nuestra integración es fundamental.”⁷

Asimismo, el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, después de haber explicado cómo es que el arraigo y la prisión preventiva oficiosa ofenden valores del orden constitucional, mencionó la necesidad de “dar cuenta de la peculiaridad más desafiante de este asunto: ¿qué debe hacer un Tribunal Constitucional ante el hecho de que una norma abiertamente restrictiva de derechos humanos sea elevada a rango constitucional?”⁸

En el marco de la misma discusión, el Ministro Aguilar Morales calificó como equivocadas las posiciones formalistas (como la adoptada por la Ministra Esquivel Mossa⁹) al afirmar que:

La función del juez constitucional no debe limitarse a resolver conflictos y restringir sus consideraciones a una técnica aplicable a estudios de mera legalidad, como solo encontrar argumentos explícitos de las partes.

Mucho más que eso, tenemos una obligación más amplia: los integrantes de este Máximo Tribunal Constitucional debemos dar significado a los valores públicos del derecho, y uno de esos valores públicos es, precisamente, proteger los derechos de todas las personas y dar contenido y coherencia al ordenamiento mexicano, haciendo uso de todos los argumentos, análisis y consideraciones que nos lleven, finalmente, a la mayor protección de los derechos.¹⁰

Finalmente, las palabras pronunciadas por el Presidente de la SCJN ejemplifican cómo es que el entendimiento del papel del juez constitucional está íntimamente informado por la concepción de constitucionalismo que –consciente o inconscientemente– se adopte.¹¹ En aquella ocasión, el Ministro Zaldívar sostuvo lo siguiente:

“Cuando un tratado internacional entra en colisión con la Constitución, nos responden con constitucionalismo clásico: debe prevalecer la Constitución. Con todo respeto, este constitucionalismo se encuentra totalmente rebasado y superado[...].”¹²

Independientemente de si se está o no de acuerdo con que el constitucionalismo clásico se encuentra superado, lo que es verdad es que aquello que atemorizaba a Kelsen parece ser hoy el rasgo característico de una concepción de constitucionalismo desarrollada en Europa con posterioridad a la segunda guerra mundial –y que algunos han denominado neoconstitucionalismo.¹³ Dicho constitucionalismo, como ya se adelantaba, gira alrededor de normas constitucionales estructuradas como valores y principios –y no solamente como reglas– cuya aplicación ha sido encomendada a las juezas y jueces.¹⁴

Lo mismo podría decirse, hasta cierto punto, de la concepción de constitucionalismo que el Ministro Arturo Zaldívar considera como la adecuada para entender e interpretar la constitución mexicana. Si bien dicha concepción no fue explícitamente mencionada en su reciente discusión en el Pleno de la SCJN sobre arraigo y prisión preventiva, sí ha sido expresada en algunos de sus discursos, incluido el emitido con motivo del CII Aniversario de la Constitución mexicana:

La Constitución de Querétaro no es un documento estático, no es un documento acabado. Es un anhelo todavía en construcción. En la coyuntura que vive el país, debemos retomar la ruta del constitucionalismo transformador que plasmaron los constituyentes de Querétaro.

Un constitucionalismo que se diferencia del constitucionalismo clásico porque no se agota solamente en la protección de las libertades individuales y de los derechos civiles y políticos, sino que se orienta, de manera decidida, hacia el ideal de un mundo mejor, en el que los derechos sociales sean una realidad y sean la vía para alcanzar, desde abajo, desde el respeto a la dignidad de los más olvidados, un verdadero cambio social.¹⁵

Recientemente, en otro discurso, el Ministro Zaldívar insistió en que “el constitucionalismo mexicano es un constitucionalismo transformador”¹⁶ que él asume no solo por convicción, sino por ser además “un mandato de nuestra constitución (...) que quizás es la primera Constitución en el mundo de un constitucionalismo transformador.”¹⁷ Para Zaldívar, dicho constitucionalismo conlleva una particular concepción de lo que son los jueces constitucionales, por lo que considera que su labor “no puede ser neutra, ni es ajena a una manera y a una concepción de lo que es el derecho.”¹⁸

Muchas son las tensiones que podrían analizarse en relación con lo antes mencionado. Sin embargo, en este artículo pretendo explorar –o, en otras palabras, realizar algunos trazos que puedan tener como resultado una especie de boceto– las posibles tensiones entre la idea de constitución y la de jueza constitucional que propone la corriente del constitucionalismo transformador frente a la que estaría implícita –pero que en algunos casos parece haber sido explicitada por algunas líderes políticas– en el fenómeno político contemporáneo que algunos llaman populismo.

La idea de realizar el análisis surge tanto de la situación política y jurídica de México –en la que el titular del ejecutivo ha sido señalado como populista¹⁹ al tiempo que el presidente de la SCJN llama a la adopción de un constitucionalismo transformador– como de la afirmación hecha por Desmond King y Rogers M. Smith:

Though scholars of recent populist movements have been commendably attentive to populist attitudes towards constitutionalism and the rule of law, few have explored the possibility that these movements are reactions against the dominant ideology revealed in the spate of drafting of new constitutions that occurred around the world in the last quarter century.²⁰

Comenzaré por presentar (i) qué se entiende doctrinalmente por constitucionalismo transformador y cuáles son algunos de sus rasgos característicos. Posteriormente, (ii) expondré algunas de las principales definiciones de populismo. Por último, (iii) intentaré apuntar algunas de las tensiones entre constitucionalismo transformador y populismo respecto al papel de la constitución y el juez constitucional en una democracia.

I. Constitucionalismo Transformador

1. Algunos rasgos característicos

El concepto *constitucionalismo transformador* tiene su origen en un artículo seminal publicado por Karl E. Klare sobre la constitución de Sudáfrica promulgada en 1996.²¹ Sin embargo, dicho concepto ha trascendido al constitucionalismo sudafricano y ha sido empleado para explicar un particular entendimiento – que suele estar vinculado con el Sur Global²² – sobre el papel de la constitución y de los jueces en una democracia. Al utilizar el término ‘constitucionalismo transformador’, Klare se está refiriendo a lo siguiente:

*By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction.*²³

Como el propio Klare explícitamente reconoce, el constitucionalismo transformador no es neutral y asume que una transformación igualitaria y de gran escala es deseable.²⁴ Asimismo, asume que, de manera inevitable, el poder judicial es una sede de creación de derecho en una sociedad democrática. Por ello, Klare defiende un modelo particular de juez o jueza que ha de interpretar la constitución de manera *postliberal*,²⁵ y al que denomina «juez concienzudo» (*conscientious judge*).

Al hecho de que el poder judicial, con sus jueces concienzudos, es creador de derecho, habría que agregar que, bajo el constitucionalismo transformador, se propone impulsar una particular agenda política encaminada a modificar las instituciones políticas y sociales de un país, así como sus relaciones de poder, hacia una democracia participativa e igualitaria. Para Klare el término “transformación” se ubica entre algo mayor a una simple “reforma” pero menor –y distinto– a una revolución.²⁶ En concreto, Klare describe el tipo de comunidad política al que debiera aspirarse –y hacia la cual la construcción jurisprudencial, es decir, la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces debe encaminarse– como:

*A highly egalitarian, caring, multicultural community, governed through participatory, democratic processes in both the polity and large portions of what we call the ‘private sphere.’*²⁷

Transformar una sociedad en igualitaria y multicultural mediante el ejercicio del poder judicial propuesto por el constitucionalismo transformador implica retos y decisiones que no son menores. La pregunta sobre qué tipo de derecho constitucional y de juez es necesaria para una sociedad multicultural –y sus consecuentes desafíos– ha sido explorada por Dieter Grimm, quien fuera magistrado de la Sala de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional Federal Alemán.²⁸

Al hablar de multiculturalidad y derechos fundamentales, Grimm comienza diciendo que, frente a las migraciones existentes en todo el mundo, surge la pregunta de cuáles son los derechos humanos que una persona viviendo en otro lugar del planeta debiera tener. Mientras que en un extremo se encuentra la exigencia de asimilación, en otro encontramos la libertad cultural y religiosa. Claramente, este tipo de conflictos –de naturaleza política, pero no por ello excluidos del ámbito del derecho– con frecuencia terminan siendo controversias jurídicas.²⁹

Grimm enlista casi una veintena de cuestiones jurisprudenciales relacionadas con conflictos culturales, entre las que se encuentran:

- ¿Pueden llevar velo en clase las alumnas islámicas?
- ¿Qué ocurre cuando no se trata de alumnas, sino de profesoras de una escuela pública?
- ¿Rige para las monjas católicas una regla diferente que para las profesoras musulmanas?

(...)

-¿Debe ser autorizada la poligamia de los inmigrantes en el país de acogida cuando está permitida en su país de origen?³⁰

Pudiera pensarse que dichos conflictos se resuelven fácilmente atendiendo a lo que establezca el Derecho local, pero lo cierto es que los inmigrantes pueden invocar derechos fundamentales –es decir, constitucionales– en favor de sus valores y formas de vida. Un claro ejemplo de ello es que la controversia probablemente más álgida sobre la famosa *notwithstanding clause* contenida en la constitución de Canadá³¹ –misma que tarde o temprano habrá de ser resuelta por la Suprema Corte– ha surgido precisamente de la prohibición de la provincia de Quebec a trabajadores y trabajadoras del sector público –incluidas profesoras y profesores, policías, juezas y jueces– de vestir símbolos religiosos en su lugar de trabajo. Dicha política, a pesar de ser apoyada por la mayoría de los habitantes de Quebec, ha polarizado profundamente a dicha comunidad.³²

En ese sentido, el constitucionalismo transformador pretende no solamente establecer una sociedad en igualitaria y multicultural –lo que es ya en sí mismo un postulado político– sino, además, que la determinación de las consecuencias de aplicar dichos principios a casos concretos sea realizada por los jueces constitucionales. Y el problema cuando se presentan estas cuestiones está, como el mismo Grimm lo reconoce, en que:

[E]n cualquier caso la frontera entre los dos tipos principales de pretensiones no resulta rígida. Ello resulta ante todo del hecho de que los problemas de libertad pueden ser interpretados también como problemas de igualdad y viceversa. Así, una limitación de la libertad vigente con carácter general puede plantear la cuestión de la igualdad cuando, atendiendo a la situación fáctica, afecta solo o de manera específica a un grupo definido por características comunes.³³

Si dichos casos van a ser resueltos por jueces, quizá valga la pena intentar comprender de una mejor manera qué es exactamente lo que tienen en mente los “jueces concienzudos” a los que hace referencia el constitucionalismo transformador. Prius Langa, quien fuese juez y presidente de la Corte Constitucional de Sudáfrica, considera que la base para un adecuado entendimiento del constitucionalismo transformador se encuentra en el epílogo de la interina constitución sudafricana:

a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief, or sex.³⁴

Según Langa, bajo el constitucionalismo transformador los jueces tienen la responsabilidad de justificar sus decisiones no solamente refiriéndose a la autoridad sino también haciendo alusión a valores e ideas. En ese sentido, Langa no duda en afirmar que la concepción sobre el papel del juez en el constitucionalismo transformador conlleva la negativa a cualquier aseveración que pretenda separar o disociar a la ley de la política.³⁵ Dicha aseveración es reforzada tanto por el tipo de educación jurídica que Langa considera que debe impartirse a los abogados y abogadas, como por el desarrollo de las habilidades críticas que deben acompañar a dicha educación:

We can no longer teach the lawyers of tomorrow that they must blindly accept legal principles because of the authority. No longer can we responsibly turn out law graduates who are unable to critically engage with the values in all corners of the practice. A truly transformative South Africa requires a new approach that places the Constitutional dream at the very heart of legal education. It requires that we regard law as part of the social fabric and teach law students to see it as such. They should see law for what it is, an instrument that was used to oppress in the past, but that has that immense power and capacity to transform our society.³⁶

Lo anterior pudiera parecer un simple pedazo de retórica sobre la formación que han de recibir las futuras generaciones de abogadas. Sin embargo, Langa propone educar a las siguientes generaciones con una respuesta específica sobre qué es el derecho, cuál es su relación con la política, cuál es su finalidad y cómo es que debe ser interpretado. Las respuestas a dichas preguntas son determinantes, y su poder no debe ser subestimado. En palabras de Zagrebelsky,:

La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la «cosa» misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel.³⁷

Asimismo, gran relevancia tiene la sensibilidad que mostraba Prius Langa hacia la igualdad en el acceso a la justicia, incluyendo la relación que existe entre el poder económico de una persona y la calidad de la representación legal que estaría a su alcance. Con lo anterior en mente, Langa afirma que la constitución no debiera convertirse –o, al menos, no exclusivamente– en una herramienta para quienes poseen riqueza. Para Langa “*Equal justice means that the fruits of justice are there for all to enjoy. The provision of equal access to justice is therefore a priority in reaching our transformative goal.*”³⁸

Las palabras de Langa pueden ser entendidas como una advertencia respecto del riesgo que implica para una democracia que el acceso a las cortes sea un privilegio del que solo las élites pueden gozar. Asimismo, me parece que dichas palabras también deben ser leídas como una invitación –o, quizá, mejor dicho, como un llamado imperativo– a que los efectos de aquellas resoluciones judiciales que favorecen los intereses de personas o grupos vulnerables se extiendan no solamente a las partes del juicio sino a todos y todas aquellas que se encuentren en una situación equivalente.

En otras palabras: si (i) consideramos que los frutos de la justicia son principalmente los remedios –es decir, las órdenes judiciales específicas que se estipulan en una sentencia y que en el derecho internacional se denominan reparaciones³⁹– y (ii) aceptamos que *equal justice* significa que los frutos de la justicia que imparten las cortes han de poder ser disfrutados por todas aquellas personas que sean víctimas de un mismo problema estructural o sistémico, el dictado de sentencias con remedios estructurales⁴⁰ se vuelve una obligación de los jueces.

Dicha obligación, al ser derivada de los principios de igualdad y acceso a la justicia, se traduciría en que el excepcional dictado de remedios estructurales en sentencias deje de ser visto como una simple cuestión de discrecionalidad judicial y comience a ser concebido como una obligación constitucional e internacional que tienen los jueces cuando se enfrentan a casos de violaciones de derechos humanos que derivan de cuestiones sistémicas o estructurales. En esta discusión podría enmarcarse también aquello que, en México, y particularmente en materia de amparo, conocemos como decisiones judiciales con efectos generales o *erga omnes*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) es un claro ejemplo de una corte de derechos humanos plenamente conscientes de la relevancia que tienen los remedios judiciales como instrumentos tanto de reparación integral de las víctimas como de transformación social. La transformación de procedimientos y protocolos empleados por las autoridades nacionales, la adecuación de los sistemas de centros penitenciarios y la creación de políticas públicas educativas que buscan cambiar la cultura ciudadana han sido ordenados por la CoIDH en las sentencias de los casos estructurales⁴¹ *Campo Algodonero v.s México*⁴², *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela*⁴³, y *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*⁴⁴, respectivamente.⁴⁵ Asimismo, existen ejemplos de cortes constitucionales que han adoptado el dictado de remedios estructurales como una herramienta para la transformación social, tales como la Corte Constitucional de Colombia⁴⁶, la Corte Constitucional Sudafricana y la Corte Suprema de la India.⁴⁷

En ese sentido, el alcance de los remedios judiciales parece ser un elemento clave del constitucionalismo transformador. Asimismo, la forma y nivel de detalle con el que dichos remedios sean ordenados, así como el mecanismo de seguimiento para su cumplimiento, llevan implícito un particular entendimiento tanto del rol del juez constitucional como del principio de separación de poderes.

2. Reflexiones críticas.

El constitucionalismo transformador propone una particular forma de resolver casos concretos a la luz de principios abiertos e indeterminados. Estos, al ser dotados de un significado y contenido específicos por parte de los jueces, hacen de la actividad judicial una actividad de creación de derecho. Tanto el paso interpretativo que existe entre una disposición constitucional –es decir, un texto– y una norma constitucional –es decir, un significado específico que debe atribuirse a dicho texto–, como la decisión sobre cuál es el remedio idóneo en un caso, son cuestiones respecto de las cuales puede haber desacuerdos razonables. Las propias jueces y juezas constitucionales suelen discrepar sobre cómo han de resolverse los casos que llegan a sus escritorios, y como tribunal terminan adoptando el criterio de mayoría de votos para tomar una decisión definitiva.⁴⁸ Por ello, no debe simplemente asumirse que la decisión sobre qué idea de constitucionalismo debe prevalecer es una que corresponde exclusiva y definitivamente a las juezas constitucionales.

Como quizá la lectora pueda ya anticipar, la persecución de una sociedad igualitaria y multicultural conllevan un entendimiento político específico sobre temas respecto de los cuales existe gran desacuerdo. Tal y como algunos liderazgos políticos lo han demostrado –entre ellos Mike Pompeo, quien fue secretario de Estado de los Estados Unidos durante la presidencia de Donald Trump⁴⁹– el multiculturalismo, por ejemplo, no es políticamente deseado por todos y todas en una democracia.

No pretendo concentrarme en responder cuál es exactamente la ideología que el constitucionalismo transformador propone, o si el término *postliberal* utilizado por Klare es o no el adecuado para describir la ideología que subyace al constitucionalismo transformador.⁵⁰ Tampoco es mi intención presentar argumentos a favor o en contra del multiculturalismo. La cuestión que considero central es el establecimiento de una ideología política específica a través de la constitución y la cultura jurídica.

Se puede estar a favor del estado de bienestar, el multiculturalismo, las acciones afirmativas y de un entendimiento del derecho informado por la filosofía moral y política. Sin embargo, consagrar dichas ideas en la constitución es definitivamente problemático. A no ser que estemos lidiando con las condiciones necesarias –incluyendo el libre ejercicio de ciertos derechos– para una democracia,⁵¹ al imponer un particular entendimiento de conceptos como justicia social a través de las letras de la constitución –o mediante su interpretación judicial– se corre el riesgo de transformar la tensión política entre izquierda y derecha en una tensión constitucional. En otras palabras, los desacuerdos razonables⁵² sobre qué ideología política o concepción de la justicia⁵³ debe ser adoptada –en general, pero también en un momento determinado y respecto a un problema en específico⁵⁴– parecieran estar para siempre resueltos y empujados en la constitución.

Tal y como Ran Hirschl ha argumentado, un análisis minucioso revela que las élites hegemónicas han apoyado –algunas veces activamente y otras tácitamente– el transferir, de la esfera política a la sede judicial, la resolución de grandes, persistentes y polémicas cuestiones políticas. Esta transferencia reduce los riesgos de las élites y les ayuda a mantener su status quo mediante el bloqueo de intentos de cambio político sustantivo provenientes de otras instituciones democráticas.⁵⁵ Dicha transferencia suele justificarse como un mecanismo en contra de la ‘tiranía de la mayoría’. Sin embargo, es frecuente que los jueces de las altas cortes también estén en desacuerdo y terminen tomando decisiones utilizando la regla de la mayoría.

Las acciones afirmativas son un caso ejemplar de desacuerdo entre cortes supremas de diferentes jurisdicciones sobre la consistencia de dichas acciones con el principio de igualdad⁵⁶. La relación entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación en general, y particularmente en casos de discriminación indirecta, es otro ejemplo de la existencia de desacuerdos entre las y los propios jueces de los tribunales supremos⁵⁷.

Esto significa que la solución al tipo de problemas que mencionaba Grimm es determinada por los jueces como proveniente de la constitución. La constitucionalización –ya sea por interpretación o por inclusión en el texto– de dichas soluciones implica sustraerlas de mecanismos democráticos que pudieran cambiarlas, tales como la elección de un distinto partido político, o de representantes del ejecutivo o el legislativo. Pareciera entonces que los desacuerdos razonables sobre están destinados a convertirse en desacuerdos sobre la constitución misma y el sistema político en ella establecido.

El hecho de que el poder judicial sea presentado por el constitucionalismo transformador como una rama del gobierno abiertamente política y que las cortes constitucionales sean las que finalmente terminen decidiendo los desacuerdos políticos a través de la interpretación de la constitución contribuye a una visión sobre los tribunales como sedes políticas a conquistar. Lo anterior incrementa cuando grupos de interés intentan conseguir sus objetivos políticos a través de litigios estratégicos y no mediante la legislación. Esto puede tener como consecuencia el debilitamiento de la representación democrática y la lógica mayoritaria que debiera prevalecer cuando se trata de resolver desacuerdos razonables.⁵⁸

Todo lo anterior puede contribuir a que la constitución sea percibida como un documento en disputa política en vez de un documento de unidad política que contiene las reglas necesarias para garantizar la existencia de un sistema deliberativo y democrático. Como consecuencia de ello, se genera una competencia política para apropiarse de la constitución y, desde luego, también de su último interprete: la corte constitucional. Este entendimiento de la constitución como documento en disputa política ha sido adoptado por movimientos y regímenes populistas,⁵⁹ aumentando las posibilidades de aquello que puede denominarse *apropiación constitucional* por parte de una facción de la sociedad.

La reciente crisis constitucional de Hungría, un país cuyo constitucionalismo poscomunista liderado por Lászlo Sólyom fue ampliamente admirado,⁶⁰ sirve como claro ejemplo de apropiación constitucional por un grupo.⁶¹ La victoria política del partido político Fidesz fue presentada por su líder Viktor Orbán como una “una revolución en las urnas”⁶² que otorgaba suficiente autorización política para adoptar una nueva constitución iliberal. Como Pál Sonnevend acertadamente menciona al analizar el constitucionalismo transformador de Hungría, “*the project of legal and social transformation through or on the basis of the constitution is anything but a one-way street*”.⁶³

Adicionalmente, debemos tener presente que el concepto de constitucionalismo transformador que desarrolló Klare es inherentemente optimista en tanto que promueve, a través de la interpretación, aplicación y creación del derecho por parte de los jueces, valores que son percibidos –y asumidos– como comunes. El optimismo inherente al concepto de Klare quizá fuese comprensible y justificado en la década en la que las dictaduras comunistas en Europa y el apartheid en Sudáfrica estaban siendo reemplazadas por valores como la democracia y el *rule of law*.⁶⁴ Hoy, sin embargo, vemos tanto en Europa como en Sudáfrica –y en otros países del mundo, incluido Estados Unidos– el surgimiento de un nuevo fenómeno político al que algunas personas han denominado populismo⁶⁵.

II. POPULISMO.

1. Populismo y democracia.

Quizá habría que comenzar por señalar que ‘populismo’ y ‘populista’ son términos polisémicos, es decir, términos a los cuales se les ha asignado una multiplicidad de significados.⁶⁶ Inclusive, en el discurso democrático, suelen ser utilizados tanto para calificar a detractores de la democracia como a quienes han venido para salvarla. Incluso, algunos han propuesto dejar de lado el término debido a que su ambigüedad no permite comunicar con precisión ninguna cuestión. Un ejemplo de ello puede verse en el diálogo sostenido entre Luciano Canfora y Gustavo Zagrebelsky, donde Canfora comienza diciendo:

‘Populismo’ es una palabra arrogante, condescendiente, *emunctae naris*, de nariz delicada diría el poeta latino Horacio. Cuando las oligarquías de diverso tipo entrevén que el único sujeto auténtico del Estado democrático, o sea el *demos*, puede contar algo o hay alguien que le induce a contar, en seguida echan mano de esta acusación: ahí hay populismo. Y es un arma impropia, una extorsión a la lengua, un insulto gratuito, también porque se usa de un modo omnilateral, entrecruzando fenómenos históricos y políticos distintos el uno del otro, e incluso distantes el uno del otro. Por eso yo sugeriría dejar de lado un término que no quiere decir nada preciso, como no sea, vagamente: «que-
daos en vuestro sitio»; si queréis contar demasiado, eso es populismo y, por tanto, no es bueno.⁶⁷

A pesar de lo tentadora que pudiera parecer la propuesta de Luciano Canfora, el uso recurrente y el significado que algunas autoras y autores le han dado al término populismo parece justificar su uso en el lenguaje político. Como bien señala en ese mismo diálogo Gustavo Zagrebelsky, las palabras de Canfora constituyen una importante advertencia para que pongamos atención al uso de las palabras y a la posibilidad de que estas pueden resultar engañosas por su multiplicidad de significados –y en algunos casos incluso opuestos– dependiendo de quién las pronuncia. Un ejemplo claro, además de ‘populismo’, sería la palabra ‘democracia’.⁶⁸

No renuncio a la utilización del término ‘populismo’ porque dicho término resulta imprescindible debido a su uso recurrente. Además, considero que ha de utilizarse porque el término ha surgido a partir de la necesidad de un nuevo lenguaje para calificar un fenómeno político que hoy intenta redefinir –algunos dirían revitalizar⁶⁹, otros desestabilizar o transformar⁷⁰– el proyecto democrático.⁷¹

Sin embargo, cuando se busca cuáles son los beneficios o amenazas del populismo frente a la democracia, primeramente, debemos definir –o al menos intentar definir– qué entendemos por populismo. En otras palabras, a qué fenómeno político estamos tratando de referirnos cuando utilizamos la palabra populismo.

Hay quienes sugieren que el núcleo mínimo que define al populismo consiste en la batalla moral entre ‘el pueblo’ y ‘las élites’.⁷² Si se adopta esta definición, muchos movimientos o líderes podrían calificar como populistas, entre ellos Salvador Allende⁷³ o Franklin Delano Roosevelt⁷⁴, por mencionar algunos. En otras palabras, cualquier movimiento o liderazgo que busque combatir a la oligarquía sería inmediatamente considerado como populista.⁷⁵

Sin embargo, Pierre Rosanvallon tiene una visión considerablemente distinta. Para Rosanvallon, el uso reciente y tan esparcido del término populismo se debe a la necesidad de usar un lenguaje distinto para calificar un fenómeno político inédito en el ciclo político que se abrió en el siglo XXI. En clara contradicción a lo sostenido por Tushnet y Bugarič, Rosanvallon considera que asimilar el populismo a su dimensión protestataria, incluyendo el estilo político y el tipo de discurso que entraña, es una manera equivocada de evaluarlos.⁷⁶ Respecto al establecimiento de distintas tipologías de populismo, Rosanvallon piensa que:

No ayuda a captar lo esencial: el núcleo de los elementos invariantes, así como las reglas de diferenciación de los casos particulares. Una tipología puede, en última instancia, terminar situando cada caso particular en una categoría específica. (...) Semejante ejercicio es el opuesto exacto de un trabajo de conceptualización: solo una manera de disfrazar la incapacidad para captar la esencia de las cosas.⁷⁷

A diferencia de Tushnet y Bugarič, quienes consideran que el populismo siempre adopta una ideología política, para Rosanvallon el populismo es en sí mismo una ideología política, y uno de sus elementos constitutivos es en efecto una concepción del pueblo fundada en la distinción entre “ellos” y “nosotros”. Sin embargo, existen otros elementos constitutivos. Para Rosanvallon, el populismo propone una teoría de la democracia que sacraliza los ejercicios de democracia directa, cuya visión de la soberanía rechaza a los cuerpos intermedios y a las instituciones de carácter no electoral (como los tribunales constitucionales) al pretender aprehender la voluntad general como algo susceptible de ser expresado espontáneamente.⁷⁸

Una reflexión de Zagrebelsky quizá pueda ser de utilidad para entender la sutil pero trascendente diferencia con que los populistas conciben los ejercicios de democracia directa:

Naturalmente, al hablar de democracia entiendo democracia en el sentido corriente de democracia liberal, basada en elecciones libres, en la competición entre varios partidos, etc. Entonces, la idea de fondo del populismo, si tomamos algún ejemplo histórico, es la siguiente: que el pueblo –que está en la palabra ‘populismo’, como también en la palabra ‘democracia’– existe, es, es importante, pero no sujeto activo: es sujeto reactivo. En otras palabras: las demandas sociales no surgen en proyectos políticos desde abajo a través de energías y organizaciones libres, sino que es quien está encima el que suscita respuestas de consenso, de modo plebiscitario. El populismo tiene ante sí a un pueblo indiferenciado; esto es: presupone una sociedad civil incapaz de producir demandas, solo capaz de dar respuestas de confirmación. De ahí se deriva el aspecto anti-elitista del populismo, que le aproxima a la democracia. Pero la democracia no es populista: es un régimen que se basa en los individuos, en la participación de los individuos, solos o asociados, que promueven energía de manera autónoma; que exigen, no solamente que responden. La diferencia es radical.⁷⁹

Por lo que ve a la representación populista, Rosanvallon coincide con Urbinati en que esta es presentada por el populismo mediante la figura de la “persona-pueblo” capaz de encarnar al pueblo mismo y remediar las deficiencias de las malas representaciones existentes. La representación del pueblo intenta presentarse más bien como encarnación del pueblo mismo por parte del líder político.⁸⁰

Respecto a la filosofía de la economía propia del populismo, Rosanvallon considera que esta está siempre informada por una visión soberanista que pretende reconstruir la voluntad política y asegurar la seguridad de una población.

Si bien es cierto que diversos fenómenos políticos –entre ellos el populismo– pueden también lograr resultados democráticos, esto no significa que dichos resultados deban ser reconocidos inmediatamente como pertenecientes al campo de la democracia. “No se trata de condenar o absolver políticas, sino de juzgar la concepción de gobierno de la que derivan.”⁸¹

2. Populismo y constitucionalismo

Para Tom Ginsburg no es coincidencia el hecho de que dos de los mayores detractores de la democracia (Viktor Orbán en Hungría y Jaroslaw Kaczyński en Polonia) sean abogados, en tanto que han avanzado cuidadosamente sus reformas para capturar el sistema político de una forma delicada, legalista y metódica.⁸² Lo anterior nos lleva a preguntarnos si el populismo contraviene el constitucionalismo y, de ser así, cómo es que lo hace.

Nuevamente, la respuesta dependerá de nuestra concepción de constitucionalismo. Para Tushnet y Bugarič, quienes consideran un constitucionalismo mínimo, la respuesta es “a veces sí, a veces no”.

Esto obedece, por una parte, a que, su concepción de populismo implica ligarlo a una determinada ideología (que puede ser o no compatible con el constitucionalismo). Por otra parte, se debe a que su concepción de constitucionalismo está conformada únicamente por los siguientes elementos:

- (i) La regla de la mayoría;
- (ii) Rigidez (entendiendo por ello el que ciertas políticas no puedan ser modificadas por una simple mayoría de votos. Entre ellas los derechos y estructuras necesarias para la toma de decisiones)
- (iii) Independencia judicial
- (iv) Actores y partidos políticos.⁸³

A su visión de las cortes constitucionales como meros obstáculos o vetos en el proceso democrático-constitucional debe contraponerse el argumento de que las cortes pueden ser espacios deliberativos de gran relevancia para aquellas que pertenecen a una minoría que difícilmente tendrá la oportunidad de proteger sus derechos a través de otras instituciones democráticas regidas por lógicas de representación mayoritaria.

A la respuesta de Tushnet y Bugarić en el sentido de que el populismo no siempre es contrario al constitucionalismo, podríamos contraponer las palabras de Zagrebelsky:

[L]as reglas, incluida la constitución, le vienen estrechas. Pues las constituciones de los regímenes populistas no son una constitución tal como la concebimos nosotros. Cuando el populismo toma el poder, redacta la constitución para su propio uso y consumo. Se hace el traje adaptado al cuerpo y no se modela el cuerpo para que entre en el traje. Pero entonces la constitución ya no es un límite para el poder y una garantía para todos, sino un instrumento del poder: siempre se la denomina constitución, pero se trata de dos cosas completamente distintas.⁸⁴

III. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y POPULISMO

El constitucionalismo transformador utiliza la constitución como un instrumento para imponer una ideología específica que puede ir más allá de las condiciones necesarias para una democracia deliberativa. Asimismo, concibe al poder judicial como una rama activista y creadora de derecho que ha de suavizar la línea que divide el derecho de la política.

Dichas ideas pueden llegar a ser interpretadas como movimientos elitistas cuya pretensión es sustraer las cuestiones políticas de los controles mayoritarios con la finalidad de proteger los intereses de unos cuantos. Asimismo, la adopción de un constitucionalismo transformador puede tener como efecto el elevar la tensión política natural entre izquierda y derecha a una tensión y convertirla en una tensión constitucional. En tanto la constitución y el poder judicial comienzan a ser presentados y percibidos como instrumentos abiertamente políticos y susceptibles de ser conquistados, se incrementa el riesgo de *apropiación constitucional* por parte de una facción de la sociedad.

Ciertos elementos de la ola populista contemporánea quizá puedan ser explicados como reacciones (in)directas en contra del constitucionalismo transformador. El discurso *antiestablishment* puede ser interpretado como una reacción en contra del trato que se da a las cuestiones políticas como cuestiones legales y cuya solución definitiva en términos constitucionales es transferidas a las cortes. El faccionalismo puede ser interpretado como una consecuencia de la percepción que se genera de la constitución como un documento en disputa política que sirve para imponer la ideología particular de los 'ganadores' y no como un documento de unidad política cuyo propósito es establecer las condiciones necesarias para una democracia deliberativa.

Notas de pie

* Maestro y candidato a doctor en derecho por la Universidad de Cambridge, Reino Unido.

1 Luis Prieto Sanchís, «El Constitucionalismo de los Derechos», en Teoría del Constitucionalismo. Ensayos Escogidos, Ed. de Miguel Carbonell, Trotta/IJ UNAM, Madrid, 2007, p. 215.

2 Para una distinción entre principios y valores puede verse: Gustavo Zagrebelsky, La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional, Trotta, Madrid, 2014, pp. 174-200; Riccardo Guastini, Interpretar y argumentar, CEPC, Madrid, 2014, pp. 183-221; Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 2012, capítulos 2 y 3.

3 Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 9.

4 Para algunos ejemplos sobre reflexiones escritas por jueces constitucionales sobre el papel que estos han de desempeñar en una democracia, véase: Aharon Barak, Un Juez Reflexiona Sobre su Labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008; Antonin Scalia, Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho, Palestra, Lima, 2015; Stephen Breyer, Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez, FCE, México, 2017; Gustavo Zagrebelsky, Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política, Trotta, Madrid, 2008.

5 Las versiones taquigráficas de dichas discusiones pueden ser consultadas en:-Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de septiembre de 2022: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva3.pdf>;

- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de septiembre de 2022:

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-23/6%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>;

- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2022:

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-08/8%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>

6 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de septiembre de 2022, op cit., p. 49

7 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de septiembre de 2022, op cit., p. 49

8 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de septiembre de 2022, op cit., p. 44

9 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de septiembre de 2022, op cit., p. 18-24

10 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2022, op cit., p. 4

11 Para un análisis sobre las diversas versiones del constitucionalismo en la teoría contemporánea, véase: Micaela Alterio, Corrientes del Constitucionalismo a Debate, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

12 Discusión del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de septiembre de 2022, op cit., p. 61

13 Para un análisis sobre los rasgos característicos del neoconstitucionalismo, véase: Micaela Alterio, Corrientes del Constitucionalismo a Debate, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Núm. 8, enero-diciembre de 2014 pp. 229 -253; Miguel Carbonell (Ed.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta/IJ UNAM, Madrid, 2009; Miguel Carbonell (Ed.), Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos, Trotta/IJ UNAM, Madrid, 2007.

14 Luis Prieto Sanchís, «El Constitucionalismo de los Derechos», en Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos, Ed. de Miguel Carbonell, Trotta/IJ UNAM, Madrid, 2007, p. 215.

15 Palabras del Ministro Arturo Zaldívar, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), con motivo de la Ceremonia del CII Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, celebrada en el Teatro de la República, en Querétaro, Querétaro. Puede consultarse en: <https://www.cjf.gob.mx/documentos/salaprensa/discursos/2019/discurso1.pdf>

16 Mensaje Inaugural del Ministro Presidente Arturo Zaldívar durante La Master Class “El Papel Transformador De Los Tribunales Constitucionales En El Derecho Comparado” emitido el 8 de agosto de 2022. Puede consultarse en: <https://arturozaldivar.com/wp-content/uploads/2022/08/MENSAJE-INAUGURAL-MINISTRO-ARTURO-ZALDI%CC%81VAR-DURANTE-MASTER-CLASS-PAPEL-DE-TRIBUNALES-CONST-EN-EL-DERECHO-COMPARADO.pdf>

- 17 Idem.
- 18 Ibidem.
- 19 Por ejemplo: Mexico's populist president faces crucial test in elections in June, *The Economist*, 27 mayo 2021: <https://www.economist.com/briefing/2021/05/27/mexico-populist-president-faces-a-crucial-test-in-elections-in-june>
- 20 Desmond King and Roger M. Smith, "Populism, Racism, and the Rule of Law in Constitutional Democracies Today", en Mark A. Graber et al., *Constitutional democracy in Crisis?*, Oxford University Press, 2018, p. 461
- 21 Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, 14:1, pp. 146-188.
- 22 Sobre el constitucionalismo transformador y su existencia no solamente en –o más allá de– el Sur Global, véase: Michaela Hailbronner, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, Issue 3, 13 November 2017, pp. 527-565.
- 23 Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", op. cit., p. 150.
- 24 Idem.
- 25 Klare afirma haber intencionalmente escogido el término "postliberal" frente a otros como "socialdemócrata" porque, a su parecer, ninguna de las rúbricas políticas tradicionales realmente captura las cualidades esenciales del experimento Sudafricano. Véase: Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", op. cit., p. 150.
- 26 Idem.
- 27 Ibidem.
- 28 Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la Sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 53 y ss.
- 29 Idem, pp. 53 y 54.
- 30 Ibidem, pp. 55-56.
- 31 La Sección 33 del 'Catálogo de derechos', mismo que forma parte de la Constitución de Canadá, faculta a las legislaturas locales y al Parlamento determinar que una determinada ley será aplicada a pesar de contrariar algún derecho contenido en el propio catálogo. El ejercicio de dicha facultad se encuentra restringido a un tiempo no mayor a cinco años.
- 32 <https://www.nytimes.com/2021/04/20/world/canada/quebec-religious-symbols-ruling.html>
- 33 Erhard Denninger y Dieter Grimm, op. cit., pp. 56-57.
- 34 Prius Langa, *Transformative Constitutionalism*, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 17, Issue 3, 2006, p. 352.
- 35 Idem, p. 353.
- 36 Ibidem, p. 356.
- 37 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 9.
- 38 Prius Langa, *Transformative Constitutionalism*, *Stellenbosch Law Review*, op. cit., p. 355.
- 39 Véase: Artículo 34 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, adoptado por la Comisión Internacional de Juristas, así como Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones [Resolución adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 diciembre de 2005.] Estos instrumentos son considerados como normas no vinculantes o "soft law" en el derecho internacional.
- 40 Para una discusión más profunda sobre remedios, así como sobre remedios estructurales en materia de derechos humanos, véase: Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, CEPC, Madrid, 2018; Diego de G. Romero Rivero, *Structural Remedies in Regional Human Rights Regimes. A Comparative Analysis*, Cambridge, 2022. [Documento presentado como parte del Public Law Thesis Seminar del LLM (2021-22) de la Universidad de Cambridge bajo la dirección de Peter Cane.]
- 41 Por casos estructurales entiendo, siguiendo a Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, como aquellos que: 1. Afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2. Involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. Implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso. Véase: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015. Acceso gratuito en línea disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf
- 42 Corte IDH, *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.
- 43 Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150.

44 Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.

45 Para un análisis más detallado sobre remedios estructurales dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase: Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, op. cit., pp. 111-133 y 129-158, y; Diego de G. Romero Rivero, *Structural Remedies in Regional Human Rights Regimes. A Comparative Analysis*, op. cit., pp. 22-37.

46 Para un análisis sobre remedios estructurales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, véase: Manuel José Cepeda Espinoza y David Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, 2017, Parte II, Sección 6.

47 Un análisis interesante sobre los remedios estructurales dictados por cortes constitucionales en el Sur Global, incluyendo casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional Sudafricana y la Corte Suprema de la India, puede verse en: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, op. cit.

48 Una de las principales obras sobre la objeción a la revisión judicial ha sido escrita por Jeremy Waldron. Véase, Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

49 Véase: CNN, *Pompeo attacks multiculturalism, saying it is 'not who America is'*, publicado el 19 de enero de 2021, y consultable en <https://edition.cnn.com/2021/01/19/politics/pompeo-multiculturalism-tweet/index.html>

50 Para una discusión sobre si postliberal es el término correcto para describir la ideología implícita en el constitucionalismo transformador, véase: Upendra Baxi, *Preliminary notes on transformative constitutionalism*, and; Theunis Roux, *A brief response to Professor Baxi*, in Oscar Vilhena, Upendra Baxi and Frans Viljoen (editors), *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*, University of Pretoria, Johannesburg, 2013.

51 Para una discusión sobre qué ha de entenderse por democracia deliberativa, puede verse: Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003; Jürgen Habermas, *Factividad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2010.

52 Véase, Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

53 Para un análisis de las teorías contemporáneas de la justicia, véase: Rodolfo Vázquez, *Teorías Contemporáneas de la Justicia*, IJ-UNAM/CECQ/ITAM/CEAD, México, 2019.

54 Un ejemplo interesante sobre un conjunto de circunstancias particulares que requieran un cambio en la ideología política es la pandemia causada por el COVID-19. Quizá ciertos países consideraban que la mejor manera de combatirla era mediante la adopción de medidas influidas por una ideología meramente comunitarista. Sin embargo, la ideología empotrada en la constitución puede impedir que adopten este tipo de medidas a través de un procedimiento democrático y deliberativo. Ello empujaría a que una reforma constitucional –o una mutación constitucional lograda mediante interpretación judicial– sea vista como la única opción políticamente viable para modificar la teoría de la justicia plasmada en la constitución.

55 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, Capítulo 3 y conclusiones.

56 Robert P. George expone argumentos razonables en el capítulo 6 de su libro *Conscience and its Enemies*, Intercollegiate Studies Institute, 2013. Ahí, Robert George analiza *Gratz v. Bollinger* y *Gutter v. Bollinger*, dos casos importantes relacionados con acciones afirmativas que fueron decididos por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Una defensa sobre la legitimidad de las acciones afirmativas puede encontrarse en: Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2015, Capítulo 8.

57 Un caso interesante es *Fraser v. Canada* (2020), resuelto por la Suprema Corte de Canadá. En dicho caso se analizó si el plan de pensiones de la Royal Canadian Mounted Police otorgaba un trato desigual a aquellas personas que no trabajaban de tiempo completo (la mayor parte de ellas mujeres) frente a otros trabajadores. Las personas que trabajaban tiempo completo podían “comprar de vuelta” su crédito de pensión en caso de ser suspendidas de sus obligaciones o si se ausentaban sin paga, lo que a la larga resultaría en una pensión mayor. En cambio, aquellas que no trabajaban de tiempo completo estaban impedidas para “comprar de vuelta” cualquier crédito de pensión. La mayoría de los jueces (seis) consideraron que el derecho a la igualdad había sido violado debido a que los efectos del plan generaban una mayor desventaja para las mujeres y no así para los hombres. Una minoría de tres jueces estuvo en desacuerdo. Para una breve reseña del caso, véase: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38505-eng.pdf>

- 58 Carlos Bernal, Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law— Part II: The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court, *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 31, 2018, at: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/> Esta entrada origina un interesante debate en el blog entre el entonces Juez de la Corte Constitucional Colombiana, Carlos Bernal Pulido, y Jorge González Jácome, Véase: Jorge González Jácome, The Promise and Peril of “Transformative Constitutionalism” – A Reply to Justice Carlos Bernal, *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 27, 2018, at: <http://www.iconnectblog.com/2018/12/the-promise-and-peril-of-transformative-constitutionalism-a-reply-to-justice-carlos-bernal/> and Carlos Bernal, The Challenges of Transformative Constitutionalism – A Reply to Jorge González Jácome, *Int'l J. Const. L. Blog*, Jan. 1, 2019, at: <http://www.iconnectblog.com/2019/01/the-challenges-of-transformative-constitutionalism-a-reply-to-jorge-gonzalez-jacome/>
- 59 Tal y como Nadia Urbinati lo explica, el populismo, en caso de ser exitoso, elimina la brecha que existe entre el derecho constitucional y la legislación ordinaria, y constitucionaliza la voluntad de una mayoría en particular. Véase: Nadia Urbinati, *Me the People. How populism transforms democracy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2019, p. 191.
- 60 Véase: Lázlo Sólyom and Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy*, University of Michigan Press, 2000.
- 61 Una explicación más detallada sobre el cambio en la cultura constitucional de Hungría puede verse en: Láslo Sólyom, The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, in Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Portland USA, 2015.
- 62 <https://edition.cnn.com/2010/WORLD/europe/04/26/hungary.election.results/index.html>
- 63 Pál Sonnevend, “Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis. Lessons from the Hungarian Case”, en Armin Von Bogdandy et al, *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, 2017
- 64 Idem.
- 65 Véase: Jan-Werner Müller, *¿Qué es el populismo?*, Grano de Sal, México, 2017; Nadia Urbinati, *Me the People. How populism transforms democracy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2019; Pierre Rosanvallon, *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica.*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020; Cristobal Kaltwasser, et al. (ed.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, UK, 2017.66 Cas Mudde y Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017, p.1; “Populismo constitucional. Allan Brewer-Carias y Rodrigo Uprimny en conversación con Sergio Dahbar”, de fecha 30 de enero de 2020, en el marco del Hay Festival celebrado en Cartagena.
- 67 Luciano Canfora y Gustavo Zagrebelsky, *La máscara de la oligarquía. Un diálogo al cuidado de Geminello Preterossi*, Madrid, Trotta, 2020, p. 97.
- 68 Idem, p. 98.
- 69 Entre quienes se encuentran Wendy Brown, Nancy Fraser, Ernesto Laclau y Chantal Mouffe.
- 70 Como lo sugieren Jan-Werner Müller, Nadia Urbinati, Gustavo Zagrebelsky y Pierre Rosanvallon.
- 71 Pierre Rosanvallon, *El siglo del populismo. Historia, Teoría, Crítica*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, p.
- 72 Así lo han hecho, por ejemplo, Mark Tushnet y Bojan Bugarič (siguiendo a Mansbridge y Macedo) en su reciente obra: Mark Tushnet y Bojan Bugarič, *Power to the Pople. Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford University Press, 2021, pp. 45-48.
- 73 Véase: Discurso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 4 de diciembre de 1972.
- 74 Franklin D. Roosevelt, ‘Campaign Address at Madison Square Garden’, New York City, Oct. 31 1936, en *Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, Vol. 5: *The People Approve 1936*. pp. 668-569.
- 75 Mark Tushnet y Bojan Bugarič, *Power to the Pople. Constitutionalism in the Age of Populism*, op. cit., p. 53
- 76 Pierre Rosanvallón, *El Siglo del Populismo*, op. cit., pp. 14-16.
- 77 Idem, p. 17.
- 78 Ibidem, p. 19.
- 79 Luciano Canfora y Gustavo Zagrebelsky, *La máscara democrática de la oligarquía*, op. cit., p. 99.
- 80 Pierre Rosanvallón, *El Siglo del Populismo*. op. cit., pp. 49 a 55; Nadia Urbinati, *Me The People. How Populism Transforms Democracy*, op. cit., capítulo 3.
- 81 Luciano Canfora y Gustavo Zagrebelsky, *La máscara democrática de la oligarquía*, op. cit., p. 100
- 82 Tom Ginsburg, *International Courts and Democratic Backsliding*, *Berkeley Journal of International Law*, Volume 37, Issue 2, (2019), p. 288.
- 83 Mark Tushnet y Bojan Bugarič, *Power to the Pople. Constitutionalism in the Age of Populism*, op. cit., pp. 12 y ss.
- 84 Luciano Canfora y Gustavo Zagrebelsky, *La máscara democrática de la oligarquía*, op. cit., 2020, p. 115.

“El derecho a la información en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana”

Carlos Martín Gómez Marinero



“El derecho a la información en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana”

Carlos Martín Gómez Marinero

Resumen

El derecho a la información ha tenido un crecimiento exponencial en el mundo desde la última década del siglo XX. En México, en el transcurso de los últimos años, se han advertido importantes definiciones en cuanto al contenido y alcance de ese derecho, principalmente, a partir de los precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por ello, en el presente trabajo se plantea examinar el derecho a la información en la jurisprudencia de dicha Corte a partir de tres etapas definitorias: 1) un periodo prelegislativo, de 1977 a 2001; 2) una etapa legislativa y de desarrollo de las primeras bases constitucionales, de 2002 a 2013, y 3) un periodo de definición constitucional y homogenización legislativa, a partir de 2014.

Palabras clave:

Acceso a la información, derecho a la información, transparencia, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

AbstrAct:

The right to information has had exponential growth in the world since the last decade of the 20th century. In Mexico, in recent years, important definitions have been noted about the content and scope of this right, mainly based on the jurisprudence by the Supreme Court of Justice of the Nation. For this reason, in this paper it is proposed to examine the right to information in the jurisprudence of that Court from three stages: 1) in a pre-legislative period, from 1977 to 2001; 2) in a legislative and development stage of the first constitutional bases, from 2002 to 2013, and 3) a period of constitutional definition and legislative homogenization, from 2014 until the present.

Keywords:

Access to information, right to information, transparency, jurisprudence (case law), Supreme Court of Justice of the Nation.

Introducción

Si bien los derechos fundamentales suponen uno de los aspectos del desarrollo del individualismo y del protagonismo que adquiere el hombre individual en el nuevo orden económico y social que surge en el tránsito a la modernidad (Peces-Barba, 1998: 21), el caso del derecho a la información tiene un reconocimiento tardío pues, aunque la publicidad fue un elemento característico del liberalismo, la transparencia en los sistemas democráticos se remonta a las últimas décadas del siglo XX (Ackerman y Sandoval, 2013: 23). En este sentido, en el presente trabajo se plantea examinar el contenido y alcance del derecho a la información en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a partir de tres etapas: 1) un periodo prelegislativo, de 1977 a 2001; 2) una etapa legislativa y de desarrollo de las primeras bases constitucionales, de 2002 a 2013, y 3) una etapa de definición constitucional y homogenización legislativa, a partir de 2014.

El derecho a la información en el periodo prelegislativo

En esta primera etapa, la SCJN caracterizó el derecho a la información a partir de tres notas distintivas: su identificación como una garantía social subsumida en una reforma política, su consideración como elemento del derecho a la verdad, y su identificación como una especie de garantía individual con cierta indefinición en su contenido y alcance.

