

# alegatos

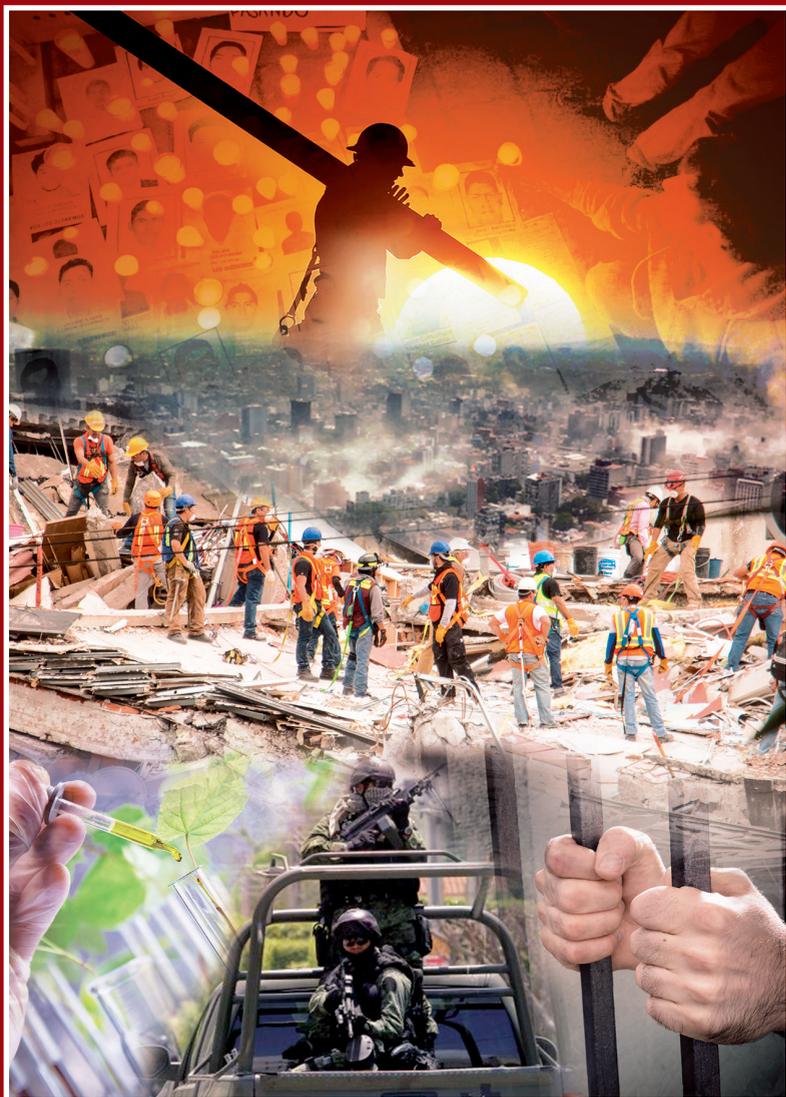
VERSIÓN  
DIGITAL

98

(Segunda Época)  
enero - abril 2018

\$ 50.00

ISSN 2007 - 6916



**CONTEXTO,  
CRIMINALIZACIÓN Y  
GENOCIDIO**

**DESAFÍOS EN LA  
REGULACIÓN DE LA  
BIOTECNOLOGÍA  
AGRÍCOLA MODERNA EN  
MÉXICO: EL CASO DE LA  
EDICIÓN DE GENES**

**ESTABILIDAD PRODUCTIVA**

**EL CONTROL SOCIAL DE  
LAS MUJERES A TRAVÉS  
DE LAS LEYES. LA  
COLONIA EN MÉXICO**

**CS**  
*División  
de Ciencias  
Sociales y  
Humanidades*

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Universidad  
Autónoma  
Metropolitana



Casa abierta al tiempo Azcapotzalco



<http://alegatos.azc.uam.mx>

<http://kali.azc.uam.mx/alegatos/inicio.php>

<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/index>

### Comité Editorial:

Dr. Carlos H. Durand Alcántara

Dr. Carlos Reynoso Castillo

Dr. David Chacón Hernández

Dr. Fernando Tenorio Tagle

Prof. Javier Huerta Jurado

Dra. Judith Domínguez Serrano

Mtro. Luis Figueroa Díaz

Dr. Octavio F. Lóyzaga de la Cueva

Dr. Ramiro G. Bautista Rosas

Dra. Sofía Magdalena Cobo Téllez

### Coordinadores:

Director del Programa Editorial

*Prof. Javier Huerta Jurado*

Secretaria Editora Programa Editorial

*Mtra. Jazmín Sánchez Estrada*

Ayudante del Programa Editorial

*Lic. Jessica García Camargo*

Traductora de abstracts

*Lic. Sofía Isabel Ramírez Villalobos*

Secretaria del Programa Editorial

*Diana Mejía Salazar*



***Alegatos, Revista del Departamento de Derecho***, año 32, Número 98, Segunda Época, enero-abril de 2018, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana, a través de la Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex-Hacienda de San Juan de Dios, Deleg. Tlalpan, C.P. 14387, México, Ciudad de México; y Av. San Pablo 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa-Tamaulipas, Deleg. Azcapotzalco, C.P. 02200, Tels. 53 18 94 12 y 53 18 91 09, Apartado Postal 32-031, México 06031, Ciudad de México, [www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos](http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos), [alegatos@correo.azc.uam.mx](mailto:alegatos@correo.azc.uam.mx). Editor responsable: Lic. Javier Huerta Jurado, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2002-112110394400-102 del 21 de noviembre de 2002, ISSN: 2007-6916, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor. Certificado de Licitud de Título No. 5305, Licitud de Contenido No. 4085, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa por **K** Edición e Impresos, Arucos sur 15, Col. Izcalli Jardines, Ecatepec de Morelos, Edo de México, CP. 55050 Tel/Fax 58 37 70 96. Tamaño del archivo 8.4 MB.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Autónoma Metropolitana.

# alegatos

---

(Segunda Época)  
Número 98 (enero - abril 2018)

## Directorio:

---

Rector General	<i>Dr. Eduardo Abel Peñalosa Castro</i>
Secretario General	<i>Dr. José Antonio de los Reyes Heredia</i>
Rectora en Funciones de la Unidad Azcapotzalco	<i>Dra. Norma Rondero López</i>
Secretaria de la Unidad	<i>Dra. Norma Rondero López</i>
Director en Funciones de la División de Ciencias Sociales y Humanidades	<i>Lic. Miguel Pérez López</i>
Secretario Académico de la División	<i>Lic. Miguel Pérez López</i>
Jefe del Departamento de Derecho	<i>Mtro. José Guadalupe Zúñiga Alegria</i>
Coordinador de Difusión y Publicaciones de la División	<i>Dr. Saúl Jerónimo Romero</i>

## Colaboradores y Árbitros:

---

Dr. Armando Bartra Vergés (UAM-Xochimilco); Dr. Bernardo Romero Vázquez (Universidad Autónoma de Querétaro); Dr. Carlos Darío Espósito Massicci (Universidad Autónoma de Madrid); Dr. Enrique González Rojo Arthur (Filósofo y Poeta); Dr. Gustavo Cesar Sivilá Peñaralda (Asociación Boliviana de Bioética y Derecho Genético y Biotecnología); Dr. Hugo Barreto Ghione. (Universidad de la República de Uruguay); Dr. Jaime Cárdenas Gracia (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Joan Anton Mellon (Universidad de Barcelona); Dr. Jorge Hernández Martínez (Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos de la Universidad de la Habana); Dr. José Antonio Ibáñez Aguirre (Universidad Iberoamericana); Dr. Leif Korsbaek Frederiksen (Escuela Nacional de Antropología e Historia, ENAH-INAH); Dr. Luciano Concheiro Bórquez (UAM-Xochimilco); Dr. Luis de la Barreda (Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos, UNAM); Dr. Manuel González Oropeza (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Dr. Raffaele de Giorgi (Universidad de Salento); Dr. Rene Kuppe (Universidad de Viena); Dr. Salvador Darío Bergel (Universidad de Buenos Aires); Dra. Thais Lucia Colaço (Universidad de Santa Catarina, Brasil); Carlos Guerra Aguilera, (Instituto Federal Electoral); Dra. Loretta Ortiz Ahlf (Universidad Iberoamericana); Correa, C. M. (Universidad de Buenos Aires); Dra. Beatriz Pallarés, (Universidad Nacional del Litoral); Orozco, J. L. (UNAM); Bacigalupo, E. (Universidad Complutense).