El 6 de diciembre de 1977 se publicó la reforma constitucional en materia política que tuvo como propósito sentar las bases del pluralismo político. El artículo 6o. de la Constitución federal que, desde 1917 reconocía la libertad de expresión como una garantía individual, añadió una parte final para establecer que el derecho a la información “será garantizado por el Estado”. En este contexto, en agosto de 1983, el abogado Ignacio Burgoa solicitó conocer información relacionada con los montos del crédito contraído con entidades extranjeras. Ante la omisión de la autoridad responsable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el abogado promovió un juicio de amparo, el cual fue negado en primera instancia.

Derivado de lo anterior, la Segunda Sala conoció del amparo en revisión 10556/1983, pero confirmó el sentido del fallo al considerar que, de la iniciativa de reforma constitucional de octubre de 1977 y del respectivo dictamen, se deducía que el derecho a la información se instituyó con motivo de la llamada “reforma política” y que consistió básicamente en que el Estado permitiría que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifestará de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos.

Con posterioridad a la reforma constitucional en materia judicial del 31 de diciembre de 1994, que perfiló a la Corte como tribunal constitucional, ésta volvió a pronunciarse respecto al alcance del derecho a la información con motivo de la solicitud de investigación 3/1996 realizada por el Ejecutivo federal a propósito del caso conocido como Aguas Blancas. La facultad de investigación realizada por la Corte tuvo como fundamento el entonces artículo 97 constitucional que le autorizaba averiguar la violación grave de garantías individuales.

Con una herramienta similar a la empleada en el amparo en revisión 10556/1983, la SCJN retomó el examen de la iniciativa de reforma política de 1977, pero adicionalmente identificó el derecho a la verdad como elemento del derecho a la información. La Corte en esa ocasión precisó que, si las autoridades públicas asumen actitudes como entregar información manipulada, incompleta o condicionada a intereses de grupos o personas, que vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave de la garantía individual consignada en el artículo 6o. de la Constitución federal (tesis P. LXXXIX/96).

Entre 1997 y 2001, previo a la publicación de las primeras normas en materia de transparencia en México, la SCJN identificó el derecho a la información, ya no como una garantía social, sino como una especie de garantía individual, aunque con cierta indefinición en cuanto a su contenido y alcance. En el amparo en revisión 2137/1993, la Segunda Sala precisó que el particular carecía de interés jurídico para impugnar el informe de labores rendido por el presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al no constituir un acto autoritario que vulnerara directamente una garantía individual al encontrarse dirigido al Pleno de ese órgano (tesis 2a. XIII/97). Es decir, al no estar dirigido al promovente, no le causaba ningún perjuicio, en la medida que el informe lo rendía al Tribunal y no al público en general, existiendo cierta similitud a lo razonado en el juicio de origen del amparo en revisión 10556/1983, en el que se distinguió entre información dirigida a un sector determinado y la solicitada por particulares (Cossío, 2002: 217-219).

Posteriormente, el Pleno resolvió el amparo en revisión 3137/1998, en el que determinó que la difusión de la información “no puede ser indiscriminada o general, ni obedecer a la simple curiosidad del ciudadano, sino a un interés que legitime o relacione al solicitante con la información deseada y que la difusión de ésta, aun en ámbitos tan reducidos, no perjudique el interés público” (tesis P. LXI/2000). Por otra parte, identificó las limitaciones del derecho que se sustentarían en la protección de la seguridad nacional y en el respeto “tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como «reserva de información» o «secreto burocrático»” (tesis P. LX/2000). Estas limitaciones que se identificaron en el fallo fueron poco precisas a diferencia de lo que ocurre hoy en día con las categorías de información reservada y confidencial.

Por otra parte, el 7 de marzo de 2000, el Pleno resolvió los amparos en revisión 3008/1998 y 2099/1999. El primer caso tiene como antecedente una solicitud de información relativa al expediente clínico, información que fue negada con apoyo en el artículo 22 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (relativo a la confidencialidad de los documentos en posesión del Instituto). Una vez que la Corte reafirmó el carácter de garantía individual del derecho a la información (tesis P. XLV/2000) estimó que, si bien el artículo impugnado negaba la entrega de la información solicitada, esto no podía generar un perjuicio en

la quejosa en tanto que también tenía el carácter de actora en un juicio ante las autoridades del fuero común, las cuales estaban en posibilidad de solicitar la información que la norma contemplaba como confidencial (Cossío, 2002: 327).

El segundo asunto tuvo que ver con el reclamo de la inconstitucionalidad del artículo 48 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (que eximía a la Comisión de la obligación de entregar las pruebas que le fueren solicitada a los particulares, pues discrecionalmente podía determinar si procedía o no su entrega); en esa ocasión, el Pleno determinó que, si bien la normatividad establecía una discrecionalidad en favor de la Comisión, no se afectaba a la quejosa porque al ser parte en el expediente se encontraba plenamente informada del contenido de su interés (Cossío, 2002: 331).

El derecho a la información en la etapa legislativa y primeras bases constitucionales

El 11 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, norma que previó a los sujetos y órganos responsables en los procedimientos para atender solicitudes de información y sus eventuales impugnaciones. Entre 2002 y 2007 se publicaron las treinta y dos leyes de transparencia en sus respectivas entidades federativas y la del Distrito Federal, lo que “supuso una verdadera «reforma-estructural», puesto que vino a reconfigurar los términos en que los habitantes del país se relacionan con sus autoridades” (Carbonell, 2019: 592). Ello hizo necesario establecer las bases del derecho de acceso a la información a través de la reforma del artículo 6o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007. En este contexto, la extensión, procedimientos y desarrollo del derecho a la información se caracterizó por la determinación del contenido del derecho, así como su objeto y límites.

En uno de los primeros precedentes de esta etapa, el Pleno resolvió la controversia constitucional 61/2005. En la resolución se replanteó buena parte del entendimiento del derecho a la información que se había desarrollado en la etapa previa, de modo que se le identificó como un derecho intangible y, enseguida, se refirió la reforma constitucional en la materia el 20 de julio de 2007. La Corte enfatizó en una nota distintiva, y que reiteraría en sucesivos asuntos, relativa a que el derecho a la información tiene un doble carácter: como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos, esta fórmula ya se había desarrollado en el ámbito interamericano. Además, el fallo destacó la doble característica del derecho a la información, como una garantía individual y como una garantía social, aunque respecto a este último punto no se hizo en términos de lo resuelto en el amparo en revisión 10556/1983, sino como mecanismo de control institucional (controversia constitucional 61/2005).

Por otra parte, la Primera Sala, dentro del amparo directo en revisión 2044/2008, resolvió un tema de libertad de expresión en el que también se abordó el entendimiento del derecho a la información. En este sentido, determinó que tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales (tesis 1a. CCXV/2009), denotando tanto el contenido del derecho a la información, como su función instrumental. Una vez aproximado el objeto del derecho a la información, la Sala precisó que el control ciudadano sobre las personas que ocupan, o han ocupado, cargos públicos fomenta la transparencia de las actividades estatales y se justifica en la medida que existe un margen amplio de protección para la difusión de información y opiniones en el debate político o sobre asuntos de interés público (tesis 1a. CCXVII/2009).

Como se ha precisado, la reforma constitucional en materia de transparencia del 20 de julio de 2007, otorgó —de acuerdo al artículo primero transitorio— un año para que federación, estados y Distrito Federal modificaran o expidieran sus respectivas leyes en la materia. A partir del cumplimiento de ese precepto se plantearon controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas y adecuaciones que mandataba el artículo transitorio. En la acción de inconstitucionalidad 56/2009, el Pleno determinó que el artículo 48 de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Campeche no trasgredía los principios de máxima publicidad y gratuidad, contenidos el artículo 6o. constitucional, a pesar de disponer que el derecho a la información no comprendía la consulta directa de los expedientes pues, para la SCJN, el acceso a la información no implicaba necesariamente permitir a una consulta de esa naturaleza, pues también debían salvaguardarse datos confidenciales e información reservada en observancia del artículo 16 constitucional.

Una vez aproximado el contenido del derecho a la información, la Segunda Sala estableció los alcances de su objeto: la información pública. En una decisión que derivó de la contradicción de tesis 333/2009 entre el Tercer y el Décimo Tribunal Colegiados en materia administrativa del Primer Circuito se planteó si el monto total de las cuotas sindicales aportadas por los trabajadores de Petróleos Mexicanos (ente de la administración pública descentralizada) era información susceptible de darse a conocer a terceras personas que lo solicitaran.

Esa interrogante se respondió con apoyo en el artículo 6o. de la Constitución federal y la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, de cuyo contenido la Corte interpretó que es información pública el conjunto de datos de autoridades o particulares en posesión de los poderes constituidos del Estado, que hayan sido obtenidos por causa del ejercicio de funciones de derecho público. En este sentido, el entendimiento de lo que es información pública excluyó aquellos casos en que la causa fuera diversa al ejercicio de funciones de derecho público, es decir, no necesariamente tomó en cuenta que la información personal puede tener el carácter de no confidencial cuando se actualice algún supuesto de excepción a través del parámetro o prueba de interés público.

Otra lectura del artículo 6o. de la Constitución conllevó a considerar que al preverse que “toda información en posesión de cualquier autoridad es pública”, en realidad, vinculaba la definición de lo público con la posesión de la información, con independencia de la causa u origen con que se hubiera obtenido. El Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 56/2011, determinó que más que un concepto o definición, el artículo 6o. constitucional, en su redacción, preveía un principio de presunción de publicidad y precisó que la información, por el sólo hecho de estar en poder de una autoridad, es en sí misma pública, para efectos de la transparencia de la actuación estatal.

Por otra parte, la SCJN también se refirió a un límite del derecho a la información, el relativo a los datos contenidos en las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos que solo podrían ser difundidos con la autorización del declarante. En el amparo en revisión 599/2012, el Pleno señaló que la información contenida en declaraciones patrimoniales era personal y privada, pues del análisis de las normas constitucionales y de los tratados internacionales no se desprendía la exigencia de su publicidad, en atención al reconocimiento de la protección de la privacidad de los servidores públicos. Lo que se estimó, no obstante, la perspectiva de la existencia de un umbral con menor resistencia normativa e, inclusive, convencional a la que se sujetan los servidores públicos, como se había reconocido en el amparo directo en revisión 2044/2008, de la Primera Sala de la Suprema Corte.

En otros casos, la Corte sí precisó los parámetros para identificar los límites del derecho a la información. En un primer asunto, en el amparo en revisión 168/2011, la Primera Sala precisó que la información reservada busca proteger intereses públicos y, a su vez, la información confidencial significa un límite derivado de la protección a la vida privada y los datos personales. La propia Sala, al resolver el amparo en revisión 173/2012, estableció que la limitación de este derecho, en su vertiente de información reservada, debe vincularse con la realización de una prueba de daño, es decir, la valoración, fundada y motivada, de proporcionar o no la información, a partir de demostrar que el objetivo reservado resultaría mayormente afectado que los beneficios de difundir la información.

En sentido similar, en el amparo en revisión 38/2017, relativo al acceso a un procedimiento relacionado con violaciones graves de derechos humanos, con motivo de la investigación de hechos ocurridos entre enero de 2014 y diciembre de 2015 (es decir, bajo la vigencia de la Ley Federal de Transparencia de 2002), si bien la Corte refirió que la normatividad de transparencia prevé límites del derecho de acceso a la información entre los supuestos de las investigaciones en trámite, lo cierto es que la norma establecía que no podría invocarse el carácter de reservado tratándose de investigaciones de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad, de modo que la Sala determinó que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, acorde a sus atribuciones, podía determinar la calificación de violación grave de derechos humanos para los efectos del acceso a la información pública.

Periodo de definición constitucional y homogenización legislativa

Derivado de la limitación de los alcances del derecho a la información de sindicatos o declaraciones patrimoniales de servidores públicos, así como la disparidad de legislaciones en las entidades federativas, se planteó la homologación en la regulación del derecho a la información a partir de la reforma constitucional del 7 de febrero de 2014, así como de la expedición de una Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública el 4 de mayo de 2015. La labor de homologar las leyes locales de transparencia a los contenidos de la Ley General de Transparencia por parte de las legislaturas de las entidades federativas y la facultad atribuida al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales para impugnar normas en materia de derecho a la información y datos personales a través de la acción de inconstitucionalidad conllevó a que, entre abril y junio de 2019, el Pleno discutiera y resolviera 23 acciones de inconstitucionalidad en contra de las legislaciones de 16 entidades federativas.⁹

Si bien en el primer proyecto presentado al Pleno —la acción de inconstitucionalidad 38/2016 y acumulada— se planteó que la regulación de los medios de impugnación, en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, correspondía a una facultad exclusiva del Congreso de la Unión, por mayoría de siete votos se rechazó ese planteamiento y se reconoció la competencia de las entidades federativas para regular esa materia.

Un parámetro que tomó en cuenta el Pleno para estimar la invalidez de las disposiciones impugnadas en las acciones de inconstitucionalidad tuvo que ver con la exigencia de mayores requisitos a los establecidos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En este sentido, el Pleno estimó inconstitucional exigir la representación legal para promover el recurso de revisión y requerir la firma como requisito de la solicitud de información, como lo preveían las leyes de Ciudad de México y Sinaloa, pues se imponían mayores requisitos a los precisados en la Ley General, lo que obstaculizaba el ejercicio del derecho a la información (acciones de inconstitucionalidad 45/2016 y 112/2017).

En relación con las causas de reserva de información, la SCJN declaró la invalidez de las legislaciones de Veracruz, Chihuahua y Jalisco (acciones de inconstitucionalidad 91/2016 y acumulada; 73/2017; y 56/2018, respectivamente). La normatividad veracruzana porque amplió el parámetro para estimar la reserva respecto de aquella contenida en revisiones y auditorías, pues si bien la Ley General preveía un supuesto similar, este se encontraba condicionado a que obstruyeran las actividades, entre otras, de auditoría relativas al cumplimiento de una ley, mientras que en el caso veracruzano ese supuesto fue genérico.

En el caso de las normativas de Chihuahua y Jalisco porque las leyes en materia de seguridad pública preveían supuestos de reserva de la información de manera permanente e indeterminada. Por otra parte, las normas que el Pleno estimó válidas fueron: 1) las relacionadas con los requisitos —como no contar con título profesional— para ocupar el cargo de comisionado del órgano garante; 2) la configuración del sistema de nombramiento de los comisionados del órgano de transparencia local, y 3) el sistema administrativo del órgano garante local que organiza y coordina sus atribuciones (acciones de inconstitucionalidad 108/2016; 74/2018 y 139/2017); incluso, el Pleno reiteró que si las entidades federativas reproducían el texto de la Constitución federal —o en este caso de la Ley General— ello no es en sí mismo inconstitucional.

Este paquete de asuntos resuelto por la SCJN reitera el particular modo en que se ha desarrollado el federalismo mexicano a partir de una reciente caracterización de la acción de inconstitucionalidad, al tomar en cuenta como parámetro de control los contenidos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.¹⁰

La Ley General de Transparencia previó un instrumento a cargo de la SCJN en el que determinaría los alcances y límites del derecho a la información: el recurso de revisión en materia de seguridad nacional. El primer recurso que resolvió la Corte fue el expediente 1/2016, en el que se revisó un criterio reiterado del órgano garante nacional respecto al que la Corte matizó que no toda información numérica relacionada con las actividades del Centro de Investigación y Seguridad Nacional es información pública, por el hecho de ser estadística.

Por otra parte, en el recurso de revisión 1/2015, el Pleno delimitó el alcance del recurso de revisión en materia de seguridad nacional al considerarlo un recurso extraordinario, aunque con cierta indeterminación en cuanto a su funcionalidad: ¿desempeñaría la función de limitar el contenido del derecho a la información? En este orden de ideas, sería preocupante que se inviertan los supuestos de excepción y se constituyan, en realidad, como reglas generales, es decir, el riesgo de que conceptos genéricos como el “interés público” o la “seguridad nacional” sean la premisa o base de la restricción desplazando al principio de publicidad de la información.

Otro de los temas que el Pleno resolvió tuvo que ver con el principio de gratuidad establecido en el artículo 6o. constitucional. Así, en las acciones de inconstitucionalidad 5/2017 y 13/2018 determinó que el objetivo de ese principio consistía en evitar la discriminación, pues tiene como finalidad que todas las personas, sin importar su condición económica, puedan acceder a la información y que el cobro por concepto de búsqueda de información constituía un obstáculo para el ejercicio de ese derecho.

En otra oportunidad, la Segunda Sala resolvió el amparo en revisión 1005/2018, relativo al bloqueo de un ciudadano por parte de un servidor público en la red social Twitter. Para resolver el caso, la Corte citó el marco legal constituido por normas internacionales, fundamentalmente del ámbito interamericano, así como por el desarrollo del derecho a la información del propio tribunal: sus dimensiones individual y colectiva; la identificación de su contenido, es decir, la comprensión de los derechos de difundir, buscar y recibir información; el alcance del derecho a la privacidad de un servidor público en la era digital, para luego identificar el ejercicio de los derechos a la información y privacidad en Internet y en las redes sociales.¹³

En el ámbito procesal, el Pleno determinó los alcances del derecho a la información en relación con el derecho de acceso a la justicia. En la contradicción de la tesis 10/2017, la Corte determinó que si se ofrecía como prueba dentro de un juicio de amparo determinado documento, aun cuando se hubiera clasificado como reservado y/o confidencial, procedía su requerimiento, tendiendo a la garantía de un adecuado derecho de defensa y de desahogo de pruebas que prevé el artículo 121 de la Ley de Amparo, pues la documentación estaría bajo el control del juzgador y no a la disponibilidad del particular. La decisión fue útil para delimitar las reglas del derecho de acceso a la información y su relación con otros procedimientos existentes con anterioridad a las disposiciones en materia de transparencia, pues ello de ninguna manera debe constituir un obstáculo para el ejercicio de otros derechos como el acceso a la justicia efectiva.

Finalmente, en esta última etapa se definió la obligación de publicar la totalidad de las sentencias por parte de los poderes judiciales y no solo las que estos identificaran como de “interés público”. La Primera Sala en el amparo en revisión 271/2020 reconoció la relevancia que tiene la divulgación y el fácil acceso a las sentencias emitidas por los tribunales del país, pues su comprensión permite conocer qué conductas están permitidas, prohibidas u ordenadas, así como tener plena certeza de cómo los jueces, al individualizarlas, las interpretan y aplican, por lo que la publicidad de cualquier sentencia implicaría un tema de interés público.

Conclusión

En una primera etapa, el derecho a la información se caracterizó por la limitación e indeterminación de su objeto y contenido. La dificultad de impulsar criterios interpretativos para el desarrollo de este derecho obedeció a que en los primeros casos se empleó la interpretación exegética que caracterizó la labor de la Corte de aquella época pues, como se ha señalado, “la interpretación funcional o teleológica... constituye una puerta abierta para recibir la influencia de concepciones sociales y políticas predominantes en cierto momento, sobre todo a través del concepto de la «voluntad del legislador», aun del legislador constituyente” (Fix-Fierro, 2000: 177-180).

En la segunda etapa, la SCJN tuvo cada vez mayor oportunidad de aproximarse al estudio del derecho a la información, no solo a través del amparo, sino de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad; no obstante, varios de los criterios fueron condicionados por el marco normativo, primordialmente el interno, cuya interpretación resultó insuficiente para responder los requerimientos de información, también destaca la necesidad de reglas claras y uniformes para justificar los límites del derecho a la información y la publicidad, por ejemplo, de las declaraciones patrimoniales de servidores públicos.

En la tercera etapa se incorporaron los temas que habían constituido un obstáculo para el ejercicio del derecho a la información en los años previos. Primordialmente, la Corte se avocó a revisar la adecuada homologación de la legislación local en materia de transparencia, tomando como referencia la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y depurando —con el nuevo andamiaje jurídico— sus precedentes de las etapas anteriores, con la inclusión, cada vez mayor, de los precedentes del ámbito interamericano.

¿Hacia dónde se dirige la etapa actual de este derecho? Tal pareciera que al desarrollo de sus alcances en relación con la seguridad nacional, las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la salud pública. Desde otra perspectiva, también es necesario contar con información que cumpla con la cualidad de ser verificable, veraz y oportuna, lo que constituye una herramienta útil para la transición de este derecho a otros estadios, como la transparencia pro activa y el gobierno abierto en el contexto de la democracia deliberativa.

Bibliografía

Ackerman, John y Sandoval, Irma (2013). Leyes de acceso a la información en el mundo. Colección “Cuadernos de transparencia”. 7. México: IFAI.

CarBonell, Miguel (2019). Los derechos fundamentales en México. 6a. ed. México: Porrúa-UNAM-CNDH.

Cossío, José Ramón (2002). “El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo.

Fierro, Ana Elena (2020). “Leyes generales: ¿problemas o soluciones del federalismo mexicano?”. Nexos.

Fix-Fierro, Héctor (2000). “Poder Judicial”. En gonzález, María del Refugio y López ayllón, Sergio (eds.). Transiciones y diseños institucionales. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

López Ayllón, Sergio y Posadas Urtusuástegui, Alejandro (2006). “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”. Documentos de Trabajo del CIDE. 18. México.

Peces-BarBa, Gregorio (1998). “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En peces-BarBa, Gregorio et al. (dirs.). Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson.

“El neuroderecho como un nuevo ámbito de protección de los derechos humanos”

Enrique Cáceres Nieto - Carmen Patricia López Olvera



El Neuroderecho como un nuevo ámbito de protección de los derechos humanos

Enrique Cáceres Nieto - Carmen Patricia López Olvera

Resumen

El objetivo de este trabajo es arrojar luces sobre la relación entre el neuroderecho y la epistemología jurídica aplicada, como un nuevo ámbito de protección de los derechos humanos. Se realizó una investigación analítica en los ámbitos de la ética y el derecho cuyos resultados permitieron analizar las relaciones entre el neuroderecho a nivel prejurídico y jurídico. Se propone el neologismo “neuroepistemología forense” para denotar el estudio de las neurociencias y neurotecnologías en la determinación de la verdad en el derecho y se exponen algunos casos presentados en tribunales de distintos países. El trabajo concluye con una reflexión sobre los dilemas que pueden presentarse entre la protección de derechos humanos como resultado del uso de las neurotecnologías en el derecho.

Palabras clave:

derechos humanos, neurociencias, neuroderecho, neuroepistemología forense, técnicas neurocientíficas y determinación de la verdad, epistemología jurídica aplicada.

AbstrAct:

AbstrAct: The main objective of this paper is to shed light on the relationship between neurolaw and applied legal epistemology, as a new approach to the protection of human rights. An analytical study was carried out to examine the relationship between neurolaw, at a prelegal and legal level. The neologism “forensic neuroepistemology” is proposed to denote the study of the role of neurosciences and neurotechnologies in the determination of truth in the law. Some cases from different countries are presented to show the real impact of neurotechnologies on judicial proceedings. The paper concludes with observations on the dilemmas that may arise between human rights by using neurotechnologies in the legal domain.

Keywords:

human rights, neurosciences, neurolaw, forensic neuroepistemology, neuroscientific techniques and determination of truth, applied legal epistemology.

Introducción

El surgimiento de la neurociencia social y el neuroderecho. ii. Neuroética, neuroderecho y neuroderechos. iii. Los distintos sentidos de la palabra “neuroderecho”. iv. Neurociencias, neurodeterminismo y derecho. v. Técnicas neurocientíficas para la determinación de la verdad en el derecho: neuroepistemología forense. vi. Conclusiones. vii. Referencias bibliográficas.

Este trabajo es producto de las investigaciones realizadas en el Laboratorio de Constructivismo Jurídico, Cognición, Complejidad y Derecho, dirigido por Enrique Cáceres Nieto en el Instituto de Investigaciones de la UNAM.

**

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; investigador asociado en el Centro de Ciencias de la Complejidad, UNAM. Correo electrónico: encacer@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7196-7970>.

Doctora en Derecho. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Correo electrónico: patlopezolvera@unam.mx; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5005-8145>.

I. El surgimiento de la neurociencia social y el neuroderecho

Con el paso del tiempo se han ido desdibujando las fronteras que separaban a las distintas ciencias para dar paso a disciplinas emergentes y nuevas formas de comprender el mundo. Desde una visión retrospectiva, las “parcelas” científicas aparecen como el andamiaje histórico necesario para la emergencia de nuevas formas de organización científica que se manifiestan en la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad que caracterizan actualmente al quehacer científico.

A nuestro juicio, dos nuevos paradigmas han sido especialmente significativos en la nueva manera de entender el mundo: las ciencias cognitivas y las ciencias de la complejidad.

La diferencia entre las ciencias cognitivas clásicas y la neurociencia social es que aquellas se ocuparon del estudio del cerebro considerándolo como una unidad independiente, mientras que la neurociencia social busca encontrar la conexión entre entidades biológicas y entidades sociales.

La neurociencia social emerge gracias a diversos avances científicos y tecnológicos ocurridos a lo largo del siglo XX, por ejemplo, desarrollos en hemodinámica, adquisición de imágenes electrofisiológicas y nuevas técnicas para la realización de análisis más sofisticados y focalizados de las lesiones cerebrales; capacidad de manipulación focalizada del cerebro mediante técnicas no invasivas como la estimulación magnética transcraneal; integración de neuroimágenes a través de técnicas como la resonancia magnética funcional o la tomografía por emisión de positrones; avances en neuroendocrinología y genética; nuevas técnicas para la visualización anatómica y funcional de la conectividad neuronal, etcétera.

El término “neurociencia social” fue presentado por primera vez por John Cacioppo y Gary Bernston en su trabajo “Social Psychological Contributions in the Decade of the Brain” (1992). Tal vez hubiera sido más apropiado usar “neurociencias sociales” o “neurociencias de la conducta social”, dado que no estamos hablando de una ciencia en singular, sino de la participación de varias ciencias investigando “el mismo objeto”. Sin embargo, ha sido la expresión “neurociencia social” la que ha sido integrada a los usos lingüísticos de la comunidad.

En el trabajo referido, Cacioppo y Bernston presentaron su “doctrina del análisis multinivel” que sentaría las bases de la neurociencia social hasta nuestros días. En ella sostienen que a pesar de que el cerebro es fundamental para la comprensión de la conducta social, esta es tan compleja que requiere ser estudiada en diferentes niveles, a través de diferentes ciencias mediante un análisis integrador y con base en tres principios: el principio de determinismo múltiple, que significa que un evento puede tener diversas causas en distintos niveles; el principio de determinismo no aditivo, el cual sostiene que el todo es más que la suma de las partes, y el principio del determinismo recíproco, según el cual puede haber una influencia mutua entre diferentes eventos en diferentes niveles.

En síntesis, el proyecto de la neurociencia social se concibe como el producto de la cooperación de investigaciones provenientes de distintas disciplinas que estudian eventos en cada uno de los diferentes niveles de los que emerge la conducta social: biología molecular, genética, endocrinología, neurología, neuroendocrinología, farmacología, neurociencia, primatología, filogenia, etnología, antropología, filosofía, etcétera.

Con base en esto, el término “neurociencia social” puede definirse como la interdisciplina integradora de conocimientos científicos encargados del estudio de los fenómenos celulares, genéticos, endócrinos, químicos y neurológicos de los que emerge la conducta social.

Es importante destacar que por “conducta social” la neurociencia social no sólo entiende a la humana, sino también a la no humana, lo que abre un espacio relevante para la filogenia y, por tanto, la posibilidad de encontrar propiedades anatómicas, fisiológicas y funcionales entre eventos realizados por distintas especies.

En cuanto a la conducta humana se refiere, es objeto de estudio de la cognición social otra novedosa área de investigación que tiene problemas propios tales como la formación de impresiones, las representaciones mentales, los estereotipos, etcétera, mismos que pueden ser estudiados a través de los métodos característicos de la neurociencia social y de metodologías diferentes a las neurocientíficas.

Es importante subrayar que las distintas ciencias involucradas en la neurociencia social no se limitan al estudio de la conducta, sino que, de manera muy importante, se ocupan de los procesos subemergentes a dicha conducta.

Uno de los problemas ontológicos de la nueva interdisciplina consiste en definir e identificar lo que podemos denotar con la expresión “conducta social”, problema que cae en el terreno del análisis conceptual característico de la filosofía.

La neurociencia social no estudia a la conducta social de manera global y genérica, sino que investiga procesos específicos involucrados en eventos de una clase determinada susceptibles de ser estudiados en diferentes niveles e incluso entre diferentes especies, como ocurre con las investigaciones endocrínicas y neurológicas de la conducta prosocial en primates y humanos.

En lo relativo a la historia de la neurociencia social, como ha mostrado la sociología de la ciencia, la existencia de un científico o grupo de científicos produciendo un nuevo tipo de conocimiento no es suficiente para la cristalización de una nueva disciplina o interdisciplina. Ello requiere de la estructura institucional que caracteriza a la ciencia como una empresa social.

La neurociencia social empezó a institucionalizarse durante la primera década de este siglo, pasando de la nebulosa al cristal: se comenzó a usar el término por la comunidad científica para referirse a su propio trabajo, surgieron departamentos especializados en distintas universidades, publicaciones especializadas como *Social Science* y *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, se comenzaron a organizar congresos especializados y surgieron asociaciones internacionales como la *International Interdisciplinary Society of Social Neuroscience*. Durante este período, la producción científica fue básicamente anglosajona.

Tomando la afortunada expresión usada por Jonatan García, Juan González y Paola Hernández, se puede afirmar que durante la segunda década el interés por la neurociencia social la ha convertido en “una constelación en expansión” (García et al., 2012) que ha desbordado los linderos del mundo anglosajón y está redefiniendo la agenda de investigación de múltiples disciplinas interesadas por el estudio de la conducta social humana en campos específicos. Algunos ejemplos son la neuroeconomía, la neuroética, la neuro-mercadotecnia, las neurofinanzas, la neuropedagogía, la neuropolítica, el neuroderecho (recientemente), etcétera. El impacto de la neurociencia social en estos ámbitos es tan importante que está derrumbando muchos de los supuestos en los que se cimentaron las respectivas áreas del conocimiento durante mucho tiempo, como ocurre con el supuesto del hombre como maximizador racional de la economía, derrotado por la economía conductual y la neuroeconomía.

II. Neuroética, neuroderecho y neuroderechos

Las relaciones entre la ética y la neurociencia han conformado un complejo campo de estudio, de carácter interdisciplinario, denominado “neuroética”. La Conferencia Mundial sobre Neuroética, patrocinada por la Fundación Dana, celebrada en San Francisco, en mayo de 2002, convocó a neurocientíficos, médicos, expertos en técnicas de neuroimagen, derecho y humanidades, responsables políticos y representantes de medios. En esta conferencia, la neuroética es entendida en su doble acepción, como la “ética de la neurociencia”, que se ocupa de los problemas éticos, sociales y legales, asociados al desarrollo de la investigación en neurociencia y sus aplicaciones. La otra acepción es la “neurociencia de la ética”, que se propone investigar los sistemas neurales que son la base de las intuiciones, juicios y comportamientos morales, así como dar cuenta de la conciencia, autoconciencia, libertad, responsabilidad, mente social, emociones, empatía, etcétera.

Más recientemente, en 2017, un grupo interdisciplinario y representantes de empresas tecnológicas se reunió en la Universidad de Columbia para debatir sobre neuroética y las neurotecnologías con el fin de formular lo que llamaron los “neuroderechos”, como parte de la cuarta generación de los derechos humanos (Yuste et al., 2017), estos:

...apuntan la privacidad mental, la identidad, el derecho de agencia, o el libre acceso a las tecnologías, y con ello evitar la tecnoeugenesia, relativa a la intervención activa en la línea genética en el marco de los derechos humanos, aceptados por la mayoría de Estados y organizaciones internacionales, donde debería buscarse el mínimo común de consenso a partir del cual sea posible afrontar los retos de las biotecnologías, por lo que los mismos tendrían que ser el criterio regulador de estas nuevas tecnologías científicas, constituyendo el primer criterio inspirador y el límite estricto de cualquier normativa, tanto jurídica como ética (Sánchez, 2020).

Dicho grupo se planteó que las directrices éticas existentes, incluyendo la Declaración de Helsinki, de la World Medical Association (Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, 1964), así como el Informe Belmont, elaborado por la Comisión Nacional de los Estados Unidos para la Protección de Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica (1979) eran insuficientes.

Como resultado de los debates sostenidos en la Universidad de Columbia se propusieron cinco neuroderechos que deberían ser desarrollados e incorporados en tratados internacionales:

a) Derecho a la preservación de la identidad personal. Las neurotecnologías pueden alterar la identidad personal y la naturaleza del yo, como ocurre con algunas personas que han recibido estimulación cerebral profunda mediante electrodos implantados en su cerebro y reportan sentir una alteración en su sentido del yo. Las formulaciones de consentimiento informado en caso de intervenciones quirúrgicas en el cerebro también deben alertar sobre el riesgo de posibles alteraciones en la personalidad de los pacientes.

b) Derecho a la no interferencia en la libertad de decisión. Se debe garantizar que las personas no sean manipuladas por las neurotecnologías y evitar el riesgo de que al verse alterada la actividad neuronal al estar conectadas a tecnología de este tipo, puedan sentirse invadidas por terceros al tomar decisiones.

c) Derecho a la privacidad de datos neuronales. Se debe garantizar que los datos neuronales solo sean compartidos con consentimiento expreso de los sujetos de quienes se han obtenido. Esta protección se vuelve especialmente relevante para evitar posibles abusos de empresas comerciales que puedan estar interesadas en el uso de dichos datos.

d) Derecho a la equidad en el mejoramiento de la capacidad cerebral. Distintos avances científicos y tecnológicos en el ámbito de las neurociencias han dado lugar a lo que en el ámbito anglosajón se conoce como *cognitive enhancement* o *neuroenhancement*, cuyo objetivo es la mejora de las habilidades cognitivas de personas sanas, lo que puede dar lugar a situaciones de inequidad si únicamente quienes cuentan con los recursos económicos suficientes para someterse a este tipo de técnicas pueden beneficiarse de ellas. Es necesario que se busquen mecanismos para evitar el surgimiento de un elitismo cognitivo basado en diferencias sociales (Diéguez, 2017; Harari et al., 2017; García, 2020).

e) Derecho a la protección frente a los sesgos de los algoritmos. En la evolución de la inteligencia artificial se pueden distinguir dos grandes períodos: el primero correspondiente a la inteligencia artificial simbólica o como se conoce en el ámbito anglosajón *Good Old-Fashioned Artificial Intelligence*, por una parte, y la nueva inteligencia artificial, por la otra.

La primera, también conocida como “inteligencia artificial simbólica”, se caracteriza por un conjunto de métodos basados en la representación del conocimiento humano de alto nivel. Algunos de dichos métodos son la formalización lógica, la elaboración de algoritmos para la solución de problemas, las redes semánticas, escenarios, etcétera. Una de sus ventajas es que a los humanos les permite tener acceso, comprensión y control sobre las operaciones realizadas por la computadora. Por ejemplo, en un sistema experto basado en reglas de producción usando lógica proposicional es posible seguir el proceso inferencial realizado por el sistema.

Por otra parte, la nueva inteligencia artificial, también conocida como inteligencia artificial subsimbólica, se caracteriza por el desarrollo de modelos matemáticos y métodos tales como las redes neuronales, algoritmos genéticos, probabilidad bayesiana, machine learning, deep learning, minería de datos, etcétera, para procesar enormes volúmenes de información imposibles de procesar por los seres humanos.

Este es el tipo de inteligencia artificial que ha invadido la vida cotidiana a través de nuevas tecnologías, como los sistemas de recomendaciones. A diferencia de lo que ocurría con la inteligencia artificial tradicional, las computadoras no se basan en representaciones del conocimiento humano, sino que ejecutan procesos sumamente eficientes, sin que los humanos podamos seguir exactamente lo que está haciendo el sistema.

Es importante destacar que a pesar de su sofisticación y altísima probabilidad de certeza en las respuestas, estos sistemas, al igual que ocurre con la cognición humana, pueden cometer errores e incluso actuar de manera sesgada. Tal es el caso del sistema de clasificación Google Photos que cometió el error de clasificar a una pareja de personas negras como gorilas e hizo que la empresa pidiera disculpas (BBC News, 2015).

En este sentido, es importante desarrollar mecanismos que prevengan e impidan sesgos en el tratamiento de datos neurológicos por parte de sistemas de inteligencia artificial.

Es importante destacar que el impacto de las neurociencias ha generado importantes debates prejurídicos. Como suele suceder, las discusiones prejurídicas tienen lugar antes de leyes novedosas, con el fin de definir lo que deberá pasar a formar parte del marco normativo. En este caso, dichas discusiones han tenido lugar en el ámbito de las filosofías moral y política, pero ya con pretensiones de pasar a formar parte del derecho, particularmente en tratados internacionales.

El hecho de que la consideración de los derechos humanos desde la perspectiva neurocientífica no esté impactando en una sola área del conocimiento, sino a varias que pueden tener distintas formas y grados de interrelación, hace necesario un esclarecimiento conceptual que permita ubicar con precisión los problemas que las neurociencias plantean específicamente al derecho.

III. Los distintos sentidos de la palabra “neuroderecho”

El giro neurocientífico no ha pasado desapercibido en el derecho, dando lugar a lo que en contextos internacionales se ha dado en denominar *neurolaw*.

Probablemente debido a su novedad, poco análisis filosófico conceptual ha sido realizado en torno a la definición de dicha expresión y otras que podrían considerarse semánticamente equivalentes.

El primer problema que surge al analizar dicho término es que en los actuales juegos del lenguaje se usa para referirse a la regulación jurídica de la experimentación neurológica, o a la aplicación de técnicas neurológicas usadas para comprender mejor la forma en que operan los juristas, o como disciplina auxiliar del derecho. Algo semejante ha ocurrido con la neuroética, problema que aceptablemente ha sido resuelto distinguiendo entre “la ética de las neurociencias”, concebida como una rama de la bioética, y la “neurociencia de la ética”, entendida como el uso de la neurociencia para estudiar el comportamiento moral.

Con el término “neurolaw” ocurre algo semejante como con “neuroética” y, por tanto, parecería que el problema semántico en el derecho podría ser resuelto distinguiendo entre “el derecho de las neurociencias”, encargado de la regulación de la investigación y del uso de la neurociencia (por ejemplo, la admisibilidad o no de pruebas neurológicas sobre la inimputabilidad), y “la neurociencia del derecho”, entendida como la aplicación de las neurociencias para la comprensión de la conducta jurídica, incluyendo la toma de decisiones de los jueces. Sin embargo, “neurolaw” presenta dificultades adicionales no sólo por razones semánticas, sino también epistémicas.

La diferencia entre las tradiciones jurídicas romana germánica y la anglosajona implica formas distintas de hacer neurolaw. Los teóricos que han estado forjando a la novedosa interdisciplina en centros de investigación y que participan en los congresos internacionales y publicaciones especializadas provienen básicamente de la tradición anglosajona. Dado que en ella el derecho es generado básicamente a partir de precedentes judiciales producidos por jueces que habitualmente tienen que resolver problemas morales y no del derecho estatutario, es frecuente que sus reflexiones sean muy parecidas a las que tienen lugar en la neuroethics, lo que le resta identidad epistémica al neurolaw.

Por lo que respecta al problema semántico, las dificultades para encontrar una expresión equivalente a “neurolaw” en español no son menores. Veamos si un abordaje analítico puede arrojar luces al respecto.

“Law” es un término polisémico en inglés. Tiene varios significados vinculados “como por un aire de familia”: 1) un enunciado normativo (artículo o precepto particular en nuestra tradición); 2) un conjunto de preceptos (equivalente a una ley en nuestro sistema); 3) un área del conocimiento teórico o “científico” (sentido que se le da cuando se habla de “lawschool” o de doctrina), y 4) un sentido filosófico usado en obras como la de Hart, *The concept of Law* (2012).

En español, “derecho” también es polisémica, pero no comparte los mismos sentidos de la palabra “law”. En español, “derecho” significa: 1) una permisión o expectativa normativamente justificada (sentido de “derecho subjetivo”); 2) el conjunto de las normas de un Estado (equivalente a “sistema jurídico”); 3) “ciencia” del derecho; 4) conjunto de normas (Ley del Impuesto sobre la Renta), y 5) sentido filosófico. En español no usamos el término “ley” para denotar un enunciado normativo, en su lugar empleamos “norma”, “artículo”, “precepto”, etcétera. Por otra parte, en inglés no existe un significado equivalente a “ciencia del derecho” en español como sinónimo de “dogmática jurídica” o “doctrina”. El término más cercano sería “jurisprudence” el cual en español sería equivalente a “teoría general del derecho” o “filosofía jurídica” (como se usa en el clásico *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, de John Austin (1998).

Con base en lo anterior, la palabra “derecho” se muestra como el mejor sintagma para instanciar la variable “x” en “neuro-x”, ya que cubre el mayor dominio de denotación respecto a otras expresiones como

“neuroley”, la cual deja fuera de su dominio lo denotado por “derecho” en los demás sentidos de la expresión, por ejemplo, el de “ciencia del derecho”. Lo mismo ocurre con “neurociencia del derecho” que elimina de su dominio a los demás sentidos, entre ellos el designado por la palabra “ley”, así como lo relativo a la regulación jurídica de las neurociencias.

Además de las razones semánticas, en español también hay razones epistémicas relativas a la demarcación del explanandum que habrá de cubrir la denominación de la nueva interdisciplina. Los operadores jurídicos de la tradición romana germánica, y en particular los jueces, deciden con base en modelos mentales constituidos por andamiajes cognitivos que integran tanto al conocimiento de las leyes, los derechos subjetivos, las teorías propias de la dogmática jurídica —por ejemplo, la teoría general del delito—, como las teorías filosóficas —por ejemplo, la teoría de la ponderación de Robert Alexy (1963). A diferencia de otros neologismos, “neuroderecho” cubre la totalidad de dicho andamiaje cognitivo y a su soporte neurológico como soporte explicativo de la nueva interdisciplina.

Continuando con el abordaje analítico de la expresión “neuroderecho” e incorporando los factores epistémicos referidos, surge la necesidad de dar cuenta de la particular polisemia de esta expresión en un sentido semejante al referido previamente para “neurolaw”. En un primer sentido se refiere a lo denotado con “derecho de las neurociencias”; en un segundo sentido a “neurociencias del derecho”, o mejor dicho “neurociencia de los operadores jurídicos”. Hasta aquí la semejanza de la polisemia con la de “neuroética” es clara; sin embargo, “neuroderecho” presenta un tercer sentido que no tiene equivalente en neuroética y que puede ser denotado con la expresión “neurociencias auxiliares del derecho”.

Con base en lo anterior, se ofrece la siguiente estipulación para “neuroderecho”: interdisciplina encargada de estudiar la regulación jurídica de la investigación en neurociencias y su aplicación al derecho (derecho de las neurociencias), así como los factores neurológicos que intervienen en los procesos cognitivos y comportamentales de los operadores jurídicos (neurociencia del derecho) y la forma en que las neurociencias pueden auxiliar a la práctica jurídica (neurociencias auxiliares del derecho).

Además de hacerse cargo de la polisemia de la expresión, la definición propuesta también lo hace de los problemas epistémicos aludidos, ya que delimita un terreno de investigación que enmarca tanto a la tradición romana germánica, como a los trabajos de la tradición anglosajona que no son investigaciones en neuroética camufladas de neurojurídicas.

Con respecto al segundo sentido de la expresión “neuroderecho” (neurociencia del derecho), es importante hacer algunas precisiones: la referencia al estudio de los factores neurológicos como una de las propiedades designativas de la definición, corresponde a una escala de análisis subsimbólica de los procesos cognitivos de los operadores jurídicos, cuyo correlato a escala simbólica corresponde a lo que podríamos denotar con la expresión “derecho experimental”. Su objetivo es analizar las representaciones mentales y realizar el análisis de las tareas cognitivas de los operadores jurídicos. De esta manera, “neuroderecho” establece un paralelismo epistémico con la neuroeconomía (nivel subsimbólico) y la economía experimental (nivel simbólico), respectivamente.

Una vez esclarecidos los distintos significados de la expresión “neuroderecho” y haberlos distinguido de “neuroderechos” en sentido moral prejurídico, podemos enfocarnos en una problemática en particular cuyos efectos en los derechos humanos, entendidos desde la perspectiva del derecho, son fundamentales: el problema del uso de las neurociencias en el terreno de la epistemología jurídica aplicada, su relación con las llamadas neurotecnologías y sus implicaciones para los derechos humanos.

IV. Neurociencias, neurodeterminismo y derecho

Como en muchas otras áreas del conocimiento (por ejemplo, la economía), se sigue partiendo del supuesto de que somos agentes maximizadores, es decir, que tomamos, o al menos debemos tomar, decisiones en función de balances costos-beneficios. Dentro de dichas áreas se encuentra el derecho, así como las teorías jurídicas dominantes. Ambas asumen que los destinatarios del derecho son agentes racionales consciente y volitivamente responsables de las conductas que realizan conforme, o contra, las normas. Conjuntamente con este supuesto se encuentran al menos otros dos que, en su conjunto, constituyen lo que se ha propuesto llamar “idealizaciones cognitivas”.

Dichos supuestos son que el derecho es una cuestión de normas dadas (heredero de la epistemología empirista ingenua) y que regula la conducta social a través de la sanción (Schauer, 2015). La articulación de dichos supuestos en las representaciones sociales de los juristas (y de la sociedad en general) opera de la manera siguiente: las normas son estímulos dados y objetivos que están al alcance de cualquier agente racional quien puede decidir consciente y volitivamente si en un contexto dado se comporta conforme a lo establecido por una norma jurídica o no, como producto de una ponderación entre la

probabilidad e intensidad de la sanción a la que se haría acreedor (estímulo aversivo) y la motivación que significa para él realizar la conducta contraria al derecho.

Algunos ejemplos del tipo de balances que se asume que las personas realizan bajo la tesis del maximizador racional son: 1) si cometo el delito de robo, ¿qué tan probable es que me descubran y me metan en prisión?, donde el beneficio o ganancia corresponde a obtener una cosa de manera indebida, y el posible costo la prisión; o 2) ¿debo mentir para evitar que descubran que llevé a cabo un delito?, aquí el costo consiste en mentir a costa de incumplir un deber moral o jurídico, y el beneficio en no ir a prisión.

Sancionar a alguien por haber actuado en contra de una norma jurídica se justifica cuando la conducta ha contravenido lo establecido por la norma, como resultado de un querer ir contra la misma a pesar de las consecuencias legales que ello traiga aparejado, lo cual implica asumir la atribución de responsabilidad de sus actos al agente en cuestión. Que estos supuestos forman parte de nuestros hábitos mentales como juristas se pone de manifiesto en distinciones conceptuales ligadas a la responsabilidad, como es el caso de la diferencia entre “dolo” y “culpa”.

Ahora, ¿qué sucedería si alguien justificara su comportamiento diciendo: “no fui yo, fue mi cuerpo”? o “es que hay procesos psicológicos sobre los que no tengo control que operan a nivel inconsciente y la supuesta consciencia es meramente un epifenómeno de dichos procesos? A alguien le podría parecer que dichos enunciados no están muy alejados de enunciados que podrían haber tenido sentido en el medioevo como “no fui yo, fue Satanás a través de mí”. Obviamente, dado su carácter metafísico anclado en el pensamiento mágico, enunciados de este tipo, no fundamentados en la ciencia, hoy día deberían ser rechazados. Sin embargo, ¿qué sucedería si justificaciones no medievales como las referidas anteriormente acerca de que el responsable de nuestras conductas es nuestro cuerpo, y no nosotros, contaran con soporte científico? ¿constituye esto una reapertura de la vieja discusión filosófica sobre el determinismo y el libre albedrío?

Preguntas de este tipo son sumamente importantes en la filosofía jurídica, dado que nos llevan a reconsiderar muchas de las categorías con las que hemos caracterizado al derecho desde hace siglos, entre ellas, muchos de los conceptos jurídicos fundamentales ligados con la idea del derecho como mecanismo de control social. Por ejemplo, si no castigo a quienes son inimputables por una supuesta falta de control consciente sobre sus decisiones y la ciencia muestra que todas nuestras decisiones, no solo las de los inimputables, son generadas a través de procesos fisiológicos e inconscientes (como los que tienen lugar en nuestro sistema inmunológico), entonces ¿dónde queda la justificación de tratar distinto a los inimputables de los imputables?; si resulta que la gran mayoría de la población desconoce el derecho ¿dónde queda el supuesto de que pueden tomar sus decisiones con base en balances costos-beneficios entre lo que significa realizar una conducta ilícita y la probabilidad de ser acreedor a una sanción?; ¿es cierto que la gente se comporta en sociedad por seguir lo que establece el derecho?; si es cierto que la conducta de la gente emerge de procesos sobre los que no tiene control y, por tanto, la atribución de responsabilidad tal como la conocemos carece de sentido, entonces, ¿qué sucede con el derecho como medio de control social? Estas y muchas otras preguntas se han abierto como resultado de los avances en neurociencias y han dado lugar a lo que se conoce como “neurodeterminismo”, el cual tiene importantes implicaciones no solo en la ética, sino también para el neuroderecho y la epistemología jurídica aplicada.

Si es cierto que nuestras conductas son precedidas por procesos fisiológicos sobre los que no tenemos control consciente, entonces, gracias a las neurotecnologías puede ser posible saber si un testigo, perito o inculpado están diciendo la verdad (o al menos lo que genuinamente es verdad para ellos) en los procesos judiciales; sin embargo, la aplicación de estas novedosas técnicas también puede significar derechos humanos como los de la privacidad (entendida como privacidad sobre los pensamientos), o el derecho a la no autoinculpación.

Como es de suponer, no es posible dar respuestas contundentes cuando los debates científicos se encuentran en plena efervescencia; aunque consideramos que puede ser de utilidad proporcionar una panorámica general del estado del arte respecto a un problema puntual en el ámbito del neuroderecho y su relación con los derechos humanos y el neurodeterminismo.

Como se ha dicho previamente, los avances en el ámbito de las neurociencias han sido posibles gracias a los que han tenido lugar en otros ámbitos científicos y tecnológicos, por ejemplo, las técnicas de resonancia magnética funcional, de potenciales evocados, la estimulación magnética transcraneal, la tomografía por emisión de positrones, etcétera.

Lo que presentamos a continuación es un marco general de las técnicas neurocientíficas que están siendo ofrecidas como medios para determinar la responsabilidad de sujetos presuntamente responsables de haber cometido delitos.