## alegatos

Certificados de licitud de título y de contenido números 5305 y 4085, respectivamente.

Precio por número: \$ 50.00

Revista del Departamento de Derecho de la División de Ciencias Sociales y Humanidades  
Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco

### (Segunda Época)

Número 98 (enero - abril 2018)

Correspondencia y suscripciones a:

Departamento de Derecho: [alegatos@correo.azc.uam.mx](mailto:alegatos@correo.azc.uam.mx). Tel.: 5318-9412

Página electrónica: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos>

División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Azcapotzalco,

Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Del. Azcapotzalco, C.P. 02200, México, Ciudad de México (estación El Rosario del metro).

Diseño de portada: Alegatos/Adrián Promotor

**Imagen de portada:** Soldados patrullando: <http://traficozmg.com>; Trabajador de compañía de luz y fuerza: [cdata:image/jpeg;base64](http://cdata:image/jpeg;base64); Sismo del 19 de septiembre 2017: <http://cdn2.dailytrend.mx>; Biotecnología: <https://www.google.com.mx/>; Prisión preventiva: <https://documenta.org.mx/>

Corrección de estilo: Alegatos/Alejandro Abarca Reyna, Itzel Hernández A.

Cuidado de la edición: Alegatos/**K** Edición e Impresos

NOTA: Todos los artículos publicados, fueron sometidos a arbitraje conforme a lo establecido en las reglas de funcionamiento interno de la revista.

# alegatos 98

---

(Segunda Época)  
(enero - abril 2018)

Sección Doctrina

---

Las distinciones analíticas de la seguridad interior	7	<i>Jaime Cárdenas Gracia</i>
La prisión preventiva, ¿condena anticipada?	33	<i>Antonio Salcedo Flores</i>
Estabilidad productiva	57	<i>Carlos Reynoso Castillo</i>
Contexto, criminalización y genocidio. Elementos de análisis del contexto como categoría ontológica en la criminalización y el genocidio	73	<i>Isaac González Ruiz</i>
Límites a las fuentes de derechos humanos en México	89	<i>Arturo H. Sanabria Pedraza</i>
La inaplicación del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia, adolece límites constitucionales y vulnera derechos humanos	111	<i>Cielo Dafne Vargas Meza</i>
Entre la protección de derechos políticos y el control judicial: La judicialización de los procesos internos de los partidos políticos en México	129	<i>Jesús C. Morales Guzmán</i> <i>Carlos R. Meza Martínez</i>

---

## Sección Artículos de Investigación

El control social de las mujeres a través de las leyes. La Colonia en México	143	<i>Iris R. Santillán Ramírez</i>
¿Islamofobia o antimusulmanismo?	157	<i>Jazmín Sánchez Estrada</i>
La crisis permanente del Estado mexicano vista a la luz de los sismos recientes del 19/S y sus principales consecuencias en la Ciudad de México	171	<i>Gerardo González Ascencio</i>
La regulación jurídica de la tecnología financiera en México	181	<i>Luis Figueroa Díaz</i>

Desafíos en la regulación de la biotecnología agrícola moderna en México: el caso de la edición de genes 195 *Arcelia González Merino*

Sección Reseñas y Documentos

---

Remembranzas y avatares del pensamiento sociológico, un enmarque desde la teoría de sistemas 211 *Carlos H. Durand Alcántara*

Jaime  
Cárdenas Gracia\*

*Las distinciones  
analíticas de la seguridad  
interior*

**Resumen**

**E**l fin de este ensayo es exponer las diferencias entre seguridad interior, seguridad pública y seguridad nacional a la luz de la Ley de Seguridad Interior publicada el día 21 de diciembre del 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*.

**Abstract**

*This paper explores the distinctions among Interior Security, Public Security and National Security in view of the new Interior Security Law approved in Mexico. It puts forth arguments supporting the view that security is a responsibility of civilian authorities in a Constitutional Rule of Law and not of the armed forces.*

**Sumario:** Introducción / I. Los antecedentes jurídicos de la seguridad interior en el ordenamiento nacional / II. La Guardia Nacional / III. La ambigüedad e inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior al definir las materias objeto de la Ley / IV. Las facultades de seguridad pública en la Ley de Seguridad Interior / V. La inoperancia de la resolución sobre la acción de inconstitucionalidad 1/96 / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dr. en Derecho, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## Introducción

La seguridad interior es un concepto que ha existido en las normas fundamentales del país, pero normativamente no se había definido hasta la vigente Ley de Seguridad Interior (LSI) que lo delimita mal, ambiguamente, sin precisión alguna, y que lo considera como parte de la seguridad nacional —concepto importado de Estados Unidos por razones geopolíticas e incluido en el artículo 89 fracción VI de la Constitución en 2004— para intentar en este ordenamiento otorgarle constitucionalidad a la Ley publicada el 21 de diciembre de 2017.

En el artículo 2 de la Ley de Seguridad Interior se señala que la seguridad interior:

[...] es la condición que proporciona el estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Comprende el conjunto de órganos, procedimientos y acciones destinados para dichos fines, respetando los derechos humanos en todo el territorio nacional, así como para prestar auxilio y protección a las entidades federativas y los municipios, frente a riesgos y amenazas que comprometan o afecten la seguridad nacional en los términos de la presente ley.

De esta manera la seguridad interior, según la ley mencionada, implica una condición que permite: 1) la permanencia y continuidad de los órganos de gobierno e instituciones; 2) el desarrollo nacional; y 3) el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Esa condición está, según la ley de seguridad interior, confiada al Presidente de la república y fundamentalmente a las fuerzas armadas. Lo que trastoca los cimientos del Estado constitucional y democrático de derecho, el civilismo, y las características de nuestro Estado determinadas en el artículo 40 de la Constitución. La condición que permite que seamos un Estado constitucional y democrático según esa Ley son las fuerzas armadas y no la voluntad popular que expresa su soberanía a través de los poderes de la Federación y de los poderes de las entidades federativas con la participación de los municipios.

Existe en la LSI una desmesura constitucional incompatible con la democracia, los derechos humanos y el carácter republicano del Estado mexicano. Esta afirmación se sostiene porque la Ley respectiva confiere al titular del Ejecutivo poderes inmensos, más allá de la Constitución, que rompen con el esquema de división de poderes, de pesos y contrapesos entre ellos, además de afectar la autonomía de las entidades federativas y vulnerar el principio de municipio libre, y de atribuir, y esto es lo más grave, a las fuerzas armadas poderes de *supra* subordinación y de coordi-

nación sobre las autoridades civiles. Es decir, se vulneran los principios republicanos y civilistas, fundados en los derechos humanos y en sus garantías, reconocidos en nuestra Constitución.

Antes de la Ley materia de este ensayo, los orígenes de la seguridad interior eran más modestos. El título séptimo del Código de Justicia Militar prevé delitos militares contra la seguridad interior de la nación, entre otros, el de rebelión militar y el de sedición. Lo que significa que en la concepción militar previa a la LSI, la seguridad interior era una categoría jurídica del derecho penal para sancionar a militares rebeldes, sediciosos o golpistas.

En la Constitución de 1917, la expresión seguridad interior se enuncia en el artículo 89 fracción VI dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo sin que la norma establezca significado alguno.

¿Cómo entender la seguridad interior? Constitucionalmente tenemos que comprenderla a la luz de diversos preceptos de la Constitución. Por ejemplo, el párrafo noveno del artículo 21 alude a otro tipo de seguridad y la precisa, dice textualmente que: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala [...]” El párrafo décimo del artículo 21 determina que: “Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional [...]” Lo anterior nos indica que la seguridad pública nada tiene que ver con la seguridad interior porque el artículo 89 fracción VI de la Constitución señala que esa competencia del presidente de la república en la materia se realiza con el concurso de las fuerzas armadas y no de las autoridades civiles.

El artículo 29 de la Constitución es un precepto que tiene más relación con la seguridad interior y exterior. La disposición en su primer párrafo indica que en casos de invasión (seguridad exterior), perturbación grave a la paz pública (seguridad interior), o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (seguridad interior y exterior), solamente el Presidente con aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente, podrá restringir o suspender derechos humanos y garantías en todo el país o en una parte de él, por tiempo limitado, por medio de prevenciones generales. La norma específica los derechos y garantías que no pueden suspenderse ni restringirse —enunciado que deviene del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Además, agrega que la suspensión y restricción de derechos debe estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro al que se hace frente, y se deben observar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Todos los decretos que expida el Ejecutivo con motivo y durante el tiempo de la suspensión o restricción deben ser revistos de oficio y prontamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a fin de determinar su constitucionalidad y validez.

En el artículo 31 de la Constitución existe otra mención a la seguridad interior, cuando se señala en su fracción III que son obligaciones de los mexicanos, alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria —seguridad exterior—, así como la tranquilidad y el orden interior —seguridad interior—.

Los artículos 39, 40 y 41 de nuestra Constitución nos señalan que la soberanía reside en el pueblo, que México es una República representativa, democrática, laica, federal —es decir no es una dictadura, ni un régimen militar, ni el país de un solo hombre, ni un Estado centralizado—, y que el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión y también por medio de los poderes de las entidades federativas, incluyendo a la Ciudad de México.

El artículo 49 de la Constitución meridianamente señala que el supremo poder de la federación para su ejercicio se divide en los tres poderes. Indica que no se pueden reunir dos o más de los poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en una sola persona, salvo los casos del artículo 29 y en los supuestos del segundo párrafo del artículo 131 de la Ley fundamental.

En la fracción XIV del artículo 73 se precisa que el Congreso tiene facultad para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión y para reglamentar su organización y servicio. La fracción XXIX-M del artículo 73 también da competencia al Congreso de la Unión para legislar en materia de seguridad nacional pero no para hacerlo en materia de seguridad interior.

¿Qué es la seguridad nacional? Según la Ley de Seguridad Nacional —publicada el 31 de enero de 2005 en el *Diario Oficial de la Federación*—, en su artículo 3, esta conlleva a:

- I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país.
- II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio.
- III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno.
- IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto a otros Estados o sujetos de derecho internacional.
- VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

El artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional enumera las amenazas a la seguridad nacional:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de México dentro del territorio nacional.
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado mexicano.
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada.
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada.
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación.
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático.
- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva.
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima.
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas.
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia.
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

La principal autoridad competente para la aplicación de esta Ley es el Consejo de Seguridad Nacional integrado exclusivamente por funcionarios del Poder Ejecutivo y encabezado por el Presidente de la república —artículo 12 de la Ley—.

El concepto de seguridad nacional era totalmente extraño en el derecho mexicano hasta la reforma constitucional al artículo 73 fracción XXIX-M de 2004. Antes de esa categoría, la Constitución empleaba los conceptos de seguridad exterior, seguridad interior y seguridad pública. ¿De dónde provino el concepto seguridad nacional? De Estados Unidos, que influyó en el gobierno de Vicente Fox por razones geopolíticas para que ese término se plasmara en nuestra Constitución. La ley de Seguridad Nacional presenta problemas de inconstitucionalidad evidentes, entre ellos, los siguientes:

1. Vulnere el principio de división de poderes, al conferir atribuciones desmedidas al Poder Ejecutivo, sin suficientes y efectivos controles por parte de los poderes Legislativo y Judicial, en contra de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución.
2. Centraliza las competencias en materia de seguridad nacional en la Federación en detrimento de la soberanía de las entidades federativas, lo que es violatorio, entre otros de los artículos 41 y 119 primer párrafo de la Constitución.
3. Confiere a autoridades no civiles, competencias en materia de seguridad pública en violación al artículo 21 de la Constitución.

4. Establece como garante último de la constitucionalidad, del Estado de derecho y de la democracia, a las autoridades que componen el Consejo de Seguridad Nacional, entre ellas las fuerzas armadas, sin intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de otras autoridades competentes, en contra de los artículos 41, 94, 99, 103, 104, 105, 106, 107, 115, 116 y 119 de la Constitución.
5. Las determinaciones en materia de seguridad nacional pueden implicar actos de suspensión de derechos y garantías. La Ley de Seguridad Nacional no respeta a las autoridades competentes y procedimientos que contempla el artículo 29 de la Constitución.
6. La Ley de Seguridad Nacional promueve un Estado policiaco militar, totalmente alejado de los principios que definen las características del Estado mexicano en el artículo 40 de la Constitución.

El concepto de seguridad nacional forma parte de una doctrina elaborada por teóricos y militares de Estados Unidos. Se comenzó a generar después de la segunda guerra mundial, con motivo de la guerra fría, para contener la influencia del socialismo real en Estados Unidos y en el mundo. Es una doctrina que va más allá del concepto de defensa nacional, la que consistió por mucho tiempo en exclusivamente prevenir y rechazar amenazas militares de otros países —la guerra en legítima defensa o defensa exterior como la llamamos en México— para aludir posteriormente a condiciones de estabilidad y de paz en Estados Unidos y en sus aliados que permitan el desarrollo de estos y la defensa de sus recursos estratégicos. Por eso, hoy en día, la doctrina de la seguridad nacional estadounidense es más difusa, más

***El concepto de seguridad nacional forma parte de una doctrina elaborada por teóricos y militares de Estados Unidos. Se comenzó a generar después de la segunda guerra mundial, con motivo de la guerra fría, para contener la influencia del socialismo real en Estados Unidos y en el mundo.***

geopolítica, con mayores esfuerzos para la subordinación a esa doctrina y práctica de terceros países, sobre todo los que están más cerca de las fronteras de Estados Unidos. Ya no se trata de combatir las amenazas de la antigua Unión Soviética y los movimientos revolucionarios en el Tercer Mundo, hoy implica enfrentar el terrorismo de los países islámicos en el lugar del planeta donde se manifiesten; el narcotráfico de los países tercermundistas, principalmente latinoamericanos; los riesgos medioambientales causados por el cambio climático; y otros fenómenos como las migraciones masivas, que ponen en riesgo la estabilidad y el progreso de Estados Unidos y sus aliados.