Es importante aclarar que nos concretamos a describir lo que ha estado ocurriendo en sede judicial, sin pronunciarnos sobre la eficacia o no de dichas tecnologías como auxiliares para la determinación de la verdad.

V. Técnicas neurocientíficas para la determinación de la verdad en el derecho: neuroepistemología forense

La determinación de la verdad en el derecho es un proceso cognitivo complejo que implica la ponderación de los pesos epistémicos atribuidos a pruebas y contrapruebas presentadas en la configuración del proceso dialógico y derrotante que antecede a la sentencia. Con base en esto, la contribución de las técnicas neurocientíficas se traduce en la posibilidad de asignar pesos epistémicos a enunciados aseverativos de estados psicológicos de los agentes, que se presuponen como condición para la atribución de responsabilidad y, por tanto, determinación de la sanción.

Algunas técnicas surgidas en el seno de las neurociencias que se han considerado útiles para la determinación de la verdad en procesos judiciales son: a) funcional Magnetic Resonance Imaging (fMRI); b) brain fingerprinting, y c) Brain Electrical Oscillations Signature Test (BEOS).

Creemos que el estudio de la utilidad de estas y otras neurotecnologías como medios auxiliares para la determinación de la verdad en el derecho puede dar lugar a una nueva área interdisciplinaria susceptible de ser denotada con la expresión “neuroepistemología forense”, como parte del neuroderecho como disciplina auxiliar (tercer sentido), cuyo objetivo es determinar la aportación de dichas técnicas a la determinación de la verdad de proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes, mediante la evaluación de la dinámica neurológica de los participantes en procesos jurisdiccionales. Como parte de esta nueva interdisciplina quedarían comprendidas la neuropsicología y la neuropsiquiatría forenses.

La diferencia entre la “neuroepistemología forense” respecto a la neuropsicología y neuropsiquiatría forenses es que éstas se ocupan de la determinación de las características clínicas de los presuntos responsables que pueden impactar en la determinación de su grado de responsabilidad en la comisión de un delito; en términos dogmáticos, se suelen vincular con la imputabilidad y antijuridicidad. La “neuroepistemología forense”, por su parte, se ocupa de la determinación de la verdad de personas que no presentan ningún cuadro clínico psicológico o psiquiátrico y, en términos de dogmática penal, sería asociable a la tipicidad.

A continuación, se describe en qué consisten cada una de estas técnicas, así como sus alcances en materia de determinación de la verdad en el ámbito jurídico.

1. Funcional Magnetic Resonance Imaging (fMRI)

Uno de sus usos en el derecho consiste en superar las limitaciones del polígrafo mediante la obtención de imágenes de los procesos cerebrales que tienen lugar cuando un sujeto está mintiendo o tratando de engañar (Monteleone et al., 2009).

“Frente al polígrafo, que era criticado por la doctrina porque se limitaba a registrar la actividad del sistema nervioso periférico, esta técnica presentaba la ventaja de analizar la actividad del sistema nervioso central, en el que se producen los eventos cognitivos” (Villamarín, 2014: 84).

De acuerdo con Monteleone et al. (2009: 529) algunos estudios de resonancia magnética funcional (fMRI) empleados para la detección de mentiras han sido realizados utilizando paradigmas de elección binaria con el fin de determinar si era posible discriminar entre una mentira y la respuesta veraz. Este autor cita un estudio realizado por Spence (2001) en el que se identifica si los participantes mienten o dicen la verdad sobre actos que habían realizado durante el transcurso de ese día. Dicho “paradigma”⁷ consiste en la presentación a los sujetos experimentales de una señal que les indica si deben mentir o decir la verdad, junto con una pregunta detonadora que sirve como estímulo experimental. Las respuestas permitieron encontrar contrastes dependientes del grado de oxigenación de la sangre, por ejemplo, cuando el sujeto miente hay mayor activación cerebral en la corteza prefrontal ventral bilateral (VLPFC), en la corteza prefrontal dorsolateral (DLPFC), en la corteza prefrontal medial (mPFC), y la parte inferior izquierda de la corteza parietal, en comparación con el momento en el que se da una respuesta verdadera.

Otros estudios realizados con esta misma técnica tratan de identificar las diferencias fisiológicas que tienen lugar cuando alguien está mintiendo, intentando simular que se dice la verdad, por ejemplo:

- a) El primero, reportado por Kozel en 2005, utiliza un modelo matemático para identificar las zonas cerebrales que se activan cuando alguien miente, simulando decir la verdad. Con base en este modelo pudieron alcanzar un 90% de precisión en la clasificación de las respuestas.
- b) El segundo, reportado por Langleben et al., también en 2005, informó que logró 75% de clasificación correcta de las respuestas.
- c) El tercero, elaborado por Spence, Kaylor-Hughes, Brook, Lankappa y Wilkinson, sometieron al fMRI a una mujer que había sido condenada por envenenar a un niño, pero que seguía profesando su inocencia. Los resultados revelaron una mayor activación de la VLPFC cuando ella respaldó la versión de los hechos de su acusadora, que cuando respaldó su versión de los hechos; los autores concluyeron que aunque no hemos “Probado” que este sujeto es inocente, demostramos que su comportamiento anatómico y funcional se comportan como si lo fuera.

Uno de los progresos de los estudios referidos consiste en que a pesar de la aplicación de paradigmas y parámetros de escaneo distintos, se reportan zonas comunes de mayor activación cerebral en las mismas circunstancias (Villamarín, 2014: 86), lo que lleva a inferir que tienen cierto grado de confiabilidad; sin embargo, una de las principales críticas, referida por Villamarín López sobre uso de esta técnica, es que los experimentos se han realizado en el laboratorio, bajo condiciones controladas y no de manera ecológica, es decir, reproduciendo contextos reales. Por lo anterior, creemos que su uso en las prácticas judiciales es aún prematuro y no exento de producir efectos contraepistémicos.

No obstante, existen dos casos en los que se ha recurrido al uso de la fMRI para la determinación de la verdad en las cortes estadounidenses (Villamarín, 2014: 98 y 99):

El primero es *EUA vs. Semrai* en el Tribunal Federal de Tennessee, en 2010.

Semrai era un médico acusado de haber incurrido en fraude en su gestión de sociedades médicas. Para poder condenarle debía acreditarse que era consciente de la ilegalidad de sus conductas, hecho que, con la ayuda del doctor Laken, intenta negar a través de una prueba de fMRI que este le había practicado de forma unilateral unos meses antes (Villamarín, 2014: 98).

El uso de dicha técnica fue evaluado en sede judicial mediante la aplicación del test de admisibilidad conocido como “estándar Daubert”, el cual ha sido establecido por las cortes estadounidenses y fundamentado en el Federal Rules of Evidence (1973), regla 702:

En el caso Daubert, el tribunal acusó a los jueces de responsabilidad de actuar como guardianes para excluir el testimonio de expertos no confiables, estableció una lista de verificación en la evaluación de la fiabilidad del testimonio de expertos científicos (peritos). Los factores específicos explicados por el Tribunal para determinar la fiabilidad del trabajo realizado por el perito son (1) si la técnica o teoría del experto ha sido probada, es decir, si la teoría del experto puede ser desafiada en algún sentido objetivo, o si es en cambio simplemente subjetivo, conclusivo enfoque que no se puede evaluar razonablemente para la confiabilidad; (2) si la técnica o teoría ha estado sujeto a revisión por pares y publicación; (3) si la técnica tiene “una conocida o posible tasa de errores”; y (4) si existe una “aceptación general” de la técnica científica (Brent, 2006).

La prueba no fue admitida en el caso *EUA vs. Semrai*. El Tribunal Federal de Tennessee resolvió que el fMRI solo cumplía con los dos primeros criterios, por lo que no pudo ser utilizada en el juicio (Villamarín, 2014: 86). El segundo caso fue en 2010, *Wilson vs. Corestaff Service*, ahí:

...se solicitó la práctica de fMRI ante el Juzgado de Brooklyn... con el objeto de reforzar la credibilidad de un testigo. El test no fue admitido como prueba en este caso porque el tribunal entendió que las cuestiones de credibilidad pertenecen al jurado en el sentido de lo que ya señaló el Tribunal Supremo en 1998 en el caso *USA v Scheffer*. En nuestro proceso penal el jurado es el detector de mentiras (Villamarín, 2014: 99).

ya habituales en la detección de mentiras, como los aplicados en el polígrafo, estos son el Comparison Question Technique (CQT) y el Guilty Knowledge Test (GKT).

7

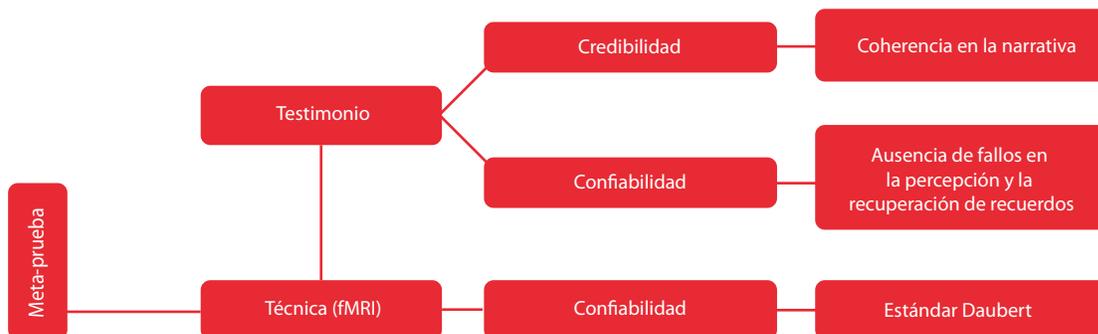
En investigación experimental se suele usar el término “paradigma” para referirse al diseño del experimento y no en el sentido epistémico atribuido por Thomas Kuhn. Tal conclusión basada en las respuestas de un individuo en un estudio de fMRI puede ser cuestionada por razones lógicas porque la mentira no es el único proceso cognitivo que se ha asociado con una mayor activación de la VLPFC (Monteleone et al., 2009: 530).

A pesar de sus efectos jurídicos, el precedente citado merece un comentario. Es importante diferenciar entre “credibilidad” y “confiabilidad” del testimonio y de la técnica neurocientífica. De esta manera, la credibilidad consiste en evaluar qué tan creíble es lo que me dice el testigo, para lo cual se debe tomar en consideración la coherencia de su narrativa y si sus afirmaciones se pueden corroborar con otra información desprendible de medios de prueba distintos. Por otro lado, la confiabilidad/fiabilidad se vincula con la evaluación de la forma de producción de la información en el testigo (procesos de percepción y recuperación de recuerdos) y la ausencia de errores en la misma.

En el caso de la técnica neurocientífica se tiene que determinar su confiabilidad, en función de si se satisface, al menos, los criterios del estándar Daubert, previamente referidos.

Ilustración 1

La credibilidad y la confiabilidad de la prueba.



Con base en lo anterior, el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo en 1998 en el caso *EUA vs. Scheffer* para no admitir el fMRI como prueba, carece de sentido. La detección de fallos en la percepción y en la recuperación de los recuerdos por parte de los testigos, no se puede evaluar por razonadores de primer nivel, como son los miembros de un jurado, esta tarea es sumamente compleja incluso para un juez, es decir, independientemente de si la prueba debería ser admitida o no, al menos no podría haber sido rechazada con base en el desafortunado precedente citado como soporte de la decisión.

2. Brain fingerprinting

Al igual que la técnica anterior, se basa en el uso de preguntas como estímulos experimentales; sin embargo, en lugar de recurrir al uso del fMRI con el fin de identificar la activación de zonas cerebrales al realizarse una tarea, se usa la técnica de potenciales evocados relacionados a eventos, mediante el empleo de la electroencefalografía.

La diferencia entre ambas técnicas tiene que ver con sus distintas capacidades de resolución. Mientras que el fMRI proporciona una buena respuesta espacial a costo de una baja resolución temporal, el electroencefalograma (EEG) ofrece una respuesta temporal medible en milisegundos, pero con una mala respuesta espacial.

Una onda que ha atraído especialmente la atención de la investigación neurocientífica en el ámbito jurídico es la P 300.

Fuente: *Elaboración propia*

...la onda P300, que es un componente del potencial evocado que representa un pico de polaridad positiva (P), que se produce, en principio, a los 300 milisegundos siguientes a la presentación del estímulo. Desde su descubrimiento por SUTTON esta onda ha sido uno de los Potenciales Evocados más estudiados por la doctrina científica y sobre los que más se ha publicado en revistas especializadas, fundamentalmente por la importancia que tiene en el campo de la Medicina y la Psicología (atención, procesamiento de información, memoria, comprensión del lenguaje, etcétera) (Villamarín, 2014: 87).

Según Villamarín López, es Lawrence Farwell quien desarrolla esta técnica para aplicarla en el ámbito de la investigación criminal y, describe que la metodología consistía en:

...someter al sujeto a un encefalograma mediante sensores puestos en su cuero cabelludo para poder medir de forma no invasiva la respuesta de su cerebro a ciertos estímulos que se le presentaban (palabras, frases, fotos, etc.) relacionados con el delito del que se le acusa o con el que se relaciona. Estas respuestas eran medidas a través de un programa informático. Lo que el método era capaz de registrar es si esa información que se ha mostrado al sujeto es conocida o no por él y cuál es el índice de probabilidad de que el sujeto la conozca realmente. De este modo, las respuestas que da el ordenador son “información presente”, si las ondas detectan que sí que conoce esos datos, o, por el contrario, “información ausente”, señalando su grado de fiabilidad, que si no es suficientemente alto desemboca en que no se tome ninguna decisión al respecto (generando resultado “indeterminado”). Esta técnica, por tanto, trata de hallar el rastro que ha dejado en el cerebro un hecho que se ha vivido o presenciado o un objeto que se ha visto, de tal forma que pueda saberse si el interrogado ha tenido o no verdadero conocimiento del mismo (Villamarín, 2014: 89).

Los estímulos que se le presentan al sujeto son de tres tipos: a) probes; b) targets, y c) irrelevantes. Los probes plantean información relevante sobre el delito y deben contener información que conozca la persona que cometió el delito, es decir, que no pueda ser conocida por el sujeto si no participó en la comisión del delito y que el sujeto afirme no conocer por alguna razón (Villamarín, 2014). Los targets

...se refieren a detalles del delito que el experto sabe con seguridad que el sujeto conoce (por sí mismo, o por las noticias o porque se le ha revelado en un interrogatorio) haya o no cometido el crimen... Los estímulos conocidos como irrelevantes contienen información que, como su propio nombre lo indica, no son relevantes ni para el delito ni para el sujeto (Villamarín, 2014: 91). Efon desarrolló en 1979 un protocolo científico denominado “bootstrapping” con el fin de aumentar el grado de confianza de esta técnica, mientras que Farwell publicó en 2012 estándares científicos para esta práctica (Villamarín, 2014). Ambas propuestas pueden contribuir a que esta técnica satisfaga el estándar Daubert.

Los expertos coinciden en afirmar la validez de los potenciales evocados para la detección de información desconocida y, en particular, el empleo del P300. Sin embargo, la utilidad epistémica de esta prueba en los tribunales estadounidenses se ha debido enfrentar a diversos problemas. Algunos antecedentes al respecto en dichas cortes son reportados por Villamarín López (2014: 100 y 101):

a) Caso James B. Grinder en 1999, acusado del secuestro y homicidio de Julie Helton. El objetivo de la técnica fue determinar si el cerebro del presunto responsable guardaba detalles de los hechos. Los resultados arrojaron un 99,9% de certeza sobre que sí existía información que permitiera constatar que había cometido el delito. Sin embargo, el mismo acusado confesó su responsabilidad, por lo que no hubo oportunidad de que esta prueba fuera valorada por un tribunal.

b) Caso Terry Harrington. En 1977 el policía retirado John Schweer fue asesinado en Iowa, y Terry Harrington fue acusado de haber cometido el delito. Durante la audiencia, un testigo afirmó haber presenciado el momento en que el acusado cometió el crimen, por lo que este fue condenado a cadena perpetua.

En el 2000 Farwell sometió al sentenciado a la técnica del brain fingerprinting, cuyos resultados mostraron que en la memoria de Harrington no existía información relativa a la forma en que supuestamente había cometido el delito, pero sí de la coartada que en su momento se había esgrimido en su defensa. Se celebró un nuevo juicio en el que se aceptó esta técnica como prueba a favor de la inocencia de Harrington. Tras considerar que el brain fingerprinting satisfacía el estándar Daubert, dado que se reportó que su confiabilidad fue del 99,9%, Harrington fue dejado en libertad, y después de un juicio contra el Estado obtuvo una indemnización por 12 millones de dólares.

c) Caso Jimmy Ray Slaughter en 2004. Farwell aplicó la técnica a este condenado a muerte y logró identificar que existe información ausente sobre el delito. Si bien los resultados fueron presentados en el Tribunal de Oklahoma, junto con una prueba exculpativa de ADN, se presentaron cuestiones procesales que imposibilitaron que se diera marcha atrás a la ejecución de Slaughter.

3. Brain Electrical Oscillations Signature Test (BEOS)

Es una variante del brain fingerprinting desarrollada en India por el neurocientífico Champadi Raman Mukundan. Al igual que en aquella, en el BEOS, el examinado es sometido a una serie de estímulos visuales o auditivos que producen una oscilación eléctrica cerebral (firma de recuerdo) cuando recuerda algún hecho en el que ha participado. A diferencia del brain fingerprinting, mediante el BEOS es posible identificar conocimiento experiencial

...que permite identificar la verdad en quienes han cometido el hecho y distinguirlos de meros testigos que simplemente tienen conocimiento del hecho pero que no han participado en el delito, mientras que con el brain fingerprinting se identifica la información presente tanto cuando el examinado es autor como cuando solamente ha presenciado el hecho, sin que sea posible distinguirlos (Villamarín, 2014: 95).

Es decir, la firma no aparece incluso si el sujeto tiene conocimiento o información sobre el hecho, pero no la vivió de forma experimental.

En cuanto a su confiabilidad, esta técnica ha sido validada:

...por un estudio gubernamental independiente dirigido por el Consejo de Asesoramiento y Pronóstico de la Tecnología de la Información (TIFAC), en Nueva Delhi, y el Consejo de Ciencias Forenses (DFS), en Gandhigar, India. Su aplicación forense ha sido también supervisada por el Comité Ético, dirigido por un juez del Tribunal Supremo en el DFS (Villamarín, 2014).

En cuanto a su uso como prueba en tribunales, solo ha sentado antecedentes en India, en los siguientes casos:

a) Caso Maharashtra vs. Sharma y Khandelwal en 2008. Sharma y Khandelwal fueron acusados de homicidio mediante envenenamiento con arsénico en contra de Udit Bharati, ex pareja de Sharma. Se aplicó la técnica en Sharma, formulando oraciones en primera persona a efecto de corroborar su conocimiento experiencial, por ejemplo, “Yo compré el arsénico”, “me encontré con Udit en un McDonalds”, etcétera. Los resultados arrojaron que Sharma tenía conocimiento experiencial del hecho. La prueba sirvió para sostener su sentencia condenatoria.

b) Casos Amin Bhoi en 2008 y Ravindra Kantrole en 2009. En ambos casos se trató de acusados de homicidios, que fueron condenados tomando en consideración los resultados del BEOS (Villamarín, 2014: 102 y 103).

A pesar de la utilidad de la técnica y de que aparentemente satisface los estándares de confiabilidad, en 2010 el Tribunal Supremo de la India decidió restringirla debido a algunos casos de uso bajo coerción en contravención a la Constitución de la India, en particular, el derecho a la no autoincriminación. Su uso se admite en casos en que el acusado brinde el consentimiento para ser sometido a la técnica (Villamarín, 2014: 104).

VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha buscado establecer un marco teórico donde permita ubicar al tema del neuroderecho y sus implicaciones actuales en el ámbito de los derechos humanos. Para ello, se realizó una introducción general acerca del desarrollo de las neurociencias y particularmente de la neurociencia social.

Hemos presentado la tesis de que el impacto de las neurociencias y neurotecnologías ha tenido lugar en dos ámbitos relevantes para la relación neurociencias-derechos humanos: la neuroética y el neuroderecho.

Dado lo novedoso de estas nuevas áreas, en la actualidad frecuentemente se prestan a confusión, por lo que hemos realizado un estudio analítico cuyo objetivo es señalar las diferencias conceptuales y relaciones entre la neuroética y el neuroderecho. Como resultado de este análisis, se puso de relieve que se trata de términos polisémicos que comparten ciertas propiedades, como es el caso de que cada uno denote a su vez un papel “pasivo” de las neurociencias en tanto objeto de regulación normativa, ya sea ética o jurídica, así como un papel “activo” en tanto que las neurociencias se aboquen al estudio de la actividad neurológica de la agencia humana. Sin embargo, a pesar de pertenecer a campos semánticos distintos con las semejanzas apuntadas, el análisis semántico puso de relieve que, a partir de sus distintos sentidos, las expresiones “neuroética” y “neuroderecho” se refieren a distintos tipos de relación entre ambos enfoques.

Una de las relaciones más interesantes consiste en identificar los debates extrajurídicos que han y siguen teniendo lugar acerca de los “neuroderechos” (en sentido no jurídico) que deben ser objeto de positivización, de preferencia en tratados internacionales.

También se ha recurrido al enfoque analítico para el esclarecimiento de términos relacionados concretamente con el neuroderecho, entendido desde la perspectiva jurídica, tomando en consideración la relación entre “neuroderecho” y sus distintas acepciones, o “neurolaw”, como se conoce en el ámbito internacional.

Con este nuevo análisis estuvimos en condiciones de arrojar luces sobre un fenómeno que ha sido muy poco atendido en el medio, consistente en la relación entre las neurociencias y la epistemología jurídica aplicada. Como resultado de estas consideraciones hemos propuesto un neologismo tendente a proporcionar una nueva categoría de análisis para dicho fenómeno: la “neuroepistemología forense”.

Con el fin de mostrar concretamente el tipo de problemas comprendidos por este nuevo ámbito de reflexión, hemos expuesto algunos ejemplos paradigmáticos sobre la recepción y problematización que está presentando el uso de las neurotecnologías en tribunales a través de la presentación de casos reales.

La conclusión principal de esta investigación es que las discusiones prejurídicas sobre neuroderechos (no jurídicos) que se propone integrar al sistema jurídico no debe hacer suponer que aún no es posible identificar casos en que tanto las neurociencias como las neurotecnologías puedan atentar contra los derechos humanos. Tal como hemos puesto de relieve en los casos presentados, no es necesaria una legislación de incorporación expresa para que se corra el riesgo de vulnerar derechos humanos, como el derecho a la no autoinculpación, o el derecho a la privacidad, entendida ésta de manera no tradicional, como el derecho a la privacidad de los propios estados cognitivos y datos neurológicos.

A pesar de que en este trabajo nos hemos centrado en el derecho penal, seguramente irán surgiendo nuevas situaciones que nos alerten de la posible violación de los derechos humanos mediante un uso inadecuado de las neurociencias que poco a poco irán apareciendo.

Para finalizar, y en relación con lo que hemos propuesto llamar neuroepistemología forense, es de suma importancia señalar un dilema susceptible de permear al derecho en su conjunto: la contraposición entre el respeto a derechos humanos (derechos a la privacidad neurocognitiva, no autoinculpación, etcétera) mediante el uso de neurotecnologías, y lo que Cáceres ha señalado como un derecho humano implícito en la teleología del derecho en general, es decir, el derecho a una adecuada deliberación para la determinación de la verdad. Después de todo, no hay que olvidar que, a pesar de que generalmente son considerados como pertenecientes a esferas diferentes, la verdad es una condición necesaria para la correcta protección de los valores que dan contenido a los derechos humanos.

Bibliografía

Alexy, Robert (1963). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Austin, John (1998). *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc.

BBC news (2015). “Google pide perdón por confundir a una pareja negra con gorilas”. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150702_tecnologia_google_perdon_confundir_afroame-rica_nos_gorilas_lv.

Brent, r. (2006). “El veredicto Daubert”. *Pediatrics*. 62(5). Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-pediatrics-10-articulo-el-veredicto-daubert-13113400>.

Cáceres Nieto, Enrique (2015). “Epistemología jurídica aplicada”. En FaBra zamora, Jorge Luis y spectator, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: unam.

Cáceres Nieto, Enrique (2016). “Prólogo”. En garcía-lópez, Eric et al., *Psicopatología forense. Derecho, neurociencias y sistema de justicia penal*. México: Bosch.

Cáceres Nieto, Enrique (2020). “Constructivismo jurídico, gobierno conductual y nudges como base de las políticas públicas para impulsar el cambio comportamental durante la pandemia de la COVID-19”. En cáceres nieto, Enrique y gonzález martín, Nuria (eds.). *Emergencia sanitaria por COVID-19. Constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cáceres Nieto, Enrique et al. (2021). “Neuroética y neuroderecho”. *Revista del Posgrado en Derecho de La UNAM*. 15.

Cacioppo, John T. y Berntson, Gary G. (1992). “Social Psychological Contributions to the Decade of the Brain. Doctrine of multilevel analysis”. *American Psychologist*. 47(8). Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0003-066X.47.8.1019>.

comisión nacional de los estados unidos para la protección de sujetos humanos en la investigación

Biomédica (1979). The Belmont Report. Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. eua. Disponible en: go.nature.com/2hrezmb.

Cornell University Law School (1973). Federal Rules of Evidence. eUA: cnli. Disponible en: https://www.cali.org/sites/default/files/FRE_LII_0.pdf.

De Paula Ramos, V. (2019). La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Declaration of Helsinki - World Medical Association. Ethical Principles for Medical Research Involving

Human Subjects (1964). Disponible en: go.nature.com/2z262ag.

Diéguez, Antonio (2017). Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano. Barcelona: Herder.

García Campos, Jonatan et al. (eds.) (2012). Las ciencias cognitivas: una constelación en expansión. México: Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo Toledano.

García García, Emilio (2020). “Neurociencia, humanismo y posthumanismo”. *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*. 53. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/asem.70833>.

Harari, Gabriela M. et al. (2017). “smartphone Sensing Methods for Studying Behavior in Everyday Life”. *Current Opinion in Behavioral Sciences*. 18. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.cobeha.2017.07.018>.
hart, h. l. a. (2012). *The Concept of Law*. 3a. ed. EUA: Oxford University Press.

Monteleone, George T. et al. (2009). “detection of deception using Fmri: Better than Chance, but Well Below Perfection”. *Social Neuroscience*. 4(6). Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17470910801903530>.

Montemayor, C. y Cáceres Nieto, Enrique (2019). “Agency and Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*. 13.

Paula Ramos, Vitor de (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Madrid: Marcial Pons.

Sánchez Vilanova, M. (2020). “neuroética: bases para la introducción de la neuroimagen en el proceso judicial penal”. *Revista de Bioética y Derecho*. 49. Disponible en: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29936>.

Schauer, Frederick (2015). *The Force of Law*. Cambridge-Londres. Harvard University Press.

Spence, S. A. et al. (2001). “Behavioural and Functional Anatomical Correlates of Deception in Humans”. *Neuroreport*. 12(13). Disponible en: <https://doi.org/10.1097/00001756-200109170-00019>.

Villamarín López, María Luisa (2014). *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso de escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*. Madrid: Marcial Pons.

Yuste, R. et al. (2017). “Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI”. *Nature*. 551. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/551159a>.

“El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia”

Matías Mascitti



“El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia”

Matías Mascitti

Resumen

Aquí intentamos demostrar cómo los neuroderechos, en su calidad de derechos humanos, constituyen un imperativo de justicia, cuyo principio supremo (PSJ) es la base de la construcción del derecho del Estado constitucional (DEC). Pensamos que los neuroderechos derivan del juego de los valores que constituyen los elementos del PSJ. Ellos requieren de un reconocimiento constitucional con alcance general y de una sistematización adecuada. Describimos los elementos del PSJ que surgen de la caracterización de cada neuroderecho. Usamos categorías aportadas por la estrategia jurídica para analizar a los neuroderechos en el DEC. Ofrecemos hipótesis del uso de tecnología neurológica, donde compiten los elementos del PSJ representados por el neuroderecho ejercido y por las restantes partes del PSJ, procurando una solución coherente.

Palabras clave:

neuroderechos, neurociencia, derecho, justicia, principio supremo de justicia, Constitución, estrategia jurídica.

AbstrAct:

Here, we try to show how neurorights, as human rights, constitute an imperative of justice, whose supreme principle (SPJ) is the basis for the construction of the law of the constitutional State (LCS). We think that neurorights derive from the interplay of values that constitute the SPJ's elements. The neurorights require general constitutional recognition and adequate systematisation. We describe the SPJ's elements that emerge from the characterization of each neuroright. We use categories provided by the legal strategy to analyse neurorights in the LCS. We offer hypotheses for the use of neurological technology, where the elements of the SPJ represented by the exercised neuroright and by the remaining parts of the SPJ compete, seeking a coherent solution.

Keywords:

neurorights, neuroscience, law, justice, supreme principle of justice, Constitution, legal strategy.

Sumario:

- I. El puente entre el derecho y la neurociencia dentro del sistema cultural.
- II. La caracterización de los neuroderechos y el principio supremo de justicia como su sustrato.
- III. La trama de estrategias y tácticas jurídicas para la eficacia de los neuroderechos.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía.

I. El puente entre el derecho y la neurociencia dentro del sistema cultural

Los avances tecnológicos están redefiniendo la vida humana y transformando el papel de los seres humanos en la sociedad. En particular, la neurotecnología —o los métodos para registrar, interpretar o alterar la actividad cerebral— tiene el potencial de alterar profundamente el significado de ser humano, ya que nuestra especie se define por las actividades cognitivas. El cerebro es el órgano que genera toda nuestra actividad mental y cognitiva. Por primera vez, nos enfrentamos a la posibilidad de que los pensamientos humanos sean descifrados o manipulados mediante la tecnología.

Diversos países han comenzado a financiar proyectos de investigación similares a la Iniciativa “BRAIN” (Alivisatos et al., 2012), que fue impulsada por el presidente Obama en 2013, quien financió la investigación pública para el desarrollo de la neurotecnología y la inteligencia artificial (IA). A su vez, en los últimos veinte años se han invertido más de 19,000 millones de dólares en más de 200 empresas de neurotecnología. Por ejemplo, el proyecto “Brain to Text” de Facebook está construyendo una interfaz cerebro-computadora no invasiva para decodificar los pensamientos humanos a una velocidad de cien palabras por minuto y escribirlos en la pantalla del ordenador.

También se destaca Neuralink, que es una empresa especializada en el desarrollo de la interfaz cerebro-computadora implantable. De igual manera, Kernel lanzó en 2020 su dispositivo “Kernel Flow”, que es un casco que puede mapear la actividad cerebral con una precisión y una resolución sin precedentes. En virtud de los avances en la decodificación de la actividad cerebral mediante escáneres de resonancia magnética funcional —los investigadores por medio de ellos pueden descifrar con mayor precisión las imágenes que uno conjura libremente en la mente—, el próximo paso será decodificar sistemáticamente el resultado de los escáneres cerebrales portátiles (Yuste et al., 2021: 157 y 158).

Así, estas tecnologías podrían usarse para descifrar y manipular los procesos mentales y para aumentar cognitivamente a las personas. La existencia de estos riesgos desencadena la intervención del derecho, con el objetivo de tutelar al ser humano. El derecho es un subsistema de la cultura como sistema. Otro subsistema de la cultura está delineado por la neurociencia, cuyo fin radica en el estudio interdisciplinar del cerebro. La química, la biología, la neurología y la neurociencia cognitiva participan en la actividad neurocientífica en cierta medida. “Podemos datar el origen institucional de la neurociencia en el año 1970 con la fundación de la Society for Neuroscience” (Narváez, 2014). Ambos subsistemas reflejan los cambios de paradigmas que se suscitan en esta sociedad red (Castells, 2000) o de transparencia (Han, 2013), pues a pesar de que la cultura y la civilización surgen del comportamiento de individuos biológicos, éste se generó en colectivos de individuos que interactuaban en ambientes específicos. Su comprensión exige no sólo la neurobiología, sino también las metodologías de las ciencias sociales (Damasio, 2016: 150), entre las que se encuentra la ciencia jurídica.

A raíz de la necesidad de la retroalimentación del derecho con otras ramas científicas de la cultura para su funcionamiento, destacamos la interrelación del subsistema jurídico con el subsistema relativo a la neurociencia como un aporte interdisciplinario indispensable para el conocimiento de la realidad. Por consiguiente, ambas disciplinas están destinadas a ser “socios naturales” (Goodenough y Tucker, 2010). En consecuencia, una teoría de la mente más rica desde el punto de vista biológico, especialmente si se basa en una neurociencia realista, puede mejorar la búsqueda de la justicia por parte de la sociedad (Feldman, 2017); asimismo, la neurociencia puede ayudarnos a entender cuestiones sobre cómo funciona el derecho en los cerebros humanos (Goodenough, 2001). Ello demuestra el carácter abierto del sistema formado por el derecho, ya que intercambia materia con el medio circundante, que exhibe importación y exportación, así como constitución y degradación, de sus componentes materiales; así, la cultura influye en los conceptos que construimos, en las predicciones que efectuamos y, por tanto, en nuestro comportamiento (Feldman, 2017).

A su vez, destacamos que esa interdependencia del derecho con otros subsistemas culturales permite la elaboración de un derecho “vivo”, que refleje la realidad integrada con las normas con miras a su valoración axiológica para la promoción de una sociedad más justa (Mascitti, 2021a).

Desde nuestra perspectiva iusfilosófica, nos referimos al derecho objetivo como el régimen justo, o sea, al conjunto de actos y hechos reflejados en normas (reglas y principios) basados en el valor de justicia, que tiene un principio supremo, el cual es descubierto por las valoraciones durante el curso de la historia, generando criterios generales de valor —derechos humanos— que han sido positivizados en las Constituciones y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Definimos al principio supremo de justicia como aquel que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para su personalización, teniendo en cuenta la igualdad de ellos —garantizándola por medio de acciones afirmativas y/o de abstenciones—, la dignidad de todos los individuos y la fraternidad en un marco de protección ambiental para construir el bien común (Mascitti, 2020a y 2022).

El valor absoluto de la evolución del derecho es la justicia (cuyo contenido sintetizado en el principio supremo de justicia fue variando en el devenir histórico). Así, el principio supremo de justicia es un “faro” que ilumina las regulaciones jurídicas en cada etapa histórica, en virtud de la característica temporal-espacial que relativiza los rasgos del derecho. Ello reafirma la caracterización del principio supremo de justicia como la base de la construcción del derecho del Estado constitucional. Por tanto, sostenemos que el principio supremo de justicia es el objeto inicial —el pilar— sobre cuya base se construye el fractal que denominamos “derecho del Estado constitucional”, ya que cualquier parte de éste contiene a su esencia, o sea, a dicho principio. Por ello, el derecho del Estado constitucional es un objeto recursivo, ya que una de sus partes guarda la información del todo (Mascitti, 2012). Los Estados constitucionales difieren en la preferencia de los elementos del principio supremo de justicia en su diseño normativo y en el funcionamiento normativo. Así, la política —que tiene como fin al bien común (Bobbio, 2003: 242), al igual que el derecho del Estado constitucional, ya que éste lo contiene como elemento del principio supremo de justicia, cuyo imperio, como diremos en el apartado II, es el fin del derecho del Estado constitucional— decide el grado de intervencionismo del derecho, concretándolo —principalmente— por medio del peso de la libertad y de la igualdad.

La identificación de los derechos humanos con los criterios de justicia que fueron descubiertos permite circunscribirlos a las diversas etapas históricas, de ahí el carácter relativo de los rasgos del derecho que mencionamos en el párrafo previo. Por ejemplo, la era digital en la que estamos inmersos refleja la necesidad de moldear y redefinir algunos derechos humanos para construir un derecho del Estado constitucional que acompañe al desarrollo tecnológico y que proteja al ser humano de modo adecuado. En otras palabras, el sistema de los derechos humanos es “flexible”, ya que goza de la capacidad de “adaptarse” a los escenarios novedosos; por ello, la búsqueda de los derechos humanos es un proceso continuo e interactivo (Sen, 2012). En el mismo sentido, Viola (2018) afirma que el derecho contemporáneo no es un orden ya realizado y concluso, sino “un orden que se hace y rehace incesantemente”. Hoy en día, pensamos que en el derecho del Estado constitucional se deben construir las normas jurídicas, basándose en los elementos del principio supremo de justicia, para regular las conductas humanas con una perspectiva a largo plazo (véase apartado III) a raíz de la aceleración del desarrollo tecnológico —basado en la neurociencia, la IA y la genética—, que podría derivar en cambios paradigmáticos de la evolución del homo sapiens (Harari, 2018). Por consiguiente, el principio supremo de justicia sustenta la flexibilización de las normas del derecho del Estado constitucional en virtud de esa aceleración tecnológica.

II. la caracterización de los neuroderechos y el principio supremo de Justicia como su sustrato

Como dijimos, el homo sapiens se distingue por sus actividades cognitivas. Por ello, los neuroderechos son derechos humanos, ya que se refieren particularmente a ellas y, como tales, son universales. Así, los neuroderechos protegen a la persona por medio de la tutela de la psique —con ella, designamos todos los procesos y fenómenos que hace la mente humana como una unidad—. Sin embargo, eso no significa caer en la falacia mereológica, es decir, que el concepto de los neuroderechos confunda la parte por el todo; en otras palabras, consiste en no atribuir al cerebro, o a algunas de sus partes, propiedades y acciones que en realidad son realizadas por las personas (Bennett y Hacker, 2003).

El derecho tradicional protegió a la personalidad psicológica por medio del derecho personalísimo a la intimidad, concepto iusprivatista que se reflejó en diversas normativas de otras ramas del derecho tuitivas de dicha esfera de privacidad de la persona. Sin embargo, en esta sociedad de la transparencia dicha herramienta resulta insuficiente para una protección plena de la psique humana, ya que la revolución tecnológica digital modificó la realidad de modo impactante, generando la necesidad de cambiar los paradigmas de algunas disciplinas científicas, por ejemplo, el derecho. Asimismo, hoy existen diversos sistemas normativos que protegen los datos personales (como el Reglamento europeo sobre protección de datos personales), aunque ellos no tutelan plenamente la psique. Por ello, hay un vacío sobre la regulación integral de los neuroderechos.

En 2019, veinticinco expertos en medicina, bioética, derecho y otras disciplinas propusieron añadir nuevos neuroderechos a la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Esa declaración sentó las bases para el primer paso normativo. Hoy, Chile es el único país con una propuesta de ley y una enmienda constitucional que ordena la neuroprotección. Además, la Carta de Derechos Digitales de España —anunciada recientemente por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del gobierno de España— representa otro esfuerzo pionero para explorar el panorama de los derechos humanos en la era digital e incorpora las cinco propuestas de neuroderechos (Yuste et al., 2021).

En el párrafo anterior, dijimos que existe un vacío sobre la regulación integral de los neuroderechos. Sin embargo, la existencia de los neuroderechos deriva de modo indirecto de los principios constitucionales, que interrelacionados constituyen el principio supremo de justicia como el elemento basal del “edificio jurídico”. Por consiguiente, los neuroderechos deben ser reconocidos por los jueces en los casos difíciles.

En los Estados constitucionales se recurre, en los casos difíciles, a la ponderación de principios en el caso concreto como paso previo para la elaboración de la regla para la solución de ellos.

En consecuencia, los neuroderechos representan exigencias actuales de justicia, que se ve reflejada en la respuesta coherente —como veremos en el apartado III.1— al caso concreto como resultado del balance de los elementos del principio supremo de justicia. Así mismo, pensamos que resulta oportuno reconocer —con alcance general— los neuroderechos a nivel constitucional y sistematizarlos de modo apropiado (por ejemplo, por medio de su integración constitucional, legal y jurisprudencial) para otorgar mayor certeza al derecho y para mejorar la argumentación, que constituye —con base en las características del ser humano como ser racional— una de las funciones de la razón; aquélla consiste en una forma de comunicación que se persigue típicamente de forma cooperativa (Mercier y Sperber, 2017).

En esa línea argumental, Sen (2012) afirma que la racionalidad práctica (prudencia) es la fuerza motriz de la cooperación para el beneficio mutuo. Por tanto, esas medidas (reconocimiento constitucional y sistematización) constituyen un medio para evitar que el derecho del Estado constitucional se convierta, en esta cuestión, en un conjunto opaco —donde no se transparenten los argumentos—, es decir, en una “caja negra”. En este sentido, se dijo que la justicia no sólo debe ser “realizada”, sino que también —de modo manifiesto e indudable— debe observarse que se hace justicia (KBD, 1923). Precisamente, la argumentación constituye un medio para clarificar esas respuestas de justicia. Ello inspira confianza en los ciudadanos, reforzando —de ese modo— la eficacia de las normas jurídicas.

Por otra parte, el reconocimiento constitucional con alcance general de los neuroderechos podría provenir de: a) la legislación material emitida por los tribunales constitucionales o de las cortes supremas de justicia nacionales —por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN), en su calidad de máximo intérprete de la Constitución nacional, ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, recortando así el control difuso de constitucionalidad y las facultades de juzgamiento de los jueces, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver—; b) las reformas constitucionales nacionales; c) los tratados internacionales con reconocimiento estatal de jerarquía constitucional, o d) una Constitución planetaria.

Por último, con relación a la clasificación de los neuroderechos, se distinguen los siguientes: 1) el derecho a la intimidad mental; 2) el derecho a la agencia; 3) el derecho a la identidad; 4) el derecho al acceso al aumento mental, y 5) el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico. Sus defensores proponen que se les incluyan en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (Yuste et al., 2021).

A continuación, ilustramos la vinculación de esos neuroderechos con el principio supremo de justicia.

1. Derecho a la intimidad mental

Este neuroderecho se vincula a la capacidad de mantener pensamientos protegidos contra su divulgación. Hoy, la mayor parte de los datos cerebrales generados por el sistema nervioso se crean inconscientemente y están fuera del control de la persona. Por tanto, es plausible que una persona revele datos cerebrales sin intención mientras está bajo vigilancia (Yuste et al., 2021).

Existe una “carrera” por el descubrimiento de patrones cerebrales que nos permitan comprender el pensamiento de las personas. Han (2014) afirma que “a partir del big data es posible construir no solo el psicoprograma individual, sino también el psicoprograma colectivo, quizás incluso el psicoprograma de lo inconsciente”. “En la era del big data todo el mundo es un laboratorio” (Stephens-Davidowitz, 2017).

El big data no sería posible sin el elevado número de dispositivos existentes, como los teléfonos y relojes inteligentes, la ropa con sensores, las aplicaciones móviles y, más genéricamente, el llamado Internet de las cosas; ellos permiten generar datos que, integrados y analizados correctamente, contribuyen a la toma de decisiones, tanto por parte de los individuos como por parte de los profesionales sobre distintos temas, entre ellos los relativos al estudio del comportamiento humano (Armayones et al., 2015).

Por consiguiente, los datos obtenidos tras medir la actividad neuronal, es decir, los datos neuronales, deben mantenerse privados. Así, la transferencia comercial y el uso de datos neuronales deben estar estrictamente regulados; en este sentido, el proyecto de ley chileno “establece que los datos neuronales tienen el mismo estatus que los órganos y penaliza su tráfico o manipulación, salvo que haya una indicación médica”.

Este neuroderecho juega como un prerrequisito de las libertades individuales reconocidas en el derecho del Estado constitucional, ya que la mente y las capacidades mentales están entre las condiciones constitutivas necesarias de los sujetos (Bublitz, 2013: 242). Dentro de la idea de libertad se acomodan varias características, a saber: capacidad, falta de dependencia y carencia de interferencia (Sen, 1985). Por ello, la capacidad es un aspecto de la libertad y se concentra especialmente en las oportunidades sustantivas.

La capacidad de una persona puede caracterizarse como libertad para el bienestar (que refleja la libertad de avanzar en el propio bienestar) y como libertad para la capacidad de acción (que refleja la libertad para avanzar en fines y valores que la persona tenga razón para avanzar) (Sen, 2012). Como un ejemplo de la manera en que la interferencia puede afectar la capacidad de acción de los individuos, resaltamos que las herramientas neurotecnológicas pueden usarse contra la intimidad de los sujetos, ya que los poderosos pueden interferir de modo negativo en las vidas de otras personas, afectando su oportunidad de libertad y su dignidad, y tomándolos sólo como medios para sus fines, en especial si son relativamente vulnerables.

En consecuencia, este neuroderecho sería el desarrollo de la libertad referido al ámbito de la intimidad mental del sujeto, que conforma el pilar para el desarrollo del proyecto personal sin interferencias con miras a la tutela de la dignidad, que constituye el cimiento en el que, en última instancia, está anclado el derecho del Estado constitucional.

2. Derecho a la agencia

La agencia es la capacidad de los individuos de actuar de modo independiente (James y James, 2010: 3). Por tanto, este neuroderecho se refiere a la libertad de pensamiento y al libre albedrío para la toma de decisión. Este neuroderecho se convierte en decisivo para la existencia del derecho, ya que someter la conducta humana al gobierno de las normas jurídicas implica un compromiso, con la visión de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente responsable, capaz de comprender y seguir las reglas, y de responder por sus incumplimientos (Fuller, 1969: 132).

Como la neurotecnología puede usarse para estimular el cerebro de una persona, ella tiene la capacidad de influir en sus comportamientos, pensamientos, emociones o recuerdos. Por ejemplo, las interfaces cerebro-máquina, como se podrá ver en el apartado III.1, crean un nuevo tipo de acción no considerado por la teoría clásica de la agencia. Ello supone un reto para las concepciones jurídicas que sitúan al “movimiento corporal voluntario” como el criterio para asignar responsabilidades por las acciones. Distinguiamos entre las “acciones corporales básicas”, referidas por la teoría clásica de la agencia (Davidson, 1963), y las “acciones subrogadas”.

Esta última clase de acciones se crea a partir de la mediación de interfaces cerebromáquina para producir cambios/eventos en el mundo. Las “acciones subrogadas” tienen los mismos efectos físicos y resultados que las “acciones corporales básicas”; sin embargo, a diferencia de estas últimas, no implican un movimiento corporal (Monasterio et al., 2019).

Este neuroderecho se entronca con las tres características de la libertad mencionadas en el capítulo II.1) —capacidad, falta de dependencia y falta de interferencia— y con la dignidad, es decir, con la posibilidad de elegir los proyectos de vida que las personas desean sin influencias externas que no los traten como un fin (Kant, 1875).

3. Derecho a la identidad

Este neuroderecho se vincula a la capacidad de controlar la propia integridad física y mental. La identidad es un atributo de la personalidad reconocido por el derecho, problematizado por los desarrollos de la medicina genómica (Cornejo, 2021a). Si en un futuro estamos conectados a computadoras a través de sistemas no invasivos, como veremos en el apartado III.1, que no necesiten introducir electrodos dentro del cerebro, se podrá registrar la actividad mental. Como dijimos en el apartado I, hoy existen varias compañías en Silicon Valley que están desarrollando estos sistemas. Este neuroderecho también está ligado preferentemente a la libertad en los tres rasgos mencionados —en el apartado II.1— y a la dignidad.

4. Derecho al acceso al aumento mental

Este derecho se refiere a que los beneficios del aumento de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan en la población. Esa capacidad constituye una característica de la libertad, como se pudo ver en el apartado II.1. El espectro de los aumentos cognitivos incluye no sólo las intervenciones médicas, sino también las intervenciones psicológicas, así como la optimización de las estructuras tecnológicas e institucionales externas que apoyan la cognición.

Dentro de esa categoría, una intervención dirigida a corregir una patología o defecto específico de un subsistema cognitivo puede caracterizarse como terapéutica, es decir, ella procura restablecer el funcionamiento normal del ser humano. En cambio, una mejora es una intervención que incrementa un subsistema de algún modo distinto a la de reparar algo que está roto o remediar una disfunción específica (Bostrom y Sandberg, 2006).

Entre estas últimas, la mejora radical aumenta significativamente los atributos y habilidades hasta niveles que superan en gran medida lo que hoy es posible para los seres humanos. Por su parte, la mejora moderada incrementa de modo significativo los atributos y habilidades a niveles dentro o cerca de lo que es actualmente posible para los seres humanos (Agar, 2014: 2).

Asimismo, este neuroderecho está relacionado con la igualdad en su aspecto positivo, la dignidad, la fraternidad y el bien común, ya que la comunidad requiere de acciones (i) que nivelen el punto de partida para el desarrollo personal de los ciudadanos en un marco democrático; (ii) que sean igualitarias; (iii) que brinden un espacio para la cooperación como un soporte de la fraternidad que aporte a la libertad e igualdad la consideración de la hermandad, y, de esta manera, que juntas se dirijan (iv) a la tutela de la dignidad de la persona humana en esta sociedad de la transparencia. Con base en esta línea argumental, adhiero sólo al aumento cognitivo con fines terapéuticos (Fukuyama, 2002; Veit, 2018: 407), pues las otras variantes descritas desequilibran la coherencia del principio supremo de justicia, porque tutelan a la libertad afectando de modo ilegítimo a la igualdad, la dignidad, la fraternidad y el bien común.

5. El derecho a la protección contra el sesgo algorítmico

Los algoritmos, al buscar y explotar patrones de datos, a veces pueden adoptar decisiones erróneas o sesgadas, puesto que, al igual que la toma de decisión humana, es a menudo una tarea inexacta. Como resultado, la decisión algorítmica puede afectar desproporcionadamente a ciertos grupos, ya que la IA lleva en sus algoritmos unos sesgos que discriminan a ciertos grupos de la población (mujeres, minorías raciales, minorías religiosas o étnicas); los algoritmos no toman decisiones éticas, sino que escogen entre probabilidades.

Los sistemas de IA son tan neutrales como los datos con los que están alimentados, es decir, son tan imparciales como el criterio de diseño que fue usado por aquellos que los crearon (Mascitti, 2021c). Cuando el sesgo o la subjetividad se infiltra en las entradas o inputs de un sistema o en las elecciones de su diseño, esto se refleja inevitablemente en las salidas u outputs del sistema.

En consecuencia, los responsables de supervisar el despliegue de los sistemas de IA deben anticipar la posibilidad de que las aplicaciones sesgadas algorítmicamente causen daños de esta naturaleza sistémica a terceros (Lemley y Casey, 2019). O'Neil califica a esos sistemas "armas matemáticas de destrucción" (AMD), cuyos tres elementos distintivos son la opacidad, la escala y el daño.

Los AMD, por su naturaleza, se basan en el pasado y en el supuesto de que los patrones se repetirán. Es necesario tener en cuenta la separación entre los AMD, las personas reales y sus repercusiones morales (O'Neil, 2016). En esa línea argumental, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial de España sostiene que los sistemas de IA deben considerar toda la gama de habilidades y requisitos humanos y garantizar la accesibilidad (Mascitti, 2021b).

Por consiguiente, el derecho contra la discriminación que pueden reflejar las tomas de decisiones basadas en esos sistemas de IA surge como una nueva preocupación que debe abordarse (Kuriakose e Iyer, 2018). Este neuroderecho se vincula a la falta de interferencia, como vimos en el apartado II.1, de los algoritmos como una condición para la libertad de las personas que, a su vez, se interrelaciona con la igualdad en su cara abstencionista o negativa, la dignidad, la fraternidad y el bien común, ya que la discriminación que procura evitar este nuevo derecho es la contracara de la igualdad, qué jugando de modo coherente, como veremos en el apartado III.1, con los restantes elementos del principio supremo de justicia promueven el fin del derecho del Estado constitucional, es decir, el imperio de la justicia.

Consideramos útil el enfoque dinámico jurídico, es decir, aquel basado en la estrategia que —a grandes rasgos— es una regla que nos permite elegir una acción determinada, que —a su vez— se sirve de las tácticas; ellas se dirigen a lograr los objetivos seleccionados y definidos a través de la estrategia. Esto es, la estrategia, como alineación de medios afines, requiere el empleo de tácticas que manejan los medios. “Los medios jamás pueden estudiarse aisladamente de su propósito” (Clausewitz, 1998: 87).

Las nociones de estrategia y de táctica son esclarecedoras, pero resultan relativas, ya que una estrategia puede ordenarse con sentido táctico respecto de otra mayor (Ciuro, 2020: 239 y 240). Los alineamientos mencionados son necesarios en el tiempo, en el espacio y en la escala (Lewis, 2019). Por consiguiente, a continuación, ejemplificamos la alineación de los medios y los fines en el tópico de los neuroderechos, en esas categorías (tiempo, espacio y escala), con diversos modelos estratégicos y remarcando la interrelación entre diversas tácticas y estrategias para potenciar la eficacia de los neuroderechos.

Como vimos en el apartado II, la sanción de una Constitución planetaria (Ferrajoli, 2018) constituye uno de los medios posibles para el reconocimiento constitucional con alcance general de los neuroderechos. Ello consiste en una táctica dentro de la estrategia de expansión espacial que, a su vez, se basa en un modelo estratégico cooperativo para su formación. Esa expansión resulta útil para esta era digital, donde las potencias que determinan nuestra vida, condiciones y perspectivas son globales, y que pueden ignorar las fronteras y las leyes; no obstante, cabe señalar que la mayor parte de los instrumentos políticos siguen siendo locales e inadecuados para las tareas a abordar (Bauman, 2009).

La estrategia cooperativa que conlleva la creación de la Constitución planetaria constituye un medio para reforzar la eficacia de los neuroderechos en la aldea global. Esa estrategia cooperativa promueve un derecho que fortalece a la razón, ya que los seres humanos usan las razones para justificarse y convencer a los demás, dos actividades que desempeñan un papel fundamental en su cooperación y comunicación, como vimos en el apartado II. La razón evolucionó como una adaptación a un nicho ecológico que los seres humanos construyeron y mantienen por sí mismos con sus intensas relaciones sociales, sus idiomas y su cultura (Mercier y Sperber, 2017: 107).

De ese modo, “la sociedad sólo puede entenderse mediante el estudio de los mensajes y de los medios de comunicación que le pertenecen” (Wiener, 1954: 16). La vida cooperativa y el aprendizaje entre iguales permiten una evolución sostenida, logrando una adaptación más rica a los retos que ofrece un entorno siempre cambiante. Por ello, sostenemos que el derecho considera a la fraternidad como uno de sus pilares, pues promueve la cooperación, que es la base de la construcción pacífica de la sociedad.

El derecho controla y supervisa la vida emocional de las personas. El derecho se construye en función de una serie de presupuestos sobre cómo responderán (emocionalmente) las personas a determinados estímulos, ya que el derecho —a través de sus funciones preventivas, punitivas y de recompensa— juega con el dolor y el placer para controlar las decisiones de los sujetos vinculado a aquél (Mascitti, 2016-2017).

En consecuencia, pretendemos que la Constitución planetaria use la coerción pacífica indirecta —el Estado imita a la naturaleza; procede por coacción directa o mecánica, o por coacción indirecta o psicológica (Ihering, 1911: 33 y 34)— para implementar una estrategia de incentivos que le brinde mayor eficacia al reconocimiento constitucional con alcance general de los neuroderechos.

En este sentido, en una economía globalizada en la que existen paraísos fiscales, competencia fiscal y lagunas jurídicas, es difícil que los gobiernos graven de modo eficaz a las empresas que podrían vulnerar los neuroderechos. Por tanto, se requiere una coordinación global para su regulación.

Pensamos que esa coordinación debe lograrse por medio de la democracia planetaria —sin la existencia de un Estado global—, ya que la democracia se ocupa de una evaluación política, que nos conduce al “gobierno por discusión”, es decir, al razonamiento público. Las voces que pueden representar distintas posturas vendrán de diversas fuentes: instituciones globales, intercambios y comunicaciones menos formales (Sen, 2012).

A su vez, en virtud de la aceleración tecnológica y de la posible modificación de paradigmas sociales, biológicos y ambientales, debemos usar una estrategia de expansión temporal utilizando el pensamiento a largo plazo como buenos ancestros de las generaciones futuras (Krznaric, 2020). Hoy vivimos en una era de un corto término patológico que vulnera al medio ambiente y a las generaciones humanas futuras. “Una gran ironía de nuestro tiempo consiste en qué pese a que estamos viviendo más años, estamos pensando a corto plazo” (Bateson, 2011: 22).

Precisamente, el reconocimiento con alcance general de los neuroderechos constituye una táctica adecuada dentro de la estrategia de expansión temporal del derecho en esta sociedad de la transparencia, pues su objetivo consiste en proteger al ser humano actual y a las generaciones futuras.

Por último, recomendamos el empleo de una escala de abstracción adecuada que facilite la incorporación de nuevos supuestos a futuro en virtud del desarrollo imprevisible de la técnica en esta era digital, ya que, por ejemplo, la distribución ubicua de neuroaplicaciones más accesibles, escalables y fáciles de usar tiene el potencial de abrir oportunidades sin precedentes en la interfaz cerebro-computadora, causando —de esa forma— que la neurotecnología esté intrínsecamente integrada en nuestra vida cotidiana (Ienca y Andorno, 2017). En suma, es conveniente la implementación de una estrategia para la elaboración de normas “flexibles”, como vimos en el apartado I, para su ajuste permanente debido a los cambios causados por la aceleración motorizada del desarrollo tecnológico. Así, en una primera etapa, el campo estratégico estará limitado al sistema constitucional en una escala de gran abstracción otorgada por los principios y las reglas dúctiles, es decir, que se adaptan a nuevos supuestos en virtud de la aceleración mencionada.

Por otra parte, el reconocimiento constitucional con alcance general de los neuroderechos puede servir como un medio para conceptualizar las violaciones de los derechos humanos que podrían causar el uso o el abuso de la neurotecnología para proteger la autonomía individual y la privacidad mental, y, así, promover su uso seguro, transparente y eficaz (Yuste et al., 2021). Asimismo, la constitucionalización de los neuroderechos es una estrategia de garantía para su protección a raíz de las herramientas que el derecho del Estado constitucional brinda para su eficacia en su rango de derechos humanos.

Por ejemplo, tenemos el control de constitucionalidad y la aplicación directa de ellos sobre otros derechos subjetivos de las ramas jurídicas que fueron constitucionalizadas —el artículo 1o. del Código Civil y Comercial de la Argentina es un ejemplo—, ya que los derechos humanos se “irradian” por los diversos subsistemas jurídicos del derecho del Estado constitucional (véase la nota 2). Dentro de esta estrategia garantista, destacamos la táctica de sistematización, como vimos en el apartado II, que resulta clave para abordar la complejidad del problema, organizando las distintas partes con relación al todo.

Así, la tutela de los datos neuronales —mencionada en el apartado II.1 y cuyo fin sería alinearse al reconocimiento constitucional de los neuroderechos— por medio de la sanción penal de su manipulación o tráfico es un instrumento táctico dentro de esa estrategia garantista, pues la afirmación de los neuroderechos como derechos humanos contiene la necesidad correlativa de aceptar algunas obligaciones para protegerlos. También la exigencia del consentimiento libre, previo e informado de las personas que pretendan usar cualquier tipo de las herramientas neurotecnológicas permitidas (artículo 4o. del Proyecto de reforma constitucional chilena) constituye otro ejemplo de táctica dentro de esa clase de estrategia.

De igual forma, habría que considerar el peligro que conlleva la estrategia de transformación, que es aquella estrategia donde se utiliza un medio para un fin determinado por otro sujeto como un medio para nuestro objetivo estratégico; es decir, alineamos el medio, que no es propio, a nuestro fin (Mascitti, 2021b). El empleo de este modelo estratégico podría conculcar los neuroderechos. Por ejemplo, podría existir un acuerdo entre dos empresas para que los empleados de una de ellas se realicen resonancias magnéticas funcionales —que, como dijimos en el apartado I, permiten medir la actividad eléctrica del cerebro de forma indirecta, esto es, usando las respuestas hemodinámicas (flujo sanguíneo cerebral) como marcadores indirectos— en el establecimiento de la otra empresa.

De ese modo, los empleados se someterían a ese tratamiento como un medio para el posible diagnóstico de alguna afección neurológica, como la depresión o el Alzheimer (Koch et al., 2012). Sin embargo, los empleadores podrían tener la voluntad de alinear ese medio a su objetivo estratégico, que consiste en obtener información sobre las intenciones, opiniones y actitudes de sus empleados; así, aquéllos afectarían su libertad y su dignidad.

Científicos, por medio de trabajos de investigación, pudieron inferir, a partir de la actividad cerebral descodificada, qué acciones pretendían realizar los participantes en su ensayo. La tarea en cuestión consistía en decidir si sumar o restar dos números y mantener su intención de forma encubierta durante unos segundos (Ienca y Andorno, 2017).

Usando la matriz de fortalecimiento, oportunidades, debilidades y amenazas (FODA) —es una herramienta que permite conformar un cuadro de la situación actual del objeto de estudio—, decimos que por medio del reconocimiento constitucional con alcance general de los neuroderechos se fortalece al ciudadano, debilitando —a su vez— a los Estados y a las grandes empresas tecnológicas y atenuando —de modo oportuno— la amenaza de la manipulación, la discriminación y la vigilancia del sujeto.

Así, construimos límites de modo previo al crecimiento exponencial de las técnicas neurológicas. Por ejemplo, la oportunidad se manifiesta en virtud de que la computación neural subyace a la cognición, al comportamiento y a nuestra autodeterminación. De ahí que sea primordial un análisis cuidadoso de los riesgos emergentes del hackeo cerebral malintencionado. Por tanto, las protecciones contra estos riesgos deben ser consideradas desde el diseño y desde la regulación (Ienca y Haselager, 2016) con una finalidad preventiva.

Con respecto a esta cuestión, el Centro para la Ética y la Innovación de los Datos del Reino Unido tiene la misión de actuar de modo oportuno, ya que debe implementar una estrategia de prevención para atenuar las fuentes de discriminación, examinando para ello los sesgos de los algoritmos (véase el apartado II.5), con el objetivo de identificar: i) cómo mejorar sus “datos de entrenamiento”; ii) cómo pueden evitarse las correlaciones injustificadas cuando deban discernirse relaciones causales más significativas, y iii) cómo deberían establecerse equipos de desarrolladores de algoritmos que incluyan una sección transversal adecuada de la sociedad o de los grupos que podrían verse afectados por un algoritmo.

A su vez, la posibilidad de fusionar mentes con las interfaces cerebromáquina, como veremos a continuación, podría considerarse también como una táctica dentro de la estrategia de fortalecimiento de las capacidades humanas. Ello requiere la distinción de su objetivo estratégico de aumento cognitivo terapéutico y de mejora cognitiva, como vimos en el apartado II.4. Asimismo, los potenciadores cognitivos farmacológicos constituyen otro ejemplo táctico dentro de aquella estrategia, cuyo fin es la mejora cognitiva, pues los individuos sanos están usando estos fármacos para ampliar sus capacidades cognitivas (Mohamed y Sahakian, 2011; Cornejo, 2021b).

1. El principio supremo de justicia como una estructura coherente que sustenta la respuesta jurídica ante el ejercicio de los neuroderechos

La estrategia jurídica sirve para ver al derecho “como un todo en movimiento”, ya que pertenece al género de estrategia que siempre requiere cierta “visión de conjunto” que revele el significado y la relevancia de cada una de las partes (Lewis, 2019).

De modo similar, para entender el cerebro no se puede mirar las neuronas de una en una; necesitamos ver la pantalla entera de televisión para que alguien, por primera vez, conozca cuál es la película que se está emitiendo en el cerebro. Aquí, el problema central es la existencia de una especie de código cerebral, de modo análogo al código genético (Yuste, 2019). Así, podríamos caracterizar al cerebro como un sistema emergente (Johnson, 2003), en el que se genera una función, que en este caso es una imagen, por la interacción de los elementos del sistema. Los píxeles interaccionan entre sí, se disparan a la vez con el mismo color; como consecuencia, reconocemos la imagen. La propiedad emergente es precisamente aquello que todos los píxeles tienen en común.

En este sentido, y de forma similar, la estrategia jurídica nos permite analizar al derecho en “acción” de los Estados constitucionales como un sistema emergente; de allí deriva la existencia de un principio supremo de justicia como su propiedad emergente, que es el resultado de las valoraciones efectuadas en los casos concretos. Asimismo, el derecho del Estado constitucional es un sistema abierto, según manifestamos en el apartado I, y que, a su vez, lo caracterizamos como una totalidad o unidad —se refleja en el principio supremo de justicia—. Parece entonces paradójico que, pese a que en el derecho del Estado constitucional —que, como dijimos, es construido con base en el principio supremo de justicia— “el todo sea más que la suma de sus partes”, sea introducido con respecto a un todo el concepto de competencia entre sus partes.

Estas afirmaciones en apariencia contradictorias tocan, ambas, aspectos esenciales de los sistemas. Cada todo se basa en la competencia entre sus elementos y presupone la “lucha entre partes” (Bertalanffy, 1989: 68), ya que ellas “compiten” por su supremacía como fundamento de la toma de decisiones jurídicas. Los elementos del principio supremo de justicia “libran batallas” por los recursos disponibles que reflejan la necesidad de cambio o de mutación del derecho, que es plasmada en las normas (generales e individuales), decisiones que luego se reflejan en los subsistemas normativos de las ramas jurídicas. Así, el “estratega” procura obtener una respuesta coherente, de modo que la elección de los medios para lograr el fin de la justicia mantenga la cohesión del derecho del Estado constitucional. Pensamos que esa “organización coherente” de las partes y el todo es compatible con la idea Dworkin sobre la “integridad” en los niveles jurídico y político (1986: 176 y 404). Por consiguiente, en los casos difíciles los jueces ponderan los diversos elementos del principio supremo de justicia como medios para alcanzar la solución justa o equitativa del caso concreto.

En este sentido, y como vimos en el apartado II, los neuroderechos se refieren a los diversos valores que conforman el principio supremo de justicia, que informa al sistema jurídico del Estado constitucional. Por ello, en los párrafos siguientes, analizamos el peso de los elementos del principio supremo de justicia —tomando como casos de análisis a la manipulación de recuerdos y a la interfaz cerebro-computadora— como soportes del reconocimiento de los neuroderechos.

El creciente campo de la ingeniería de la memoria representará probablemente un reto primordial para el derecho a la identidad (véase el apartado II.3). La memoria humana es reconstructiva más que reproductiva (Roediger y McDermott, 1995). Así, los recuerdos se reconstruyen en el momento de recordarlos y, como tales, están sujetos a distorsiones que pueden haber ocurrido durante la codificación, el almacenamiento o la propia recuperación (Masters, 2014). El derecho ha demorado en aceptar que los recuerdos se construyen, pero la situación está cambiando gradualmente, como se puede observar en la actividad de los tribunales supremos de Nueva Jersey, Oregón y Massachusetts (Feldman, 2017).

Se han desarrollado varias técnicas para manipular (potenciar o borrar selectivamente) los recuerdos de la mente de una persona. Por ejemplo, Nabavi et al. (2014) utilizaron una técnica optogenética para borrar y, posteriormente, restaurar recuerdos seleccionados, aplicando un estímulo mediante láser óptico que refuerza o debilita selectivamente las conexiones sinápticas. En un escenario a largo plazo, ellas podrían ser utilizadas por las agencias de vigilancia y seguridad con el propósito de borrar selectivamente los recuerdos peligrosos del cerebro de las personas, como se retrata en la película *Men in Black* con el llamado “neuralizador”.

Los motivos potenciales de la alteración ilícita de la memoria son varios, entre ellos el aumento de la seguridad nacional o el ejercicio del control sobre individuos o grupos (Ienca y Andorno, 2017). En este sentido, imaginemos un caso donde la fiscalía solicite la aplicación de una norma penal ante un tribunal para el borrado de recuerdos —por medio de una técnica optogenética— de un sujeto con antecedentes criminales de terrorismo a gran escala ante la comprobada inminencia de otro ataque de ese tipo.

¿Cuál es la decisión que deben adoptar los magistrados? ¿Se debe respetar el neuroderecho a la identidad y a la toma de decisiones que se vincula a la libertad declarando la inconstitucionalidad de la norma, o se debe dar preferencia axiológica al bien común que contiene la norma general en cuestión? Pensamos que, en principio, el tribunal podría fraccionar o recortar la libertad para potenciar el bien común, ordenando que el uso de este tipo de tecnología neurológica se realizará en virtud de la magnitud de la probable afectación del bien común y de que la técnica a utilizarse no constituye un medio invasivo para lograr el fin deseado; de ese modo, no se afectaría a la dignidad, que constituye el elemento irreductible del principio supremo de justicia (véase el apartado II.1).

Por otra parte, en el centro de la neurotecnología está la interfaz cerebrocomputadora, es decir, el dispositivo que conecta el cerebro de una persona con un ordenador o con otro dispositivo externo al cuerpo humano; esta herramienta tecnológica permite a un ordenador “leer” la actividad cerebral y decodificarla mediante algoritmos de reconocimiento de patrones (Peterson, 2005).

La interfaz cerebro-computadora facilita una comunicación bidireccional entre el cerebro y el mundo exterior, exportando datos cerebrales o alterando la actividad cerebral. Esos algoritmos podrán influir en la toma de decisión de las personas y disminuir, de ese modo, su independencia (véase el apartado II.2) a mayor conectividad (Yuste, 2019).

La interfaz cerebro-computadora puede funcionar de dos modos: ser invasiva (y estar dentro del cráneo de la persona) o no invasiva (como un casco que se lleva sobre la cabeza). La interfaz cerebro-computadora invasiva requiere una intervención quirúrgica y está regulada en el ámbito de la medicina; sin embargo, la interfaz cerebro-computadora no invasiva, que se usa para los mismos fines que la invasiva, suele quedar fuera de la normativa jurídica referida a la medicina (Yuste et al., 2021).

Así, en la mayoría de los países, la interfaz cerebro-computadora no invasiva se considera un artículo de consumo; por ende, se rige por el derecho del consumidor. Pensamos que es necesario regular ambas interfaces cerebro-computadora —invasiva y no invasiva— dentro de la rama del derecho de la salud, usando un modelo de estrategia expansivo de los neuroderechos de los usuarios de esos instrumentos tecnológicos que busque tutelar a la libertad y a la salud como un bien común, pues se considera que un piso de tutela a la salud constituye un requisito para la protección de la dignidad. De esta manera, como contrapunto, promovemos un modelo estratégico de contracción del derecho de consumo que lo delimite a sus notas características, es decir, a la protección del más débil en un escenario de desigualdad de las partes de la relación de consumo.

IV. Conclusiones

Cuando descifremos los algoritmos del cerebro, no solo de las personas, sino también de los animales, comprenderemos al igual que la naturaleza y podremos copiarlos con nuestra tecnología (Yuste, 2019). La naturaleza ha sido una fuente de inspiración para el desarrollo de una tecnología más eficaz, con dos fuentes de inspiración dominantes: el cerebro humano —neurocomputación— y la evolución —computación evolutiva— (Eiben y Smith, 2010: 7). De esta forma, concluimos que existe una relación directamente proporcional entre el poder de las máquinas y su conocimiento del ser humano; por ello, a medida que aumente el conocimiento de las máquinas sobre el material genético y el funcionamiento neuronal del ser humano, mayor será el poder de las máquinas.

El derecho como instrumento de control social limita a la libertad humana, constituyendo una herramienta para el desarrollo de la comunidad. El enfoque estratégico jurídico nos permite dirigir los medios hacia objetivos determinados. Así, en esta era de la aceleración del desarrollo tecnológico, el derecho del Estado constitucional debe fijar límites a los medios técnicos para el progreso de la cultura en un marco de tutela al principio supremo de justicia; igualmente, la naturaleza —a su vez— debe constituir, en algunos casos, un límite infranqueable para la cultura.

En ese contexto, reconocemos que “la genética puede amenazar la privacidad, acabar con la autonomía, homogeneizar la sociedad y destripar el concepto de naturaleza humana. Pero la neurociencia podría hacer todas estas cosas antes” (The Economist, 2002).

Por consiguiente, el derecho del Estado constitucional debe usar los “límites” reflejados en las normas como medios para contener una especie de aspiración prometeica de rehacer la naturaleza, incluida la humana, para que sirva a nuestros propósitos y satisfaga nuestros deseos. La apreciación de los dones de la vida limita ese deseo prometeico y conduce a una cierta humildad (Sandel, 2007; McKibben, 2003).

Para ello, el derecho del Estado constitucional debe otorgar rango constitucional con alcance general a los neuroderechos —pese a que ellos deberían ser reconocidos por los jueces en los casos concretos— y sistematizarlos de modo adecuado, para que se transformen en “muros” frente al crecimiento ilimitado de la estructura tecnológica. Ello debe concretarse a corto plazo, ya que una vez que se conozca el funcionamiento completo del cerebro, es decir, el hardware del sistema cognitivo, las soluciones podrían resultar ineficaces por ser inoportunas.

Bibliografía

Agar, N. (2014). Truly Human Enhancement a Philosophical Defense of Limits. Cambridge: The MIT Press.

alivisatos, A. P. et al. (2012). "The Brain Activity Map Project and the Challenge of Functional Connectomics". *Neuron*. 74(6).

Armayones, M. et al. (2015). "Big data y psicología: ¿una oportunidad para el Internet de las personas?", *Revista de Psicología, Ciències de l'Educació i de l'Esport*. 33(2).

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Bateson, M. C. (2011). *Composing a Further Life: The Age of Active Wisdom*. Nueva York.

Bauman, Z. (2009). *Múltiples culturas. Una sola humanidad*. Trad. de A. Santos Mosquera. Buenos Aires: Katz.

Bennett, M. R. y Hacker, P. M. S. (2003). *Philosophical Foundations of Neuroscience*. Oxford: Blackwell Publishing.

Bertalanffy, L. von (1989). *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. 7a. reimp. Trad. de Juan Almela. México: Fondo de Cultura Económica.

Bidart campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México: UNAM. Disponible en: https://www.usmp.edu.pe/derecho/3ciclo/derechos_humanos/Biblioteca%20virtual/Teoria%20General%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf (fecha de consulta: 25 de mayo de 2020).

BoBBio, N. (1996). *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. 8a. ed. Madrid: Taurus.

BoBBio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trad. de A. de Cabo y G. Pisarello. Madrid: Trotta.

Bostrom, N. y Sandberg, A. (2006). "Cognitive Enhancement: Methods, Ethics, Regulatory Challenges". *Science and Engineering Ethics*. 15(3).

BuBlitz, J.-C. (2013). "My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept". En Hildt, E. y Francke, A. (eds.). *Cognitive Enhancement. An Interdisciplinary Perspective*. Dordrecht: Springer.

Castells, M. (2000). *La sociedad red* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés). 2a. ed. Madrid: Alianza Editorial.

Ciuro caldani, M. Á. (2020). *Una teoría pluralista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*. 2a. ed. Buenos Aires: Astrea.

Clausewitz, K. V. (1998). *De la guerra*. Trad. de Francisco Moglia. Buenos Aires: Need.

Cornejo Plaza, M. I. (2021a). "Neuroderechos y neurotecnologías en Chile: prioridades legislativas". El Mostrador. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2021/07/26/neuroderechos-y-neurotecnologias-en-chile-prioridades-legislativas/> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2021).

Cornejo Plaza, M. I. (2021b). "Reflexiones desde el derecho al mejoramiento neural farmacológico (neuroenhancement)". *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. 15.

Dahrendorf, R. (1971). *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*. Madrid: Tecnos.

damasio, A. (2016). *El error de Descartes*. 4a. reimp. Buenos Aires: Crítica.

Davidson, D. (1963). "Actions, Reasons, and Causes". *The Journal of Philosophy*. 60(23).

dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

- EiBen, A. y smith, J. (2010).** Introduction to Evolutionary Computing. Heidelberg: Springer.
- Feldman Barrett, L. (2017).** How Emotions Are Made: The Secret Life of the Brain. Nueva York.
- FerraJoli, L. (2018).** Constitucionalismo más allá del Estado. Madrid: Trotta.
- Fukuyama, F. (2002).** Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution. Nueva York: Farrar, Straus & Giroux.
- Fuller, L. L. (1969).** The Morality of Law. New Haven: Yale University Press.
- Gomá lanzón, J. (2019).** Dignidad. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Goodenough, O. R. (2001).** "Mapping Cortical Areas Associated with Legal Reasoning and Moral Intuition". *Jurimetrics*. 41(4).
- Goodenough, O. R. y tucker, M. (2010).** "Law and Cognitive Neuroscience". *Annual Review of Law and Social Science*. 6. guastini, R. (2003). Estudios de teoría constitucional. 2a. ed. México: Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Han, B. C. (2013).** La sociedad de la transparencia. 5a. reimp. Trad. de Raúl Gabás. Barcelona: Herder.
- Han, B. C. (2014).** Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. 3a. reimp. Trad. de Alfredo Bergés. Barcelona: Herder. harari, Y. N. (2018). 21 lecciones para el siglo XXI. Debate.
- lenca, M. y haselager, P. (2016).** "Hacking the Brain: Brain-Computer Interfacing Technology and the Ethics of Neurosecurity". *Ethics and Information Technology*. 18. Disponible en: <https://link.springer.com/articulo/10.1007/s10676-016-9398-9>.
- lenca, M. y andorno, R. (2017).** "Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology". *Life Sciences, Society and Policy*. 13. Disponible en: <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>. ihering, R. von (1911). El fin en el derecho. Trad. de Leonardo Rodríguez. Madrid.
- James, A. y James, A. (2010).** Key Concepts in Childhood Studies. Londres: Sage Publications.
- Johnson, S. (2003).** Sistemas emergentes. O qué tienen en común hormigas, neuronas, ciudades y software. Fondo de Cultura Económica. kant, I. (1875). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Trad. de Manuel García Morente.
- KBD (1923).** Rex v Sussex Justices, Ex parte McCarthy. Disponible en: <https://swarb.co.uk/rex-v-sussex-justices-ex-parte-mccarthy-kbd-9-nov-1923/> (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2021).
- Koch, W. et al. (2012).** "Diagnostic Power of Default Mode Network Resting State fMRI in the Detection of Alzheimer's Disease". *Neurobiol Aging*. 33(3).
- Krznaric, R. (2020).** The Good Ancestor. A Radical Prescription for LongTerm Thinking. Nueva York: The experiment.
- Kuriakose, F. e iyer, D. (2018).** "Human Rights in the Big Data World". Centre of Governance & Human Rights Working Paper. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3246969 (fecha de consulta: 20 de abril de 2021).
- Lemley, M. A. y casey, B. (2019).** "Remedies for Robots". Stanford Law and Economics Olin Working Paper. 523.
- Lewis gaddis, J. (2019).** Grandes estrategias. Trad. de Miguel Marqués Muñoz. Taurus.
- López-silva, P. y madrid, R. (2021).** "Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. 10(1).
- Lopucki, L. y weyrauch, W. O. (2020).** "A Theory of Legal Strategy". *Duke Law Journal*. 49(6). mascitti, M. (2012). "Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico". *Revista Persona*. 88.
- Mascitti, M. (2016-2017).** "Un enfoque interdisciplinario para la toma de decisiones en el mundo jurídico".

Investigación y Docencia. 52. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD5210.pdf> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2020).

Mascitti, M. (2020a). “El principio supremo de justicia y su reflejo en el proyecto Next Generation EU”. Espacio Virtual UNR. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org/DerechodelaSalud/Recopilacion-EVSobre-Programa-EU4HEALTH.pdf> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2021).

Mascitti, M. (2020b). “Las interrelaciones entre el derecho y la genética desde la perspectiva integracionista de la teoría trialista del mundo jurídico”. *Pensar en Derecho*. 17.

Mascitti, M. (2021a). “Los tangos de Discepolín como reclamos para la construcción de una sociedad justa”. Espacio Virtual UNR. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org/DerechodelArte/EV-Home-najeEnriqueSantosDisc%C3%A9polo.pdf> (fecha de consulta: 25 de julio de 2021).

Mascitti, M. (2021b). “El derecho del trabajo como un medio para atenuar el impacto de la vigilancia del trabajador, su manipulación y su discriminación en el ámbito laboral de la sociedad de la transparencia”. *Ius et Scientia*. 7(1). Disponible en: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i01.11>.

Mascitti, M. (2021c). “La insuficiencia de la causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil en los daños producidos por la robótica y los sistemas autónomos”. *Revista de Derecho Privado*. 42. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.42.09>.

Mascitti, M. (2022). “El Trialismo como un medio para promover la justicia dentro de la complejidad de la era digital”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 56.

Masters, J. (2014). “Law and Decision Making: Incorporating Internal Harm into Rational Choice Theory”. *The Journal of Jurisprudence*. Melbourne. mckiBBen, B. (2003). *Enough: Staying Human in an Engineered Age*. Nueva York: Times Books.

Mercier, H. y sperBer, D. (2017). *The Enigma of Reason*. Harvard University Press.

Mohamed, A. y sahakian, B. (2011). “The Ethics of Elective Psychopharmacology”. *International Journal of Neuropsychopharmacology*. 15(4).

Monasterio astoBiza, A. et al. (2019). “Traducir el pensamiento en acción: interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia”. *Revista de Bioética y Derecho*. 46.

NaBavi, S. et al. (2014). “Engineering a Memory with LTD and LTP”. *Nature*. 511.

Narváez mora, M. (2014). “Neuroderecho: el sentido de la acción no está en el cerebro”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. 2.

O’neil, C. (2016). *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*.

Pérez BermeJo, J. M. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Peterson, G. R. (2005). “Imaging God: Cyborg, Brain-Machine Interfaces, and a More Human Future”. *Dialog*. 44(4).

Roediger, H. L. y mcdermott, K. B. (1995). “Creating False Memories: Remembering Words Not Presented in Lists”. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*. 21(4). Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0278-7393.21.4.803>.

Sandel, M. J. (2007). *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*. Cambridge-Massachusetts-Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.

Sen, A. (1980). “Equality of What?”. En McMurrin, S. (ed.). *The Tanner Lectures in Human Values*. Cambridge: Cambridge University Press. Vol. 1.

Sen, A. (1985). “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984”. *The Journal of Philosophy*, 82(4).

Sen, A. (2012). *La idea de la justicia*. Madrid: Penguin Random House.

Stephens-davidowitz, S. (2017). Everybody Lies: Big Data, New Data, and What the Internet Reveals About Who We Really. William Morrow and Company.

The economist (2002). “The Ethics of Brain Sciences: Open Your Mind”. The Economist. Disponible en: <https://www.economist.com/science-and-technology/2002/05/23/open-your-mind>.

Veit, W. (2018). “Cognitive Enhancement and the Threat of Inequality”. Journal of Cognitive Enhancement. 407. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s41465-018-0108-x>.

Viola, F. (2018). “Il futuro del diritto”. Persona y Derecho. 79.

Waring, T. M. y zachary, T. W. (2021). “Long-Term Gene–Culture Coevolution and the Human Evolutionary Transition”. Proceedings of the Royal Society B. 288. Disponible en: <https://doi.org/10.1098/rspb.2021.0538> (fecha de consulta: 29 de julio de 2021).

Wiener, N. (1954). The Human Use of Human Beings. Nueva York: Doubleday Anchor Books.

Yuste, R. (2019). Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad. Universidad de Zaragoza.

Yuste, R. et al. (2021). “It’s Time for Neuro-Rights. New Human Rights for the Age of Neurotechnology”. Horizons. Journal of International Relations and Sustainable Development. 18.

“Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital”

Cristina Benlloch Domènech - Joaquín, Sarrión Esteve



“Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital”

Cristina Benlloch Domènech - Joaquín Sarrión Esteve

Resumen

El proceso de transformación digital que vivimos y el desarrollo progresivo de las tecnologías disruptivas emergentes están afectando al derecho, y en particular al constitucional, al menos tal y como se había entendido hasta ahora, especialmente desde la perspectiva del paradigma de los derechos fundamentales y de las categorías y conceptos utilizados en la dogmática constitucional. Este pequeño trabajo, desde una perspectiva multidisciplinar, incluyendo.

Palabras clave: transformación digital, tecnologías disruptivas, inteligencia artificial, derechos fundamentales.sociology (social analysis) perspectives, constitutes a contribution to the dogmatic debate around the aporia of fundamental rights in the digital age.

Abstract

We are immersed in a process of digital transformation in which emerging disruptive technologies are affecting the law, and in particular constitutional law, at least as we had understood it until now, especially from the perspective of the fundamental rights paradigm and of the categories and concepts used in constitutional dogmatic. This small contribution, from a multidisciplinary approach, including constitutional dogmatic (constitutional analysis) and legal.

Keywords: gender, gender stereotypes, rape, sexuality, sex education, sex offenders, sexual practices, sexual violence.

I. Introducción

El proceso de transformación digital que estamos viviendo, en el que cada vez adquieren una mayor relevancia las tecnologías disruptivas emergentes, por ejemplo, las tecnologías inteligentes (smart technologies) o los sistemas de inteligencia artificial (IA), afecta al derecho y, en particular, al derecho constitucional, al menos tal y como se había entendido hasta ahora, especialmente desde la perspectiva del paradigma de los derechos fundamentales, y de las categorías y conceptos utilizados en la dogmática constitucional.

En efecto, aunque estas tecnologías presentan múltiples desafíos para el derecho constitucional (Sarrión, 2020a: 321-333), uno de ellos son las aporías que se generan en la afectación de las categorías jurídicas, que llaman a repensar y replantear unas categorías y conceptos que no pueden ser concebidos como permanentes e inalterables, llegando en su caso, si fuera necesario, como dice Bobbio, a plantearse la creación de nuevas categorías (1990: 206); algo que no es nuevo, pues como se ha apuntado certeramente, la bioética había mostrado, ya desde sus orígenes, los límites de las categorías jurídicas (Salardi, 2020: 217).

C. Benlloch agradece la ayuda de proyectos I+D para equipos de investigación emergentes, la economía digital: clave para retener a las mujeres, financiada por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, Generalitat Valenciana, GV/2020/040. J. Sarrión agradece también el apoyo de la Ayuda RYC-2015188821 financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por El FSE invierte en tu futuro. ** Profesora ayudante y doctora en Sociología por la Universitat de València, España. Correo electrónico: cristinabenlloch@uv.es; ORCID: 0000-0001-7802-4705. *** Investigador Ramón y Cajal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España. Correo electrónico: jsarrion@der.uned.es; ORCID: 0000-0002-6803283X.

Pero qué duda cabe que, si algo define a la ciencia del derecho, o al derecho como ciencia, siguiendo a Engisch es que “puede conformar el derecho

mismo y la vida en y bajo el derecho” (2001: 3), pues, desde su origen, el derecho es una ciencia práctica. Pero para disponer de un derecho práctico se hace esencial utilizar unas adecuadas categorías y conceptos jurídicos, los cuales requieren siempre de interpretación y de adaptación a la cambiante realidad de una sociedad en plena transformación digital; se trata de resolver las aporías o paradojas que se presentan.

Este análisis parte, si se quiere, de una concepción del derecho que quizá puede calificarse como neoconstitucionalista, en el sentido de que da cuenta —o trata de hacerlo— de los rasgos caracterizadores del derecho contemporáneo (constitucionalizado), superando las tesis del positivismo tradicional (Atienza, 2007: 199 y 200), con una visión en cierta manera pragmática a la hora de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado donde la Constitución normativa, como manifestación de la última fase del constitucionalismo, incide sobre “la formulación nuclear de la ciencia del derecho, sobre su paradigma científico, conocido usualmente como su dogmática jurídica” (Balaguer, 2016: 33), por más que dicha normatividad viva sus propias tensiones en los tiempos líquidos en los que vivimos.

Si para la dogmática constitucional es esencial comprender bien la norma jurídica —análisis normativo constitucional—, así como determinar su correcta interpretación (el famoso problema de la interpretación, que siempre acompaña al jurista), para la sociología del derecho o sociología jurídica, que se aproxima al derecho desde el exterior, le preocupa la interacción de éste con la sociedad, incluyendo tanto las influencias que la sociedad y sus cambios pueden generar en el derecho como la incidencia que éste puede tener en la realidad que regula.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la interpretación que interesa no debe ni puede limitarse a la interpretación del texto constitucional, sino que debe buscar también la interpretación constitucional de la norma o, si se prefiere desde un punto de vista ordinamental, del ordenamiento jurídico (Balaguer, 1997).

La preocupación del jurista constitucionalista no se limita, por tanto, al estudio del texto constitucional, sino que, desde el texto constitucional o a la luz del mismo, fija su atención también en otras normas del orden o sistema jurídico que se debe al mismo.

A la hora de encarar el problema de la interpretación constitucional no se puede obviar los procesos supranacionales de integración o la propia internacionalización del derecho constitucional, las Constituciones, con carácter general, ya no son textos cerrados, sino que abren la puerta a la influencia de otros textos internacionales, lo que motiva que en los espacios constitucionales donde se produce hay que considerar los planteamientos pluralistas (constitucionalismo plural) o del constitucionalismo multinivel.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, el constitucionalista hace siempre una lectura pro derechos. Como apunta Frossini (2020: 273 y ss.), el constitucionalismo no se desarrolla sino en la separación de poderes, las garantías constitucionales y la tutela de los derechos como técnicas de afirmación de la libertad individual.

No se trata de entrar aquí y ahora en la disquisición doctrinal sobre el concepto de “derechos humanos” y su distinción con el de “derechos fundamentales”, pues en realidad nos interesan otras cuestiones. Por eso vamos a utilizar la expresión de derechos fundamentales como equivalente a la de derechos humanos, es decir, aquellos derechos inherentes que corresponden a las personas por el hecho de tener tal condición y que son objeto de reconocimiento en textos de carácter constitucional.

Pues bien, estos derechos fundamentales, sus categorías y sus conceptos, incluso su propio paradigma, se ven afectados por las tecnologías disruptivas emergentes, así como los efectos que tienen las mismas en la vida digital de las personas (Sarrión, 2020b); entendiendo por vida digital el tiempo que las personas dedican a las redes y sistemas digitalizados.

Esto interesa, tanto desde la perspectiva de la dogmática constitucional en cuanto que afecta a cómo leemos las normas y como las interpretamos, como también desde la sociología jurídica, dado que motivan cambios en la sociedad que influyen en la norma jurídica, y a su vez, motivan cambios en la propia norma, y aún más, en el conjunto del ordenamiento jurídico, el cual evoluciona detrás de los cambios tecnológicos.

II. De cómo las tecnologías disruptivas emergentes revolucionan los conceptos y categorías del derecho constitucional, y las aporías que generan desde el paradigma de los derechos Fundamentales

Si bien la era digital no es el fin de la era humana,⁵ es cierto que plantea interrogantes y desafíos importantes desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, configurados en su paradigma tradicional como derechos de la persona (derechos humanos), pues, por un lado, la digitalización supone unos cambios en la forma de vivir, de relacionarnos como personas, hasta el punto de que no cambia la vida y percepción de la realidad. Asimismo, se plantean nuevas realidades e identidades (realidad virtual, identidad digital) que requieren replantear las garantías y el contenido de los derechos o, como se defiende en algunos sectores, la extensión de su titularidad a otras entidades, ya sean animales o robots, incluso se llega a hablar de “derechos poshumanos”.⁶

Por tecnologías disruptivas emergentes entendemos aquellos instrumentos y procedimientos industriales que, suponiendo una innovación, están surgiendo y desarrollándose en la actualidad, al mismo tiempo que suponen una ruptura para el estado del conocimiento y del desarrollo tecnológico.⁷ Por supuesto que una de las más relevantes sería la inteligencia artificial (IA), pero no la única; otras tecnologías que constituyen innovaciones de este tipo son, por ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, el Internet de las Cosas (IdC), la tecnología de cadenas de bloques (blockchain), los drones, la edición genética mediante CRIPSR (tijeras genéticas), pues todas ellas serían innovaciones tecnológicas susceptibles de generar riesgos y retos que son objeto de estudio aquí. En los siguientes apartados vamos a tratar, en particular, la posición de la inteligencia artificial en estas tecnologías, la función que le corresponde al derecho y, finalmente, un análisis desde el paradigma de los derechos fundamentales.

1. Tecnologías disruptivas emergentes e inteligencia artificial

Estas tecnologías disruptivas emergentes constituyen un especial desafío por su tendencia a converger entre diferentes áreas, experiencias y campos del saber, en particular, aquellas que podemos denominar como inteligentes, sistemas o dispositivos con IA, por su tendencia a trascender o superar al propio ser humano —sistemas autónomos— que termina saliendo de su área cultural, siendo eclipsado (Rodotà, 2018: 89 y 90), o incluso pudiendo transformarlo (piénsese en la introducción de interfaces, ciborgs, híbridos, súper personas, o seres singulares, etcétera).

Aunque no hay una definición precisa de lo que es inteligencia artificial y hasta dónde puede llegar, es claro que cuando se habla de una tecnología inteligente se está utilizando la expresión formada por “tecnología” (instrumentos y procedimientos industriales) e “inteligencia” (que implica capacidad de entender o comprender, pero también capacidad de resolver problemas).

Estas tecnologías inteligentes o IA pueden combinarse con diferentes tecnologías y sistemas, pueden tener una dimensión física o bien virtual o digital, dar lugar a robots o robotizar sistemas —hardware y software— (Barrio, 2018), pueden utilizar blockchain, IdC, realizar tratamiento masivo de datos (big data), desarrollar sistemas de decisión automatizados, sistemas de reconocimiento (facial, de voz, etcétera), el machine learning, la realidad virtual, y más.

Además, hasta ahora estos sistemas serían creados por el ser humano, pero en el futuro los propios sistemas inteligentes podrán crear otros sistemas y tecnologías disruptivas que no podemos si quiera imaginar. Pero en realidad no hay una noción comúnmente aceptada siquiera de qué es IA, y se habla también de inteligencias artificiales, diferenciando el nivel o grado de inteligencia existente (Kaplan y Haenlein, 2019).

Aunque la IA o los sistemas inteligentes se puedan integrar o puedan incluso converger con otras tecnologías, hay que advertir que se pueden desarrollar tecnologías con poca o reducida inteligencia artificial, o bien sin ella, afectando también a los derechos fundamentales y su paradigma (piénsese en las redes sociales, la digitalización, etcétera).

Aunque, sin duda alguna, es en la combinación y convergencia de las tecnologías emergentes, y en particular cuando se integra la IA, cuando se aprecian mejor los riesgos más elevados. La IA, entendida como la innovación que permite dotar de autonomía y capacidad a un sistema para desarrollar tareas que exigen inteligencia, está presente en los smart robots o robots inteligentes, en los sistemas de reconocimiento de voz, en los instrumentos de seguridad de smart phones, en los traductores, en los gestores de contenidos audiovisuales digitales, en los sistemas de reconocimiento de imágenes, o, en general, en los instrumentos o sistemas computacionales con toma de decisiones automatizadas, utilizando big data.

2. La función del derecho ante las tecnologías disruptivas emergentes

Cuestión discutida es qué función debe asumir el derecho, es decir, hasta dónde procede su intervención para regular el proceso científico-tecnológico, o no. Los riesgos de la regulación, sobre todo por desincentivar la investigación son claros, pero el principio de precaución, y los riesgos de no regular también lo son (tecnologías antihumanas o peligrosas).

Como sostuvo Zweig (2003), uno de los grandes misterios de la vida es que no nos damos cuenta de los valores de la vida hasta que es demasiado tarde, cuando los perdemos.

Tal razonamiento parece razonable en aras de preservar la protección de los derechos fundamentales y hacer frente a los riesgos de las tecnologías, sostener la necesidad de una regulación.

Esta regulación debe basarse en principios claros, y debe tener en cuenta todas las fases del desarrollo tecnológico, desde la propia investigación, el diseño, el desarrollo, la implementación, así como también su utilización, haciendo referencia a las diferentes esferas, campos o temas en los que se pueden utilizar (por ejemplo, participación política, seguridad pública y privada, sanidad, medicina, investigación, servicios, etcétera).

Al derecho constitucional le interesa todo este procedimiento desde el principio hasta el final, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, siendo necesario garantizar, en el desarrollo tecnológico, que se hagan evaluaciones de impacto en los derechos fundamentales (Consejo de Europa, 2019).

Dentro del ámbito de la protección de derechos debemos comenzar, antes de analizar los retos que se plantean para el paradigma de su protección, la propia libertad de investigación científica que constituye, sin duda, como indica Gómez Sánchez, un derecho fundamental (2009: 75 y 76). Si bien podemos diferenciar dos modelos de protección constitucional en función de si configura una protección autónoma del derecho o bien se tutela dentro de otros derechos o libertades configurados de forma amplia, con carácter general en el marco de la libertad de expresión.

Para ejemplificar lo antes dicho, la Constitución de Estados Unidos de 1787 no protege de forma expresa la libertad de investigación, se entiende amparada dentro de una amplia libertad de expresión (Primera Enmienda).

Sin embargo, se suele decir que los primeros precedentes constitucionales en reconocer la libertad de investigación como derecho fundamental son la Constitución alemana de 1919 de Weimar, artículo 142; y la Constitución de la II República Española de 1931, artículo 48.3.

La actual Constitución alemana tutela la libertad de investigación en el artículo 5o. junto con el arte, la ciencia y la enseñanza; en cambio, la Constitución española de 1978 la ampara, si bien de forma implícita, en el artículo 20.1, apartado b, dentro de la cobertura de la producción científica, artística y técnica, sin perjuicio de que, como tal, la investigación tiene otras referencias en el texto constitucional (artículos 44.2, 148.117 y 149.1.15). De tal manera, ha sido criticado que no se contemple su protección de forma expresa en el complejo artículo 20 (Gómez, 2009: 491).

Algunas Constituciones del continente americano han seguido el modelo estadounidense, tutelando la libertad de investigación dentro de una amplia libertad de expresión, y otras han configurado una protección específica, ya sea de forma implícita o explícita.

Por ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se tutela a través de la obligación del Estado de apoyar la investigación científica (artículo 3o., apartado V), lo cual se ve complementado por la consagración de la libertad de investigación en la Ley de la Ciencia; la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, regula la libertad de la expresión de la actividad científica (artículo 5.IX); la Constitución Política de Colombia de 1991, establece la libertad de investigación científica (artículo 71), constituyendo así la tendencia actual de incorporar su protección en los textos constitucionales (Ahumada, 2012: 427).

Asimismo, podemos encontrar este derecho implícito en el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (Cippitani, 2015: 554), y de forma explícita tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 16.1), como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 13).

Sin duda, la libertad de investigación científica tiene una autonomía propia, que faculta a científicos, investigadores y profesores a su desarrollo —aunque habría que precisar esta titularidad atendiendo a la legislación sobre investigación— y se proyecta en diferentes campos del saber, incluyendo la tecnología, por tanto, podríamos hablar de investigación científico-tecnológica a través de proyectos de investigación amparados en financiación pública y/o privada, y que se sujetan a diferentes regulaciones en función del sector o campo de investigación.

De hecho, la investigación científica y la tecnología están en un proceso de aceleración progresiva (Martínez, 2019: 66), es ya una realidad el uso masivo de datos (big data) y el desarrollo de sistemas de reconocimiento biométrico, de decisión automatizados y, en general, los que incorporan elementos de IA, lo que plantea a su vez sus propios retos específicos.

Que exista y se proteja la libertad de investigación no quiere decir que ésta, como cualquier otro derecho fundamental, no pueda tener límites, debiendo tener especial consideración la protección de la propia dignidad de la persona y otros derechos fundamentales (derecho a la vida, integridad física y psíquica, derecho al honor, libertad religiosa, derecho a la salud, derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos, por poner algunos ejemplos), así como los instrumentos jurídicos aplicables, y los propios principios éticos profesionales. Ciertamente, tampoco se trata de que estas tecnologías vayan a afectar de forma negativa a los derechos, en muchas ocasiones puede que los derechos se vean beneficiados a través de nuevas formas de ejercicio (piénsese en la libertad de expresión en redes sociales, al derecho de reunión y manifestación ejercido de forma digital, por ejemplo).

Los defensores del transhumanismo defienden la mejora del ser humano a través de las innovaciones tecnológicas, aunque plantean la posibilidad de atribuir a los sistemas de inteligencia artificial valores “humanos” (Bostrom, 2014). Como acertadamente advierte Cortina, lo difícil sería obligarles a mantener este sistema de valores, y serían los propios sistemas quienes propondrían sus propios valores (Cortina, 2019: 385). No podríamos apreciar la pérdida de los valores humanos hasta que los perdiéramos, por eso es esencial perseverar su protección.

Aunque queda tiempo para el desarrollo de la súper inteligencia artificial, no es menos cierto que los avances científicos en todos los campos van en progresivo aumento, pero la preocupación por regular adecuadamente el desarrollo de estas tecnologías, desde la investigación, diseño e implementación, no es algo nuevo.