En América Latina, como dice Noam Chomsky, en los años sesenta y setenta del siglo pasado, era una forma de defensa contra los enemigos internos que formaban

parte de la contrainsurgencia de los países latinoamericanos y que colocaba a las instituciones militares, adiestradas y entrenadas por Estados Unidos, como los señores del juego promotores de regímenes autoritarios de corte militar. Así se entendió la doctrina de la seguridad nacional en Brasil, Argentina, Uruguay y Chile, entre otros países, y su fin implicaba el derecho a combatir y exterminar a trabajadores sociales, sindicalistas, hombres y mujeres que no apoyaban a los gobiernos establecidos y a los que, se suponía, eran comunistas extremistas.<sup>1</sup>

Frente a la doctrina de la seguridad nacional de Estados Unidos —la de la guerra fría y la actual— los vecinos del norte buscan reelaborar frente a los países del mundo su doctrina de seguridad nacional y aluden a la seguridad humana diciendo que esta tiende a promover y hacer efectivos los derechos humanos en cada país para propiciar condiciones de estabilidad y de orden. También se refieren a la seguridad ciudadana, como un concepto de orden público, para que las personas y las sociedades vivan en condiciones de prosperidad y de paz. Ello obliga a cada país a elaborar un marco jurídico y establecer políticas de defensa nacional, para reducir las amenazas y riesgos que puedan poner a las personas y sociedades en peligro.

La seguridad nacional es, según nuestra Constitución, una atribución del Ejecutivo que la deberían realizar fundamentalmente autoridades civiles —porque la Constitución no ordena que la ejerzan autoridades militares—. Nunca las atribuciones de seguridad pública —prevenir, investigar, sancionar delitos y faltas administrativas— pueden quedar comprendidas dentro de la seguridad nacional. Tampoco la seguridad interior pueden ser considerada seguridad nacional, porque la seguridad interior es exclusiva competencia del presidente y de las fuerzas armadas y tiene relación con los supuestos de los artículos 29, 76 fracciones IV, V y VI; y con el artículo 119 primer párrafo de la Constitución. Tampoco la seguridad nacional como dicen los artículos 3 y 5 de la Ley de Seguridad Nacional debería implicar que el Consejo de Seguridad Nacional sea el máximo garante del orden jurídico o de la constitucionalidad, pues para eso están los tribunales y la SCJN. Ni la seguridad nacional puede entrañar la defensa de los elementos del Estado —población, territorio, gobierno, soberanía— porque esa competencia está depositada en la soberanía popular, en los poderes de la Unión y en los poderes de las entidades federativas.

El concepto de seguridad nacional, jurídicamente compatible con nuestro ordenamiento constitucional, debe tener relación con la planeación democrática, con la propuesta de políticas públicas y soluciones, a cargo inicialmente del presidente de la república y de su Consejo de Seguridad Nacional, pero antes y después competencia de toda la sociedad e instancias públicas, para enfrentar los problemas nacionales con el concurso de los otros poderes de la Unión y los tres órdenes de gobierno. La finalidad de la seguridad nacional es que las instituciones del Estado puedan ejercer sus competencias en un clima propicio, de libertades y derechos para todos los habitantes. No debe ser un concepto militarista sino civilista, y tampoco debe ser un concepto, fundamentalmente represivo sino liberal, que debe proyectar a futuro

<sup>1</sup> Noam Chomsky, *¿Quién domina el mundo?*, Barcelona, ediciones B, (trad.) de Javier Guerrero, 2016, p. 25.

las líneas programáticas y de acción de un gobierno o del Estado para preservarlo, las que deben pasar por el análisis de las instancias deliberativas de carácter social e institucional.

Regresando a la seguridad interior, otros preceptos constitucionales que tienen relación con ella son las fracciones IV, V y VI del artículo 76 de la Constitución. La fracción IV de ese precepto determina que el Senado de la República puede autorizar al Presidente de la República para disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivas entidades federativas. La fracción V establece los órganos y procedimientos en el caso de desaparición de poderes; y la fracción VI faculta al Senado de la República a resolver conflictos políticos entre estados de la República, cuando alguno de ellos ocurra al Senado o cuando se haya interrumpido el orden constitucional, mediando un conflicto de armas.

En el artículo 89 fracción VI de la Constitución, reformado en 2004, se indica que el Presidente tiene facultad para preservar la seguridad nacional y disponer de la totalidad de la fuerza armada para la seguridad interior y exterior. La fracción VII, lo faculta para disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76 de la Constitución.

El artículo 119 primer párrafo de la Constitución determina que los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura de la entidad federativa o por el Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida.

De manera contundente, el artículo 129 de la Constitución precisa que, en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar y que las tropas permanecerán en sus instalaciones militares fuera de las poblaciones.

De una interpretación gramatical, sistemática, funcional y axiológica de los anteriores preceptos queda en evidencia que las fuerzas armadas tienen un papel subordinado a las autoridades civiles. La Constitución prevé, en los artículos 29; 76 fracciones IV, V y VI; 89 fracciones VI y VII; 119 primer párrafo; y 129, que su activación requiere de la excitativa de los Poderes de la Unión o de las entidades federativas. También de manera clara se contemplan los órganos y procedimientos para los trastornos graves de carácter interno —suspensión de derechos y garantías, desaparición de poderes, resolución de conflictos político militares entre los estados, uso de la Guardia Nacional fuera del territorio del Estado, e intervención federal en las entidades federativas—. El Poder Ejecutivo, que puede disponer de la totalidad de las fuerzas armadas para la seguridad interior y exterior, no puede ejercer esa atribución por sí y ante sí, requiere de los otros poderes de la Unión y sus decisiones están sometidas al esquema de frenos y contrapesos que delinea el artículo 49 de la Constitución. Para la defensa exterior, es necesario que el Congreso de la Unión declare la guerra —fracción XII artículo 73 de la Constitución— y para la defensa del

orden interno se debe acudir a los órganos y procedimientos de los artículos 29, 76 y 119 de la Constitución.

Jorge Carpizo dice que es cuestión difícil precisar cuándo puede el Presidente hacer uso de la fuerza para preservar la seguridad interior y que una contestación general podría ser la siguiente:

[...] existe una paz mínima para el desarrollo de la vida cotidiana; si ella pelagra, el presidente puede hacer uso de esta facultad. La regla anterior es de aristas no bien definidas, pero hay que aclarar que en el ejercicio de la facultad a que nos referimos no se pueden violar los derechos humanos. Si la situación llegase a configurar una emergencia, el presidente tiene que solicitar al congreso la suspensión de las garantías individuales; es decir, el solo criterio del presidente no es suficiente para calificar lo crítico de la situación, sino que para ello se requiere la intervención del congreso.<sup>2</sup>

Felipe Tena Ramírez, al referirse a los sucesos de 1968, interpretó el artículo 89 fracción VI de la Constitución en relación con el 129 de la Ley Fundamental, y aunque justificó la interpretación que de esa norma hizo Díaz Ordaz, el que aplicó el precepto sin contrapeso alguno de otro poder, tuvo que aceptar que se trataba de una atribución del Ejecutivo cuyo uso estaba reservado a situaciones excepcionales. Esa facultad podía ejercerse a su juicio sin vulnerar los derechos humanos, pues si la situación se agravaba para la seguridad interior, debía acudirse al procedimiento de suspensión de garantías de aquella época.<sup>3</sup>

La opinión doctrinal de Tena debe ser contextualizada históricamente, pues fue expresada en un régimen autoritario, con un presidente que tenía poderes constitucionales y metaconstitucionales. Tena aceptó el uso de la fuerza militar que realizó Díaz Ordaz en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 89 fracción VI de la Constitución, aun así, tuvo que matizarla.

Durante los sexenios de Calderón y de Peña Nieto las posturas oficialistas y aún de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la famosa jurisprudencia derivada de la acción de inconstitucionalidad 1/96 han justificado que la atribución del artículo 89 fracción VI se ejerza por el Presidente sin contrapesos de los otros poderes, pero aun en ese caso, la Corte moderó su justificación y permitió a las fuerzas armadas competencias subordinadas de auxilio a la autoridad civil de seguridad pública. Debe entenderse que en el tiempo en que fue aprobada esa jurisprudencia los tratados internacionales sobre derechos humanos tenían la jerarquía de la ley, la manera de realizar la interpretación constitucional y convencional no se ajustaba a los parámetros que contempla el vigente artículo 1 de la Constitución, el que surgió de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, y además, se debe tomar en cuenta que muchos de los criterios de la resolución dictada en la

<sup>2</sup> Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, México, editorial Siglo XXI, 2002, p. 127.

<sup>3</sup> Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1984, pp. 365-367.

acción de inconstitucionalidad 1/1996 fueron superados por la reforma constitucional penal de 18 de junio de 2008, y que hoy es muy claro que la seguridad pública es competencia exclusiva de las autoridades civiles de los tres niveles de gobierno y no de las autoridades militares.

## I. Los antecedentes jurídicos de la seguridad interior en el ordenamiento nacional

Dice Óscar Cruz Barney que en la época de los Habsburgo, en el virreinato de la Nueva España, los virreyes gozaban de atribuciones en materia de guerra, las que implicaban que el virrey;

[...] tenía el carácter de capitán general, y disfrutaba de la más amplia iniciativa para actuar, incluso en acciones de guerra, y gozaba también de jurisdicción sobre la Marina. Además, podía disponer expediciones militares para la guarda y defensa de sus provincias; con esta finalidad se les daba el título, aparte de virreyes de capitanes generales de tales provincias. Contaban [...] con el mando supremo de las fuerzas armadas y de las flotas; mientras éstas estuvieran en su jurisdicción, dependía de ellas el reclutamiento y mantenimiento de las tropas, así como la construcción, conservación, sostenimiento y mejoramiento de las fortalezas y presidios.<sup>4</sup>

Con la Constitución de Cádiz de 1812, de acuerdo con los artículos 170 a 172, la facultad del Rey se extiende a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior. Son las facultades octava y novena del artículo 170.

En la Constitución de Apatzingán de 1814 corresponde al Supremo Gobierno organizar los ejércitos y milicias nacionales, para asegurar la tranquilidad interior del Estado y promover su defensa exterior. El Supremo Gobierno tenía prohibido mandar personalmente, en cuerpo o por alguno de sus individuos, ninguna fuerza armada, a menos que se tratara de circunstancias extraordinarias y con aprobación del Congreso.

Durante el Primer Imperio, en el proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, el artículo 30 establecía que correspondía al emperador:

Conservar el orden interior y la seguridad exterior, por todos los medios que en las circunstancias de la guerra, antes sorda, y en la actualidad ostensible con que temerariamente se nos ataca, estén a su discreción, y puedan hacer sentir a los enemigos el poder de la Nación, y la firmeza con que

---

<sup>4</sup> Óscar Cruz Barney, “Introducción histórica al artículo 89 de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, LXIII Legislatura Cámara de Diputados, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Senado de la República, Instituto Nacional Electoral, UNAM y Miguel Ángel Porrúa, tomo IX, 2016, p. 633.

sostendrán sus derechos pronunciados, su gobierno establecido, y el rango a que se ha elevado.<sup>5</sup>

En el artículo 16 del Acta Constitutiva de la Federación de 1824 se contienen como atribuciones del Supremo Poder Ejecutivo: Declarar la guerra, previo decreto de aprobación del Congreso General; y no estando éste reunido, del modo que designe la Constitución; Disponer de la fuerza permanente de mar y tierra y de la milicia activa para la defensa exterior y seguridad interior de la Federación; y, Disponer de la militar local, para los mismos objetos; aunque para usar de ella fuera de sus respectivos Estados, obtendría previo consentimiento del Congreso General, quien calificará la fuerza necesaria.

La Constitución de 1824, en su artículo 110 estableció las facultades del presidente: X. Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación; XI. Disponer de la milicia local para los mismos objetos, aunque para usar de ella fuera de sus respectivos Estados o Territorios, obtendrá previamente consentimiento del Congreso General, quien calificará la fuerza necesaria; y no estando éste reunido, el Consejo de Gobierno prestará el consentimiento y hará la expresada calificación. XII. Declarar la guerra a nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previo decreto del Congreso General. El artículo 112 prohibía al presidente no mandar en persona las fuerzas de mar y tierra, sin previo consentimiento del Congreso General.

En la Cuarta Ley Constitucional de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el artículo 17 confería al presidente la facultad de disponer de la fuerza armada de mar y tierra, para la defensa interior y defensa exterior; y declarar la guerra en nombre de la Nación previo consentimiento del Congreso. Se le prohibía al Presidente mandar las fuerzas armadas sin consentimiento del Congreso.

El artículo 85 de las Bases Orgánicas de 1843 afirmaba el poder omnipotente del presidente, pues podía: Declarar la guerra sin consentimiento del Congreso; disponer de las fuerzas armadas; y mandar en persona a las fuerzas armadas sin que fuera necesario el consentimiento del Congreso —aunque en este caso sólo era reputado como general en jefe—.

Los artículos 80 a 85 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 establecieron que el presidente era el Jefe de la administración general y le estaban encomendados el orden y tranquilidad en lo interior, la seguridad en el exterior y el cumplimiento de las leyes. Sin embargo, el presidente no podía suspender o restringir las garantías individuales, sino en los casos que establecía el artículo 82 de ese ordenamiento.

La Constitución de 1857 en su artículo 85 estableció en su fracción VI que el presidente tenía la facultad de disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, así como disponer de

---

<sup>5</sup> Óscar Cruz Barney, “Introducción histórica al artículo 89 de la Constitución”... *op. cit.*, p. 638.

la guardia nacional para los mismos fines. La declaración de guerra se condicionaba a la existencia de previa ley del Congreso.

El texto original del artículo 89 de la Constitución de 1917, en las materias que venimos tratando, mantuvo en términos generales la redacción de la Constitución de 1857. La fracción VI del artículo 89 de 1917 se reformó en dos ocasiones el 10 de febrero de 1944 y 5 de abril de 2004. La primera reforma, atribuyó al Ejecutivo, la competencia para disponer del ejército, marina de guerra y fuerza aérea, para la preservación de la independencia y soberanía de la Federación. Y la de 2004 incluyó el concepto de seguridad nacional.