Por un lado, Estados Unidos y Japón llevan ya bastante tiempo estudiando la necesidad de adaptar la legislación a la IA, adaptando sus marcos normativos para potenciar la investigación y desarrollo de estas tecnologías; la Unión Europea ya tomó nota del reto que suponen, así, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución del 16 de febrero de 2017 sobre la necesidad de elaborar una normativa civil a nivel europeo sobre robótica (Resolución sobre normas de derecho civil sobre robótica) en la que se reflejen “los valores humanistas intrínsecamente europeos y universales que caracterizan la contribución de Europa a la sociedad” (Parlamento Europeo, 2017).

A nivel internacional, la Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 73/179 del 17 de diciembre de 2018, subrayó que las tecnologías de IA con elaboración de perfiles y adopción automatizada de decisiones, sin las debidas garantías, pueden dar lugar a decisiones que afecten a los derechos humanos (Naciones Unidas, 2018a); siendo destacable también el trabajo del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (Naciones Unidas, 2018b). Vamos a aproximarnos a los avances realizados en el ámbito europeo que conocemos mejor.

Además de la resolución antes citada, en la UE, la Comisión Europea (2018) emitió una comunicación titulada “Inteligencia artificial para Europa”, en la que muestra la necesidad de adherirse al cambio que supone el advenimiento de la IA. El informe del Joint Research Centre, Artificial Intelligence. A European Perspective (Craglia, 2018) muestra de una forma muy desarrollada la perspectiva europea —predominantemente antropocéntrica— sobre la inteligencia artificial.

Y más recientemente el Parlamento Europeo (2019) adoptó la resolución del 12 de febrero de 2019 sobre “Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica”.

El Parlamento Europeo es consciente de que los macrodatos (big data) pueden capacitar dispositivos de IA a modo de redes neuronales y modelos estadísticos que sirvan para predecir algunos acontecimientos y comportamientos, y estos sistemas computacionales van a ser capaces de tratar, aprender y resolver problemas, tomando decisiones a partir del big data, con un cambio de paradigma en cómo se tomaban las decisiones hasta el momento (Cotino, 2017: 132), puesto que los datos y recomendaciones, o propuestas, propiciados por estos sistemas van a ser fundamentales, incluso determinantes, siendo difícil que un operador humano se aparte de la recomendación dada por un sistema inteligente, salvo casos excepcionales.

También es importante resaltar la constitución del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea en 2018, con el propósito de apoyar la implementación de la Estrategia Europea en Inteligencia Artificial, y que ha tenido ya la oportunidad de desarrollar las Directrices Éticas para una IA fiable (2019), con una aproximación antropocéntrica, así como se ha lanzado la Alianza Europea en IA (European AI Alliance) que tuvo su primera asamblea en junio de 2019, el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (Comisión Europea, 2020a), publicado recientemente el 19 de febrero de 2020, y que establece una serie de garantías y limitaciones al uso de algunas tecnologías de IA, así como el Informe sobre implicaciones de la inteligencia artificial, el Internet de las cosas y la robótica (Report on the safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics), presentado al Parlamento Europeo (Comisión Europea, 2020b), o la reciente propuesta de reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial).

En el marco del Consejo de Europa, se ha señalado la complejidad y naturaleza envolvente de estas tecnologías emergentes que están planteando serios retos a la regulación y también a los derechos humanos, llamando a la necesidad de una mayor cooperación a nivel internacional para afrontar los retos de estas tecnologías, en cuyo marco, en la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), se ha elaborado la Carta Europea Ética sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su Ámbito (2018a), así como se ha creado un comité de expertos sobre las dimensiones de los derechos humanos del tratamiento masivo de datos y las diferentes formas de inteligencia artificial (Committee of experts on human rights dimensions of automated data processing and different forms of artificial intelligence), que ya ha tenido oportunidad de elaborar un borrador de recomendación sobre los impactos de los sistemas algorítmicos (Consejo de Europa, 2018b), entre otros trabajos de interés, pues son también destacables, por ejemplo, la recomendación del comisionado de derechos humanos Umboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights, de 2019, que aconseja, en particular, realizar evaluaciones de impacto en materia de derechos fundamentales (Consejo de Europa, 2019), o también el trabajo desarrollado por el Comité Consultivo del Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Convenio 108), con la propuesta de guías generales sobre IA orientadas tanto al público en general como también de forma particular a los desarrolladores de IA, así como a los legisladores.

Aunque sin duda, la gran novedad, es la introducción, en el artículo 9o. del Convenio 108, del derecho a no estar sujeto a una decisión basada únicamente en un procesamiento de datos automatizado sin tener en cuenta su opinión (Gascón, 2020: 344).

La reciente crisis sanitaria vinculada a la COVID-19 que seguimos padeciendo ha demostrado la importancia de la utilización de la IA en salud pública, en particular por la necesidad de tratar y analizar de forma rápida grandes cantidades de datos (Craglia, 2020).

Si atendemos a la literatura científica, podemos ver que ya comenzó hace tiempo a dispensar atención al tema de la necesidad de una regulación de la inteligencia artificial, destacando los riesgos de una súper inteligencia artificial (Bostrom, 2014), la importancia de establecer un concepto autónomo de "inteligencia artificial" desde el derecho (Lea, 2015), de distribuir derechos y obligaciones (responsabilidad) entre seres humanos y máquinas (Balkin, 2017) desde la perspectiva de la regulación de su diseño y modelos (Martínez, 2019: 64-81; Cotino, 2019a y 2019b), analizándola como objeto del derecho constitucional (Sánchez, 2016), estudiando las garantías necesarias para su implementación por la administración pública (Valero, 2019), planteándose la posibilidad de atribuir derechos a los robots con forma humana (Darling, 2012), poniendo énfasis en la protección de los derechos (Asís, 2014; Cotino, 2017; Est y Gerritsen, 2017), en los peligros de discriminación derivados del uso de estos sistemas (O'Neil, 2018; Zuiderveen, 2020; Soriano, 2021), o incluso en las implicaciones del género en los asistentes virtuales (Ni Loideain y Adams, 2019).

En España, caso que conocemos bien, la doctrina iuspublicista ha puesto el foco y atención en estos retos, creando la interesante Red de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial, que organiza anualmente seminarios dedicados al derecho administrativo e inteligencia artificial (DAIA) desde 2019.

Lo que llama la atención es que usualmente, y salvo alguna excepción, nos encontramos con aproximaciones muy valiosas, pero parciales, a pesar de la importancia que pueden tener las conexiones entre estas tecnologías y los problemas jurídicos que se plantean, dada su cada vez mayor convergencia, y además, con aproximaciones no solo parciales por el tema, sino por el campo y el área de aproximación, lo que limita necesariamente el foco de atención, de ahí que se habla de narrativas de la inteligencia artificial (López, 2019).

Sin embargo, lo más relevante de la cuarta revolución industrial es, sin duda, el avance progresivo de la convergencia de estas tecnologías disruptivas emergentes, que incluyen la IA, pero también otras tecnologías, como los drones y otros sistemas que generan la necesidad de una aproximación común o global a las mismas, dada la transformación sustancial que producen, especialmente desde la perspectiva de los derechos fundamentales.²²

Por tal motivo, se hace necesario preguntarse por la necesidad, o no, de un replanteamiento del paradigma (de protección) de los derechos fundamentales, teniendo en consideración que partimos de la necesidad de una aproximación común a estas tecnologías, pues los problemas éticos y jurídicos que pueden plantear, tanto a la hora de enfocar su regulación (las distintas fases de investigación, diseño, implementación y utilización de estas tecnologías), como a la hora de garantizar en todo momento que el máximo respeto por los derechos fundamentales, son esencialmente equivalentes.

Pero, ¿necesitamos un nuevo paradigma de los derechos fundamentales? Entendemos por paradigma de los derechos fundamentales la teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central o foco es explicar el concepto, modelo y problemas de los derechos fundamentales.

Se puede considerar, siguiendo a Torres del Moral, que los derechos humanos: “son aspiraciones del hombre (Laski), afirmación de fines humanos que han de realizarse en el futuro (Green), demandas del hombre en la Historia (Croce), exigencias éticas del hombre en su vida social, que varían con la Historia” (2015: 219).

Estos derechos, proclamados en los textos internacionales y reconocidos en los textos constitucionales como derechos fundamentales, en cuanto que son derechos vinculados y fundamentados en la dignidad de la persona, vienen determinados por la condición humana de ser sujeto de derechos, y su reconocimiento ha servido para la configuración y protección de una esfera de libertad para poder decir con autonomía plena, conformando cada persona sus opciones morales y vitales (Gómez, 2020: 33); son derechos que, el positivismo considera, incorporan previas pretensiones morales surgidas con la necesidad, como ocurre con una libertad de prensa cuando se consolida en Europa (Peces-Barba, 1994: 622 y ss.), y que pueden ser atendiendo al sujeto titular, bien sean individuales o colectivos.

Ahora mismo, las cuestiones relativas a los derechos fundamentales frente a las tecnologías disruptivas emergentes plantean más dudas que respuestas, algunas de las cuestiones que se plantean son aporías o paradojas irresolubles al día de hoy, teniendo en cuenta el actual estado de la tecnología, pero es lícito que nos preocupemos y reflexionemos desde el derecho constitucional sobre esto.

Algún autor ha llegado a preguntarse si sería necesario reescribir nuevas normas constitucionales o si son suficientes las actuales y se pueden interpretar en la era tecnológica (Frossini, 2020: 276), otros han sugerido que las nuevas tecnologías pueden requerir el reconocimiento de nuevos derechos, o bien “un nuevo enfoque jurídico y dogmático en el tratamiento de los derechos fundamentales”, pues es necesario abordar la protección atendiendo a la dimensión colectiva de los derechos, ya que estamos hablando de una tecnología que afecta a la humanidad, por lo que no podemos simplemente utilizar una dimensión individual o subjetiva (Cotino, 2017: 137).

Ciertamente, al igual que ocurrió con el reconocimiento de la protección de datos de carácter personal primero, que surge como derecho autónomo, y posteriormente con el derecho al olvido como derecho autónomo, y diferente del de protección de datos, también puede ocurrir que la jurisprudencia y/o futuros textos reconozcan nuevos derechos, formalizando o reconociendo nuevas pretensiones morales surgidas o derivadas del desarrollo tecnológico y la era digital, como puede ser un derecho a la identidad digital y de autodeterminación digital, incluyendo un derecho al acceso y desarrollo de la vida digital, o incluso un derecho a la objeción digital.

Existen, desde luego, riesgos inminentes como el de un “panóptico digital”. Como es sabido, el panóptico es una construcción ideada por Bentham para permitir la vigilancia, resolviendo los problemas que presentaban los recintos penitenciarios (Bentham, 2011). El desarrollo de tecnologías disruptivas emergentes y el tratamiento de datos masivos puede permitir un panóptico digital que se teme que pueda estar acechando a la humanidad (Rouco, 2020).

Esta posible monitorización del comportamiento y actividad de las personas a través de las tecnologías, aunque no se llevara a la práctica, podría tener un “chilling effect” en el comportamiento individual, motivando un cambio en el comportamiento de la persona que podría autocensurarse (Wachter y Mittelstadt, 2019: 20 y 21) o incluso, desde el punto de vista sociológico, en la propia sociedad que vive en la era digital.

Es cierto que, a nivel de la Unión Europea, por poner el ejemplo que conocemos mejor, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), aplicable desde el 25 de mayo de 2018, ya tiene en consideración algunos de los retos que ha planteado el big data y las tecnologías inteligentes, pero a pesar de los avances que han supuesto el reconocimiento expreso a nivel legislativo del derecho al olvido, recogido como derecho de supresión en el artículo 17 del RGPD, aplicado a los buscadores de Internet para impedir la difusión de información personal, así como del derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado —incluida la elaboración de perfiles— que produzca efectos jurídicos, en el artículo 22 del propio RGPD están sujetos a límites.

En particular, el interesante y novedoso derecho a no sufrir una decisión individual automatizada no se aplica cuando la decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, o cuando está autorizada por el derecho de la Unión o de los Estados miembros, o se basa en el consentimiento del interesado; de forma que van a poder existir muchos supuestos en los que desarrollen decisiones automatizadas con efectos jurídicos.

En España se ha utilizado como fuente de implementación y adaptación a las reformas introducidas la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, con entrada en vigor el 7 de diciembre de 2018, cuyo objetivo es, en realidad, doble: en primer lugar, pretende la adaptación del ordenamiento jurídico español al RGPD y, por tanto, desarrollar la protección de datos de carácter personal en España; pero también pretende, en segundo lugar, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, en cuanto que nuevos derechos que serían ejercitables frente a la transformación digital. En esta misma línea, si bien con un carácter programático, se acaba de presentar la Carta de Derechos Digitales, que trata de perfilar algunos derechos ante las nuevas tecnologías (Gobierno de España, 2021).

Pero es cierto, no nos equivoquemos, que el valor que tiene la privacidad en el continente europeo no es generalizable a nivel mundial, y también es posible que otros derechos a los que no se les hace demasiado caso en Europa, tengan un mayor valor en otros contextos. Por tal motivo, es importante un debate abierto entre constitucionalistas sobre el impacto y los riesgos que estas tecnologías tienen para los derechos. Otra cuestión es abordar el problema de la titularidad.

Por un lado, está el debate de si los derechos solo deberían proteger a los seres humanos, o también deberían proteger o proporcionar derechos a los sistemas tecnológicos inteligentes, especialmente cuando se manifiestan en forma humana, como Darling ha propuesto para los robots sociales, de la misma manera que se ha otorgado cierta protección a los animales en la medida en que puedan generar empatía (Darling, 2012); o como se ha defendido en otros campos, sobre la base de la apariencia humana que pueden adquirir y para evitar lo que podría considerarse una forma de esclavitud (Lumpkin, 2013).

Lo que pasa es que una cosa es atribuir a los sistemas de IA un estatus jurídico, incluso ciertos “derechos”, y otra cosa distinta es atribuirles derechos fundamentales (humanos). Parece razonable que se regule un estatuto jurídico para las máquinas, incluso que las proteja de ciertas conductas destructivas del ser humano, pero no que se les atribuyan derechos fundamentales que, en esencia, son derechos del ser humano.

Distinta es la cuestión de los cibernautas, de los seres humanos híbridos, etcétera, en la medida en que son seres humanos, titulares de derechos fundamentales. Ciertamente pueden ser seres humanos más avanzados en sus capacidades, y se plantearán cuestiones relativas al acceso a estas mejoras, su financiación pública, y los temas vinculados a la igualdad, y en su relación con los demás seres humanos. Desde luego aún no hemos llegado al punto en el que haya que adoptar decisiones sobre todas estas cuestiones, pero la reflexión está abierta. No cabe duda de que estas tecnologías disruptivas emergentes, en particular las tecnologías inteligentes o sistemas de IA, afectan a los derechos fundamentales, y merecen que nos replantemos su concepción y paradigma, pues es la mejor manera de preservar nuestros valores.

Bibliografía

Ackerman, John y Sandoval, Irma (2013). Leyes de acceso a la información en el mundo. Colección “Cuadernos de transparencia”. 7. México: IFAI.

CarBonell, Miguel (2019). Los derechos fundamentales en México. 6a. ed. México: Porrúa-UNAM-CNDH.

Cossío, José Ramón (2002). “El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo.

Fierro, Ana Elena (2020). “Leyes generales: ¿problemas o soluciones del federalismo mexicano?”. Nexos.

Fix-Fierro, Héctor (2000). “Poder Judicial”. En González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.). Transiciones y diseños institucionales. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

López Ayllón, Sergio y posadas Urtusuástegui, Alejandro (2006). “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”. Documentos de Trabajo del CIDE. 18. México.

Peces-BarBa, Gregorio (1998). “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En peces-BarBa, Gregorio et al. (dirs.). Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson.

“Las luchas contra insurgencia-terrorismo-criminalidad: amenazas irregulares en el siglo XXI”

Borja García Vázquez



“Las luchas contra insurgencia-terrorismo-criminalidad: amenazas irregulares en el siglo XXI”

Borja García Vázquez

Resumen

La existencia de individuos organizados que ejercen la violencia en los Estados, como medio lícito para la consecución de sus objetivos, comprenden las amenazas irregulares que afrontan los países en el siglo XXI. Los movimientos insurgentes, terroristas y las organizaciones criminales comparten sus modos de actuación, representando todas ellas un peligro real para las naciones que padecen estos fenómenos, quienes presentan medios para combatirlos y minimizar su impacto.

Palabras clave: guerra asimétrica, guerra híbrida, lucha irregular.

Fights against insurgence-terrorismlawlessness: irregular threats in the 21st century

Abstract

the existence of organized individuals to exercise violence in the States, as a lawful means to achieve their objectives, includes the irregular threats that countries face in the 21st century. The insurgent movements, terrorists and criminal organizations share their ways of acting, all of them representing a real danger to the nations that suffer from these phenomena, who present ways to combat them and minimize their impact.

Keywords: gender, gender stereotypes, rape, sexuality, sex education, sex offenders, sexual practices, sexual violence.

Introducción

Los grupos organizados con la finalidad de disputar el poder a la autoridad vigente, no comprende un fenómeno novedoso, como constatan los bactrianos y sogdianos que detuvieron el avance de Alejandro Magno en el siglo IV a.d.C, los zelotes que lucharon contra el gobierno romano en el siglo I de nuestra era, o más recientemente a partir de 1808 con las guerrillas españolas enfrentadas a las tropas invasoras francesas.

Su versión contemporánea se consolida a partir del siglo XX, desde los movimientos insurreccionales árabes liderados por el oficial británico T.E. Lawrence contra el ejército turco; con las luchas sostenidas por el Partido Comunista Chino al mando de Mao Tse-Tung (inicialmente contra el Kuomintang y posteriormente contra los invasores japoneses); los movimientos partisanos en oposición a los ocupantes de la Alemania nazi; o las guerrillas que se desarrollaron masivamente a partir de la segunda mitad de siglo en África, América Latina y Asia, que caracterizaron en conjunto a esta centuria.

Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), profesor de Derecho internacional público en la UANL, abogado, miembro del equipo de investigación de Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC), y colaborador en el Título Propio de Experto en Mediación impartido en la URJC, ambos dirigidos por la doctora Marta Gonzalo Quiroga (borjagarcia131@gmail.com) orcid.org/0000-0003-0055-6917

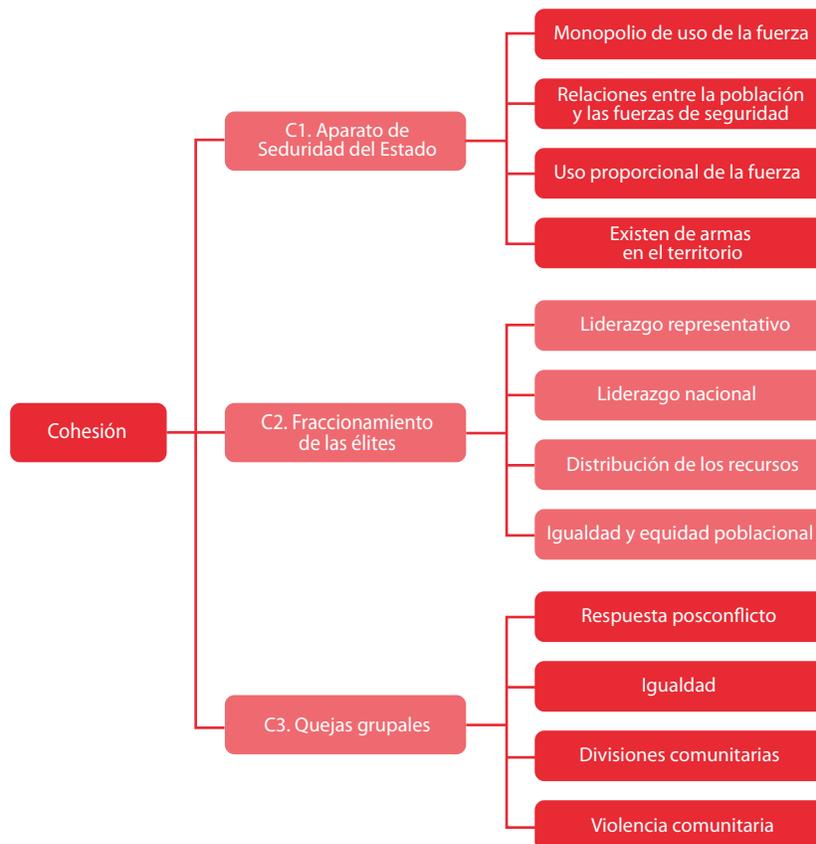
Estas luchas insurreccionales estarían encuadradas en las denominadas amenazas asimétricas, procedentes de los fallos consubstanciales a los sistemas económicos, políticos y sociales, aprovechados por elementos contrarios al orden establecido, a través del empleo imprevisible de medios destinados a causar daño a las estructuras del funcionamiento comunitario, en pos de lograr la obtención de sus fines (Carvalho & Esteban Navarro, 2012, págs. 74-75), mezclándose en ocasiones con actitudes dirigidas a conseguir el lucro económico personal.

Estados fallidos

Ante el nuevo paradigma que configuran los conflictos hoy, el presente artículo está destinado a explicar las condiciones en que se dan los fenómenos de lucha irregular en la actualidad, ejemplificando la situación con lo acontecido en las últimas décadas en la doctrina de los Estados Unidos de América (EEUU) y Reino Unido (RU), al ser países con una amplia experiencia contra estos movimientos, exponiendo lo ocurrido en Afganistán, y concluyendo con las reflexiones finales.

La desintegración de la URSS en 1991 puso fin a la división internacional que regía el mundo desde 1945, debilitando los órganos de poder de un gran número de países, que propició la proliferación de nuevos actores capaces de disputar el control sobre la población y el territorio, multiplicando los Estados fallidos. No existe consenso respecto a la conceptualización y las circunstancias bajo las cuales puede considerarse que un país ha fracasado en su misión fundacional, de gestión de una población y territorios concretos, de forma estable, en atención a las demandas y necesidades de los mismos.

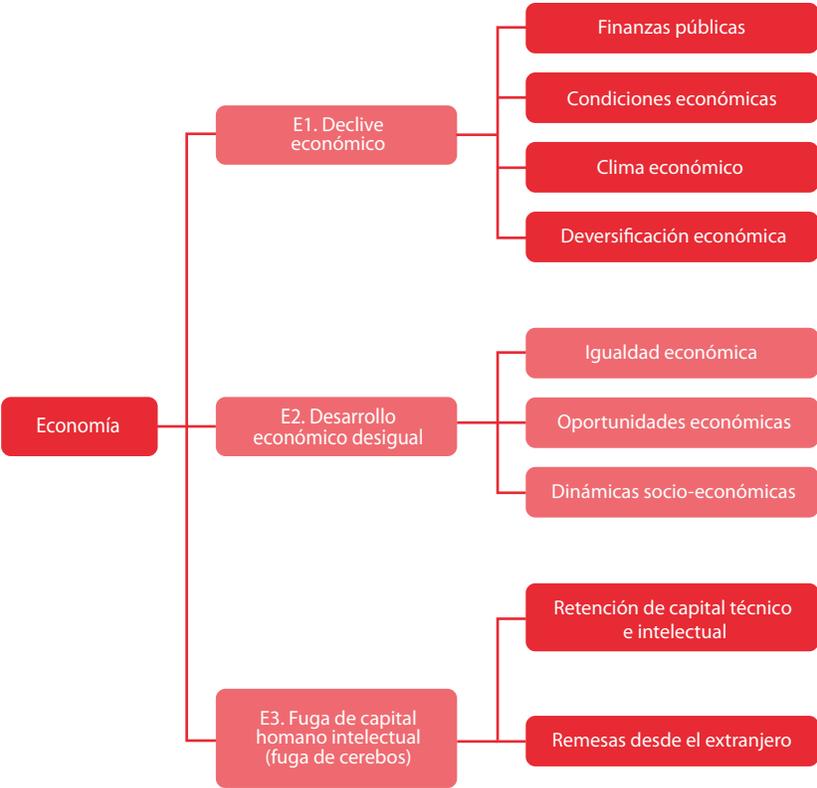
Lo más cercano es el informe “Índice de Estados frágiles”, publicado anualmente desde hace 15 años, elaborado por la revista Foreign Policy y el Fondo para la Paz, a pesar de las críticas que genera la distinción entre Estados sustentables, y los que no figuran como tal. Para ello, en cada anualidad se analizan cuatro indicadores en 178 países, codificados como se exponen en las siguientes imágenes:



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos socio demográficos.

El indicador “Cohesión” analiza las amenazas a la seguridad del Estado, como movimientos insurgentes, terroristas, y organizaciones criminales, así como un uso represor de las fuerzas gubernamentales contra opositores políticos y fuerzas disidentes (C1); luchas por el poder entre facciones étnicas, religiosas y políticas, y grado de legitimidad de los gobernantes (C2); y las confrontaciones existentes entre los distintos grupos sociales (C3).

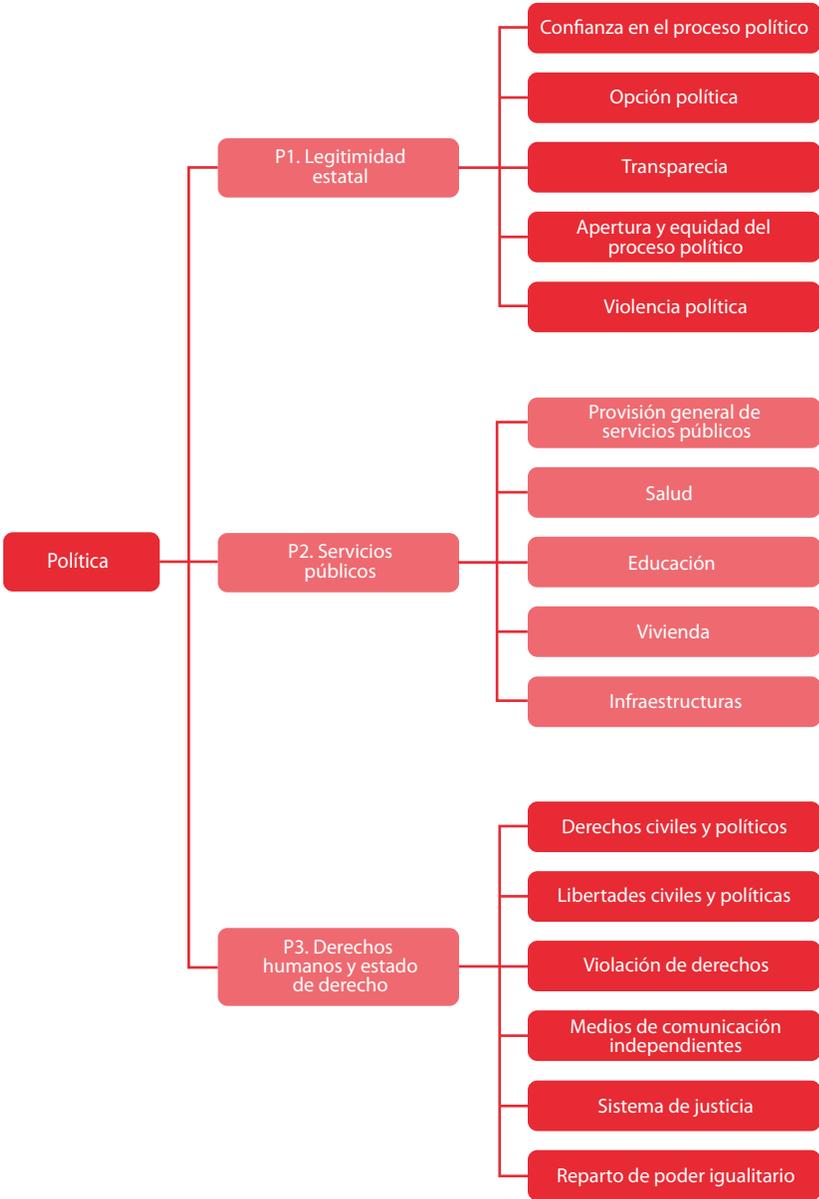
Imagen 2. Indicador “Economía”



Fuente: Elaboración propia a partir de información de (The Fund for Peace, 2020)

El indicador “Economía” estudia factores como el Producto Interior Bruto (PIB), el desempleo, los niveles de deuda, productividad, o el ingreso medio per cápita de un país (E1); la desigualdad estructural (E2); y el desplazamiento humano por razones económicas y políticas, con el impacto que puede causar en el Estado analizado.

Imagen 3. Indicador “Política”



Fuente: Elaboración propia a partir de información de (The Fund for Peace, 2020)

El indicador “Política” mide los niveles de apertura y representatividad de los gobiernos, a través del sistema electoral, y la capacidad de ejercicio en funciones institucionales, como la recaudación de impuestos (P1); abastecimiento de servicios básicos, agua, electricidad o transporte (P2); y respeto a los Derechos Humanos y Estado de Derecho (P3).

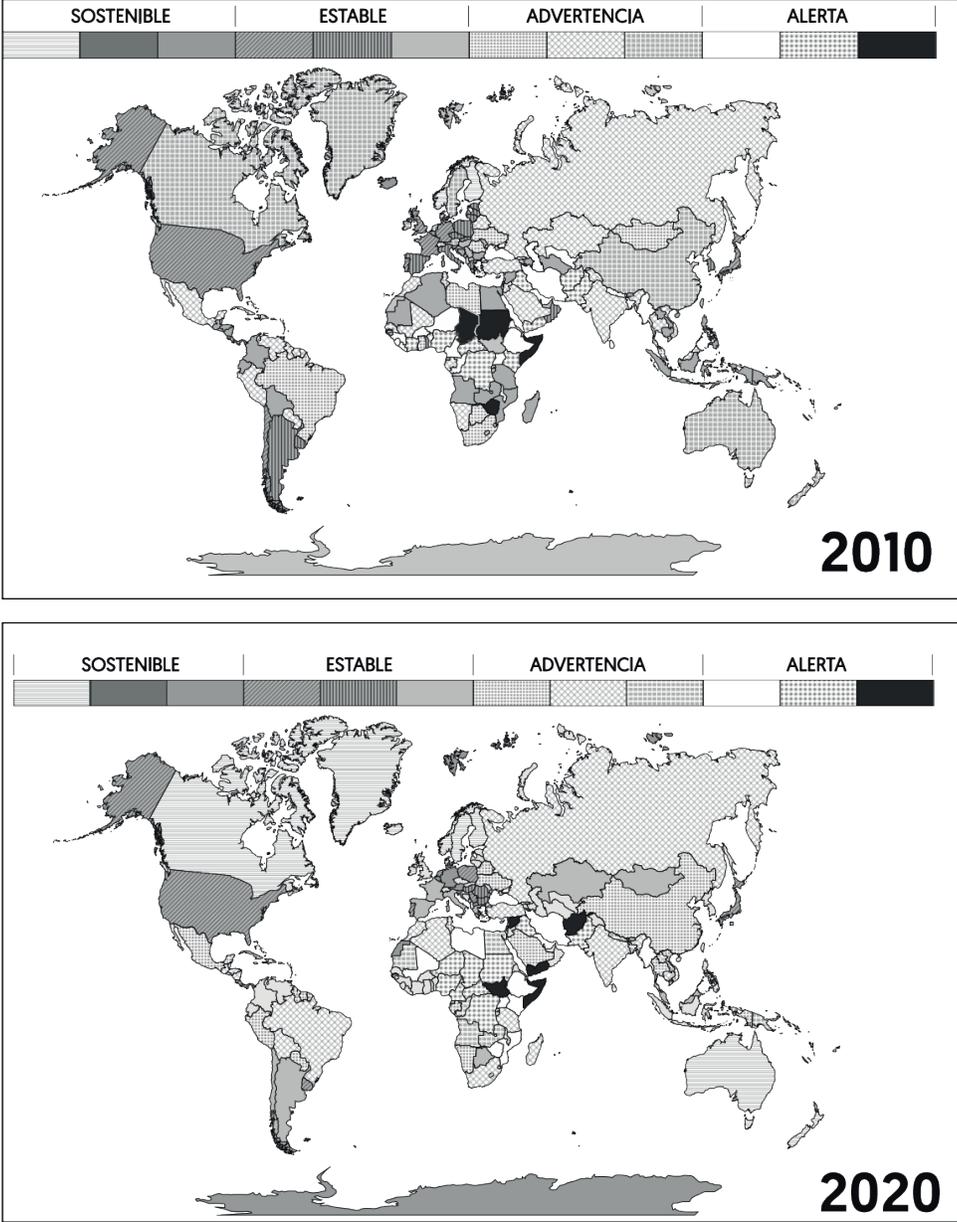
Imagen 4. Indicador “Sociedad”



Fuente: Elaboración propia a partir de información de (The Fund for Peace, 2020)

Finalmente, el indicador “Social”, examina la presión demográfica, el aumento de población o una distribución asimétrica de la misma (S1); recepción de refugiados y desplazados internos (S2); e influencias extranjeras en la economía y seguridad del país (S3). Los resultados del informe, se codifican en un baremo de puntuación, escalado en una clasificación cromática que muestra la situación del país, diferenciando si es sustentable, estable, está en una posición de deterioro o si por el contrario se encuentra fracasado.

Imagen 5. Comparación del número de Estados fallidos en el mundo entre 2010 y 2020.



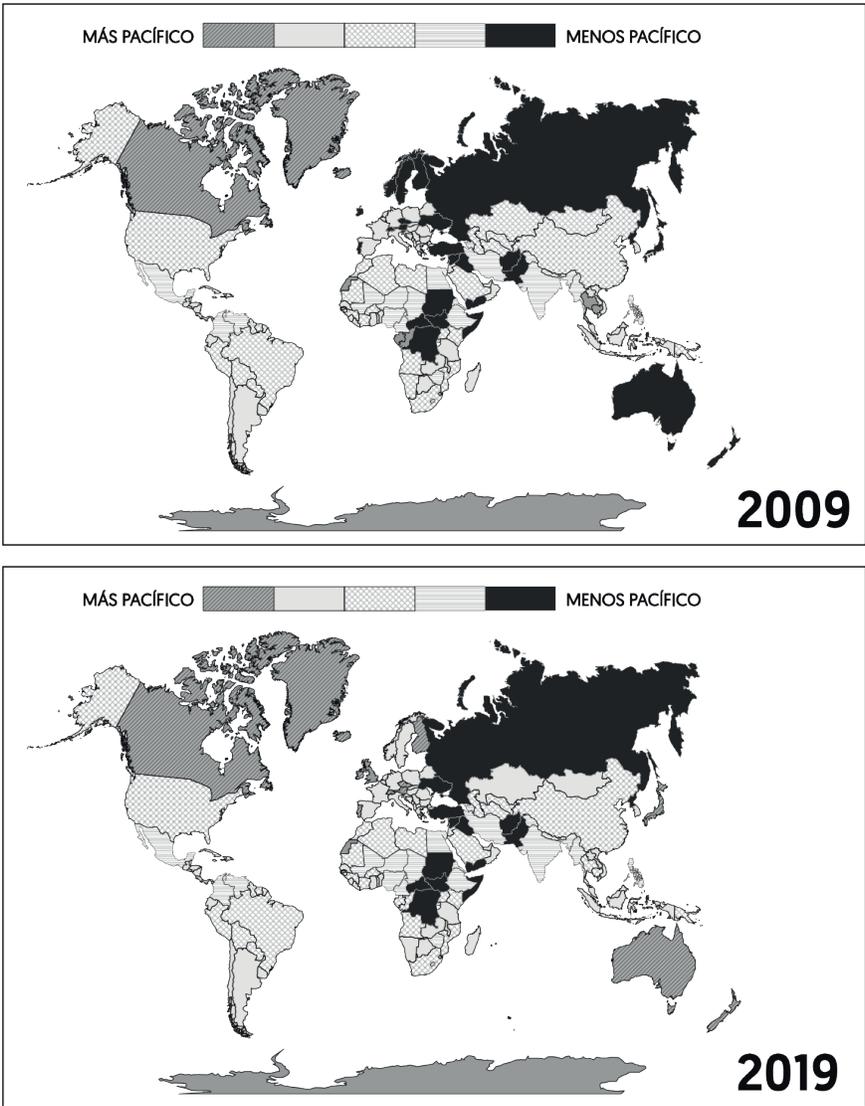
Fuente: Elaboración propia a partir de información de (The Fund for Peace, 2020)

La descomposición de los Estados, atendiendo a los indicadores previamente aludidos, ha alterado el panorama internacional. Aunque se aprecia una mejoría global en la estabilidad de los países durante la última década, consultando otras fuentes, no parece existir correlación atendiendo a los niveles de violencia en el mundo.

Conflictos Irregulares

El “Global Peace Index” es un informe elaborado por el Institute for Economics & Peace desde 2007, que estudia a partir de distintos indicadores los niveles de violencia en el mundo, de acuerdo con la información obtenida a través de distintas organizaciones internacionales y ONG’s, cuyos resultados se codifican cromáticamente con la finalidad de ofrecer visualmente la situación del planeta.

Imagen 6. Comparación del nivel de violencia en el mundo entre 2009 y 2019.



Fuente: Elaboración propia mediante la información obtenida del (Institute for Economics & Peace, 2020a).

De la superposición de ambos estudios, se confirma la relación entre la solidez institucional de un país y los niveles de violencia en el mismo, salvo en notables excepciones como EEUU, donde existe un sistema democrático consolidado, y el gran número de armas a disposición de su población civil produce altos niveles de violencia. Se trata de un fenómeno que tiene una gran trascendencia en la economía de los países, como ocurre en México, en el cual la violencia en 2019 tuvo un coste económico de 238 mil millones de dólares, equivalente al 21,3% de su PIB (Institute for Economics & Peace, 2020b).

La inestabilidad en los órganos de poder y los brotes de violencia organizada, han originado la fragmentación interna de muchos Estados. Una situación que ha dado lugar al concepto de guerra híbrida, para describir los nuevos tipos de conflictos en que convergen distintas formas de lucha irregular, como son los grupos dedicados al narcotráfico, terroristas y guerrilleros, en que no respetando las normas jurídicas, explotan las oportunidades que les ofrecen los sistemas de comunicaciones actuales (Mattis & Hoffman, 2005).

Asimismo, estas circunstancias favorecen la reaparición de fenómenos clásicos como el de los señores de la guerra, con capacidad de generar estructuras sociales paralelas a los Estados, a través del control territorial, la explotación de recursos lícitos e ilícitos, y el respaldo de poblaciones tribales (Aznar Fernández-Montesinos, 2011, pág. 152).

Los sujetos intervinientes y los métodos empleados han generado la conocida como “zona gris”, escenario en que se desenvuelven actualmente los conflictos, caracterizados por su ambigüedad y la concurrencia de intereses correlacionados (Jordán, 2018, págs. 131-133) que se encuentran al límite de la legalidad, posibilitando su evolución a enfrentamientos de carácter bélico (Baqués Quesada, 2018, pág. 557).

Globalmente, las amenazas irregulares a las que puede enfrentarse un Estado en la actualidad son la insurgencia, el terrorismo y la delincuencia organizada, actividades que suelen entremezclar medios y fines.

No existe una definición unívoca de insurgencia, siendo descrita por cada país de acuerdo a los términos que se ajustan a su realidad. El Ejército británico describe la insurgencia como “Subversión organizada y violenta empleada para efectuar o prevenir el control político, como desafío a la autoridad establecida” (British Ministry of Defence Crown, 2009) entendible por el enfrentamiento sostenido por sus fuerzas en el conflicto de Irlanda del Norte, principalmente contra el Irish Republican Army (IRA).

Por su parte, el Departamento de Defensa de EEUU la define “El uso organizado de la subversión y la violencia para apoderarse, anular o desafiar el control político de una región. Asimismo, puede referirse también al grupo mismo” (U.S Government, 2020) comprensible por la proyección internacional del país, tanto en la vertiente económico-comercial, como en la diplomática y militar.

Existe una serie de elementos comunes, que permiten su reconocimiento, ya que como se apunta desde EEUU, es habitual que estos movimientos surjan con anterioridad a su identificación por las fuerzas del Estado, permitiéndoles organizarse y operar en la clandestinidad (United States Government Army, 2018) sosteniendo estrechos vínculos con organizaciones criminales, las cuales desempeñan un importante rol en la supervivencia de estos grupos (British Ministry of Defence Crown, 2009).

Igual problemática enfrenta el análisis del terrorismo, caracterizado por la ausencia de definición consensuada internacionalmente, debido al uso que se ha efectuado de estos medios por gobiernos de todo el mundo. A fin de ofrecer una noción del concepto, exponemos la reconocida por las fuerzas armadas de EEUU, que comprende: “El uso ilegal de la violencia o la amenaza de su uso, a menudo motivado por creencias religiosas, políticas o ideológicas, para infundir miedo y obligar a los gobiernos o las sociedades a alcanzar objetivos que generalmente son políticos” (United States Government Army, 2018).

La ambigüedad de los actores y los sistemas ejecutados para lograr sus metas, ha conformado el camino para que los enfrentamientos armados se hayan vuelto indefinidos, aprovechando la permeabilidad que ofrece la globalización y los sistemas de comunicación, que han originado sistemas de lucha que eluden los ordenamientos jurídicos, y ocultan intereses e interesados, interrelacionados e indistinguibles, entre objetivos legítimos e ilegales, motivos por los cuales se adoptan las siguientes contramedidas:

Tabla 1. Clasificación de contramedidas frente a los movimientos insurgentes, terroristas y organizaciones criminales

Categorías	Sub-categorías	Objetivos específicos
Contrainsurgencia	Neutralizar insurgentes: Aislar. Capturar. Reinsertar. Eliminar.	Acciones: Políticas. Civiles. Militares y paramilitares. Económicas. Psicológicas.
Contraterrorismo	Reducir la vulnerabilidad de personas y bienes ante los grupos terroristas, mediante: Prevención. Defensa. Ataque.	Acciones: Militares. Policiales.
Contra-criminalidad	Evita que las organizaciones criminales se conviertan en una amenaza equiparable a la insurgencia y el terrorismo.	Agencias especializadas

Fuente: elaboración propia a partir de (British Ministry of Defence Crown, 2017).

El cuadro anterior responde a la distinción adoptada por el Ejército británico en la actualidad. Las Fuerzas Armadas de EEUU si bien contemplan equivalentes a la contrainsurgencia y el contraterrorismo, no establece una denominación equivalente de “contracriminalidad”, centrando sus operaciones en figuras análogas restringidas exclusivamente al narcotráfico.

Tabla 2. Clasificación de contramedidas frente al narcotráfico

Término	Definición
Contra-insurgencia	Medidas adoptadas para detectar, prohibir, interrumpir o restringir cualquier actividad que esté razonablemente relacionada con el tráfico ilícito de drogas.
Apoyo operativo antidrogas	Apoyo a las naciones anfitrionas y a las agencias de aplicación de la ley de drogas que involucran personal militar y su equipo asociado.
Contra-droga	Medidas activas destinadas a detectar, monitorear y contrarrestar la producción, tráfico y uso de drogas ilícitas.
Operaciones antidrogas	Acciones civiles o militares destinadas a reducir o eliminar el tráfico ilícito de drogas.

Fuente: Elaboración propia a partir de información de (U.S Government, 2020).

La convergencia entre las amenazas que deben afrontar los países, y el carácter transnacional que pueden tomar las organizaciones que las fomentan, lleva a reconsiderar las políticas de especialización en su erradicación, hacia nuevas fórmulas más flexibles y mutables, en consonancia con el enemigo a quien se combate.

Afganistán: Corazones y Mentes

Las guerrillas y los movimientos antagónicos a ellas están imbuidos de una carga ideológica, en que los medios y objetivos que emplean y persiguen, hacen que difuminen el elemento político en favor de características afines a grupos criminales, llevando en ocasiones a una confusión respecto a la identificación y concreción de estos grupos. Ello hace intuir una respuesta gubernamental igualmente confusa en relación a los métodos con que afrontar estas actividades contrarias al orden público, con riesgo a la seguridad ciudadana y nacional.

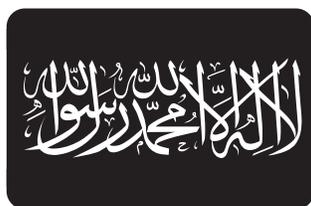
Uno de los máximos exponentes de la actuación ineficaz de las fuerzas gubernamentales contra un enemigo irregular fue lo ocurrido con la intervención de EEUU en la guerra de Vietnam y el combate irregular contra la guerrilla del Vietcong. En 1961, el general estadounidense Edward Lansdale entregó un informe de inteligencia, al recién nombrado presidente John Fitzgerald Kennedy, en el que expresaba su rechazo a la intervención militar en Vietnam, abogando en favor de la retirada de los americanos del conflicto, en la necesidad de centrar los esfuerzos en ganar “los corazones y mentes” de los vietnamitas, cosa que efectivamente no acaeció, siendo ignorado por su administración y por la de su sucesor Lyndon B. Johnson (Warner, 2010, pág. 128).

Por el contrario, se implementaron operativos de neutralización de objetivos, a través del empleo masivo de personal de las fuerzas especiales (boinas verdes y Navy Seals) como el “Programa Phoenix” operativo oficialmente entre 1968 y 1972, aunque las misiones se ejecutaron hasta 1975, con la neutralización de 81.740 personas sospechosas de pertenencia al Vietcong, y el asesinato de 26.369 miembros de la guerrilla (Mc Nab, 2013, pág. 240), sin que tales esfuerzos impidiesen la derrota estadounidense, que causó un grave trauma moral para sus fuerzas armadas, de cuyos efectos no comenzarían a recobrase hasta la guerra del golfo pérsico en 1991.

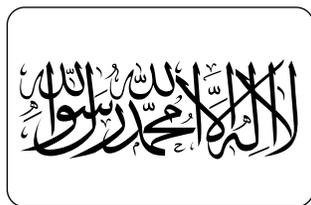
Más de veinte años después, acabada la guerra fría, con el liderazgo mundial asumido por EEUU tras el final del conflicto con la URSS, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, arrastraron al país ese mismo año a un nuevo enfrentamiento bélico, la guerra de Afganistán, cuya duración ha superado la intervención en Vietnam, convirtiéndose en la contienda más prolongada sostenida por este Estado, combatiendo en una posición asimétrica frente a un enemigo irregular que aúna elementos insurgentes, terroristas y delincuenciales.

Imagen 7. Principales grupos armados que operan actualmente en Afganistán

Red Haggani



Hezbi Islami



Talibanes



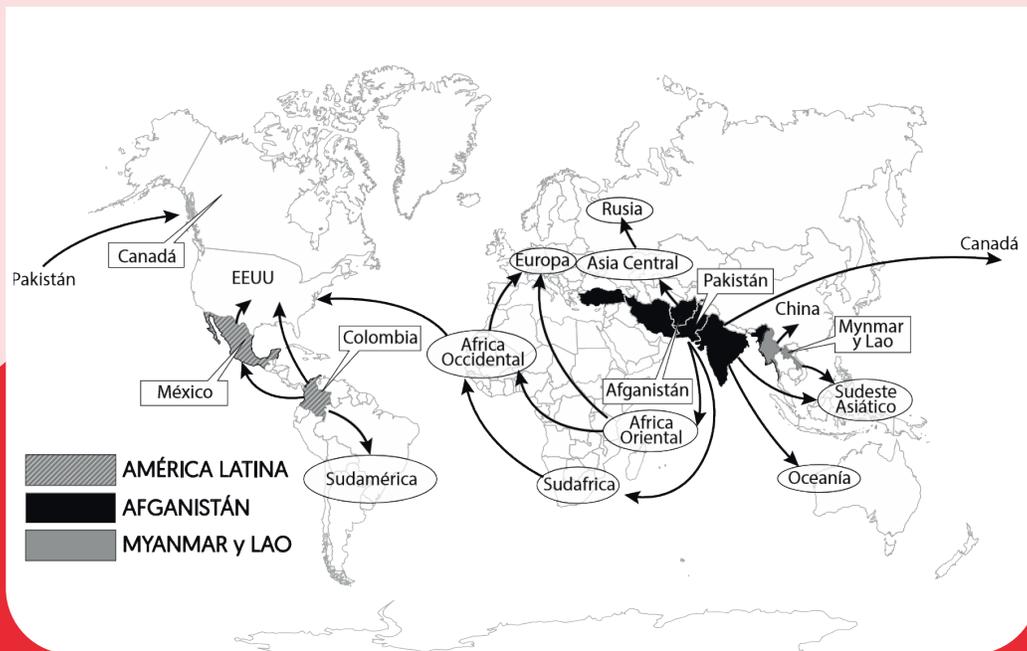
Estado islámico

Fuente: Elaboración propia.

A su vez, Afganistán ha padecido la existencia de señores de la guerra, cuya concreción académica ha perecido en múltiples ocasiones, por la complejidad del conflicto afgano y la múltiple intervención de actores étnicos, sociales y religiosos, en que convergen elementos insurgentes, terroristas y narcotraficantes (Schetter & Glassner, 2012).

Este país, es uno de los principales productores de droga del mundo, una actividad que anualmente genera unas ganancias globales de entre 426 y 652 mil millones de dólares (Cams, 2017). El 85% del cultivo de adormidera, de donde se obtiene el opio (el cual posteriormente se utiliza en la producción de heroína y otros derivados) se da en territorios bajo el dominio de los talibanes (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2017) habiéndose incrementado su producción en 2017 un 87% respecto de 2016, hasta un total de 9.000 toneladas (United Nations Office on drugs and crime, 2018).

Imagen 8.
Principales rutas de distribución del tráfico de opioides
producidos en Afganistán, América Latina, Lao y Myanmar



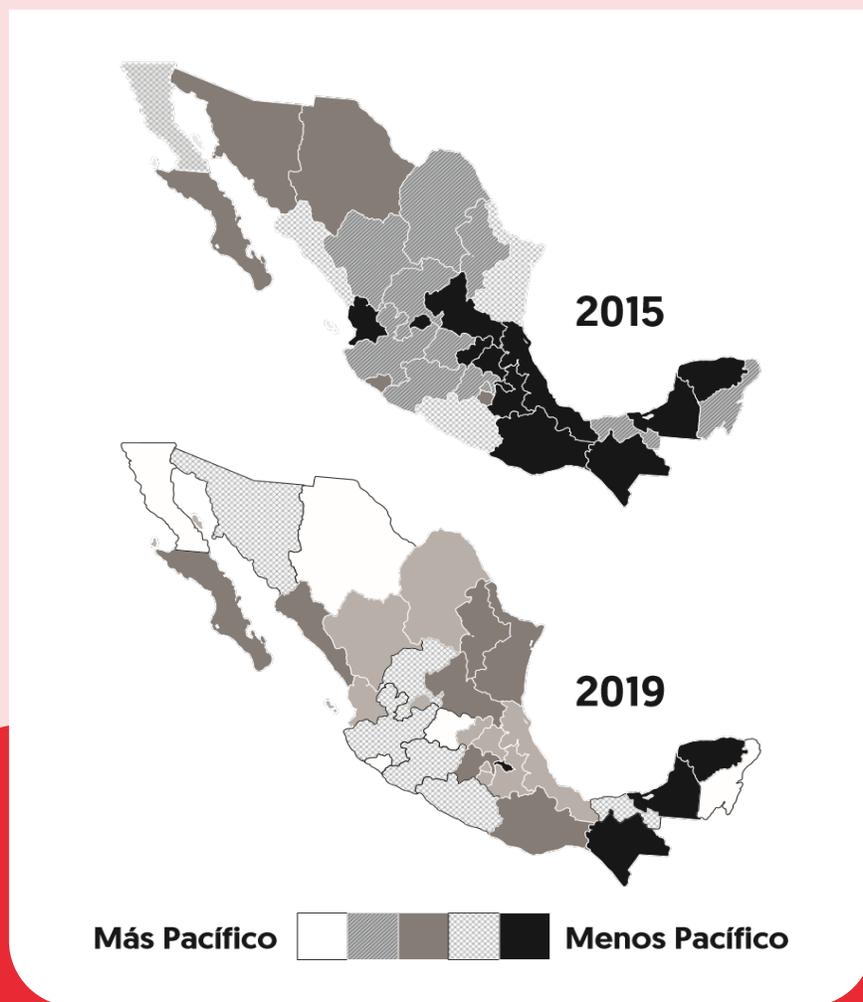
Fuente: : Elaboración propia a partir de información de (United Nations Office on Drugs and Crime, 2020).

El envío masivo de millones de dólares en concepto de ayuda internacional para ganar “los corazones y mentes” de los afganos, ha confirmado su vital importancia en la reducción de la violencia, al demostrarse los estrechos vínculos existentes entre la generación de oportunidades de vida para las poblaciones locales, y los ataques perpetrados por talibanes, tras analizar durante diez meses, 204 aldeas del país, durante el año 2011 (Hotchkiss, 2017).

Reflexiones finales

Cada país responde a una realidad determinada por el desarrollo histórico de su economía, política, sociedad y relaciones internacionales, no siendo equitativas las comparaciones entre Estados, que pueden resultar insidiosas.

Imagen 9.
Comparación del nivel de
violencia en México entre 2015 y 2019.



Fuente: Elaboración propia a partir de información del (Institute for Economics & Peace, 2020a).

Imagen 10. Principales grupos insurgentes en México

Ejército Popular Revolucionario (ERS)



Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)



Ejército Popular Revolucionario del Pueblo Insurgente (ERS)

(TDR)

Comando Justiciero 28 de Junio (CI-28 JUN)

Ejército Villista Revolucionario del Pueblo (EVRP)

Fuerzas Armadas Revolucionarias del Pueblo (FARP)

Comando Jaramillista Morelense 23 de Mayo (CIM-23 MAY)

Fuente: elaboración propia a partir de información de (SEDENA, 2005).

Los grupos armados mexicanos en la actualidad son los herederos de las diferentes organizaciones que proliferaron en el país durante la década de 1960 y 1970, fortalecidas por el éxito de la revolución cubana, que mostró que era posible ejecutar exitosamente un cambio político en América Latina con un uso de la fuerza a subversivo (3).

Hoy en día, las dos principales fuerzas que han sobrevivido son el EZLN (1994) y el EPR (1996) con las diversas escisiones que ha experimentado este último. En 2020, la irrupción de la pandemia global de COVID-19 sirvió de pretexto al EPR para lanzar mensajes contra el gobierno (El Universal, 2020) alentando al saqueo de comercios (EME EQUIS, 2020).

Por su parte, el narcotráfico mundial sufrió un descenso en la mercancía que pudo comercializar, por las restricciones en el desplazamiento y la imposibilidad de obtener precursores, en el caso de las drogas sintéticas (Noticias ONU, 2020) aunque las organizaciones han aprovechado la situación mediante acciones de aparente caridad, destinadas a ganar apoyos entre la sociedad (Hernández, 2020).

Imagen 11. Principales organizaciones narcotraficantes en México

Zetas

Cartel del Golfo

Cartel de Juárez

Cartel de Sinaloa

Familia Michoacana

Caballeros Templarios

Organización Beltrán Leyva

Cartel Jalisco Nueva Generación

Fuente: elaboración propia a partir de información de (Narco Data, 2020).

También debe indicarse la existencia en México de 50 grupos de autodefensa, entre los cuales solo se habían institucionalizado hasta 2019, 10 de estas organizaciones (El Universal, 2019). En tanto subsistan grupos insurgentes, a pesar de su reducción, no debe descartarse la fragmentación de estos grupos en otros menores de carácter residual, o el éxito en el agrupamiento de las distintas corrientes en un nuevo movimiento renovado, que aglutine cuadros veteranos con nuevas incorporaciones a sus causas. Idéntico riesgo se tiene frente a las escisiones de organizaciones criminales ante el desmantelamiento de sus líderes, y las constantes luchas por el control del territorio.

Los conflictos contra las amenazas irregulares han confirmado que la mejor estrategia en su eliminación no es la militarización extrema de los mismos, sino la generación de unas condiciones que permitan oportunidades de vida para la población. Debe ser un plan de acción conjunta en que intervengan el sector público, privado y la sociedad civil, en apoyo a las fuerzas de seguridad para acabar con fenómenos como la corrupción, que minan el buen funcionamiento del Estado, favoreciendo la aparición de dichas amenazas.

Atendiendo a los llamados del general Edward Lansdale, deben buscarse nuevas vías con que fortalecer el sentimiento de unidad y confianza del conjunto de la población para suprimir estos fenómenos, debiéndose generar un debate nacional en torno al problema de la droga, las posibilidades de su comercio lícito y así acabar con una violencia que incide negativamente en la población.

Bibliografía

- Aznar Fernández-Montesinos, F. (2011).** Entender la guerra en siglo XXI. Madrid: Editorial Complutense.
- Baqués Quesada, J. (2018).** La versión china de la zona gris. *Revista general de marina*, 557-564.
- British Ministry of Defence Crown. (2009).** British Army Field Manual: Countering Insurgency. London.
- British Ministry of Defence Crown. (2017).** Army Doctrine Publication AC 71940. London: Land Warfare Development Centre.
- Cams, C. (27 de marzo de 2017).** Transnational Crime and the Developing World. Obtenido de Global Financial Integrity: <https://www.gfintegrity.org/report/transnational-crime-and-the-developing-world/>
- Carvalho, A., & Esteban Navarro, M. (2012).** Los servicios de inteligencia: Entorno y tendencias. En J. González Cussac, *Inteligencia* (págs. 73-109). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- El Universal. (24 de agosto de 2019).** En México hay 50 autodefensas en seis estados. Obtenido de El Universal: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/en-mexico-hay-50-autodefensas-en-seis-estados>
- El Universal. (22 de abril de 2020).** Muertos por Covid-19, a causa e la miseria: Ejército Popular Revolucionario. Obtenido de El Universal: <https://oaxaca.eluniversal.com.mx/sociedad/22-04-2020/muertos-por-covid-19-causa-de-lamiseria-ejercito-popular-revolucionario>
- EME EQUIS. (20 de abril de 2020).** EPR llama a saquear comercios: el grupo guerrillero lanza manifiesto ante COVID-19. Obtenido de EME EQUIS: <https://www.m-x.com.mx/al-dia/epr-llama-a-saquear-comercios-elgrupo-guerrillero-lanza-manifiesto-ante-covid19>
- Hernández, A. (5 de mayo de 2020).** Carteles de la droga simulan caridad por el coronavirus en México. Obtenido deDW:<https://www.dw.com/es/cartelesde-la-droga-simulan-caridad-por-el-coronavirus-en-m%C3%A9xico/a-53200770>
- Hotchkiss, M. (10 de marzo de 2017).** Winning 'hearts and minds' in Afghanistan carries risks for civilians. Obtenido de Princeton University: <https://www.princeton.edu/news/2017/03/10/winning-hearts-and-minds-afghanistancarries-risks-civilians>
- Institute for Economics & Peace. (2020a).** Global Peace Index. Obtenido de Vision of humanity: <http://visionofhumanity.org/indexes/global-peace-index/>
- Institute for Economics & Peace. (2020b).** Mexico Peace Index 2020. Sidney: Institute for Economics & Peace.
- Jordán, J. (2018).** El conflicto internacional en la zona gris: una propuesta teórica desde la perspectiva del realismo ofensivo. *Revista española de ciencia política*, 129-151.
- Mattis, J., & Hoffman, F. (2005).** Future Warfare: The Rise of Hybrid Wars. U.S. Naval Institute.
- Mc Nab, C. (2013).** America's Elite. Long Island: Osprey .
- Narco Data. (2020).** Narco Data. Obtenido de <https://narcodata.animalpolitico.com/expediente-criminal/>
- Noticias ONU. (7 de mayo de 2020).** El coronavirus interrumpe las rutas del narcotráfico y genera una escasez de drogas a nivel mundial. Obtenido de Noticias ONU: <https://news.un.org/es/story/2020/05/1473952>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2017).** Informe mundial sobre las drogas 2017.

“Simbolización de conductas sexuales violentas en agresores sexuales”

Rocío Delfina García Moreno



“Simbolización de conductas sexuales violentas en agresores sexuales”

Rocío Delfina García Moreno(1)

Resumen

La conducta sexual violenta es la acción que lastima y daña, considerada como una forma de violencia sexual hacia la mujer, dentro de la amplia gama de las violencias de género. Un elemento importante de esta agresión sexual es la violación, la cual es un delito y atenta contra la libertad sexual, por ende, violenta uno de los derechos humanos esenciales el cual es la libertad sexual como lo menciona la Declaración Universal de los Derechos Sexuales (1997) el cual abarca el accionar de las personas de tener libertad absoluta de ejercer su sexualidad libremente siempre y cuando excluya todos los actos que conlleven una coerción sexual, intimidación, abuso, explotación en cualquier situación de su vida.

Estos derechos se desprenden de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Esta investigación es de corte cualitativo utilizando el enfoque de interaccionismo simbólico, explorando las variables de prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y los estereotipos de género como elementos culturales de la conducta sexual violenta de una muestra en hombres delincuentes sexuales mexicanos sentenciados por el delito de violación.

Palabras clave: agresores sexuales, educación sexual, estereotipos de género, género, sexualidad, prácticas sexuales, violación, violencia sexual.

Symbolization of violent sexual behavior in sex offenders Mexicans; normalization and rejection

Abstract

Violent sexual behavior is the action that hurts and damages, considered as a form of sexual violence against women, within the wide range of gender violence. An important element of this sexual assault is rape, which is a crime and violates sexual freedom, therefore violates one of the essential human rights which is sexual freedom as mentioned in the Universal Declaration of Sexual Rights (1997) which includes the actions of people to have absolute freedom to exercise their sexuality freely as long as it excludes all acts that lead to sexual coercion, intimidation, abuse, exploitation in any situation in their lives. These rights are derived from the Universal Declaration of Human Rights (1948)

This research is qualitative in nature using the symbolic interactionism approach, exploring the variables of sexual practices, sexual education, submission, and gender stereotypes as cultural elements of violent sexual behavior in a sample of Mexican sex offenders sentenced for the crime of rape.

Keywords: gender, gender stereotypes, rape, sexuality, sex education, sex offenders, sexual practices, sexual violence.

¹ Licenciada en psicología por el Centro de Estudios Universitarios. Maestría en sexología educativa y psicoterapia Gestalt por el Instituto Mexicano de Sexología e Instituto de Psicoterapia Gestalt respectivamente. Especialista en violencia familiar por Centro de investigación familiar. Becaria del CONACYT. Líneas de investigación; delitos contra la libertad sexual, elementos culturales de la conducta sexual violenta en delincuentes sexuales, sexualidad y violencia masculina. Correo: roxiogamo@gmail.com.

La sexualidad es fuente de placer e inherente al ser humano, es decir no se puede renunciar a los componentes, biológicos, sociales y psicológicos, que conllevan a la salud sexual, como lo marca la Organización Mundial de la Salud (2018), por lo cual el placer y la sexualidad, no solamente es lo erótico, sino que la sexualidad es integrada por pensamientos, sensaciones, emociones que tienden hacia la satisfacción, podríamos decir que la conducta sexual es parte del ser humano y de las relaciones entre las personas, ¿pero qué pasa cuando la conducta sexual se convierte, en violencia, agresión, dominio, sometimiento, por mencionar algunas formas de coerción sexual?

La violencia sexual como lo menciona Sanmartín (2011) es la que se lleva el mayor desagrado dentro de las violencias en otras palabras, el rechazo que se le da dentro de las relaciones humanas.

Ahora bien, la violación ha sido usada como la máxima ofensa entre pueblos en guerra, (Thornhill & Palmer, 2006, pág. 268) indican “la violación por parte de los soldados victoriosos es común porque los beneficios son altos (están disponibles muchas mujeres jóvenes) y los costos son bajos (las mujeres son vulnerables; los violadores anónimos y están más a salvo de sanciones contra la violación)”, en otras palabras la violación de mujeres es algo que existe y que es temido, ¿pero cómo es que los hombres se les permiten tener conductas sexuales violentas? ¿Cómo es que la sexualidad que es para el placer en un momento determinado se convierte en criminalidad?

Conocer las asociaciones y simbología referentes a la violencia sexual de los agresores sexuales es central para adentrarnos al análisis de estas conductas y pensamientos de violencias sexuales inmersas en estos cuatro elementos culturales a través de sus prácticas sexuales, la educación sexual, el sometimiento y los estereotipos de género.

Tratar de categorizar a los hombres delincuentes sexuales como enfermos mentales y sin control de los impulsos es limitado, convirtiéndose en vital importancia indagar explicar y analizar las conductas, pero no solo psicológicas, sexuales o criminales sino también en las ambientales y culturales.

Entender quiénes son estas personas clarifica la guía del análisis y la investigación como lo mencionan (Socota, González, & Halty, 2019, pág. 19) al hablar de la planificación y de los antecedentes de violencia que se encuentran en la mayoría de los ataques cometidos por agresores sexuales ellos mencionan que “1 de cada 3 poseen antecedentes por crimen violento, y el 25 % los tienen de tipo sexual. El abuso de alcohol, la falta de confianza en sí mismo y el placer por la pornografía violenta son características personales asociadas a la personalidad del violador”. Ahora bien, la falta de relaciones sexuales no es motivación para el delito como mencionan estos autores no obstante si el poder y dominio mismos que encontramos en el discurso de la muestra de la presente investigación.

Archimio (2018), realiza una investigación denominada “Para una genealogía del violador. Prácticas penales, discursos médicos, psiquiátricos y criminológicos en la configuración del agresor sexual en Argentina en la primera mitad del siglo XX”; dicha investigación arroja datos sobre lo jurídico, psicológico, social y sexual, que nos dan una línea de lo revisado y estereotipado que está el tema del violador, sin embargo, aún se habla de una figura del violador desde la perversión y las conductas sexuales que a su bien son violentas, sin embargo, la revisión documental de los agresores sexuales están basadas en el mismo sentido dejando un poco de lado la construcción social violencia sexual

Lo que se ha buscado en la presente investigación es, en cuanto a los agresores sexuales conocen y se cuestionan sobre sus prácticas sexuales placenteras y cómo simbolizan ellos la violencia sexual, utilizaremos el interaccionismo simbólico porque nos da una perspectiva más amplia de la vivencia y de los referentes culturales, que invariablemente están enlazados en el sentido negativo a la criminalidad puesta en el cuerpo de la mujer como menciona Arestí (1997), y agregamos que también la criminalidad es puesta en el cuerpo del hombre, al tiempo que nos preguntamos que es importante responder que ¿qué elementos culturales del deber ser en el rol sexual masculino definen la conducta sexual violenta? Esto es la línea medular de nuestra investigación, otra investigación realizada por Gómez & Juárez (2014) mencionan que es importante la educación sexual de los hombres para prevenir conductas disociales respecto a la sexualidad desde la criminología sexual, y en parte consideramos que sí, pero no lo es todo, creemos a raíz de esta investigación que hablar de las prácticas no coercitivas sexuales podría ser un factor importante, dándole vital importancia al consenso sexual entre dos o más personas, dejando de lado el tabú que existe en la sexualidad y a la vivencia del placer.

Por eso dentro de las motivaciones o impulsos no nombramos a Freud porque vemos la criminalidad sexual, más allá del acto de una persona queremos dejar en este momento de lado la clasificación de perversión. Es decir, hablar como lo hemos venido haciendo desde lo cultural, lo criminológico y lo violento del acto social de la violación algo cultural, dicho esto, mencionamos otra investigación importante comentada por dichos autores, es la que realizan Arcilia, Ramírez, Osorio & Quiroz (2013), los cuales encontraron que los delincuentes sexuales en una cárcel de Colombia, son de estratos sociales bajos, con baja escolaridad, y algo que nos interesa es que no recibieron educación sexual, para nuestra investigación es importante, sin embargo, no hay vinculación con qué tipo de educación sexual, a nuestros participantes en nuestro estudio, si se les dio educación sexual, pero solo información biológica dejando de lado la afectiva sexual, uno de los resultados aparte de algunos de los cuales se hace referencia es que los delincuentes sexuales al menos esta muestra, rechazan la violencia sexual, pero la llevan a cabo, la critican, pero acceden a ella, dentro de una de las características es que saben cuándo la mujer no le gusta y rechaza la sexualidad, saben identificarla en su rostro o en la conducta, y eso no los frena, también es más fácil para ellos hablar en tercera persona, como si fueran otros los que han abusado y no ellos.

Conducta sexual violenta

La conducta sexual violenta tiene como componentes, mínimamente la sexualidad, la violencia y la cultura, con esto surge el interés de saber, cuáles son los elementos culturales del aprendizaje social, afectivo y sexual influyen para que se dé una conducta sexual violenta en los agresores sexuales, dichos elementos culturales los enmarcamos en prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y estereotipos de género.

Consideramos que estos conceptos son de lectura compleja, porque todo lo mencionado recae, primeramente en las expectativas sociales, como medio de control y dirección social que la mayoría de las veces radican en lo correcto o lo incorrecto, lo aceptado por una sociedad y no para otra, intervienen también componentes de cultura, ideología, por ejemplo, la división sexual del trabajo como lo menciona (Maqueda, 2014, pág. 50) “el hombre en la esfera pública, productiva, la mujer como “cuerpo sexuado” en los términos que ha definido Smart, esto, es condicionada por funciones reproductoras y por patrones determinantes de comportamiento sexual que la condenan a la esfera de la privacidad doméstica”.

La violencia radica en la agresión hacia el otro, y la violencia sexual es en ocasiones utilizada para corregir a la mujer y que está haga caso de lo que se le indica, en una falsa creencia de que el hombre tiene la última palabra y pareciera que la última acción también y el acceder al cuerpo, es por ello que en los delitos contra la libertad sexual el análisis de la intimidación y la amenazada predomina en esta esfera de la violencia sexual.

Los agresores sexuales cuentan con una cultura patriarcal que permite, premia, y estimula a que el hombre pruebe su masculinidad por medio la actividad sexual, no importando algunas veces el medio para lograrlo, con la mujer se espera culturalmente otro tipo de comportamiento sexual, el cual cuando se sale fuera de la norma estandarizada socialmente a la mujer se le responsabiliza muchas veces del ataque sexual sufrido, mientras al hombre se le disculpa por su falta de control de impulsos sexuales, y esto tiene que ver también con el género es decir lo que se espera socialmente de hombres y mujeres, por ejemplo, se asocia vestimenta igual a provocación, cuando en la realidad se abusan sexualmente de monjas que andan tapadas de pies a cabeza o así como de mujeres que se salen de los estándares de belleza.

(Velázquez, 2000, pág. 53) define la violencia sexual como “Una forma de ejercer poder y una expresión de desigualdades entre sexos y generaciones, que afecta en mayor proporción a las mujeres jóvenes y a las niñas”. El análisis que involucra a la violencia sexual, no solamente atañe a la desigualdad sexual, es decir la violencia toma a hombres y a mujeres, desde diferentes circunstancias, sin embargo, cuando hablamos de violencia sexual es la mujer la que es frecuentemente más atacada por los hombres como lo menciona Larrauri (2018) y él (INEGI, 2018, pág. 2) dice “43.9% de las mujeres han experimentado violencia sexual a lo largo de su vida en al menos un ámbito y ejercida por cualquier agresor”. Por esta razón definir, conocer y explorar la conducta sexual violenta y la percepción de los agresores sexuales hacia la misma conducta es elemental para tener una aproximación a estas conductas, pensamientos y naturalidades con que se vive la violencia sexual, en dónde se deja claro que no es el placer sexual el que mueve al agresor, sino el sometimiento, esto nos da un pensamiento, en el cual es claro que no todos los hombres son delincuentes sexuales, pero la oportunidad social de estos elementos culturales difusos brinda la posibilidad de una violación sexual atentando contra la libertad sexual de las personas, así mismo contra el derecho humano de la seguridad y la libertad.

Cabe señalar que la conducta sexual violenta tiene 3 vertientes; 1. es un crimen contra la libertad sexual, 2; tiene que ver con la sexualidad confusa y 3; tiene que ver con la oportunidad del delincuente, englobándose con lo que marca la Organización Mundial de la Salud (2018) sobre la salud sexual, la cual menciona que para tener una salud sexual las prácticas sexuales deben de ser libres de coerción y placenteras, en la violencia sexual, focalizada en el delito de violación no hay placer en esa práctica sexual, por ende se marca en la violencia per se y no en la sexualidad, los delincuentes sexuales que se estudian en esta investigación son una muestra de las conductas sexuales violentas naturalizadas y hasta cierto punto son permitidas, ya que al parecer no se dan cuenta del daño, teniendo a minimizar como lo hace la sociedad en las conductas sexuales violentas.

Este trabajo se realizó referente a la sexualidad y la violencia como tal es poco estudiado, es decir la vinculación con los elementos culturales de la violencia sexual, mucho se habla sobre violencia sexual y sus consecuencias en la víctima sin embargo, este trabajo fue enfocado en conocer como los delincuentes sexuales reaccionan a las variables, conducta sexual violenta, prácticas sexuales, educación sexual, estereotipos de género y agresión sexual, vinculado a una serie de sub categorías que van desde el placer, fantasías sexuales, información sexual, mitos, dominación, sometimiento entre otras, que nos arrojan una visión de cómo los hombres delincuentes sexuales viven su sexualidad y de cómo se ven a sí mismos sobre la violencia sexual en el caso de violación.

El placer derivado de la posesión, más no el placer de lo erótico, agregaríamos que no solamente sabemos que se agrede sexualmente a mujeres con pareja, se agrede a mujeres desconocidas por el hecho de poder hacerlo, y un agregado más de poder es cuando, por ejemplo se viola a la pareja o compañera de otro hombre, esto pasa mucho en las guerras o invasiones a pueblos o lo podemos ver en lo que se refiere al crimen organizado, las mujeres se convierten en el punto débil del amante jefe del narco por medio de la cual se pasa la factura sobre los actos del delincuente, y por lo general lo que se hace es violarlas y matarlas.

Entonces tendríamos que la excitación sexual por placer erótico, no es así, es más por poder, es decir no les excita en sí la actividad sexual, aunque posiblemente puedan tener erecciones, eyaculación y orgasmo, lo que les excita y si se refleja en el cuerpo es la sensación poder, dominación y control.

Tal vez estas preguntas estarán inmersas al momento de la lectura de este texto... ¿todos podremos ser delincuentes sexuales?, como se ve desde la criminología situacional, aunado con una cultura violenta sexual y una educación sexual, inmersa de mitos y prejuicios, tal vez la respuesta es más que obvia, o ¿Cuántas veces hemos violentado por creencias respecto a la vivencia de la sexualidad que son erróneas, cuantas veces somos violentos, repitiendo los patrones aprendidos en la forma de relacionarnos, cuáles han sido nuestros propios factores de riesgo y de protección de los que habla la prevención del delito?

Método

La metodología del presente estudio es de corte cualitativo con un alcance correlacional utilizando para su diseño el interaccionismo simbólico, toda vez que el interaccionismo simbólico hace referencia a la interiorización que hace el individuo sobre su entorno y cómo éste interpreta su alrededor a través de lo aprendido, enmarca la relación con el entorno marca los significados que los individuos dan a las cosas y se hace referencia como lo mencionan (Monferrer, González, & Díaz, 2009, pág. 244) citando al impulsor del interaccionismo simbólico George Herbert Mead "El objetivo básico de esta disciplina ha sido el de estudiar la conducta o comportamiento de un conjunto de individuos, en los que la acción de cada uno está condicionada por la acción de los otros".

Esta técnica de investigación nos permite entrar al mundo de significados y significantes, para adentrarnos a los participantes de estudio, los cuales son delincuentes sexuales cumpliendo una sentencia por el delito de violación, agotadas ya sus instancias legales en los centros de reinserción y readaptación social.

Para esta investigación cualitativa se utiliza el análisis del discurso obtenido mediante el diseño de un instrumento con preguntas abiertas; se elaboraron veintitrés preguntas mediante la revisión teórica documental, como lo son: género, violencia sexual, educación sexual, delincuencia sexual, construcción de la sexualidad, dominación entre otras, y se procedió a tener cuatro categorías principales, trece sub categorías, las cuales fueron agrupadas en las categorías y enlazadas a los objetivos específicos con el propósito de hacer el análisis del discurso con información más detallada.

Participantes

La muestra estuvo compuesta por doce hombres privados de su libertad de centros penitenciarios en el municipio de Monterrey, quienes están cumpliendo una sentencia por el delito de violación, a los cuales se les aplicó el instrumento a saturación con las preguntas en secuencia de menos directas a más directas, la muestra fue aleatoria con las siguientes características; edad de 20 a 50 años, con cualquier tipo de escolaridad, que hayan violado a una mujer y que estuviera confirmada su situación legal, es decir que las instancias legales ya estuvieran agotadas de tal manera que ya estuvieran cumpliendo sentencia, como se muestra a continuación:

Cuadro 1: Participantes de la investigación

Entrevistado	Edad	Escolaridad	A quién violo	Reincidencia	Sentencia
1	48 años	Secundaria	A una mujer en robo violento		12 años
2	35 años	Profesionista	A su pareja		6 años
3	25 años	Primaria	A compañera de trabajo		12 años
4	20 años	Secundaria	A una vecina		8 años
5	23 años	Secundaria	A prima de su pareja		8 años
6	25 años	Secundaria	A su pareja		8 años
7	32 años	Primaria	A su novia		6 años
8	40 años	Primaria	A vecina		37 años
9	30 años	Secundaria	A sexoservidora		6 años
10	27 años	Secundaria	A una amiga		6 años
11	36 años	Primaria	A su hija		6 años
12	52 años	Primaria	Mujer desconocida		30 años

Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos socio demográficos.*

4. Materiales y Procedimiento

Para este diseño de instrumento, y teniendo las teorías investigadas, se percató que las prácticas sexuales tienen una relación íntimamente ligada con la educación sexual, practicamos la sexualidad por medio de lo que nos explican y conforme vamos conociendo de la educación sexual que se da en las escuelas y con los amigos, y en ocasiones en la familia, por esta misma línea de ideas sucedió con la agresión sexual y con los estereotipos de género, como se observa en la siguiente tabla:

Tabla 1

Sistematización de materiales			
Categorías	Sub-categorías	Objetivos específicos	Ítem
Prácticas sexuales	Placer Relaciones sexuales Fantasías sexuales Inicio sexual	Definir las características de la sexualidad masculina y los procesos conductuales.	<p>¿Cuáles cree usted que son los actos sexuales que más les gustan a los hombres y mujeres?</p> <p>¿Recuerda su primera relación sexual y cómo fue?</p> <p>¿Para usted que es tener relaciones sexuales?</p> <p>¿Qué tipos de actos sexuales le gusta más?</p> <p>¿Qué le causa más placer al tener una relación sexual?</p> <p>¿Ha escuchado hablar de las fantasías sexuales?</p> <p>¿Qué fantasías sexuales tiene usted?</p> <p>¿Para usted que es el límite de la fantasía sexual?</p>
Prácticas sexuales	Primer contacto sexual Biología Prevención de ITS	Definir las características de la sexualidad masculina y los procesos conductuales.	<p>¿A usted cuando le hablaron de sexualidad que le dijeron?</p> <p>¿A qué edad le hablaron sobre sexualidad?</p> <p>¿Qué piensa usted de la sexualidad?</p> <p>¿Mencione como se espera que se comporten los hombres y las mujeres en el sexo?</p>

Fuente: *Elaboración propia.*

Tabla 1

Sistematización de materiales			
Categorías	Sub-categorías	Objetivos específicos	Ítem
Prácticas sexuales	Dominación Violación Pensamientos y sentimientos	Conocer los elementos culturales que promueven la sexualidad masculina y legitiman la conducta agresividad sexual.	<p>¿Para usted que son los sentimientos y en dónde los siente?</p> <p>¿Para qué cree usted que se insiste a una persona a tener una relación sexual?</p> <p>¿Qué sentimientos cree que experimenta una mujer antes, durante y después de ser agredida sexualmente?</p> <p>¿Qué sentimientos cree que experimenta un hombre antes, durante y después de agredir sexualmente a una mujer?</p> <p>¿Conoce a usted a alguna mujer que haya pasado por alguna agresión sexual?</p> <p>¿Cuándo se obliga a alguien a tener un encuentro sexual usted que cree que piensa el agresor?</p> <p>¿Recuerda usted alguna vez no aguantar su deseo sexual y que hizo en ese momento?</p> <p>¿Para usted tiene algún significado insistir a alguien a tener un encuentro sexual y por qué?</p>
Estereotipos de género	Deber de ser mujer Sensación de sentimientos Deber de ser hombre	Conocer los elementos culturales que promueven la sexualidad masculina y legitiman la conducta agresividad sexual.	<p>¿Qué pensamientos cree usted que experimenta un hombre antes, durante y después de agredir sexualmente a una mujer?</p> <p>¿Cuál cree usted que es la forma de tener una relación sexual para los hombres?</p> <p>¿Cómo podemos saber si la mujer no demuestra el placer?</p>

Fuente: *Elaboración propia.*

El instrumento, incluye 23 preguntas abiertas, dando contestación a estas categorías y subcategorías, en este sentido el instrumento fue diseñado para que las personas entrevistadas en este caso delincuentes sexuales, se sintieran no intimidados por los ítem, así mismo al momento de aplicarlos los sujetos de la investigación contestaron previamente otras preguntas de datos socio demográficos; edad, educación, a quien violó, reincidencia y años de sentencia.

Las preguntas fueron enmarcadas en las cuatro variables propuestas las cuales son prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y estereotipos de género como variables independientes contando con una variable dependiente la cual es conducta sexual violenta, aunado a lo anterior se realizaron sub variables que permitieron un análisis del discurso más detallado sobre lo que simbolizan los delincuentes sexuales, con las categorías y subcategorías nos referimos en concepto y se entenderá lo siguiente:

4. Materiales y Procedimiento

Prácticas sexuales

Para disfrutar del erotismo en las prácticas sexuales estas deberán de ser consensuadas como indica (Álvarez-Gayou, 1986, pág. 32) “las personas pueden hacer lo que deseen siempre y cuando no dañen a terceros, y que los que participen, lo hagan voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias de sus actos”. Como prácticas sexuales entonces nos referimos explorar las prácticas, pensamientos, y/o deseos sexuales que pueda experimentar una persona, pueden ser prácticas específicas con otra persona como lo son: penetración vaginal, anal, sexo oral, tocamientos, besos, caricias entre otras. Las prácticas sexuales también se pueden relacionar con objetos como lo son: objetos inanimados, comida, olores, escuchar sonidos, ver pornografía, entre otras; se trató de abarcar así mismo el erotismo individual como lo es la masturbación y en algunos casos experiencias sexuales o fantasías con animales. Y se espera que mencionen que actos sexuales les gustan más, a las mujeres y a los hombres.

Placer

Sensaciones corporales y mentales agradables que causan una sensación de bienestar sexual.

Relaciones sexuales

Actividad consensuada erótica y/o afectiva entre dos o más personas enmarcadas en el placer sexual de los participantes, incluido las emociones y sentimientos.

Fantasías sexuales.

Pensamientos o ensoñaciones referentes a una situación sexual, que cause excitación y deseo sexual de llevarla a cabo ya sea de manera física o simplemente a nivel imaginario, incluye el hecho de contarla.

Inicio de su vida sexual.

Encuentro erótico, ya sea con afectividad que contenga de manera implícita en el discurso el haber tenido una actividad sexual con penetración y el recuerdo de satisfacción o no de la misma actividad sexual en general, que para los entrevistados marque el inicio de la vida sexual.

Educación sexual

La educación sexual está vinculada a la salud sexual incluyendo tres factores: lo biológico, psicológico y social PAHO & OMS (2002). Estos factores tienen que ver con la información recibida, vista o experimentada de la sexualidad, en la cual prolifera la desinformación sobre la educación sexual como menciona (Álvarez-Gayou, 1986, pág. 11) “la educación sexual inadecuada sobre sexualidad tiende a perpetuar actitudes sociales que se reflejan en papeles rígidos y estereotipados en ambos sexos, como el machismo del hombre y la pasividad y sumisión en la mujer”, en esta sección de las subcategorías se trata de explorar los mitos, prejuicios, educación, creencias, miedos e información respecto a la sexualidad en general, que en ocasiones es información del ambiente y quién les hablo de ello (2).

²Como lo podría ser la familia, los amigos, la sociedad, la escuela entre otras por medio de las cuales se recibe información

Primer contacto.

Información de educación sexual integral en general, pudiendo abarcar información científica o no al respecto, como información sexual también nos referimos a los afectos mencionados dentro de lo posible a las emociones enlazadas con la educación sexual.

Biológico.

Información anatómica cuatro entrevistados apuntan a los órganos sexuales, cambios hormonales, cambios en el cuerpo sin hacer mención al erotismo.

Infecciones de transmisión sexual

Sobre las infecciones de transmisión sexual, para esta investigación se constató que cuando se habla de sexualidad se sigue hablando de las infecciones de transmisión sexual y no del placer sexual, se entenderá como ITS la forma de comunicar y de conocimiento sexual, que sin embargo no tiene nada de sexualidad, ya que sólo hablan de métodos anticonceptivos.

Sometimiento

El poder y el control sobre la pareja aunado a las creencias de que la persona no debe desobedecer y permitir cualquier cosa que complazca al hombre en el plano sexual facilita el abuso normalizado, para (Velázquez, 2001, pág. 9) “Las agresiones sexuales vienen definidas o delimitadas penalmente como aquellos actos de contenido sexual que impuestos mediante la violencia o intimidación, vulnera la libertad o intimidad sexual de cualquier persona”. Por lo anterior esta categoría de sometimiento se refiere al concepto de usar tanto la fuerza física, así como a nivel psicológico y emocional la amenaza y la intimidación; once de los doce entrevistados hablan sobre sometimiento diciendo que puede ser por la satisfacción de penetrar a alguien que le gustó, o por morbosidad e instinto animal o para demostrar amor entre otros, no mencionando a la satisfacción sexual como tal.

Dominación

La conceptualizaremos dominación cultural en la cual el hombre en base a sus ciencias, mitos y prejuicios pone en marcha para dominar aprovechando el nivel cultural que se le otorga o justifica el uso de la misma.

Violación

Penetración forzada, por medio del pene o cualquier otro objeto, incluye ano, vagina, boca y/o cualquier orificio del cuerpo que pueda ser penetrado que causa daño físico, emocional y psicológico.

Pensamientos y sentimientos

Para esta investigación tomaremos como el concepto de pensamientos y sentimientos de agresión sexual refiriéndonos a pensamientos, sentimientos, sensaciones que se reflejan mental, corporalmente y comporta mentalmente, teniendo que ver con los impulsos sexuales, la dominación, el machismo, y la violencia personal, social, respecto a la agresión sexual. Bordieu (2000), Sanmartín (2011)

Estereotipo de género.

Los estereotipos son actitudes, creencias, modismos, pensamientos, relacionados al deber de ser hombre y de ser mujer que son esperados por la sociedad en virtud de lo personal, social y sexual que se espera de cada expresión de género, Lagarde y de los Ríos (2005), Lamas (2002).

El deber de ser sexual de la mujer. En esta subcategoría y siguiendo con la misma visión de género, de lo deberías nos referimos en el término relacionado a este concepto se entenderá, los roles impuestos por la sociedad en donde la mujer se convierte en una persona pasiva en el acceso a su placer, por ende si la mujer no se comporta como se espera, entonces se le agrede y discrimina por no estar al servicio del otro, cumpliendo con un determinado papel sexual, reproduciendo por ejemplo el marianismo, que hace referencia a la madre de Dios en donde la bondad y pureza sexual representa la creencia de que la mujer tiene que cumplir ciertas características sociales.

El deber ser sexual de los hombres.

En esta subcategoría y siguiendo con la misma visión de género, los roles impuestos por la sociedad en el deber ser sexual masculino, para esta subcategoría el concepto de referencia será lo esperado socialmente por las personas en lo que se respecta a la actividad sexual de un hombre, estereotipada en el machismo, mismo que se nota en conductas en donde el hombre, solo por el hecho de ser hombre cree que se le debe de obedecer y que tiene la razón, (Lameiras & Iglesias, 2011, pág. 60) citando a Juan Manuel Cartagena que hay un gran número de delincuentes sexuales masculinos y que esto se puede deber a algunas tesis que amputan que “Un mayor impulso sexual masculino, con mayor variedad de impulsos. Un mayor componente agresivo con conductas violentas ligadas al sexo. Una mayor indefinición de la identidad sexual. Un componente sociológico y educacional (machismo, etc.)”

Sensación de sentimientos

En esta subcategoría de sensación y sentimientos, nos referimos a las sensaciones corporales, representados en los sentimientos por medio de la significación de los mismos en la experiencia, real o imaginaria.

La recolección de datos de los instrumentos se obtuvo por medio de entrevistas a las doce personas privadas de su libertad por el delito de violación, ya que la obtención de los datos fue por medio de la saturación de la información, teniendo dicha saturación se dejó de aplicar el instrumento, a los participantes del estudio se les explicó la finalidad del mismo y aceptaron participar en el estudio, siempre y cuando se mantuviera el anonimato.

La duración de la aplicación fue de 30 minutos por sujeto entrevistado, se les comentó también que las preguntas iban a ir encaminadas a conocer lo que pensaban, conocían y sentían respecto a sus prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y estereotipos de género.

Para el análisis del instrumento se utilizó el marco de referencia de la simbología por medio del programa de análisis cualitativo de datos muy utilizado para las ciencias sociales llamado MAXQDA, por medio del cual se realizó el análisis del discurso de acuerdo a las categorías y subcategorías donde se busca categorizar las frecuencias de dichas categorías y posteriormente categorizar la información, sacar los porcentajes de las categorías y subcategorías para explicarlos.

Resultados

El análisis del discurso mediante la categorización y sub categorización de segmentos, nos permitió tener información sobre las conductas sexuales violentas y los elementos culturales que favorecen la simbolización de estas conductas, adentrándonos hacia la percepción de sus relaciones personales y de cómo ellos reconocen la diferencia entre una relación o actividad sexual consentuada y la no consentuada reconociendo la no excitación sexual de la mujer ante una violación, aunado al rechazo que ellos mencionan hacia las conductas sexuales violentas y hacia el delincuente sexual, que paradójicamente son ellos mismos.

Sometimiento

Hay una relación significativa con la conducta sexual violenta y el sometimiento, en donde la dominación, la agresión y el poder se ven reflejadas en sus discursos y en el reconocimiento de la violencia misma, y la fuerza ejercida para satisfacer una necesidad de control sobre otra persona, y no necesariamente la motivación sexual placentera, como se observa en este análisis, once de los doce —91.67%— entrevistados hablan sobre dominación diciendo que puede ser por la satisfacción de penetrar a alguien que le gustó, o por morbosidad e instinto animal o para demostrar amor entre otros, once de los doce —91.67%— entrevistados indican al hablar de violación que la mujer puede sentir, dolor, vergüenza, aberración, depresión y tristeza entre otros, al preguntar sobre pensamientos y sentimientos once —91.67%— de los entrevistados contestaron a la pregunta de qué siente y piensa el hombre que abusa de una mujer que sienten deseo por su cuerpo, gusto, orgullo, aunque también mencionaron que después de eso se pueden sentir remordimiento por haberlo hecho sin su consentimiento.

Otro de los resultados obtenidos es la relación de reconocimiento del placer en sus prácticas sexuales, la limitada educación sexual con información solo genital y biológica, dejando de lado las cuestiones emocionales, de consenso y salud sexual, aunada a los estereotipos de género, como se refleja en lo siguiente:

Prácticas sexuales

Para once de los participantes —91.67%— el placer es tener una práctica sexual satisfactoria en donde sus parejas queden satisfechas, dentro de las actividades está el sexo oral, la masturbación y estar en varias posiciones sexuales, las relaciones sexuales para los doce participantes —100%— las asocian a concebir un hijo, a la penetración, a estar con alguien del otro sexo y/o estar con la mujer que le gusta, entre otras, los doce entrevistados —100%— mencionan como fantasía sexual involucrar a más de una persona, variar posiciones y hacer gozar sexualmente a la mujer entre otros, diez de los entrevistados —100%— mencionaron el inicio de su vida sexual, de los diez años a los quince años, el recuerdo fue agradable y tuvieron la relación sexual con personas conocidas.

Educación sexual

Doce —100%— hombres entrevistados a los cuales se les aplicó el instrumento mencionaron como primer contacto que el tener cuidado con la sexualidad, o que era para realizarse cuando estuvieran más grandes, y/o que tendría que haber respeto entre otros, así mismo cuatro —33.33%— de los doce entrevistados, mencionaron al funcionamiento de lo biológico como parte de la educación sexual recibida, y por último cuatro —33.33%— de los mismos doce entrevistados hicieron referencia a la prevención de las infecciones de transmisión sexual como parte de la educación sexual.

Estereotipos de género

Once de los doce —91.67%— coinciden que la mujer que no presenta deseo sexual se ve en su rostro, o porque no participa del acto sexual, o que la mujer que corresponde el acto sexual es porque le agrada, sobre la sensación de sentimientos y donde los sienten, once de los doce entrevistados —91.67%— sienten la sensación de sus sentimientos en el corazón, y son para hacer cosas buenas o sentir cosas buenas por las personas, nueve de los doce —91.67%— entrevistados contestaron al deber ser sexual del hombre, mencionaron que es el hombre el que busca a la mujer, así mismo es el hombre y no la mujer el que busca tener relaciones sexuales. Podemos apoyar que la vivencia sexual de los participantes, sus experiencias son similares a las de la población en general en cuanto a estos elementos culturales, sin embargo, lo que los podría estar caracterizando es la situación y la oportunidad visto desde esta teoría criminológica, donde la hipótesis del rol sexual masculino en los delincuentes sexuales es un producto social ampliamente introyectado, solamente que los delincuentes sexuales, violaran porque quieren y pueden hacerlo independientemente del arrepentimiento que pudieran sentir después.

Discusión

Con los resultados de nuestra investigación podemos apoyar que el reconocimiento de displacer, emocional, físico y psicológico que los participantes reconocen tanto en las mujeres que son agredidas sexualmente como en lo que piensan de los hombres se violan a estas mujeres está explícito en su discurso. El deber ser sexual masculino sigue siendo el cumplir, seducir el querer tener relaciones sexuales porque sí, aunado a lo que hablan del sometimiento. Corroboramos que los elementos culturales de la conducta sexual violenta se manifiestan desde cómo se simbolizan las prácticas sexuales, la educación sexual, el sometimiento y los estereotipos de género.

Parece ser que los delincuentes sexuales en sus discursos dan importancia a los acuerdos y consensos en las prácticas sexuales, hablan de amor y de lo bonito de sus primeras experiencias sexuales, sin embargo en sus discursos dejan ver la violencia y la repetición de los estereotipos de dominación, por ejemplo pensar en “poseer a la mujer” en el acto de la violación, y después decir que a una mujer se le nota cuando no le está siendo agradable una situación sexual.

Ellos no hablan del placer per se, es decir ellos reconocen en donde sienten bonito en cuestión de sentimientos y sensaciones, pero no así que siente en razón de sentimientos un violador, ellos mencionan lo que siente un violador con lo que piensa. El sentimiento de culpa que demuestran al momento de decir que el violador al final se arrepiente de lo que hizo, nos deja algo de lo que siempre se lee en la literatura, y es que los delincuentes por ser antisociales no muestran arrepentimiento, no será que es la culpa y el escudriño lo que los lleva a sentir arrepentimiento de la situación, no, nos atreveríamos a decir que del acto en sí, pero sí de la situación.

Coincidimos con las investigaciones antes mencionadas, pero ampliamos el panorama de conocer cómo ellos se simbolizan a ellos mismos, cómo es que la edad de nuestros participantes no hizo mella en sus respuestas, pareciera que la conducta sexual violenta nos caracteriza como personas, insistimos que una parte importante del desarrollo de la persona es la sexualidad y que una sexualidad libre de coerción es elemental para una vida relacional con la menor violencia posible.

Nos damos cuenta que esta investigación puede ser aplicada tanto para hombres delincuentes sexuales, así como para cualquier persona, porque no solamente los hombres son violentos, sino también las mujeres son violentas, en conductas, pensamientos y formas de hablar de las otras mujeres.

En definitiva, estos resultados contribuyen no solo a seguir cuestionando el hacer de la criminología sexual en cuanto a políticas públicas preventivas, acciones secundarias y terciarias. Tenemos que el deber ser sexual masculino se simboliza culturalmente en el mandato de satisfacer sexualmente a una mujer, aunado a la creencia de que si un hombre insiste para tener una relación sexual es para hacerle saber a la persona que le gusta o por poseer su cuerpo dándole cabida a satisfacer sus propios deseos de dominación, poder en función del cumplimiento de sus instintos salvajes.

En esta repetición cultural los delincuentes sexuales simbolizan que la mujer es responsable de poner el límite de las fantasías sexuales y de decir claramente que no, y aunque ellos identifican cuando una mujer no disfruta de la práctica sexual, y empalizan con los sentimientos de una mujer violada y repudian a un agresor sexual catalogándolo de “enfermo” “animal” entre otros, simbolizan las relaciones sexuales y prácticas sexuales como mutuo acuerdo y consentimiento, como si no fueran ellos los agresores sexuales.

Bibliografía

- Álvarez-Gayou, J. (1986).** Sexoterapia integral. México: Manual Moderno. México : Manual Moderno.
- Archimio, E. (2018).** Prácticas penales, discursos médicos, psiquiátricos y criminológicos en la configuración del agresor sexual en Argentina en la primera mitad del siglo xx documental. Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, 30-50.
- Arcilia, R., Ramírez, M., Osorio, D., & Quiroz, G. (2013).** Caracterización sociodemográfica, del desarrollo psicosexual y del delito en hombres condenados por delitos sexuales recluidos en el centro penitenciario de Manizales. Revista Colombiana de Psiquiatría, 51-62.
- Arestí, L. (1997).** La violencia impune: Una mirada sobre la violencia sexual contra la mujer, daño psicológico y estrategias de apoyo. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Psicología.
- Bordieu, P. (2000).** La dominación masculina. Barcelona: Anagrama.
- Gómez, E., & Juárez, E. (2014).** Criminología sexual. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 141-116.
- INEGI. (2018).** Estadística a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer (25 de noviembre) / Datos nacionales. México: Instituto nacional de estadística y geografía.
- Lagarde y de los Rios, M. (2005).** Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lamas, M. (2002).** Cuerpo: diferencia sexual y género. México: Taurus Pensamiento.
- Lameiras, M., & Iglesias, I. (2011).** Violencia de género. La violencia sexual a debate. España: Tirant lo blanch.
- Larrauri, E. (2018).** Criminología Crítica y violencia de género. Editorial. España: Trotta.
- Maqueda, M. (2014).** Razones y sinrazones de una criminología feminista. Madrid: Dykinson.
- Monferrer, J., González, J., & Díaz, D. (2009).** La influencia de George Herbert Mead en las bases teóricas del paradigma constructivista. Revista de historia de la psicología, 241-248.
- PAHO, & OMS. (2002).** Promoción de la salud, recomendaciones para su acción PAHO OMS. Guatemala: OPS.
- Salud, O. M. (2018).** La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo.
- Sanmartín, J. (2011).** Conceptos y tipos de violencia. En J. Sanmartín, R. Gutiérrez, & J. Martínez, Reflexiones sobre la violencia (págs. 11-33). México: Siglo XXI.
- SEDESA. (2014).** Por mí, por ti, por tod@s: Información vital para la salud sexual. Ciudad de México: Gobierno de la ciudad de México.
- Sexuales, D. U. (1997).** Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de València (XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997; València (España). Viena: WAS.
- Socota, A., González, J., & Halty, L. (2019).** Perfiles criminales. Principios, técnicas y aplicaciones. España: Síntesis
- Unidas, N. (01 de Mayo de 1948).** Declaración Universal de Derechos Humanos.

Notas de pie

¹Licenciada en psicología por el Centro de Estudios Universitarios. Maestría en sexología educativa y psicoterapia Gestalt por el Instituto Mexicano de Sexología e Instituto de Psicoterapia Gestalt respectivamente. Especialista en violencia familiar por Centro de investigación familiar. Becaria del CONACYT. Líneas de investigación; delitos contra la libertad sexual, elementos culturales de la conducta sexual violenta en delincuentes sexuales, sexualidad y violencia masculina. Correo: roxiogamo@gmail.com.

²Como lo podría ser la familia, los amigos, la sociedad, la escuela entre otras por medio de las cuales se recibe información.

“¿Cómo funciona el tribunal Constitucional Federal alemán?”

Armando Salas Cruz



¿Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán?