## II. La Guardia Nacional<sup>6</sup>

En la década de los cuarenta del siglo XIX, se oficializa en México, la Guardia Nacional, que nace como reserva del ejército, no se encontraba inicialmente en activo permanente y se componía por ciudadanos en armas. Cada Constitución estatal en el articulado referente al Poder Ejecutivo del Estado incluía un apartado que facultaba al gobernador como comandante de la milicia de la entidad federativa y a valerse de esta con el fin de conservar el orden público interno y la seguridad del Estado en el exterior, es decir, su soberanía. La actuación de la guardia nacional o milicias era transitoria porque la Constitución de la República lo prohibía. Concluido el motivo que había propiciado el llamado a las armas, estas y el bastimento se guardaban bajo el poder del ayuntamiento; los cívicos pasaban a ser simples ciudadanos, sin goce de sueldo o fuero. Sin embargo, debido al continuo estado de guerra que prevaleció durante los decenios de 1840-1860, la guardia nacional adquirió funciones permanentes.

A lo largo de una buena parte del siglo XIX, las élites y notables locales fortalecieron a la guardia nacional, lo que favoreció la proliferación de caudillos liberales, conservadores o realistas quienes movilizaban y armaban a sus clientelas para favorecer su poder regional. A la par de lo señalado, el derecho jurídico a la insurrección frente a gobiernos tiránicos fue una práctica política que sólo se atemperó con la Constitución de 1917. Los pronunciamientos se organizaban a partir del ayuntamiento, la milicia ciudadana o guardia nacional, se involucraba inmediatamente en la aprobación o rechazo al plan de pronunciamiento y a partir de la decisión entraba o no en funciones.<sup>7</sup>

La Guardia Nacional se formó en 1832, y en 1847 pasó a la competencia de la Secretaría de Guerra —formalmente se disolvió en 1879—. <sup>8</sup> Su actuación, como ya se

<sup>6</sup> Manuel Chust, y Juan Marchena (coordinadores), *Las armas de la nación: independencia y ciudadanía en Hispanoamérica 1750-1850*, Madrid, Iberoamericana Vervuert, 2007, pp. 223-245.

<sup>7</sup> Alicia Hernández Chávez, “Acerca del mecanismo del pronunciamiento”, en: *México: una breve historia. Del mundo indígena al siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 2002, pp. 201-2013.

<sup>8</sup> Javier Garcíadiego, (coordinador), *El ejército mexicano, cien años de historia*, México, El Colegio de México, 2014.

dijo, fue ambivalente, podía ser conservadora o liberal, dependiendo de los intereses políticos de los caudillos locales.

Durante la guerra de intervención de Estados Unidos en México, Mariano Otero resaltó el valor de la Guardia Nacional y demandó que no estuviera sujeta a los gobernadores sino a defender a la nación. Durante los años cuarenta del siglo XIX, la Guardia Nacional gozó de popularidad porque exentaba, a quien estaba inscrito en ella, del servicio regular del ejército y no establecía discriminación censitaria. Registrarse en la Guardia Nacional devino un deber de todo mexicano entre la edad de 18 y 50 años, por el hecho de inscribirse en la guardia nacional para la defensa de la patria, los individuos adquirirían el voto activo y pasivo en las elecciones populares. Quien no formara parte de la Guardia Nacional se exponía a sufrir la pérdida de sus derechos políticos.

La reglamentación de la Guardia Nacional —la única Ley Orgánica de la Guardia Nacional fue la de 1848— establecía que sus jefes serían nombrados por los oficiales y sargentos de cada cuerpo a pluralidad absoluta de votos, así como los oficiales, sargentos y cabos lo serían por los individuos de sus respectivas compañías. Una vez electos jefes y oficiales se daba parte de los nombramientos al gobernador. Los ciudadanos tenían derecho de elegir el arma con que deseaban servir; dichas listas las remitían al gobierno del Estado. En estados más ricos como el de México se organizaron secciones ligeras de voluntarios donde sargentos y cabos fueron montados y armados por cuenta del Estado.

Fueron las coyunturas históricas las que consolidaron a la Guardia Nacional. La primera etapa fue la de la invasión estadounidense, entre 1847-1848; la segunda se produjo en 1855, cuando los liberales defendieron la desamortización de bienes de las corporaciones, la separación Iglesia-Estado, los derechos individuales y la abolición de fueros y privilegios. Un tercer momento fundamental ocurrió cuando se protegió a la República contra el Imperio de Maximiliano. Finalmente, la Guardia Nacional respaldó en 1876 a Porfirio Díaz y su Plan de Tuxtepec.

Además, hubo otro tipo de estímulos para que se mantuviera el prestigio de la Guardia Nacional, por ejemplo, no se podía extender pasaporte ni licencia de armas a aquel que no estuviera inscrito en el padrón de la Guardia Nacional, tampoco podía el ciudadano no inscrito obtener empleo público, votar ni ser votado o presentar demanda ante un tribunal. Lo anterior bastaba para que todos los varones en edad de formar parte de la Guardia Nacional se inscribieran en ella.

El financiamiento de la Guardia Nacional se realizaba a partir del municipio y su ayuntamiento, a partir de los recursos municipales y de contribuciones ciudadanas. Si el gobernador como Jefe de la Guardia Nacional solicitaba que esta saliera de su pueblo o región debía proveerla con haberes y pertrechos. Si la movilización era con motivo de una petición del gobierno federal, la Secretaría de Guerra asumía su financiamiento.

El papel político de los milicianos fue muy importante para la República. Una vez que regresaban a la vida pacífica exigía derechos de ciudadanía y la abolición

del sistema electoral indirecto, y a la dotación de tierras. Los que no recibían lo que esperaban, dieron lugar a un republicanismo popular o populista.

Aunque la Guardia Nacional existe en diversos preceptos de la Constitución de 1917, durante el siglo XX no ha operado. En el gobierno del general Cárdenas se pretendió que milicias locales constituyeran la Guardia Nacional. El ex procurador Ignacio Morales Lechuga la promovió para hacer frente a la criminalidad del país. El ex diputado Alberto López Rosas, en 1988, la propuso para que se encargara de la protección civil.<sup>9</sup> Los movimientos de autodefensa que han surgido en el país — fundamentalmente en Michoacán y Guerrero— durante el sexenio de Enrique Peña Nieto, expresan que las nociones de Guardia Nacional no han sido olvidadas en el imaginario social. Últimamente el candidato Andrés Manuel López Obrador ha insistido en su vigencia real para enfrentar los graves problemas de inseguridad por los que atraviesa nuestro país.

### **III. La ambigüedad e inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior al definir las materias objeto de la Ley**

Distintos estudios han señalado que la ambigua definición de seguridad interior que proporciona el artículo 2 de la Ley, además de generar dualidad de interpretaciones, vulnera el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica. De manera contraria a la Constitución, los artículos 20 y 21 de la LSI otorgan facultades de coordinación a los titulares de las Secretarías de Defensa Nacional y Marina; los procedimientos establecidos para llevar a cabo las acciones de las fuerzas armadas como la emisión de la Declaratoria de afectación a la seguridad interior son contrarios a los principios de división de poderes, independencia judicial, frenos y contrapesos establecidos en nuestra Constitución. Y por si fuera poco, se conceden a las fuerzas armadas competencias en materia de seguridad pública, lo que les está vedado por el artículo 21 constitucional, reformado en 2008, y por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación después de ese año.<sup>10</sup>

Como ya se comentó, existen tres conceptos relacionados, pero distintos: seguridad pública, seguridad nacional y seguridad interior. La seguridad pública corresponde a las autoridades civiles de los tres órdenes de gobierno —ministerios públicos y policías federales, estatales y municipales— para prevenir, investigar y sancionar los delitos y las faltas administrativas. La seguridad nacional —categoría importada a nuestra Constitución en 2004 y derivada de la doctrina de seguridad nacional de Estados Unidos— es una atribución que le fue encomendada al Ejecutivo en el artículo 89 fracción VI de la Constitución y en los artículos 3 y 5 de la Ley

---

<sup>9</sup> Martín Gabriel Barrón Cruz y Carlos Silva Yáñez Romero y José Arturo, *Guardia Nacional y policía preventiva: dos problemas de seguridad en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pp. 13-78.