Armando Salas Cruz¹

Resumen

Esta es una obra corta, de esas en las que en sus páginas —aparentemente sencillas— se entretejen reflexiones profundas que se han ido afinando durante largos años. En nuestro caso, Gertrude Lübbe-Wolff ejerció el cargo de jueza en el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) durante poco más de doce años. La estructura de las reflexiones, además, tiene el marcado rigor y claridad de quien nunca se ha alejado del ámbito universitario, pues la autora es profesora de derecho constitucional en la Universidad de Bielefeld desde 1992. Que sea un texto breve se debe a que en su origen fue un discurso que la profesora Lübbe-Wolff pronunció en el Instituto Europeo de Estudios Jurídicos de la Universidad de Osnabrück, en el mismo año en que concluyó su encargo en la magistratura constitucional.³

En este interesante trabajo compuesto de tres apartados, la autora nos introduce en la labor cotidiana del TCF a través de la invitación que nos hace la “magistrada R del Segundo Senado”⁴ para seguir sus pasos por los pasillos, oficinas y órganos de decisión de este alto tribunal. Conforme va transcurriendo la jornada laboral, y los días de sesión, la voz de la “magistrada R” explica desde la experiencia, pero también con el profundo conocimiento del significado de lo que implica la jurisdicción constitucional, los principales aspectos del funcionamiento interno del Tribunal de Karlsruhe. Esto, con el fin de que nos hagamos “una idea de lo que allí ocurre” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 27).

Mi objetivo en las líneas siguientes es destacar, mediante siete proposiciones y una nota final, algunos puntos relevantes que la obra toca y con ello acercar su rico contenido a quien tiene algún tipo de interés o simplemente curiosidad por la forma de trabajo de un Tribunal Constitucional que, como afirma Lübbe-Wolff en su prólogo, “ha funcionado generalmente, en los hechos, sin polarizar en gran medida o sin agudizar las polarizaciones existentes, sino por el contrario ha integrado; ha adoptado decisiones pacificadoras...” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 11).

1 Sobre su integración y la normativa en que enmarca su actuar.

Para efectos de la exposición, debo hacer unas prevenciones mínimas. Lo que en nuestro contexto conocemos como «Salas» de la Suprema Corte de Justicia de México (Primera Sala y Segunda Sala), en el TCF se les denomina “Senados” y de igual forma son dos: el Primer Senado y el Segundo Senado. Cada uno está integrado por ocho jueces, de los que uno de ellos ejerce de presidente respectivamente. Ahora bien, los principales instrumentos normativos en los que el TCF enmarca su actuación son la Ley Fundamental de Bonn o Constitución Federal de Alemania, la Ley del Tribunal Constitucional Federal y el Reglamento del Tribunal Constitucional Federal.

2 La relevancia del recurso de amparo constitucional.

El recurso de amparo constitucional es la columna que vertebra la maquinaria del TCF, a pesar de la importancia de los demás procesos constitucionales de los que conoce dicho tribunal.⁵ Por esa razón la antigua magistrada constitucional parte de la premisa fundamental consistente en que el recurso de amparo constitucional tiene un significado muy especial para la posición y el modo de funcionamiento del TCF. Cuantitativamente es indudable, si se toma en cuenta que, desde que inició sus labores en 1951 hasta 2013, del 100% de los diversos recursos promovidos el 96.54% corresponde a recursos de amparo constitucional. De ahí que las descripciones que hace Lübbe-Wolff, en cuanto al modo de funcionamiento interno del TCF, estén enfocadas precisamente en el diseño del recurso de amparo constitucional y, asimismo, en la manera en que se trabaja para que pueda llegar a ser debatido y resuelto por alguno de los dos Senados.

¹ Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Secretario en la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México. ORCID: 0000-0001-7765-5329. Correo: armando.salasc@te.gob.mx.

3 El diseño del recurso de amparo constitucional es parte del prestigio del que disfruta el TCF.

La idea que puede deducirse junto con Lübbe-Wolff es que el diseño sencillo y accesible —de bajo umbral— del recurso de amparo constitucional es lo que ha permitido que el TCF sea percibido como un tribunal “que está ahí para cualquiera” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 22) y que sus fallos inciden directamente en los ciudadanos que han solicitado su ayuda. Se caracteriza por los elementos siguientes: 1) cualquiera puede formularlo aseverando haber sido lesionado en sus derechos fundamentales o en sus derechos equivalentes a los derechos fundamentales; 2) no se exige que esté representado por un abogado, aunque en ciertas ocasiones puede resultar obligatorio; y 3) el proceso es gratuito. Aunque no debe olvidarse que están establecidos ciertos requisitos de admisibilidad del recurso, mismos que la jurisprudencia constitucional ha ido precisando o endureciendo: el plazo del recurso debe respetarse; el agotamiento de la vía judicial; la necesidad de que esté fundamentado; ciertas exigencias en cuanto a la calidad de la argumentación jurídica; y además se requiere la aceptación para una decisión.

4 La incidencia de los asistentes científicos en el trabajo del TCF.

Los asistentes científicos son quienes “apoyan a los jueces en su trabajo”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 29). Esta definición mínima, en principio, permite advertir que la incidencia de dichos asistentes depende, en definitiva, del estilo de trabajo que cada juez establece en su equipo, aunque lo cierto es que ese apoyo implica actividades jurisdiccionales o sustanciales. El número de asistentes científicos ha aumentado hasta llegar, en nuestros días, a cuatro por cada juez. El perfil general que describe la autora es que se trata de gente joven alrededor de los treinta años, que provienen principalmente del Poder Judicial o del ámbito universitario, ya que la mayoría de los magistrados, a la vez, son profesores universitarios y es común que recluten a quienes son los asistentes de su cátedra, y ocasionalmente también provienen de la administración o de los ministerios (Secretarías de Estado). Un rasgo de interés es que se trata de un cargo que no tiene vocación de permanencia, en cambio, está en constante rotación, pues solo duran dos o tres años en el TCF y luego regresan a sus instituciones de origen u otros campos de trabajo.

Aquí aparece una semejanza importante con el caso mexicano, no en la rotación, sino en el acceso al cargo. Los «secretarios de estudio y cuenta» de la Suprema Corte de Justicia de México, equivalentes de los referidos asistentes científicos, también son elegidos y designados directamente por los ministros. Es decir, los jueces constitucionales alemanes y mexicanos cuentan con una potestad amplia y discrecional en la conformación de su círculo de ayudantes jurisdiccionales. Lübbe-Wolff no entra en detalles en cuanto a estos aspectos, pero ya que se destaca el papel del asistente científico por las actividades que desempeña (entre otras, estudio y preparación de los asuntos, así como la elaboración de propuestas de resoluciones, dictámenes y votos) hubiera sido deseable conocer una razón mínima acerca de la instauración institucional y conveniencia de dicha práctica en el TCF.

5 La manera de trabajar los “asuntos pequeños”

Las Cámaras de los Senados y su orientación al consenso. En la organización jurídica del TCF, la resolución de las llamadas «grandes decisiones» se reserva a la competencia de los Senados. En ese sentido, para hacer frente al creciente número de asuntos en los que se convierte en innecesaria la intervención del Senado (por tratarse en su mayoría de inadmisiones del recurso de amparo constitucional), se crearon las denominadas «Cámaras», cada una compuesta por tres magistrados del Senado. En la actualidad cada Senado tiene tres Cámaras, a las que se dio competencia para decidir “[...] sobre las solicitudes de las Cortes de los Länder (Richtervorlage), cuando estas son inadmisibles; y, en términos generales, sobre las inadmisiones (Nichtannahme) y estimaciones del recurso constitucional de amparo en casos claros y decidibles, con apoyo en la jurisprudencia existente del Senado” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 28). Con ello, comparativamente y por mucho, las Cámaras son las que deciden en la mayoría de los procesos ante el TCF. Nuestra autora precisa que en 2018 las Cámaras emitieron 5600 resoluciones, mientras los Senados solo 33.

La dinámica para que la Cámara llegue a una decisión es bastante interesante desde la perspectiva comparativa. Como regla general, la decisión no se toma en una sesión, sino que se hace en el procedimiento de circulación. El juez ponente remite sucesivamente a los otros dos jueces de la Cámara el voto y el proyecto de resolución firmados por él. Si los otros dos jueces, al examinar la propuesta, la aprueban y firman, entonces la decisión habrá sido adoptada y corresponderá al último de los jueces que haya examinado la propuesta, colocar, al mismo tiempo, la fecha de su firma como la fecha de la resolución.

La cuestión esencial radica en que la Cámara solo puede decidir por unanimidad, según lo establece su normativa legal. De esa necesidad, por tanto, “se deriva una presión muy fuerte para encontrar el consenso”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 39).

Esto hace que los miembros de la sección se esmeren en que el asunto pueda ser resuelto en esta instancia, sin la necesidad de llevar el asunto al Senado. Lo normal, nos señala Lübbe-Wolff, sería que quien tenga una objeción importante frente a la propuesta de resolución vaya —con el expediente bajo el brazo— en búsqueda del ponente “para hablar del asunto abiertamente” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 39).

6 El Senado como centro de la deliberación.

El Senado es el lugar donde se debaten y resuelven los asuntos de trascendencia. Dos son los rasgos que caracterizan la toma de decisiones: la deliberación en secreto y la forma en que se elabora la resolución. En efecto, en los Senados del TCF se toma bastante en serio la regla de que las discusiones son secretas, es decir: “nadie, aparte de los magistrados, participa; ni siquiera los asistentes científicos que han intervenido en la preparación del voto y generalmente también en el proyecto de resolución”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 40). Para Lübbe-Wolff, el carácter confidencial de las deliberaciones es un rasgo positivo, ya que resguarda a los jueces de la presión política. En las antípodas, como se sabe, se encuentra el modelo adoptado por la Suprema Corte de Justicia de México, cuyo Pleno sesiona en público e inclusive son sesiones transmitidas en directo por televisión e Internet.

En cuanto a la forma en que se elabora la resolución, la autora alemana distingue dos fases de deliberación. En la primera fase, la denominada «deliberación especializada», los esfuerzos se dirigen hacia la construcción de la primera postura que los demás miembros del colegiado adoptarán en cuanto al asunto que ha sido preparado por el juez ponente. Él es el encargado de distribuir con anticipación suficiente —diez días antes de la sesión— la propuesta de solución (voto) que ha preparado, así como los materiales relevantes que sustentan sus argumentos. Ya en la sala de deliberaciones, el ponente resume su voto. Enseguida todos los demás miembros emiten una primera valoración en el orden que rige en cada Senado, en el caso del Segundo Senado, va del más joven en el cargo y termina con el presidente. Luego sigue una respuesta del ponente y después se da inicio al debate. Como se dijo con anterioridad, tal debate se orienta a obtener un consenso, “...siempre están los esfuerzos por llegar a una solución que pueda ser asumida por todos” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 46). No obstante, la deliberación especializada puede terminar en desacuerdo.

La fase siguiente, la “deliberación de lectura”, en pocas palabras consiste en trasladar el resultado de la fase previa en el papel y llegar a un documento consolidado por consenso. En consecuencia, el ponente debe elaborar un proyecto de resolución sobre la base de la «deliberación especializada» y distribuirlo a los otros miembros del Senado tanto de manera impresa como también en archivo Word. Los miembros del Senado, con frecuencia, harán llegar sus propuestas de modificación, “... que pueden ir desde simples correcciones de errores de tipeo, pasando por el estilo y retoques en los fundamentos individuales de la decisión, hasta propuestas de modificación del tenor, recortes abundantes, ampliaciones y sustituciones a lo largo de las páginas o reconstrucciones amplias del texto completo” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 47).

De lo anterior, el ponente deberá redactar una versión denominada consolidada del proyecto de resolución, en la que se harán destacar las propuestas de modificación que fueron aceptadas e introducidas en el texto (en modo en control de cambios) y las que no fueron aceptadas por el ponente (en notas a pie de página). Este será el documento, entonces, sobre el que girará la «deliberación de lectura», que consiste en el examen “... página por página y nota a pie por nota a pie, y sobre todo se debate sobre las propuestas de modificación aún controvertidas” (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 48). Aquí es donde puede advertirse un punto álgido en la deliberación, según la dilatada experiencia de Lübbe-Wolff: “La pugna por la composición concreta del texto puede ser ardua, laboriosa y dolorosa”. (Lübbe-Wolff, G., 2019, p. 48). En definitiva, porque la forma de mirar las cosas de cada juez no es idéntica al del otro.

7 La propia dinámica de búsqueda de consenso por convencimiento es la que desincentiva la emisión de votos particulares.

Los votos particulares son infrecuentes en las decisiones del TCF. Los jueces del TCF lo utilizan de manera excepcional, como último recurso para hacer valer disensos, en cambio, redoblan esfuerzos en llegar a soluciones plausibles para todos, convencer a su compañero y, al mismo tiempo, dejarse convencer por los otros, siempre con argumentos jurídicos. Luego, la exteriorización de una sola voz consensuada del tribunal ha contribuido a pacificar los conflictos más sentidos en la sociedad alemana. Nota final. Acerca de la traducción publicada. Por último, he de señalar que el texto al que se ha hecho referencia en las líneas anteriores es el más reciente número de la colección que Palestra, editorial peruana, dedica en específico a la doctrina alemana desde el 2017, la denominada «Biblioteca de autores alemanes». Hasta el momento lleva tres publicaciones, contando la que ahora nos ocupa, bajo la dirección del profesor Jorge L. León Vásquez. De hecho, es él quien se ha encargado de la traducción del alemán al español.

Si bien es cierto en las revistas especializadas han aparecido de vez en cuando traducciones a nuestra lengua de algunos de los textos de LübbeWolff,⁶ hasta el momento no se había hecho en formato libro. Así que, con lo que se ha podido adelantar hasta aquí, es un acierto la elección que se hizo desde la dirección de la Biblioteca de Autores Alemanes de traer al espacio iberoamericano un trabajo significativo en el que se exponen los engranajes internos más relevantes del TCF. Una maquinaria que tiene en la deliberación orientada hacia el consenso, el fuego que la aviva y mueve en todo momento.

Bibliografía

Schetter, C., & Glassner, R. (19 de abril de 2012). The Peripheralization of the Center: “Warlordism” in Afghanistan. Obtenido de Middle East Institute: [https:// www.mei.edu/publications/peripheralization-center-warlordism-afghanistan](https://www.mei.edu/publications/peripheralization-center-warlordism-afghanistan)

SEDENA. (2005). Consulta pública FOLIO No: 0000700041805. Obtenido de Sedena: <http://www.sedena.gob.mx/leytrans/petic/2005/jul/12072005.html>
The Fund for Peace. (2020). Fragility in the World. Obtenido de Fragile States Index: <https://fragilestatesindex.org/>

U.S Government. (2020). DOD Dictionary of Military and Associated Terms. Washington D.C.: Department of Defense.

United Nations Office on drugs and crime. (2018). World Drug Report 2018.

United Nations Office on Drugs and Crime. (2020). The Afghan Opiate Trade Project (AOTP). Obtenido de United Nations Office on Drugs and Crime: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/aotp.html>

United States Government Army. (2018). Joint Publication JP 3-24 Counterinsurgency. United States Government Army.

Warner, M. (2010). The Rise of the U.S. Intelligence System, 1917-1977. En L. Johnson, The oxford handbook of national security intelligence (págs. 107-121). Oxford: Oxford University Press.

“La Justicia Procesal Penal Imperfecta de la Teoría Substancialista de John Rawls como problema de la lógica jurídica”

Dr. Mario Alberto Hernández Ramírez



“La Justicia Procesal Penal Imperfecta de la Teoría Substantialista de John Rawls como problema de la lógica jurídica”

Dr. Mario Alberto Hernández Ramírez

Sumario:

Introducción: I. Teoría de la lógica procesal. I. I. Planteamiento del problema de la justicia procesal imperfecta, orientado como problema de la lógica. 2. El término de lógica en el Derecho. 2.1. Nociones de la lógica. 3. La lógica en el Derecho como fundamento teleológico de la norma. 3.1. Marco conceptual. 3.2. La lógica en la comunicación como método aplicativo a las normas. 4. La lógica en los sistemas normativos. 4.1. De la importancia de los razonamientos deductivos. 5. Posición epistemológica de la norma en la lógica. 5.1. Puntos importantes sobre la conceptualización de la norma como objeto de la aplicación de la lógica. 5.2. Posiciones acerca de la integración y principios lógicos en el Derecho; 6. El razonamiento lógico-sistemático en el Derecho. 6.1. Dimensión del razonamiento correcto. 7. La respuesta correcta en la justicia procesal imperfecta. 7.1. Ámbito de injerencia de la lógica en los criterios independientes de la teoría rawlsiana; 8. Consideraciones finales. 8.1. Conceptualización de la teoría de la lógica procesal. Referencias bibliográficas.

1. Teoría de la lógica procesal.

1.1. Planteamiento del problema de la justicia procesal imperfecta, orientado como problema de la lógica.

John Rawls señala que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento (1). Dice que no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes, si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Así mismo expone que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, más exactamente el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales, entendiendo por grandes instituciones la constitución política, la protección jurídica de las libertades, los procesos judiciales entre otros (2).

Rawls enfatiza por otro lado, que la institución entendida como un sistema público de reglas, especifica ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas. Así, Rawls establece en un tema al que denomina teoría de la justicia procesal imperfecta que ejemplifica en un juicio penal, que el resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable sí, y solo sí ha cometido el delito que se le imputa. Dice que el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto (3).

Sobre el particular Germán Cisneros, enfatiza el afán de sistematizar los conceptos lógicos aplicados al Derecho, para el encuentro de la única respuesta concreta (4). Así mismo Cisneros dice que “estamos más cerca del legislador racional que de la escuela de la libre decisión judicial”(5). Sobre el particular ahondaremos en su oportunidad sobre el tema. Continuando con Rawls, este dice que la teoría de los juicios examina que reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatibles con otros fines del Derecho, son las que mejor pueden servir para lograr este propósito.

Se puede razonablemente esperar que en ciertas circunstancias, diversas medidas para las audiencias conduzcan a resultados correctos, si no siempre al menos las más de las veces. Un juicio es entonces, un caso de justicia procesal imperfecta. Aun cuando se obedezca cuidadosamente al Derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado erróneo. Por otro lado expone que un inocente puede ser declarado culpable y un culpable puede ser puesto en libertad.

II. La victimología en el Derecho

En tales casos dice Rawls, hablamos de un error de la justicia, la injusticia no surge de una falla humana sino de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas. Concluye diciendo que el rasgo característico de la justicia procesal imperfecta es que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad (6).

Es este último punto en el que discrepo de Rawls, por carecer de fundamento y argumento lógico considerando además que, en dicha posición a mi juicio, se crea un conflicto doctrinario, toda vez que Rawls no explica en qué consiste "la combinación fortuita de circunstancias, que hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas"(7). Sobre esta postura Rawlsiana considero que Rawls, posiblemente se está refiriendo a su concepto teórico de que la ley aún y cuando es ordenada no es justa, y por tanto fracasa en la aplicación y búsqueda de la justicia.

Sin embargo, estimo que, si bien la norma fracasa porque es injusta, entonces debemos suponer que el «ordenamiento de esa norma», no fue racionalmente pensada por quien la creó, es decir el legislador.

Por lo que en consecuencia concluiríamos que entonces, la norma fracasa, no porque sea injusta, sino porque no fue ordenada racionalmente de manera correcta. Nos preguntaríamos entonces, ¿y porque no se ordenó correctamente?, ¿a quién le correspondería ordenar racionalmente a la norma? En mi concepto contestaríamos, por ende; fundamentalmente porque el legislador se aisló y minimizó a la lógica jurídica como esquema interpretativo del Derecho. Y este es obviamente el problema del legislador, que no ha entendido que la cientificidad del Derecho, debe analizarse desde una perspectiva de la sistematicidad y singularmente de la lógica. Por ello, diferimos también de la posición rawlsiana que señala categóricamente que; "parece imposible hacer normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto"(8). Cuando, por lo contrario, sí es factible y posible hacer normas jurídicas que conduzcan al resultado correcto.

Rawls asume una orientación errónea en este sentido, al aceptar que, si bien existen los criterios independientes entendidos éstos como los procedimientos para llegar a un resultado correcto, no existe un procedimiento o criterio que sea factible para conducir al resultado correcto (9), es decir, en donde según Rawls la justicia no tenga fallas. Por ende, surge entonces la interrogante ¿es posible encontrar un criterio o método científico para conducir el resultado correcto como justicia en el proceso? Esta es la parte total de mi posición metodológica, en la que como mencione en la introducción trataré de demostrar que la llamada justicia procesal imperfecta tratada como problema de naturaleza jurídica, es atendible en el plano de la lógica aplicada, y de este modo establecer que los criterios independientes a que se refiere Rawls, a su vez son sustentables por otros criterios que otorgan factibilidad para alcanzar el resultado correcto en la justicia (la teoría de Dworkin, que se refiere a la actividad lógica-legislativa como imperio de la ley) esto indudablemente se insiste, a través de los principios lógicos aplicados al Derecho.

2. El Término de Lógica en el Derecho.

2.1. Nociones de la lógica.

Evidentemente considero, que al abordar el análisis del término «lógica en el derecho», o bien del término «lógica jurídica», debemos también comprender la noción de la misma. En el campo de la percepción lingüística de las nociones, Perelman, (10) señala que solo existe una «lógica formal» en razón de que somos una sola raza humana, compartiendo esta tesis Georges Kalinowski. (11). Sin embargo, Perelman titula su obra como "Lógica Jurídica", por lo que se contradice así mismo.

Por su parte, la concepción de Kalinowski, descansa en la idea de que la lógica jurídica no es más que una «especificidad» de la aplicación de la lógica formal porque todas las ciencias utilizan reglas lógicas. Por su parte Olsen A. Ghirardi, establece que existen nociones jurídicas como las de «está permitido», «está prohibido», «es obligatorio», que han sido formalizadas por una nueva rama de lógica formal, llamada lógica deóntica, elaborada inicialmente por el pensador Henrich Von Wright, y según Ghirardi, (12) la lógica deóntica, no es específicamente jurídica, porque puede ser aplicada a todas las proposiciones prescritas, sean o no jurídicas. (13).

Así mismo Ghirardi dice que no debe olvidarse, que el saber jurídico, es un saber práctico, que versa sobre la acción humana y el obrar humano, y por tanto su especificidad es racional (14) y por ello, concluye que la noción es "Lógica del Derecho", porque éste último recurre a la lógica para mostrar el saber práctico, y que el único momento en que la lógica formal, no es lógica formal, es cuando en el derecho busca la manera de elegir las premisas (pruebas, argumentaciones), y vuelve a su posición original de lógica formal, cuando las premisas han sido seleccionadas y consentidas para darnos la conclusión (15).

Sobre el particular, mi percepción sobre la naturaleza que guarda la lógica, entre que, sí solo existe la lógica formal, y que la jurídica, es una consecuencia teleológica, considero fundamental decir que no es que existan muchas lógicas, sino que atendiendo al principio de racionalidad, la lógica jurídica es un fenómeno que prevalece en su dimensión y en su realismo respecto al Derecho; ahí está y nadie la puede negar, epistemológicamente es jurídica la lógica que aborda los pensamientos, razonamientos y juicios lógicos orientados a la aplicación en el ámbito jurídico, y esencialmente en mi consideración, esto es lo que debe preservarse como noción de ella.

3. La Lógica en el Derecho como fundamento teleológico de la norma.

3.1. Marco conceptual.

Al adentrarnos en el estudio del Derecho, encontramos que se trata de una ciencia que necesariamente requiere ser analizada en base a concepciones conexas y concluyentes sobre otras disciplinas inherentes del hombre, que como ser conviviente y dialógico debe vivir en sociedad, y me refiero a la observación y experimentación de los campos de la sociología, la filosofía, y fundamentalmente al mundo ecuménico de la lógica. Todas estas dimensiones del hombre como ente social, le son indispensables estructuralmente para poder comunicarse y entender entonces, que debe existir un orden normativo que le permita convivir y convenir en sociedad.

Luego, en armonía con las consideraciones anteriores, considero qué para el estudio del derecho, debe dársele un enfoque fundamentalmente con visión hacia la lógica. Nuestra vida, según Norberto Bobbio se desenvuelve dentro de un espacio de normas jurídicas, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones, en ésta, o en aquella dirección (16).

La tesis de Bobbio al estimar que debe considerarse al derecho como un sistema de normas, evidentemente resulta una posición de naturaleza positivista (17). La idea de definir al positivismo jurídico como teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica, es el derecho positivo, el vigente en una sociedad, me parece asequible y por supuesto válido. Yo no concibo un mundo sin normas, no acepto un mundo sin reglas, no creo en un mundo sin orden, sin derecho, sin justicia. Incluso el hombre en su estado natural.

Tiene así mismo reglas lógicamente ligadas con rumbo o dirección en su sentido de vida; debe apegarse por lógica a ciertas conductas para existir, debe verbigracia, comer y dormir; estas son reglas lógicas que tienen una dirección encaminada a su permanencia. Por ende, con mayor razón, el hombre al ser conviviente y dialógico, necesariamente debe -y lo hace- sujetarse a muchas normas o reglas de conducta generadas por la aplicación de la lógica.

Por ello, comparto la tesis de que el normativismo es esencia y presencia en el derecho. Por tanto, no es lógico ni es factible, sostener una sociedad y al hombre como ser individual, sin orden, sin normas, sin derecho ni justicia. Por todo lo anterior, debemos remitirnos a la praxis de la lógica, como método aplicado a la solución de los problemas, y en el caso particular, sobre la solución de los problemas jurídicos procesales que le competen a la justicia. Por ello, la lógica en el derecho resulta ser el fundamento teleológico de la norma, cuyo fin final, es por supuesto alcanzar la justicia.

3.2. La Lógica en la comunicación como método aplicativo a las normas.

Hemos visto la enorme importancia que detenta la lógica en el proceso de la sistematización del derecho. Por ello, debemos adentrarnos a pensar, que si queremos obtener algún método para lograr alcanzar un objetivo (en este caso el método para demostrar que una teoría puede sustentar a otra teoría, verbigracia; de la «respuesta correcta» a la de la justicia procesal imperfecta), entonces necesitamos contar, primeramente, con un proceso o método, que nos permita comunicar ese deseo de obtener un objetivo.

Dado que resulta valiosísimo como estructura de construcción metodológica, que una idea sea comunicada por alguien a otro, debemos, por ende, tener una sistematización de esa estructura; y esa estructura como medio, es simplemente la «comunicación». Así, debemos entonces, referirnos al proceso llamado comunicación, como lo señalé, como el medio idóneo para apoyar a la lógica, para alcanzar ese objetivo.

La comunicación es un acto complejo, en el cual están involucradas por lo menos dos personas; el sujeto activo (el hablante) que emite un mensaje para lo cual usa una fórmula lingüística, y el sujeto pasivo, receptor o destinatario del mensaje (18). En el caso hipotético, hablamos de la relación entre quien emite una ley, y, entre quien la recibe. Para la existencia de una comunicación son esencialmente puntos importantes para la lógica; tanto la emisión del mensaje por parte del hablante, como su recepción por parte del destinatario (19). Desde el punto de vista formal, la comunicación es una relación entre por lo menos tres elementos: el hablante, el mensaje (es decir el significado de la expresión lingüística usada) y el destinatario.

Se dirá que la comunicación tuvo lugar cuando el hablante ha emitido una expresión lingüística con un significado determinado y el destinatario percibió la expresión (la oyó o la leyó) y pudo captar su significado, que tiene que ser el mismo para los dos sujetos involucrados en la comunicación. Este proceso de comunicación, es pues, importante para quien crea una norma jurídica o ley. Para la aplicación de la lógica, a mi juicio, el legislador debe estar preparado racionalmente, para que el mensaje que está dando al destinatario, a través de la norma, deba ser lingüísticamente claro, sin ambigüedades, sin reticencias. Que le sea al destinatario, lo suficientemente digamos «lógico», para que sea entendido integra y cabalmente. Dicho de otra manera, que el mensaje no sea objeto de "combinaciones fortuitas" (20) como dice Rawls, que lo hagan «fracasar» (refiriéndose a la norma injusta).

Entonces es importante emitir un «mensaje» (entendido como norma) racionalmente claro, sustentado evidentemente a través de la logicidad como camino a las respuestas correctas. Por consecuencia, sí podemos abstraer de la recepción del mensaje por parte del destinatario, si como lo he afirmado, que el mensaje descansa en la aplicación racional de la lógica, y no el autoritarismo,

4. La Lógica en los Sistemas Normativos

4.1. De la importancia de los razonamientos deductivos

La dinamicidad de la propia sociedad, dinamiza, por ende, a la propia norma jurídica. Los sistemas normativos, y en particular, los sistemas jurídicos suelen ser dinámicos precisamente en este sentido (21). Esto significa que un sistema jurídico no tiene un contenido «fijo», como ocurre con los sistemas estáticos (por ejemplo, un sistema de geometría: su contenido queda fijado una vez que se fijan sus axiomas y las reglas de inferencia y no está sujeto a cambios ulteriores).

En cambio, en los sistemas dinámicos pueden introducirse nuevas normas al sistema y pueden eliminarse normas que pertenecían al sistema: su contenido es distinto en cada momento temporal. La pertenencia a un sistema dinámico es, por lo tanto, una noción temporal. Por ello, la formulación de las normas jurídicas debe darse en un marco de razonamientos deductivos, es decir que el legislador no debe pensar manera lineal, sino que debe atender a la formulación de los juicios, que permitan racionalmente decidir de manera correcta Cisneros señala qué por razonamiento deductivo, en sentido estricto, consiste en la operación intelectual mediante la cual relacionamos o comparamos dos juicios, para inferir un tercero, que tenga conexión con ellos, de manera genérica (22).

En la metodología científica moderna, considero que la aplicación de la lógica, precisamente para la creación de las normas jurídicas, debe atender de manera importante a la aceptación de los razonamientos deductivos; Pues, resulta claro, que si se crean normas que han sido valoradas y revaloradas en el ámbito de la logicidad aplicada, es decir mediante un método sistematizado, seguramente propiciará que la norma creada, no solo este sustentada "ordenadamente" como dice Rawls (23), sino, como también afirma Cisneros, la norma estará estaría sustentada bajo "la explicación de los juicios o de los silogismos"(24).

De ahí que surja el fenómeno del sistema deductivo. Ahora debemos comprender el concepto del sistema deductivo, entendiéndose por este, todo conjunto de enunciados que contienen sus consecuencias lógicas. Cuando cabe encontrar un subconjunto finito de enunciados (axiomas) tales que todos los demás enunciados del sistema deductivo (teoremas) puedan ser derivados como consecuencias, hablamos de un sistema axiomático.

Diremos que un sistema es normativo cuando entre sus consecuencias hay por lo menos una norma; lo cual implica, que un sistema axiomático normativo, tienen por lo menos un axioma normativo. Decimos "Por lo menos", lo que no excluye que la mayor parte y aun todos los enunciados pertenecientes a un sistema normativo sean normas. De ahí su relevancia y pertenencia en la dimensión de la lógica.

5. Posición epistemológica de la norma en la lógica

5.1. Puntos importantes sobre la conceptualización de la norma como objeto de la aplicación de la lógica

Dentro del abordamiento sobre la teoría de la lógica procesal como problema planteado al principio, quisiera de manera sumaria, hacer algunas precisiones sobre la importancia que tiene la epistemología del concepto de la norma y el sistema normativo, en la tarea que nos ocupa y que considero relevante para concluir el tema. El jurista Gregorio Robles (25), señala que la norma es simplemente la expresión lingüística del deber, o dicho con mayor precisión: es el mismo deber expresado lingüísticamente. Posición a la cual, considero que debemos observar en la praxis de la formulación de normas como respuesta correcta hacia la justicia. Así entonces, pueden describirse las definiciones de la norma, que es aquella que expresa un deber dirigido a determinados sujetos de derecho; la norma de decisión, que está dirigida al órgano imponiéndole el deber de decidir; y la norma de ejecución, que es aquella que expresa el deber del órgano de ejecución y cuyo contenido es el cumplimiento de lo ordenado por la norma de decisión (26).

A mi juicio, se trata de una concepción triatómica, sin la cual no sería factible equilibrar el sentido de las normas cuya finalidad deontológica es imprescindible para el derecho, y en la que imprescindiblemente está presente la lógica. Ello, en razón de que finalmente la norma, ya en su aplicación exógena, es decir ya en cumplimiento real del derecho, debe atender a su sentido final, y este sentido es la búsqueda de la justicia, como resultado del ordenamiento normativo, pero, sin aislarse de la aplicabilidad de los principios de la lógica, que es la esencia que a mi juicio, hace posible encontrar la respuesta correcta en la justicia procesal imperfecta.

Quiero enfatizar así mismo, los conceptos del sistema normativo de Aulis Aarnio, quien establece que el sistema normativo es "un conjunto de enunciados que tienen al menos una consecuencia normativa"(27). Por su parte, los juristas Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, señalan que un sistema es normativo, "cuando entre sus consecuencias hay por lo menos una norma; lo cual implica que un sistema axiomático normativo tiene por lo menos un axioma normativo" (28).

Evidentemente como puede advertirse de las anteriores definiciones, subsiste claramente que todo sistema normativo, debe contener un presupuesto axiomático, la ponderación de la norma es en función de esa premisa. Por ende, es la norma, la que rige, la que regula, que marca la dirección a seguir. la que incuestionablemente normativiza la conducta del individuo, cuya función desde luego es el mantenimiento del orden, ideal fenomenológico del derecho, tesis aceptada, en función de la búsqueda de la respuesta correcta.

5.2. Posiciones acerca de la integración y principios lógicos en el derecho.

Hemos observado durante el desarrollo de este trabajo, lo importante que resulta ser, la comprensión directa del fenómeno de la norma jurídica, como sustento de la dinamicidad en el derecho. Si tenemos la convicción de que las normas jurídicas, obtenidas a través de la formulación de los juicios lógicos que emitan los legisladores en la búsqueda de la justicia correcta, tienden precisamente a este objetivo, entonces, debemos ser cautos en la formulación de esos juicios lógicos. Debemos por un lado, comprender que es necesario aplicar la sistematicidad en el derecho por medio de la observación de la lógica. En la lógica como lo asevera Ulrich Klug, se formulan reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier ciencia, y proporciona al mismo tiempo todo lo necesario para formular con exactitud esas reglas (29).

Luego entonces, contrario a lo que piensa John Rawls (30) si es factible encontrar un método que permita encontrar la posibilidad de hacer normas jurídicas que conduzcan al resultado correcto, y por ende anular a lo que Rawls ha llamado "la justicia procesal imperfecta"(31). Si tomamos en serio la tesis de Klug, resulta claro que Rawls, puede olvidarse de su teoría y admitir que la teoría de la respuesta correcta (32) de Ronald Dworkin (la teoría de Dworkin, como ya se dijo, se sustenta esencialmente en la actividad legislativa como imperio de la ley, y señala que el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta, es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta), es precisamente la respuesta a su ahora imperfecta teoría.

Pero lo más importante, no es tanto que subsista la teoría de Dworkin sobre el planteamiento del problema, o más bien dicho sobre la teoría de la justicia procesal imperfecta; sino que es fundamental que se le otorgue el enfoque lógico a esa respuesta correcta, tal y como lo afirma Cisneros, al mencionar que “. Nos adherimos a la tesis de considerar al derecho como un orden constituido por normas que integran el sistema científico normativo llamado derecho. En razón suficiente a lo anteriormente expresado, se crea la tesis de la respuesta única, derivada de la interpretación e integración lógica del derecho (33).

Cisneros, es categórico en sostener la posición importante de la aplicación de la lógica en el derecho. Esta postura, me parece que ineludiblemente debe aceptarse. No concibo, ni me imagino tan siquiera, tratar de entender o comprender que pueda crearse derecho, sin contar con los principios y reglas de la lógica (los juicios, silogismos, argumentos lógicos, etc.), muchos menos entonces, puede alcanzarse la justicia, si no tenemos normas basadas en la lógica. Considero por tanto, que no existe la justicia procesal imperfecta, lo que existe es una justicia sin lógica.

6. El Razonamiento Lógico-Sistemático en el Derecho.

6.1. Dimensión del razonamiento correcto.

Mucho se ha hablado, acerca de que la interpretación lógica es aquella que atiende al sentido racional de la Ley. Esta posición me parece interesante, fundamentalmente en razón de que la ley, necesariamente debe tener un sentido racional, y este sentido racional, es precisamente aquél que se sostiene bajo las premisas de la lógica.

Decíamos que no podemos concebir una norma sin logicidad, porque entonces estaríamos ante la presencia de una norma irracional, y por ende, injusta, como lo sostiene la teoría rawlsiana, aunque ésta no señala que el motivo lo sea la irracionalidad al momento de crear la norma. Por ello, en mi consideración estimo que la logicidad en la interpretación, es la esencia, el modo de ser de la interpretación, y este esquema debe darse en el marco de la sistematicidad de los principios de la lógica.

La lógica nos enseña las reglas que deben seguirse para elaborar razonamientos correctos, y nos demuestra cómo debemos construir un razonamiento sistemáticamente. En otras palabras, la lógica, trata las leyes del razonamiento correcto y nos indica cómo llegar a una «correcta conclusión (34).

Esta conclusión, se infiere naturalmente de la observación de los principios y reglas de la lógica por lo que en atención a ello, entonces las normas jurídicas creadas por el legislador, resultarían evidentemente en la totalidad de los casos conclutoriamente correctas. Pero, ¿por qué no ha sido así? ¿por qué Rawls, se empeña en sostener que la injusticia no surge de una falla humana, sino de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas? (35).

Estas posiciones a mi juicio, no solo se apartan de la ausencia de logicidad, sino que además Rawls, no ha entendido que ciertamente la injusticia si surge de la falla humana, contrario a lo que él piensa. Y surge de la falla humana, simplemente porque, como se ha reiterado, el legislador no ha tocado correctamente las fibras de la lógica en su posicionamiento sobre la creación de las normas, no ha hecho uso de las formas de racionalidad para su interpretación lógica, de tal suerte que se deduzca la respuesta correcta a la justicia.

El legislador, no ha entendido que los pensamientos desde el punto de vista de la lógica, como lo son el concepto, los juicios y el razonamiento, (36) deben tratarse de modo sistemático en la creación del derecho, de la norma misma, para que ésta pueda ser entendida claramente, y tener por ende, la respuesta correcta en la justicia.

Como puede verse, entonces si es viable que la teoría de la justicia procesal imperfecta, se sustente en la teoría de la respuesta correcta, esencialmente cuando de por sí, en la respuesta correcta, esta inherente la concepción de la aplicación de la lógica, la que permite responder a cualquier planteamiento, y generar consecuentemente una respuesta correcta, como reiteradamente se ha dicho.

7. La respuesta correcta en la justicia procesal imperfecta.

7.1. Ámbito de injerencia de la lógica en los criterios independientes de la teoría rawlsiana.

El juicio como pensamiento, afirma Ghirardi (37) tiene por objeto expresar la verdad de las cosas (entre ellas, la congruencia, la correspondencia entre la mente y la cosa), es decir, debe existir una pertenencia o conexión entre ambas. En el ámbito de la injerencia de la lógica en los criterios independientes a que se refiere Rawls, (38) en su teoría de la justicia procesal imperfecta, tenemos que los juicios lógicos constituyen la parte fundamental para destacar que la teoría de la justicia procesal imperfecta de Rawls no tiene sustento científico.

Y que, por otro lado, la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en cambio, si tiene la base de la logicidad para ser, precisamente, el procedimiento factible que conduzca al resultado correcto, que afirma Rawls, no existe en su teoría de la justicia procesal imperfecta (39). Los juicios en el derecho, expresados en las proposiciones, asumen generalmente una forma prescriptiva. Se dice también en general, que dichos juicios son normativos. En éstos se halla presente un factor proposicional deóntico, formulado con la expresión debe ser, «debe hacer», «puede ser», «puede hacer», «está permitido», «está prohibido», etcétera (40).

Por lo que, si asumimos que la norma jurídica siempre es una proposición normativa, entonces, lógicamente, las normas que estén identificadas con éstas características formales, seguramente tendrán una dinamicidad lógica, que les permitirá encontrar las respuestas correctas, toda vez que al aplicarles los principios y reglas de la lógica, tendrán en ellas, la pertenencia, congruencia y correspondencia entre la mente y el objetivo trazado, con la única finalidad de que en el caso concreto, la justicia sea basada en el ámbito de la razón y la racionalidad.

Esta simbiosis, es la que respalda que una norma bien ordenada, (es decir, razonada por la lógica), puede entonces ser, una norma justa, y, si es justa, por ende, podrá decidir un caso concreto en justicia, de tal modo que los criterios independientes a que se refiere John Rawls (los procedimientos procesales) (41). Se sustenten en que la norma aplicable al caso concreto sea la racionalmente correcta y esto, genere por consecuencia una respuesta correcta en una justicia justa.

8. Consideraciones Finales.

Del análisis que hemos desarrollado podemos decir que las posiciones Metodológicas vistas en el párrafo anterior; prácticamente desvanecen el «raseo característico» de la justicia procesal imperfecta de que habla Rawls, (42) contradicción a su teoría, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto (los procedimientos) como ya dijimos, también existe un criterio independiente factible que si conduce con seguridad al resultado correcto, que lo es precisamente la teoría Dworkiniana de la respuesta correcta (43), obviamente sustentada a virtud de la aplicación de la lógica, en la que las normas jurídicas, deben ser creadas mediante la sistematización de la lógica en su estructura ordinativa, y aún después de creadas, aplicadas al caso concreto de modo lógico.

Sobre este último punto en particular, comparto totalmente la tesis de Cisneros en el sentido de que todos los juicios procesales, se inscriben en el contenido de la lógica (44). Me parece interesante la posición del jurista mexicano, cuando categóricamente sostiene que "siendo el horizonte de la lógica la verdad, y el fin inmediato del proceso jurídico la verdad, es entendible el papel de la lógica en la etapa procesal" (45). Y ciertamente es así, aunque existen pensadores como Rawls, que no han entendido que no entienden el papel de la lógica en la jurídica, y esencialmente en el campo del derecho procesal.

Mi punto de vista es que la justicia, no solo debe estar basada en el lenguaje y el derecho, sino primordialmente también en la lógica. Sobre esta apreciación Cisneros señala que "la elaboración científica de la norma, como concepto lógico, cruza por el camino de las leyes y principios de la lógica. La presentación de una demanda judicial y la sentencia correspondiente se insertan en el campo de una parte de la filosofía. Los razonamientos, argumentación e interpretación de la norma sujeta a un caso concreto, se encuentran gobernados por la lógica" (46). Lo anterior nos confirma claramente una vez más, que Rawls se alejó de la lógica en su teoría de la justicia procesal imperfecta.

Finalmente, quisiera hacer algunas reflexiones sobre el tema la lógica de la integralidad del Derecho, abordado por Cisneros en su obra de "Lógica Jurídica" (47) del cual considero tiene pertenencia con el trabajo de investigación que he desarrollado. Principalmente porque a propósito de la creación de las normas Cisneros hace el serio cuestionamiento siguiente ¿están elaboradas las leyes de manera clara, coherente, sistemática, sin fisuras en todo el orden jurídico de una nación, que permitan su aplicación de manera correcta? En lo personal, contestaría al jurista Cisneros que no. Lamentablemente en México, todavía no tenemos una cultura de la sistematicidad; no tenemos una cultura, ya no jurídica, sino una cultura de la lógica legislativa y procesal que nos permita hacer justa, la justicia.

8.1. Conceptualización de la teoría de la lógica procesal.

Quienes sostienen dramáticamente que las leyes forman un sistema defectuoso, tal vez tengan razón, parcial, no absolutamente. Según Rawls, éste afirma en su teoría de la justicia, que aunque las leyes estén ordenadas, "si son injustas tendrán que ser rechazadas o abolidas" (48). Pero, como lo afirmábamos anteriormente en este trabajo, si la norma fracasa, no es porque sea «injusta», sino porque «no fue ordenada racional y sistemáticamente de manera correcta», es decir, el legislador, se desatendió de la aplicación de los principios de la lógica, actuando de modo arbitrario.

De no apartarse de los principios de la lógica, el hacedor de las normas encontraría la respuesta correcta. Entonces difícilmente habría falla en la naturaleza procesal, y por ende, el problema de la justicia, no sería un problema de la lógica, por haberse aplicado ésta.

De tal manera que no puede haber una justicia procesal imperfecta, como lo sostiene Rawls. Por eso, he querido humildemente denominar a la aportación de éste trabajo, con el nombre de teoría de la lógica procesal, definiendo su conceptualización como la utilización estructural de los principios de la lógica al crear las normas procesales, que impacten a su vez al aplicarlas al caso concreto; entendida como respuesta correcta (racionalmente formulada) y no como imperativo.

Luego entonces, no debemos, ni podemos dejar al juzgador en un estado absolutista de crear derecho para hacer justicia. Esta última, es una concepción que debe tener pertenencia con el hacedor de las normas, de tal manera que debe hacer su papel cabal e íntegramente; y responder social, jurídica e históricamente frente a la sociedad. Por eso, es muy importante la afirmación propositiva de Cisneros que establece el ánimo de "sistematizar los conceptos lógicos aplicados al derecho, para el encuentro de la única respuesta correcta"(49). Tesis que debe prevalecer, a mi juicio, en la dimensión del Derecho como una verdadera doctrina y que sirva para el desarrollo de la científicidad del campo jurídico.

Bibliografía

Aarnio Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ed. Fontamara, México. 2002.

Alchourrón Carlos y Eugenio Bulygin, Sobre la existencia de las normas. Editorial Fontamara, México, 1997.

Bobbio Norberto, El problema del positivismo jurídico. Ed. Fontamara, México, 2001.

Bobbio Norberto, Teoría general del derecho. Editorial Temis, Colombia, 1998.

Dworkin, Ronald. El Imperio de la justicia. Editorial. Gedisa, España, 1992.

Cisneros Farías, Germán. Lógica jurídica. Editorial Porra, México, 2003.

Ghirardi Olsen A. Lecciones de lógica del derecho. Córdoba. Argentina, 1982.

Kalinowski Georges, Yatil une logique juridique, en logique et analyse, 1959.

Kelsen Hans, Teoría pura del derecho, Editorial Porra, México, 2000.

Klug Ulrich, Lógica jurídica. Editorial Temis, Colombia, 1992.

Perelman Ch. Logique juridique (nouvelle rhétorique). Dalloz. Paris. 1976,

Rawls John, Teoría de la justicia. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

Robles Gregorio. Teoría del derecho y conceptos dogmáticos. UNAM. México, 1987.

Notas de nie

1. RAWLS, JOHN. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica, México.2002, p.17.
2. Ibídem, p.20.
3. Ibidem, p.62.
4. CISNEROS F, GERMAN. Lógica Jurídica, Ed. Porrúa, México, 2002, int.
- 5 Idem.
- 6 RAWLS, JOHN, Op. cit. p 90.
7. Idem.
8. Idem.
9. Idem.
10. PERELMAN, CH. Logique Juridique (nomelle rhetoriqué). Dalloz, Paris, 1976.
11. KALINOWSKI GORGES, Yatil ame logique et analyse. 1976.
12. GHIRARDI OLSEN, A. Lecciones de Lógica del Derecho, Córdoba, Argentina 1982.
13. Ibidem. pp. 12-13.
14. Idem.
15. Idem.
16. BOBBIO, NORBERTO. Teoria general del Derecho, Editorial Temis. Colombia, 1998, p. I.
17. Ibidem. p. 15
18. ALCHOURRON CARLOS Y BULYGIN EUGENIO, Sobre la existencia de las Normas Jurídicas. ed. Fontamara, México, 1997. p. 17.
19. Ibidem. p. 19.
- 20 RAWLS, JOHN, Loc. Cit.
- 21 KELSEN, HANS. Teoría pura del Derecho, Ed. Porra, México, 2000, p 130.
22. CISNEROS F., GERMAN. Op., cit., p 70.
23. RAWLS JOHN, Loc, cit.
24. CISNEROS F., GERMAN, Op, cit., p. 69.
- 25 ROBLES GREGORIO, Teoria del Derecho y Conceptos Dogmáticos. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987. p. 69.
- 26 Ibidem. p. 71-72.
- 27 AAMIO AULIS. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Editorial Fontamara, México, 2000, p. 105
- 28 ALCHOURRON CARLOS Y BULYGIN EUGENIO, Óp. cit. 61.
29. KLUG, ULRICH, Lógica Jurídica, Ed. Themis, Colombia, 1998, p.1.
30. RAWLS, JOHN, Loc, cit.
31. Idem.
32. DWORKIN, RONALD. El imperio de la Justicia, Ed. Gedisa, España, 1992. p.12.
33. CISNEROS F., GERMAN, Op. cit., p. 126.
34. GHIRARDI, OLSEN A. Lecciones del Derecho, C. Argentina, 1982. p. 17.
35. RAWLS, JOHN, Loc. cit.
36. GHIRARDI, OLSEN A., Op. cit., P. 18.
37. Ibidem. p. 28.
38. RAWLS, JOHN, Loc. cit.
39. Idem.
40. GHIRARDI, OLSEN A., Op. cit. p. 20.
41. RAWLS, JOHN, Loc. cit.
42. Idem.
43. DWORKIN, RONALD, Op. cit. 12.
44. CISNEROS F. GERMAN, Op. cit. p. 12.
45. Ibidem, p. 1.
46. Ibidem. pp. 12-13.
47. Ibidem. P. 123.
48. RAWLS, JOHN. Op. cit. p. 2
49. CISNEROS F. GERMÁN, Op. cit., p. XII int.

“Los Nuevos Retos de la Victimología en el Sistema Penal Mexicano”

Mtra. Dominga Balderas Martínez



Resumen

SUMARIO: I. Introducción. II. La Victimología en el Derecho. III. Hans Von Hentig, Benjamín Mendelshon y la victimidad. III.1. La clasificación de las víctimas de Mendelshon. III.2 La recurrente victimización de las víctimas. III.3. Las niñas, niños y adolescentes como víctimas. IV. El victimario como víctima. V. La víctima-ofensor en el proceso de mediación y conciliación penal. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Hemos visto con suma importancia una diversidad de temas que trascienden y que desde luego tienen pertinencia con la institucionalización y sistematicidad de la prevención del delito, por supuesto con una percepción hacia lo normativo con rumbo a la seguridad, entendida como un derecho que incide hacia el ámbito de reconocer su juridicidad en el contexto constitucional. Creemos que la justicia - aquélla a la que aspiramos todos - esa que genera el respeto al otro y que nos invita a dar a cada uno lo suyo, tiene su base esencial en valor propio de cada ser humano. Bajo esta tesis ahondaremos sobre un tema por demás interesante, diríamos necesario para la construcción de la institucionalización de la prevención del delito ello en razón de que los “Derechos Humanos” forman parte integral de la persona humana precisamente como un derecho natural inherente a su existencia misma. Así, por ejemplo, mencionaríamos el contexto aspiracional del ser humano que es el “derecho a la vida” y así en consecuencia tendríamos otros más vinculados de manera directa como “el derecho a vivir feliz”, “el derecho a vivir en paz”, preguntamos ¿cómo se vive feliz?, ¿cómo se vive en paz?