<sup>10</sup> Estudio sobre Seguridad Interior del Instituto de Investigaciones Jurídicas... *op. cit.*

de Seguridad Nacional de 2005 que la precisan. Es importante hacer notar que el mismo artículo 89 fracción VI de la Constitución distingue gramaticalmente entre seguridad nacional e interior-exterior. La norma dice: “Artículo 89 fracción VI. *Preservar la seguridad nacional*, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para *la seguridad interior y defensa exterior* de la Federación”.

De lo anterior, es claro que el artículo 1 de la LSI, cuando establece que sus disposiciones son materia de seguridad nacional en términos de lo dispuesto en el artículo 73 fracción XXIX-M de la Constitución y en materia de seguridad interior, de conformidad con el artículo 89 fracción VI de la Ley Fundamental está confundiendo y mezclando conceptos diversos —seguridad nacional que constitucionalmente corresponde en lo fundamental a las autoridades civiles y seguridad



Como ya se comentó, existen tres conceptos relacionados, pero distintos: seguridad pública, seguridad nacional y seguridad interior.

interior y exterior que compete a las fuerzas armadas—. El legislador recurrió a esa estratagema para contar con un fundamento constitucional para legislar en materia de seguridad interior, pues el artículo 73 de la Constitución no le faculta de manera expresa a competencia alguna en dicho ámbito.

Como mencionamos, al inicio del ensayo, la LSI en su artículo 2 contempla las dos funciones materiales de la seguridad interior inconstitucionales: 1). Que el titular del Ejecutivo a través de las fuerzas armadas salvaguarde la permanencia y continuidad de los órdenes de gobierno e instituciones; mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional; y 2). Que el titular del Ejecutivo a través de las fuerzas armadas salvaguarde la permanencia y continuidad del desarrollo nacional, mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional.

Como nos podemos dar cuenta, de conformidad con la Constitución —artículo 89 fracción VI—, las funciones que debe encomendar la LSI al titular del Ejecutivo, a la luz de lo previsto en la Ley Fundamental, sólo podrían ser desarrolladas por las fuerzas armadas, sin intervención de autoridades civiles. Sin embargo, en el cuerpo

de la Ley, por ejemplo, en el artículo 4 fracción II de la misma, se faculta a otras autoridades —civiles— distintas a las militares para —extendiendo las competencias ya conferidas en el artículo 2 de la Ley— identificar, prevenir, atender, reducir y contener riesgos y amenazas a la seguridad interior. De esta suerte, se menoscaba la Constitución, porque de acuerdo a su artículo 89 fracción VI, las autoridades civiles, fundamentalmente las policías de los tres órdenes de gobierno no tienen competencia en materia de seguridad interior. Ni las fuerzas armadas debieran tener competencia en primera instancia, ni de manera ordinaria para salvaguardar la continuidad del Estado y del orden constitucional porque eso corresponde a la soberanía popular y a los poderes de la Federación y de las entidades federativas que la ejercen, según disponen los artículos 39 y 41 de la Constitución.

Decimos que son inconstitucionales esas funciones porque además de lo expuesto, las fuerzas armadas no pueden en tiempo de paz —artículo 129 de la Constitución— desempeñar otra atribución que no tenga estricta conexión con la disciplina militar y porque las fuerzas armadas en tiempo de paz deben permanecer en sus instalaciones militares. Son ambas, funciones inconstitucionales porque nuestra Constitución contempla ya a las instituciones que ejercen representativamente la soberanía popular —los poderes de la Unión federales y los poderes de las entidades federativas— para el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional, según dispone el artículo 41 constitucional.

La ausencia de taxatividad en la LSI es palpable. El artículo 4 fracción II de la Ley, señala que por amenazas a la seguridad interior deben entenderse:

1. Las que afecten los principios establecidos en el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional.
2. Las contenidas en el artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional.
3. Las emergencias o desastres naturales en un área o región geográfica del país.
4. Las epidemias y demás contingencias que afecten a la salubridad general.
5. Las que afecten los deberes de colaboración de las entidades federativas y municipios en materia de seguridad nacional.

La fracción III del artículo 4 de la LSI determina que riesgo a la seguridad interior es la situación que potencialmente puede convertirse en amenaza a la seguridad interior.

Como se observa, la LSI mezcla y aúna conceptos de seguridad interior y de seguridad nacional; de tratarse de funciones encomendadas exclusivamente a las fuerzas armadas pasan a ser funciones también de autoridades civiles; y parece ser que la finalidad fundamental de la LSI es escapar de los órganos, procedimientos y controles que deben concurrir al actualizarse los supuestos previstos en el artículo 29 constitucional en materia de suspensión de derechos y garantías.

La seguridad nacional, por su parte, es un concepto constitucional separado de las funciones militares, mismo que ejerce el presidente de la República, a la luz de una interpretación gramatical, funcional y axiológica del artículo 89 fracción VI de la Constitución. La seguridad nacional es una tarea que, de acuerdo a nuestra Constitución, debe ser realizada por autoridades civiles dependientes del Poder Ejecutivo y no por autoridades militares.

La materia de la seguridad nacional está contemplada inconstitucionalmente en los artículos 3 y 5 de la LSI. Decimos que muchas de esas hipótesis son inconstitucionales porque expresan tareas de seguridad pública y competencias de otras autoridades civiles como es el Poder Judicial de la Federación y otras instancias de autoridad. El Plan Nacional de Desarrollo y el Programa de Seguridad Nacional señalan que los riesgos y amenazas a la seguridad nacional comprenden desastres naturales, pandemias, ciberseguridad, terrorismo y armas de destrucción masiva, fronteras, mares y flujos migratorios irregulares y delincuencia organizada transnacional. La amplitud de las materias de las que se ocupa la seguridad nacional más allá de lo que determina la ley respectiva, también es sumamente cuestionable porque vulnera los principios de legalidad y de seguridad jurídica, pues un riesgo o amenaza a la seguridad nacional tiene relación con condiciones económicas, sociales, ambientales, tecnológicas, con la pobreza, la desigualdad, las enfermedades y el desarrollo de nuestro país, entre otras.

Es tal la extensión de los conceptos de seguridad nacional y de seguridad interior a la luz de las respectivas leyes en la materia, que además de su vaguedad, ambigüedad y evidentes violaciones a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, se invaden en ambos ordenamientos competencias que corresponden en exclusiva a las autoridades civiles en materia de seguridad pública y en otros ámbitos.

La LSI y la de Seguridad Nacional vulneran múltiples estándares internacionales sobre seguridad pública. Las resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos han sido consistentes en considerar que las funciones de orden público deben estar en manos de la policía y no de las fuerzas armadas.<sup>11</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado al Estado mexicano revisar el contenido de la legislación, para mantener a las fuerzas armadas en el rol propio para el que fueron creadas, así como revisar los procedimientos adoptados por las fuerzas armadas, pues por muy grave que sea la criminalidad ordinaria, ello no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado para autorizar a las fuerzas armadas a intervenir en funciones propias de la autoridad civil.<sup>12</sup>

En 2009, el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó su preocupación por la parti-

---

<sup>11</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras. CCPR/C/HND/CO/2, 22 de agosto de 2017, párrafo 21. CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 57, 2009, párrafos 100-105.