La paz interior y exterior, es un derecho natural nato que adquiere la persona en libertad. Luego entonces, nadie tiene derecho a coartar nuestra existencia feliz y nuestra paz, nadie - excepto cuando rompemos nosotros con este derecho, consciente o involuntariamente - por ejemplo, cuando cometemos un delito intencional o bien cuando defendemos un derecho, por eso nuestro prójimo - conforme al Estado de Derecho - debe respetar nuestra vida, nuestra intimidad, nuestras propiedades, nuestras posesiones, incluyendo por supuesto nuestro derecho a la tranquilidad en familia. En el pensamiento de la institucionalización y sistematicidad de la prevención de delito, se busca esencialmente que no existan víctimas y para que suceda esto se debe reducir el delito, conforme a un proceso normativo jurídico sistémico respaldado en la norma fundante básica, pero aún más, establecer que la prevención del delito constituido bajo un régimen serio y eficaz bien cimentado racionalmente orientaría a una mejor cooperación social y por consecuencia a un mejor Estado de Bienestar. En este contexto, consideramos necesario que en las reformas constitucionales y procesales en materia de Derechos Humanos simplemente se aborden en un proceso sistemático de una verdadera defensa y protección de los derechos de las víctimas. Que la defensa de las víctimas en el contexto penal esencialmente, sea integral y no con aislamientos burocráticos como sucede en todos los niveles de gobierno.

Es decir, que a las víctimas no se les “victimice nuevamente” o como dicen otros “el derecho a la no repetición”, sea por el delincuente o sea - en el peor de los casos - por quienes ejercen la autoridad pública o el poder público del Estado. ¡Exigimos que las víctimas sean verdaderamente respetadas en su integridad! y no solo expuestas ante un mediatismo simulado o manipulado. Que no se hagan cortinas de humo por las autoridades para cubrir la irresponsabilidad en que incurren los servidores públicos y además que se haga una auténtica capacitación de la defensa de los derechos de las víctimas, de capacitar para servir y proteger en todos y cada uno de los servidores públicos en el país encargados esencialmente de este tema. Debe por ende, desarrollarse una acción holística realmente incluyente, actuante y no solo política. Estado de acuerdo al derecho vigente ya cuenta y se tienen las bases, fundamentos, protocolos y normas de carácter internacional, regional y local para su realización. Esto es un reto.

II. La victimología en el Derecho

El derecho es un ordenador social en la conducta de los hombres. Los hombres se deben moral y socialmente al Derecho y por ende, no escapan de las sanciones que impone éste cuando se vulneran las normas jurídicas que de él emanan.

En consecuencia, se establecen los procedimientos procesales adecuados para el fin de la sanción. Sin embargo, ¿por qué una persona es víctima del delincuente?, ¿Qué pasa con quien recibe el acto contrario a la ley penal?, ¿cuál es el destino del sujeto victimado? Desde luego que la víctima, - a nuestro juicio - constituye sin duda alguna el último filtro de lo que Marchiori ha llamado a la conducta delictual "la liberación de las tensiones". Es la víctima, la persona quien finalmente recibe el daño físico, psíquico o patrimonial, de manera directa e inmediata del victimario o delincuente, amén de que otras personas cercanas a la víctima directa también resultan afectadas por el efecto del delito o la conducta delictual.

En la historia del hombre, abandonado el paraíso terrenal aparece el crimen. Caín derrama por vez primera sangre, la de su hermano. Desde entonces el crimen no ha cesado. En párrafos del antiguo testamento, mitologías, leyendas, interpretaciones exegéticas, códigos, leyes, hallamos abrumadora reseña y también severísima represión del delito. Si el mundo hubiese mejorado, dice Elías Neuman (1), el decálogo de Moisés tendría nueve u ocho mandamientos. Contrariamente, se han puesto en vigencia hasta la fecha, miles y miles de leyes en el mundo para adjetivarlo y así reglar la conducta de los hombres. Los resultados están a la vista. El hombre - establece Neuman - no se intimida ni disuade y los rebrotes delictivos son cada vez de mayor violencia. Sobre este punto en particular, seguramente Neuman se refiere a los delitos de afectación directa a la integridad física de las personas y desde luego a sus bienes. De la rugosa mano de una herencia psicológica inconsciente llega el delito a nuestros días, a nuestras actitudes y actividades habituales, a nuestro pensamiento, a los actos fallidos que emitimos y que lo proclaman. En gran parte de religiones politeístas, en ritos indígenas de sociedades primitivas y aun de otras más avanzadas, como también en religiones monoteístas, existe una búsqueda inconsciente de regreso al paraíso, a la sensación arcaica de natural placidez. Ello reside en el fondo del inconsciente del hombre. Huir de las tentaciones. No delinquir. Pero, en vano. En el terreno político - señala Neuman - habrá siempre conductores y líderes que lograrán temporales éxitos, con sólo afirmar, aunque deriven en sistemas teocráticos y dictatoriales que hay algo puro en que creer, algo que desarraigue el delito y funde una nueva moral (2).

La afirmación anterior que hace Neuman, nos parece muy interesante nosotros sostenemos invariablemente dos cosas, primero; que la prevención del delito no debe ser un programa aislado y temporal de gobierno, y segundo; que la prevención del delito debe ser visto como un asunto de Estado. En efecto, la sociedad debe tener un verdadero sistema normativo jurídico que se valide con la eficacia de los resultados, pero estos resultados deben tener un sentido continuo, sistémico e institucional. El sistema debe impedir el arraigo del delito, debe proponerse a reducirlo sistémicamente y lograr la erradicación de algunos de ellos, como en los insertos en la protección de la familia. No basta - como dice Neuman - que los líderes o gobernantes tengan éxitos temporales o aislados, sino que deben ser secuenciales. Afirmamos categóricamente, que no es suficiente que se elimine por ejemplo a una organización de narcotraficantes, porque este problema es cíclico, es decir se termina con una y prevalece otra más, lo comparamos con el monstruo mitológico griego "medusa", aquél al que se le cortaba una cabeza y le salían dos. Pensamos entonces que la eficacia debe ser sistémica (desde los orígenes o causas) y no temporal amén de erradicar la corrupción.

Somos un país democrático y moderno, pero que en prevención del delito dista mucho de mejorar. Por eso sostenemos que en muchas veces el crimen llega "desde arriba" por el abuso de poder. El pueblo está infundido por el temor a la represión opresora que a todos alcanza. El oprimido se ve compelido al silencio cómplice, a la convalidación y encubrimiento de ciertos actos. Es posible que de victimizado pase a su vez a victimario, sea por cuidar su vida, patrimonio, salvar la moral o su apariencia. Investigar pues los procesos dinámicos del delito nos llevan a la comprensión de que se trata de un fenómeno holístico en razón de lo psicológico, social y político, que abarca a todas y cada una de las clases sociales.

Es claro que tras el hecho criminoso se perfila los actos y tras éste, su capacidad de obrar. Obviamente una cosa es el delincuente desde el plano óntico y técnico-jurídico como sujeto activo del delito y otra, su composición humana que piensa, siente y es pasible de motivaciones racionales e irracionales, afecciones y defecciones y el todo inmerso en sus creencias y su marco social y cultural que casi siempre lo determina.

Es con Ferri y con Garófalo que la escuela positiva italiana acrecienta el estudio del delincuente, de las causas del delito, de los tratamientos más adecuados. El hombre pasó a ser pulpa y epicentro de toda investigación penal (3). Lombroso y sus seguidores vendrán a decir en esencia que el delincuente y el ser humano objeto de investigación, forman parte indisoluble del plano penal. En la naturaleza del delito está la naturaleza del delincuente y la descripción del marco social de pertenencia. La escuela positiva no se lo propuso directamente, pero signó al crimen como una expresión de psicopatía social. Como una enfermedad social con etiología que concernía tanto al hombre en sí como al contexto social y esa anormalidad había que combatirla más allá de las propias leyes.

El delito, - entretanto dice Neuman - no es un hecho normal que se da consecuentemente en la sociedad. La criminología vendrá a expresar que tal como se lo advierte, es exactamente lo contrario. Sólo tiene constancia en el tiempo, cual una enfermedad comunitaria que es preciso prevenir y combatir con elementos idóneos y para ello será necesario conocer y sopesar agregaríamos hoy la ideología político-social en donde se desarrolla. La victimología agregará a ese estudio el rol de la víctima (4). A lo anterior es menester que también se deba conocer en fondo a la naturaleza de la víctima, porque ello presupone entender las razones de origen que dieron lugar a su victimización, esencialmente en aquellos delitos que atentan contra la familia. En este punto de reflexión, sabemos que las víctimas en muchas ocasiones "llaman" a ser victimizadas, dadas las razones y circunstancias que ajenas a su voluntad, aprovechan los delincuentes para victimizar.

Los códigos penales se ven influidos por el actuar del hombre. De ahí que pongan límites a su capacidad a las formas de su obrar y omitir actos, las excusas absolutorias de ese obrar, el laberinto, en fin, entre pena y culpabilidad, imputabilidad y su contrario, etc. Se trata de calibrar y frecuentar las formas que pueden asumir las distintas conductas. Los criminólogos a su vez, pretenden establecer las condiciones del estudio interdisciplinario a favor de nuevas técnicas y hallazgos científicos, concernientes al conocimiento del drama penal, sus actores, factores predisponentes de la sociedad posindustrial en sí, sin dejar de lado los datos estadísticos. Entre penalistas y criminólogos se suelen producir tempestuosas controversias, aunque en ciertos cenáculos están comenzando a convivir. Mientras ello ocurre, para enriquecer el ámbito de estudio aparece la victimología con su proposición sobre la víctima.

Intentar observar el nudo gordiano de la maraña delictual desde la óptica y perspectiva de la víctima, siempre en relación con el victimario. La victimología es el estudio científico de las víctimas del delito, establece Neuman (5). Si bien este concepto se ve influido actualmente por otro mucho más amplio que alude a toda víctima social que hará evolucionar el campo nosológico de esta disciplina, vale señalar que la víctima puede constituirse en el factor desencadenante en la etiología del crimen y asumir, en ciertos hechos y circunstancias un rol de acompañamiento que integra al delito.

Es preciso visualizarla dejando de lado el preconceito de su "inocencia" sostenido a ultranza. El sujeto pasivo: muerto, vencido, humillado, patrimonial, física o moralmente, no es siempre, ni mucho menos sinónimo de inocencia (6). Por su parte Rodríguez Manzanera (7), señala que, para él, la victimología, también es el estudio científico de la víctima, entendiendo por "víctima", a todo aquél, que sufre un daño por acción, u omisión propia o ajena, o por causa fortuita.

Los discursos de Neuman y Manzanera, nos parecen muy eclécticos, sin embargo, en lo particular, - como ya lo hemos sostenido anteriormente - pensamos que para dar una idea más explícita del concepto, deben incluirse los elementos del daño psíquico, físico o patrimonial del sujeto quién recibe ese daño, y por supuesto, que "víctimas", también son de modo directo o indirecto, quienes rodean sentimental y emocionalmente al agredido (la familia, los compañeros, los amigos, los jefes, etcétera), consideramos además, que en muchos delitos cometidos, también se lastima a la sociedad, como por ejemplo en los delitos de homicidios seguidos de robo, de secuestro y de violación.

Por lo anterior, surge una cuestión ¿el porqué de la elección efectuada por el agresor sobre determinada víctima? Habrá que recordar, empero, a manera de ejemplo, que cuando la chita o el tigre amenaza a un ciervo, son varios los que se sienten víctimas y corren apareados como atraídos por el instinto de muerte. Sin embargo, el elegido ya estaba determinado en la mente del ejecutor. ¿Hay factores inherentes a la víctima que influyen en la elección o es mera casualidad?

¿Por qué todos los seres humanos no tienen la misma “capacidad” para ser víctimas? ¿Existen víctimas predispuestas? Es indiscutible - dice Neuman - que hay razones personales las más de las veces o en amalgama con otras de tipo familiar o social, que posibilitan hablar de víctimas predispuestas, atraídas, destinadas (8).

Lo que aspira la victimología - nos refiere Neuman - es a visualizar que en la determinación delictiva en que siempre hay víctimas, es preciso perseguir y estudiar sus rasgos, características, comportamiento y conducta para relacionarlos directamente con el obrar delictuoso. Un estudio de la criminogénesis no puede ser relevante y serio si no se tiene en cuenta el papel jugado por la víctima y en qué medida ella ha contribuido, consciente o inconscientemente, al acto. Equivale a que en múltiples casos habrá que estudiar ese correlato, esa conexidad concurrente para integrar debidamente el hecho que denominamos delictual (9). De modo que, así como en criminología se habla del estudio físico, psíquico y social del delincuente, también habrá que estudiar, en principio, similares aspectos del ofendido y ver entonces el desenvolvimiento del suceso delictual como un todo.

Por eso se ha dicho que la victimología es una suerte de la criminología, pero al revés de la víctima. Lo anterior, sin lugar a duda, despierta un enorme interés para la prevención del delito. En efecto, pensamos que es necesario para establecer métodos apropiados para los programas de prevención institucionalizados y sistematizados, el hecho de estudiar los aspectos personales tanto del delincuente, como de la víctima. Esto, contribuirá a que los expertos estructuren de manera metodológica, las estrategias, sobre todo en el ámbito de la violencia familiar, en razón de tratarse de personas inmersas o involucradas de manera directa en los hechos; los padres, los hijos, los tíos, los abuelos, etcétera. Esta interacción reflejada en los delitos convencionales, que son los que se tienen a la mano, por ejemplo, los de la violencia familiar, permite comprender los factores dinámicos que entrelazan las predilecciones del delincuente y las anuencias tácitas y explícitas del sujeto pasivo y aun la provocación y la persecución victimal.

III. Hans Von Hentig, Benjamín Mendelshon y la “victimidad”

La relevancia adquirida por la figura de la víctima integrando activamente el mecanismo de interacción con el delincuente, se debió a la preocupación de diversos estudiosos que avizoraron su fuerza y correlación criminógena. Hans Von Hentig, que había inmigrado a los Estados Unidos, publica en 1948 en la Universidad de Yale el estudio: “The criminal and his victims”, donde esboza una clasificación de la víctima que posteriormente subrayará en un estudio sobre la estafa. El sujeto pasivo es estudiado insertándose en la conducta del victimario como una suerte de figura de contradanza, pero a la vez capaz de engendrar el delito o reforzar las apetencias del delincuente.

Señala Von Hentig que “el individuo débil en el reino animal y entre hombres es aquel que posiblemente será la víctima de un ataque”. Algunos, como los menores y los ancianos, son débiles de cuerpo, algunos pertenecen al sexo débil, otros son débiles de espíritu. En principio, otorga relieve a la víctima por su juventud, sexo, edad y también por las deficiencias mentales. Luego las engloba en ciertos grupos que no clasifica de una manera precisa y considera que coadyuvan al delito, con lo que se constituyen en elementos causales. Habla de víctimas deprimidas, adquisitivas, desenfrenadas y libertinas, solitarias, acongojadas, atormentadas, bloqueadas, luchadoras, etc. (10). La clasificación es sumamente amplia, como punto decisivo para la acción del delincuente. El vocablo “victimología” fue acuñado por el israelí Benjamín Mendelshon. El pensamiento de Mendelshon va mucho más allá que el del criminólogo alemán Hans. El investigador israelí define a la victimología como “la ciencia sobre víctimas y victimidad”. Y explica: “Entendemos el término “victimidad” como un concepto general, un fenómeno específico común que caracteriza todas las categorías de víctimas cual quiera que sea la causa de su situación. Y agrega seguidamente: Si limitamos la victimología únicamente a un factor el delictivo la denominación “victimología”, o sea, la ciencia sobre las víctimas, ya no corresponderá al concepto de víctimas en general. (11).

Señala el investigador israelí, que el objetivo fundamental de la disciplina es lograr que haya menos víctimas en todos los sectores de la sociedad, siempre, claro está, que la sociedad esté honestamente interesada en el problema. Ya que el hombre constituye parte de la naturaleza integrada en la constitución de la sociedad, la menor cantidad de víctimas significa menor costo social, menos pérdidas y una mayor energía capaz de asegurar la existencia armónica del ser humano.

Las víctimas, como los sumergidos y subculturizados sociales - sostiene Neuman - tienen como base equivalentes regímenes dictatoriales o, al menos, no democráticos que detenta el 80% de los países integrantes de la O.N.U., donde se han violado normas jurídicas, alteradas pautas de convivencia y perfeccionado delitos contra la comunidad (12). No sé, entre tanto, - dice Neuman - cómo podría obviar los roces con otras ciencias, la medicina, por ejemplo, que recluta víctimas diariamente (13). Resulta seductora - establece Neuman - la idea de una ciencia de las víctimas para la prevención, en esta sociedad post-industrial y cibernética, donde cada vez parece más evidente la existencia de víctimas como producto de los sistemas político-sociales y la irracional violencia opresiva ejercida tanto desde el poder. Cada vez que mencione el término "victimidad" lo opongo al de "criminalidad", - menciona Neuman - en un deseo de abrazar la realidad práctica y circundante, aunque sin negar la proyección de la materia abordada. Cabe recordar - finaliza Neuman - en tal sentido, que, pese al desenvolvimiento teórico exitoso de la victimología en estos últimos años, no existe en ningún país del mundo un tratamiento sistemático, legal y social de toda víctima o tan siquiera de los derechos de las víctimas del delito o de ciertos delitos.

Neuman, tiene razón. Ni el medio oriente, ni en el occidente, ni en los países avanzados, ni subdesarrollados, se cuenta con un sistema legal y social que verdaderamente no solo proteja a las víctimas de los delitos, sino que funcione como eficaz control en la prevención de los delitos. Hagamos las siguientes reflexiones. Los Estados Unidos, por ejemplo, como gran potencia que es en el mundo, destina millones de dólares anuales contra el narcotráfico, y sin embargo, es el país con un enorme consumo de drogas de todos tipos, consumidores que no solo son adultos, sino también niños, pobres y ricos, y de todas las razas. Entonces preguntamos, ¿Qué se hace con el dinero invertido, en que se invierte, que se hace, como se mide la eficacia de esa inversión? Y lo decimos categóricamente, porque los delitos múltiples debido al consumo de droga se siguen dando en dicho país. Igual sucede con México, (que recientemente fue designado el número uno en el consumo de cocaína por la ONU).

El problema aquí, no es la oferta, - no nos hagamos tontos- el problema es conocido por todos, es la demanda misma del producto, y esto, es materia de prevención y punto. Así es como funciona la ineficiencia y la intolerancia de quienes viven en la impunidad y la corrupción delincuencia. Debemos recordar, que además del consumo de droga, el narcotráfico, se asocia con otros delitos, por ejemplo, el tráfico de armas, los homicidios, los secuestros, lavado de dinero, etcétera. Luego entonces, se debe centrar el Estado, no en los operativos exitosos -como ya se ha dicho - sino en el fondo del problema, que es la prevención del delito.

III.1. La clasificación de las víctimas de Mendelshon

Para Mendelshon - establece Neumann - la víctima puede ser tan culpable como el criminal en el hecho delictivo. Esta relación entre criminal y víctima se establece claramente, según advierte, al estudiar motivación y reacción en la "pareja penal", lo que daría lugar a la repartición similar de responsabilidades penales. Dependerá del examen de cada caso concreto la determinación de esta circunstancia.

Mendelshon, - establece - un esquema gráfico de dos polos opuestos, que determina uno con 0 de culpabilidad y el otro con 100. Explica que la víctima que no es responsable criminológica ni penalmente estaría situada en el 0 y el criminal, obviamente, en los 100 grados.

Sostiene que en la relación de la "pareja penal" es común encontrar que la posición del criminal y la víctima no se encuentran en polos opuestos sino en posiciones intermedias (14). Basándose en este tipo de esquemas y según sean las relaciones entre ellos, elabora diversas categorías de víctimas:

1.-La víctima enteramente inocente o víctima ideal

Es la que se suele denominar víctima anónima que nada ha hecho o nada ha aportado para desencadenar la situación criminal por la que se ve damnificada. Es totalmente ajena a la actividad del criminal: el caso de la mujer a la cual el delincuente le arrebató un bolso que lleva consigo. Al delincuente le da lo mismo que sea ella u otra. Le interesa solo el bolso y su contenido.

2.- La víctima es tan culpable como el infractor (víctima voluntaria)

a).- Los que cometen suicidio tirándolo a la suerte.

b).- El suicidio por adhesión.

c).- El caso de eutanasia en aquél a víctima sufre de una enfermedad incurable (o ha tenido un accidente gravísimo aislado de toda posibilidad médica) y no pudiendo soportar los dolores implora que se le ayude a morir. Aduce Mendelshon que en estos casos la víctima es tan o más responsable que el autor. Dependerá de la postura que se adopte respecto del consentimiento de la víctima y si esta ha sido la determinante de la acción y si puede ser (o llegar a ser) causa de la justificación para el autor (15).

3.- La víctima más culpable que el infractor

Para Mendelshon los casos serían los siguientes: La víctima provocadora. Es aquella que por su conducta incita al autor a cometer licitud penal. Este tipo de víctima desarrolla un papel notable en la criminodinamia desde la génesis delictual, ya que tal incitación crea y favorece la explosión previa a la descarga que significa el crimen. El caso más común se da en los homicidios pasionales, sobre todo en las celotipias cuando, por ejemplo, la mujer sabiendo que el marido es extremadamente celoso lo provoca, lo azuza con su conducta inconsciente a punto que produce la descarga que culmina en su muerte. La víctima por imprudencia: Es la que determina el accidente por falta de control. Quien deja el automóvil mal cerrado o con las llaves puestas da la impresión de que estuviera llamando al ladrón.

4.- La víctima más culpable o únicamente culpable

Aquí Mendelshon efectúa una subclasificación: La víctima-infractor. Se trata del sujeto que, cometiendo la infracción, resulta finalmente víctima. Es el caso del culpable de homicidio por legítima defensa. La víctima-simulante. Quien acusa y logra imputar penalmente con el deseo concreto de que la justicia cometa un error. La víctima-imaginaria. Se trata por lo general de individuos con serias psicopatías de carácter y conducta. Es el caso del paranoico reivindicador; querellante; perseguido-perseguidor; interpretativo histérico; mitómano; demente senil; del niño púber (sobre todo las jovencitas). En estos casos no existe la víctima en el sentido exacto del término porque simplemente no ha habido infracción. Sólo sirve para señalar a un autor imaginario ante la justicia penal y habrá que evitar que se cometan errores judiciales contra un inocente. Menciona los casos de la muchacha histérica que induce a error a sus padres y, por ende, a la justicia, ya que éstos denuncian a una persona por violación que resulta detenida y procesada siendo que el delito nunca había ocurrido.

En relación a este último punto - consideramos importante destacar - acerca de los múltiples casos, en los cuales, nos correspondió tener la experiencia de conocer a personas, que, una vez conociendo de las altas sentencias impuestas condenatoriamente a sus familiares (padre, abuelo, hijo, tíos), se retractaban de sus acusaciones, aduciendo que habían denunciado "por coraje", en el caso de las mujeres - por temor a perder a su marido, y en otros casos, jovencitas que denunciaban a su novio por violación, por el hecho de "querer dejarlas por otra". Así mismo se conoció de otras experiencias, en las que mujeres prostitutas, incluso hombres prostitutas, denunciaban por violación a sus clientes "por no pagarles lo convenido". De ahí la idea de Neuman, en el sentido de que no siempre las "víctimas", son víctimas reales o verdaderas. Aquí, lo trascendental, es que nos demos a la tarea seria y responsable, de aquilatar los mejores esfuerzos en materia de prevención del delito, y de tener en cuenta, que los métodos de investigación criminológica, son y deben ser institucionalizados en la ley.

Algunos autores - afirma Neuman - como una suerte de especulación asistemática e hipotética, (16) señalan la existencia de víctimas que tienen una inclinación natural a serlo. Una tendencia de raíces biológicas, tal vez metabólicas, un destino, en fin, que las lleva naturalmente a sufrir reiteradas tropelías y delitos en su contra. Se ha querido avalar con bases estadísticas este tipo de situaciones. Se habla también de familias que tienen una tendencia o predisposición especial a transformarse en víctimas. El ejemplo que le he escuchado al profesor Drapkin - dice Neuman - es el de los Kennedy. Como se recordará, John Kennedy fue asesinado siendo presidente de los Estados Unidos. Lo mismo ocurrió con su hermano Robert, candidato a la presidencia; otro hermano pereció en un accidente de aviación; Edward Kennedy también sufrió en su momento un accidente de aviación y cayó en un barranco en otro accidente automovilístico; a un hijo de Edward debió amputársele una pierna, y a un hijo de Robert se lo acaba de hallar muerto por la ingestión de una sobredosis de droga.

En fin, una cantidad nada común de casos y circunstancias que hace que esta familia pueda ser considerada con una suerte de inclinación genética a la victimización.

El profesor belga - sostiene Neuman - Severin Vérsese, señala: "El ligamen psicológico de la pareja criminal reviste las formas más diversas, desde la provocación directa al delito por parte de la víctima hasta la desconcertante constatación de que existen víctimas predestinadas, que circunstancias particulares parecen impulsar a devenir víctimas por vía de algunos factores psicológicos y sociales"; y agrega seguidamente: "A nosotros nos parece que existen sujetos predispuestos a ser víctimas, como existen sujetos de escasa resistencia que permiten a los microbios invadir fácilmente un terreno favorable predispuesto". (17).

El caso de Cristo, - señala Neuman - dejando de lado dogmas y puestos en la tierra, se le parece en cuanto refleja la incompreensión a un visionario a quien, ni su época ni los jueces de ésta, pudieron, quisieron o supieron entender. Desentrañar el sentido de esa vida y si esa muerte era predeterminada excede los parámetros de la victimología, aunque, con la mira interpretativa actual, puede hablarse con la debida cautela de una víctima coadyuvante por su altiva y reiterada actitud de testimonio ante sus jueces, aun sabiendo que éstos podrían condenarlo a morir, (¿búsqueda inconsciente de su fin?). Y coadyuvante en su sentido poco convencional: busco ser comprendido hasta el último momento. En su actitud se plantea la comprensión y el amor entre los hombres. La de sus jueces es exactamente opuesta en plano a esa comprensión que se les reclama (18).

III.2. La recurrente victimización de las víctimas

Las recurrentes investigaciones de campo amable lector, realizadas por las organizaciones no gubernamentales y del propio Estado Mexicano, señalan que la mayoría de las víctimas no denuncia, porque "no tiene confianza en las autoridades". Este punto, no debe ser obstáculo para la prevención del delito, y particularmente en la violencia familiar. Debe, en nuestra consideración eliminarse los tabúes del gobernado, en el sentido de que "tiene temor en perjudicar al victimario por ser miembro de la familia"; "la pérdida de tiempo"; "que la denuncia, lo perjudica, por ejemplo, en los delitos de violación"; "la víctima, no tiene pruebas"; y uno más, que, en mi concepto, lastima seriamente a la dignificación de la justicia. Esta refiere, que la víctima, no denuncia para no ser "victimizada nuevamente por la policía, los peritos, los fiscales, los jueces".

Esta actitud, a nuestro criterio - bastante deshumanizante - ha generado que adopte una teoría victimal, a la que le hemos llamado, la "teoría de la muerte pequeña". Esta teoría, cuya demostración es por práctica profesional, consiste en que la víctima de algún delito, fundamentalmente en los delitos relacionados con la protección de la familia, "sufren una muerte pequeña", desde el momento mismo que es victimizada, desde el momento mismo que no es apoyada por la familia; desde el momento mismo que no es apoyada por los vecinos, los amigos y los compañeros y sobre todo, desde el momento mismo que no es apoyada por las autoridades, que con independencia de que es maltratada y vejada por el servidor público, se le deja desprotegida esencialmente en lo emocional y moral, y esto no se vale, de ahí que debe subsistir en el esquema deontológico, un reconocimiento jurídico a la "No múltiple victimización de la muerte pequeña".

Luego entonces, debemos atender prioritariamente la prevención del delito en un sentido de norma jurídica, impositiva y sancionable para que se cumplan los fines de la misma. No podemos dejar que las cárceles continúen saturándose peligrosamente, en razón de la falta de prevención del delito (con independencia de las políticas de endurecimiento de las penas), no es posible que en los 541 centros de reclusión penal existentes en nuestra nación, en términos generales la capacidad penitenciaria haya crecido entre el año 2007, y el año 2022, un 66%, siendo que para el mismo período la población privada de la libertad, aumento un 104% (19). Muchos reclusos cometieron delitos contra la familia, asociada con otros delitos graves. Estimamos que es posible reducir la tasa poblacional penitenciaria, sin la prevención del delito resulta eficaz, a partir de su institucionalización sistémica. La violencia familiar y todos aquellos relacionados con la protección de la familia, deben ser objeto de ese proceso sistémico preventivo (20).

III.3. Las niñas, niños y adolescentes como víctimas

Hemos decidido en atención a la vulnerabilidad del ser humano y conforme a sus características sociales y naturaleza intrínseca, arropar este tema trascendental para las instituciones; el no maltrato a menores. No ha sido posible disminuir satisfactoriamente sus niveles de daño a los menores, máxime que es el hogar el espacio en el que se da con mayor frecuencia este maltrato.

El maltrato que niñas, niños y adolescentes reciben, al paso del tiempo se constituye un obstáculo para lograr su desarrollo armónico e integral como personas, pudiendo llegar a repercutir seriamente en su vida adulta, así como favorecer la repetición de estas conductas, ahora como agresores o generadores de violencia o victimizadores. Debido a ello, es importante prevenir que puedan llegar a convertirse en futuros agresores, quienes ahora son las víctimas, a consecuencia de la conducta aprendida de violencia. Es decir, evitar en lo máximo - lo que he llamado - el “posicionamiento cíclico” de la violencia familiar y social.

Como decíamos, la violencia familiar y social constituye una violación a los derechos fundamentales y a la dignidad de las personas, por ende, es un grave problema social que afecta principalmente a mujeres, niños, discapacitados y ancianos. El maltrato, como lo hemos reiterado, no destruye únicamente la vida de quienes lo sufren, también incide gravemente en el progreso y desarrollo de una nación.

En la familia es donde se aprenden los valores morales y sociales, por lo que la violencia de que son víctimas los menores es alarmante, por las graves consecuencias a las que conlleva. Como mencionamos anteriormente, los niños que han sufrido abusos se pueden convertir en la siguiente generación agresora y/o víctima, además de que sufren un trauma inmediato desarrollando problemas de conducta (miedo, depresión, baja autoestima, pérdida de afecto, ansiedad, estrés, etcétera.) El maltrato a menores es, consecuentemente, la principal causa del fracaso escolar y del aumento disocial de los niños en la calle.

El maltrato en la familia es una constante a nivel mundial, por lo que en los organismos internacionales (especialmente la ONU) se viene trabajando para que se reconozcan los derechos fundamentales de las personas; se realizan diferentes convenciones, acuerdos, plataformas y planes regionales sobre la mujer y los niños, además de hacer un seguimiento de los avances obtenidos.

En igual medida, los estados miembros de las Naciones Unidas se comprometen en pro de la lucha por la defensa de los Derechos Humanos, así como en adecuar su derecho interno teniendo como base el derecho internacional; es por ello que la mayoría de los países iberoamericanos, entre otros, realizan trabajos legislativos con la finalidad de erradicar la violencia familiar y social, para crear una sociedad más justa y equitativa en donde todo ser humano, independientemente de su sexo, edad o condición, tenga el mismo derecho a vivir con dignidad y libertad.

La violencia familiar y social, es generada por todas las formas de abuso de poder que se presentan dentro de la familia, afectando profundamente las relaciones interpersonales. Estos conflictos interpersonales, de acuerdo a Jorge Corsi, suelen traducirse en situaciones de confrontación, de competencia, de queja, de lucha, de disputa, y su resolución a favor de una u otra parte se relaciona con aspectos tales como la autoridad, el poder, la aptitud, la capacidad, la habilidad, etcétera. (21).

En los conflictos familiares se puede precisar que quien tiene la autoridad y el poder, en un porcentaje muy amplio, es el hombre. El uso abusivo del poder, - como ya lo hemos manifestado anteriormente, - se utiliza para controlar, someter, humillar a las otras personas que no tienen poder o están consideradas como inferiores en su sociedad, tales como las mujeres, los infantes, los ancianos, discapacitados e indigentes.

Por su parte José Manuel Alonso, conceptúa el maltrato familiar, y dice que se define, “como todo acto u omisión sobrevenido en el marco familiar por obra de uno de sus componentes que atente contra la vida, la integridad corporal o psíquica, o la libertad de otro componente de la misma familia, o que amenace gravemente el desarrollo de su personalidad” (22).

Entonces, es importante crear conciencia social - señala Alicia Johnson Hernández - a todos los niveles para que se rechace este tipo de conductas vejatorias de la dignidad humana, y que, además, los Estados sean receptivos al problema, creando autoridades que tengan un perfil adecuado, abocadas exclusivamente a conocer conflictos de esta naturaleza (23).

En este sentido, es sabido que en Nuevo León se fundó el “Centro de Protección a la Familia”, y que hasta la fecha funciona. En resumen, se estableció el diagnóstico, los objetivos normativo y social, los requerimientos esenciales y la propuesta específica. Singularmente, el proyecto se refirió a los grupos vulnerables, y a la necesidad estatal de protegerlos de la violencia familiar de manera estructural y sistémica, para controlar el delito de la violencia familiar y sus conexos delictivos.

Así mismo, se estableció que mediante el respeto al garanticismo constitucional, las investigaciones resultaran más eficaces. Pero fundamentalmente que la atención fuera más humana y más integral por el Estado, a las víctimas de la violencia familiar de modo especializado – como lo sostiene Johnson, en su teoría – y que el centro se constituyera en un solo espacio, con expertos abogados, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, psiquiatras, fiscales, policías, y criminólogos especializados en la violencia familiar y sus delitos conexos. Sin embargo, pese a todo ello, hay que impulsar lo esencial, la verdadera actividad de la prevención del delito, como acción de fondo, institucional y sistémica.

Actualmente varios estados de la república siguen el modelo de Nuevo León y esta es una gran oportunidad para que sea ejemplo dentro del contexto de la reforma en materia de “conurrencia” en atención y protección de las víctimas del delito a nivel nacional.

IV. El victimario como víctima

Finalmente, respecto a este tema, muchas personas piensan que al victimario de delitos de alto impacto y de mucha extrema violencia cuantitativa, (como lo es el caso del secuestrador, que además de secuestrar con violencia a niñas, las viola, las priva de la vida, las desmembra (envía videos a las familias) y luego las inhuma clandestinamente, debería de imponérseles la pena de muerte, luego entonces ¿qué pasaría si en nuestro país nuevamente se impusiera la pena de muerte para el victimario, ¿lo convierte en víctima?

Antes de contestar, primero que todo, debemos preguntarnos, ¿Qué ventajas aporta la sanción de muerte del victimario? En este ámbito se exponen algunos argumentos a favor de la pena de muerte. Luis Rodríguez Manzanera, sostiene entre algunas ideas, que es muy barata, dice que no es necesario hacer una gran inversión, una cuerda o una bala cuestan cualquier cosa, frente al gran gasto que representan la construcción y mantenimiento de las instalaciones penitenciarias.

Afirma que es irrevocable, por lo tanto, no puede burlarse posteriormente a la justicia. Es intimidatoria señala Rodríguez Manzanera, porque el temor natural que se tiene a perder la vida, hace que muchos hombres se abstengan de cometer un delito. Es ejemplar, dice, “La pena de muerte es eminentemente ejemplar esto es, la más propia para servir de escarnio, pues ninguna otra causa impresión más fuerte”. Así mismo establece que el sufrimiento es mínimo. “

En la pena capital el sufrimiento es momentáneo, y el mal resulta de una total privación de la vida, que proporciona así al malvado, una pronta salida a una deshonrada existencia carente de valor moral para sí mismo y para la sociedad”. Es un derecho.

El Estado advierte, tiene el legítimo derecho de aplicarla, conforme a la constitución política de cada país. Es la solución para delincuentes incorregibles o altamente peligrosos. La no reincidencia queda asegurada al eliminar al criminal. Por último, afirma que la sanción de muerte, satisface la indignación pública. La sociedad, justamente alarmada por el delito, se ve tranquila al comprobar que se aplica la ley.

Veamos ahora cuáles son las desventajas de la pena de muerte, de acuerdo a los abolicionistas. Al respecto Rodríguez Manzanera, sostiene que constituye una gran desventaja, pues no puede subsanarse, el error judicial. No intimida, afirma el investigador y por ello, considero que debemos tomar el ejemplo de los Estados Unidos de América en donde existen actualmente estados que la aplican de diversas formas, pero esto no ha logrado la reducción de crímenes, sobre todo de aquellos que en México consideramos como graves. Por ende, la pena de muerte “tortura” de manera muy especial al delincuente en capilla, además, representa un ejemplo claro de pena trascendente.

En este sentido, ciertamente la propia constitución mexicana señala la prohibición de penas trascendentales. No puede ser de interés social, pues la sociedad no puede estar interesada en eliminar a sus miembros, destruyendo familias y causando un natural desasosiego. No es preventiva. Elimina al individuo, pero no a los factores antropológicos, biológicos, físicos, psicológicos o sociales, que siguen ejerciendo su influencia en la criminalidad.

No admite la readaptación del criminal, quitando a la pena su finalidad social, y va contra Derecho natural: El derecho a la vida es el supremo valor. En Nuevo León, amable lector, existe un procedimiento de reconocimiento de inocencia, que procede en su caso después de haberse dictado una sentencia condenatoria. ¿Qué pasaría si un condenado - en un caso hipotético - fuera condenado a pena de muerte y después se tramitara dicho procedimiento y se acreditara que el condenado ya ejecutado, no era el responsable del delito?, ¿Sería acaso una víctima del Estado?, ¿Quién sería el responsable?, estas son algunas interrogantes que se incorporan al debate de la pena de muerte, que - como ya mencionamos - sí está al margen de una verdadera idea de la justicia penal.

La verdad es que cada día el delincuente evoluciona, y cada día son más los delitos que se insertan en las leyes locales y federales, así entonces, hace mucho tiempo que no teníamos delitos informáticos, no existía la delincuencia organizada, no había delitos en materia de hidrocarburos, no se contemplaban los delitos en materia de competencia económica, antes no existían en los ilícitos en el tema como víctimas, los defensores de Derechos Humanos y los periodistas, etcétera. Por tanto, hay que trabajar, para disuadirlos y evitar más víctimas.

V. La víctima-ofensor en el procedimiento de mediación y conciliación penal

Por último, abordamos el tema de la mediación y la conciliación como tutela efectiva de los derechos de la víctima, y como una vía de reinserción del ofensor.

La mediación y la conciliación conllevan a que los protagonistas del conflicto obtengan a través del acuerdo reparatorio, satisfacciones a través de su empoderamiento en el proceso, entre ellas el reconocimiento de sus responsabilidades, la reparación del daño, otorgar el perdón de la víctima e incluso un cambio de actitud y de aptitud en sus relaciones, además reduciendo desgaste emocional y todos los efectos negativos que fueron sustraídos en la comisión del delito.

La mediación y la conciliación penal invitan a dialogar a los involucrados a través del facilitador su participación directa atendiendo sus necesidades de las que fueron enajenados, otorgándoles el derecho de narrar lo sucedido, así como el de sentir y de pensar en el entorno a la comisión del delito, pudiendo enfrentar cara a cara y liberarse emocionalmente de la acción motivada en su contra y al responsable de los hechos evitar la generación y extinción de la acción penal.

La mediación y la conciliación son áreas de oportunidad en que la víctima podrá expresar sus sentimientos al ofensor y las consecuencias de su conducta criminal, así como de cuestionarle las razones de su conducta.

Por su parte el ofensor tiene la oportunidad de explicar las razones en su actuar en la comisión del delito y comprender a la víctima en sus sentimientos, lo anterior ayuda los conflictuados a evitar la revictimización ante la sociedad con el respeto a los derechos fundamentales.

La mediación y conciliación penal se han convertido en una parte esencial del sistema judicial mexicano que influye a la prevención general y especial del delito.

La mediación y la Conciliación lo podemos aplicar desde cuatro vertientes:

- Pre-procesal. Antes del inicio de la contienda ante las autoridades, ejemplo los conflictos en las comunidades, evitando la escala del conflicto.
- Intra-procesales. Dentro del procedimiento ante el Facilitador por derivación del Ministerio Público o Juez de garantías.
- Extra-procesales. Las partes logran acuerdos ante el Mediador privado y ratifican su compromiso ante el Ministerio Público o Juez de Control.
- Pos-procesales. Una vez emitida la Sentencia y que haya causado ejecutoriada, podrán las partes lograr acuerdos consensuados e incluso los facilitadores podrán realizar juntas restaurativas ejemplo en los casos de homicidios donde las víctimas-ofendidos y el imputado, tienen la necesidad de entablar comunicación, para el desahogo de sentimientos y emociones.

De acuerdo a la Ley General de Víctimas, se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

A su vez la misma legislación señala que son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Esta legislación establece además, que son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

La misma ley categoriza que la calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

En este mismo contexto se menciona en la ley que son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Todo lo anterior resulta relevante en razón de que el Estado mexicano a través de sus instituciones debe proteger y brindar apoyo a las víctimas mediante los mecanismos, medidas y procedimientos establecidos en la ley, que serán diseñados, implementados y evaluados aplicando los principios siguientes: Dignidad, Buena fe, Complementariedad, Debida diligencia, Enfoque diferencial y especializado, Enfoque transformador, Gratuidad, Igualdad y no discriminación, Integralidad, indivisibilidad e interdependencia, Interés superior de la niñez, Máxima protección, Mínimo existencial, No criminalización, Victimización secundaria, Participación conjunta, Progresividad y no regresividad, Publicidad, Rendición de cuentas, Transparencia, y Trato preferente.

Es decir, todo “hecho victimizante” (Actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima) debe ser atendido por el Estado mexicano a través de sus diversas autoridades competenciales en la materia, siempre con un sentido humanista y aplicando sistemáticamente los recursos de ayuda institucional (Gastos de ayuda inmediata, asistencia, atención y rehabilitación, etc.) que a su vez deben estar en el “Registro Nacional de Víctimas” que depende del “Sistema Nacional de Atención a Víctimas”.

Es muy importante saber y entender que la “Violación de Derechos Humanos” representa en la actualidad un acto casi sistemático por parte de muchos servidores públicos de las diversas instancias de gobierno y poderes públicos en el país, entendiéndose por aquel, “Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la constitución o en los tratados internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas.

También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público”. Por ello, es muy importante que el Estado mexicano actúe con verdadera sensibilidad y humanismo en los temas materia de la violación de derechos humanos y en la cuestión de la comisión de delitos en donde lógicamente subsiste una víctima.

VI. Conclusiones

Somos posesión del cuidado, en virtud de nuestra propia naturaleza y del estado de complejidad en que se desarrollan las sociedades del mundo. En el primer caso, por ejemplo, todos somos susceptibles de eventos de la naturaleza que pueden causarnos daños y perjuicios por ejemplo, los terremotos, los huracanes, las inundaciones, etcétera, lo cual indica que debemos estar preparados para ello en lo máximo posible, con el fin de sufrir lo menos posible, igual sucede con los accidentes. Mientras se conduce un vehículo sobrio, se tiene menos posibilidad de sufrir daños y perjuicios.

En el segundo caso, nadie escapa a la posibilidad de ser víctima de algún delito en razón de la propia dinamicidad y evolutividad del hombre en sociedad, sean cualesquiera los factores endógenos o exógenos. En este último caso, lo que sí tenemos que hacer es estar preparados porque no sabemos ni el día, ni la hora, en que puede ocurrir nuestra victimización.

Esta potencialidad latente de ser víctimas de algún delito, particularmente los relacionados con la protección de la familia y todos aquellos asociados a los delitos de alto impacto en el mundo y en nuestro país, es la enorme preocupación que debe arropar el estado mexicano como asunto de interés esencial y primordial en la lucha por alcanzar lo máximo posible la justicia penal en el sentido que ha quedado plasmado. Como hemos señalado los grupos sociales vulnerables, son los más expuestos en los delitos relacionados con la protección de la familia y la sociedad.

Ya hablábamos de los niños, las mujeres, los adultos mayores y las personas con capacidades diferentes. Sin embargo, aunque la tendencia del criterio de este trabajo es con dirección a la justicia penal familiar y de la sociedad, no debe descartarse que la prevención del delito como institución deba centrarse en todos los ámbitos delictivos. Entonces, requerimos de mayor seguridad por parte del Estado mexicano, para no ser víctimas de los actos y consecuencias de la delincuencia.

Histórica y jurídicamente nuestra constitución, en el sistema de justicia penal establece la intervención de la autoridad esencialmente en la persecución e investigación de los delitos, el enjuiciamiento judicial, la vigilancia del cumplimiento de sanciones y la rehabilitación del delincuente a la sociedad. Sin embargo, es visible que todos estos procesos se generan a partir de la comisión de delito y en este sentido, debe apostársele a la investigación para la prevención del delito como acción toral del estado y paralelamente una debida y adecuada defensa, respeto y protección eficaz de los derechos de las víctimas.

Compartimos la tesis, de quienes piensan que una paz justa y la justicia pacífica, contribuyen al cabal cumplimiento de la persona humana en su afán de plenitud subsistencia. Por ende, debemos adoptar la doctrina positivista del derecho penal que impulsada por Beccaria reclama justa, válida y eficazmente el aforismo aquel que dice "más vale prevenir, que lamentar".

Tenemos entonces, la oportunidad de validar y consolidar la idea kelseniana, de promover la paz social a través del Derecho. Si verdaderamente queremos vivir en paz y en armonía en familia y sociedad, adecuemos entonces las instituciones jurídicas acordes a nuestra realidad, impulsemos la investigación para la prevención del delito, generemos estrategias eficaces contra la impunidad y la corrupción y esencialmente fortalezcamos la familia como núcleo contra la victimización.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Constitución Política del Estado de Nuevo León.

Corsi, Jorge, “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar”, Violencia familiar, Barcelona, España, Paidós, 1994.

Drapkin, Israel. El derecho de las víctimas, Madrid, España. 1980.

Ganzenmuller Roij, Carlos, Escudero Moratalla, José Fco., y Frigola Vallina, Joaquín. “La violencia Doméstica”. Ed. Bosch. España. 1999.

Gorjón Gómez, Francisco J; Steele Garza, José G. Métodos alternativos de solución de conflictos. Oxford University Press México, S.A. de C.V. 2012.

Johnson Hernández, Alicia. La Violencia Familiar. Ciencia Nicolaita. No.35. España. 2003.
Ley General de Víctimas

Ley General de Víctimas. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Publicado en el Diario Oficial de la federación de fecha 29 de diciembre de 2014.

Mendelshon, Benjamín. La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea. Rev. Ilanud, año 4, No 10, San José, Costa Rica, 1981, Naciones Unidas Organización. Derechos de Víctimas. Usa. ONU. 2014

Neuman Elías. Victimología. Cárdenas, Editor. Méx. 1992.

Pérez Luño, Antonio Enrique. El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Ed. Trotta. Madrid, España, 1996.

Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología. Ed. Porrúa. Méx. 2002.

Steele Garza, José G. y otros. “Comentarios a la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2015.

Villarreal Sotelo, Karla; Gorjón Gómez, Francisco Javier (coordinador) Mediación penal y justicia restaurativa, “La víctima, el victimario y la justicia restaurativa”. Editorial Tirant Lo Blanch. 2014.

Von Henting, Hans. Estudios de Psicología criminal. España. Madrid. 1960. Vol.III.

Notas de nie

1. Neuman Elías. Victimología. Cárdenas, Editor. Méx. 1992. Pág. 17
2. Ídem. Neuman Elías. Op. Cit. Pág. 18
3. Neuman, Elías. Victimología. Cárdenas, Editor. Méx. 1992. Pág. 20
4. Ídem. Neuman, Ellas. Op. Cit. Méx. Pág. 21
5. Neuman, Elías, Victimología. Ed. Cárdeno. Méx. 1992. Pág. 22
6. Ídem. Op. Cit. Pág. 22
7. Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología. Ed. Porrúa. Méx. 2002. Pág. 18
8. Neuman, Elías. Victimología. Cárdenas Editores. México. 1992. Pág.23.
9. Ídem. Neuman, Eklías, Op. Cot. Pág. 23.
10. Von Henting, Hans. Estudios de Psicología criminal. España. Madrid. 1960. Vol. III. Pág.
11. Mendelshon, Benjamín. La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea. Rev. Ilanud, año 4, No 10, San José, Costa Rica, 1981, ps. 55 y 56.
12. Neuman, Elías, Victimología, Ed. Cárdenas, Mèx, 1992. Pág. 30
13. Ídem. Op. Cit. Pág. 31
14. Neumann, Elías. Victimología, Ed. Cárdenas. Mex. 1992. Pág. 59
15. Ídem. Op. Cit. Pág. 58
16. Neuman, Elías, Victimología. Ed. Cárdenas. Méx. 1992. Pág. 77.
17. Ídem. Op. Cit. Pág. 72.
18. Ídem. Bis, Op. Cit. Pág. 74.
19. Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología, Ed, Porrúa, Méx. Pág. 47.
20. Bergman, Marcelo. Cárceles en México. Sistemas Judiciales de las Américas 2004-2005. Pág. 21.
21. Corsi, Jorge, "Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar", Violencia familiar, Barcelona, España, Paidos, 1994, Pág. 17.
22. Alonso, José Manuel, Violencia familiar y alcohol. Ed. Saluti. Barcelona, España, 1998. Pág. 5.
23. Johnson Hernández, Alicia. La Violencia Familiar. Ciencia Nicolaita. No. 35. España. 2003. Pág. 25 y 27.