<sup>12</sup> CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 1998, capítulo V, párrafo 403.

cipación de las fuerzas armadas en tareas policiales porque coloca a la población en situación de vulnerabilidad.<sup>13</sup>

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, estimó que la intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública puede implicar riesgos a los derechos humanos, y precisó la gravedad de la actuación militar en las investigaciones ministeriales y judiciales, y exigió el deslinde claro de las funciones militares y de policía.<sup>14</sup>

***Las fuerzas armadas no deben tener intervención en materia de seguridad pública y seguridad ciudadana porque han sido entrenadas para el combate y para el abatimiento del enemigo y no para el trato e interacción con los civiles.***

Las fuerzas armadas no deben tener intervención en materia de seguridad pública y seguridad ciudadana porque han sido entrenadas para el combate y para el abatimiento del enemigo y no para el trato e interacción con los civiles. En este sentido, el uso de la fuerza debe ser concebido y regulado como una medida excepcional, utilizada para proteger la vida e integridad de las personas, en contextos especificados y siguiendo protocolos de actuación que garanticen su uso proporcional, idóneo y necesario.

## **IV. Las facultades de seguridad pública en la Ley de Seguridad Interior**

Los artículos 11, 12, 20, 22, 23, 27, 29, 30 y 31 otorgan a las fuerzas armadas competencias que corresponden a las autoridades civiles. De manera expresa la LSI da facultades a las fuerzas armadas para realizar tareas de investigación criminal correspondientes a la policía y al ministerio público, lo que constituye una violación al artículo 21 constitucional.

El artículo 27 de la LSI, en relación con los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26 y 28, permite a las fuerzas armadas realizar tareas de detención, aseguramiento de lugares donde se cometan los ilícitos y presentación de personas responsables ante autoridades, dando aviso a estas por el medio más expedito, pero sin precisión alguna y con grave riesgo para los derechos humanos. Los artículos 29, 30 y 31 facultan a las fuerzas armadas para obtener pruebas mediante los esquemas y procedimientos de inteligencia.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> CIDH. Informe sobre la seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, párrafo 100.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párrafo 86.

<sup>15</sup> Estudio sobre Seguridad Interior del Instituto de Investigaciones Jurídicas... *op. cit.*

Las fuerzas armadas, al tener competencias para preservar el lugar de los hechos en los que se realicen los ilícitos, cuentan también con atribuciones en la cadena de custodia, la que constitucionalmente le corresponde a la policía y a los peritos con la dirección del ministerio público. Si tienen facultades para preservar indicios y evidencias probatorias, de manera inconstitucional estarían afectando los derechos de acceso a la justicia, tanto de los acusados como de las víctimas u ofendidos.

En cuanto a las labores de investigación —artículos 29, 30 y 31— pueden según la LSI hacer uso de cualquier método lícito de recolección de información. Tales tareas son de seguridad nacional o de seguridad pública y no de seguridad interior. En materia de seguridad nacional corresponden al Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), conforme a la LSI, y en materia de seguridad pública, el artículo 131 del Código Nacional de Procedimientos Penales faculta para ello al ministerio público, a sus auxiliares y a la policía. Las fuerzas armadas no tienen facultad constitucional en el artículo 21 de nuestra Ley Fundamental para conducir investigaciones criminales.

La gravedad de las competencias anteriores a favor de las fuerzas armadas es que estas, al recolectar y solicitar información a las autoridades, estarán violando los principios del debido proceso. Exclusivamente al ministerio público, a las policías y a los peritos, les compete acceder a medios de prueba en investigaciones penales de conformidad con lo que dispone el artículo 21 de la Constitución y las leyes que derivan de él.

Además de las facultades expresas en la LSI en materia de seguridad pública, de sus disposiciones se derivan competencias implícitas. En el artículo 4, fracción I de la LSI se señala que son acciones de seguridad interior aquellas que realizan las autoridades federales, incluyendo las fuerzas armadas, por sí o en coordinación de los demás órdenes de gobierno, orientadas a identificar, prevenir, atender, reducir y contener riesgos y amenazas a la seguridad interior. Las acciones de seguridad interior pueden ser de seguridad pública, dado que existen riesgos y amenazas a la seguridad interior a la luz de la propia ley que tienen relación con la seguridad pública.

Otra facultad implícita de seguridad pública que contiene LSI está en el concepto de amenazas a la seguridad interior porque esa categoría remite a los artículos 3 y 5 de la LSI, y algunas de las hipótesis que esas normas prevén, tienen que ver con los delitos de espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria y genocidio —materias criminales que son de seguridad pública—.

De los artículos 20, 21, 22 y 23 de la LSI también se desprenden competencias implícitas en materia de seguridad pública a favor de las fuerzas armadas, pues los comandantes militares elaboran protocolos de actuación para las autoridades civiles y determinan la coordinación entre las autoridades militares y las civiles en tratándose de declaratorias de protección a la seguridad interior. De esta suerte, las autoridades militares tendrán preeminencia sobre las civiles, éstas estarán subordinadas y serán auxiliares de las militares.

En supuestos diversos a los de la Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, el artículo 11, prevé que el presidente de la República puede ordenar por sí acciones de seguridad interior en una entidad federativa o en una zona geográfica del país. Igual ocurre en materia de riesgos, en donde las fuerzas armadas despliegan en todo momento su actividad sin necesidad de una Declaratoria de protección a la Seguridad Interior.

En cuanto a las Declaratorias de Protección a la Seguridad Interior, como estas son ambiguas —artículo 14 de la Ley—, bien pueden ocuparse de materias que correspondan a otros poderes, órganos de gobierno, y desde luego pueden tener incidencia respecto a investigaciones criminales y sobre la seguridad pública.

Los casos más graves que prevé la LSI y que dota a las autoridades militares de excesivos poderes en materia de seguridad pública y en otros campos que corresponden a los demás poderes o al resto de los niveles de gobierno, son los supuestos que prevén los artículos 6, 11, 16 y 26 que facultan al presidente para hacer uso de las fuerzas armadas sin la emisión de la Declaratoria. Se trata de un procedimiento de suspensión de derechos y garantías *fast track*, diverso al previsto en el artículo 29 constitucional, en donde, entre otras acciones, las fuerzas armadas pueden realizar cualquier acción para identificar, prevenir y atender riesgos a la seguridad interior por sí mismas, es decir, hasta de manera autónoma de la voluntad presidencial en franca contravención al artículo 89 fracción VI de la Constitución.

## V. La inoperancia de la resolución sobre la acción de inconstitucionalidad 1/96

Los defensores de la LSI citan la jurisprudencia dictada en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 1/96 para justificar que la SCJN facultó a las fuerzas armadas para actuar en materias de seguridad público en auxilio subordinado a las autoridades civiles competentes.<sup>16</sup> No podían las fuerzas armadas, según esa jurisprudencia, hacerlo por sí ni ante sí, sino mediante solicitud expresa, fundada y motivada de las autoridades competentes.

La citada tesis jurisprudencial, como hemos dicho, ya no es aplicable. En 2008 —el 18 de junio se publicó en el *DOF*— se aprobó la reforma constitucional al artículo 21 constitucional que determinó con precisión que la seguridad pública, la prevención, investigación y persecución de los delitos son facultades que corresponden exclusivamente a las autoridades civiles.

Posteriormente la reforma en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *DOF* modificó el paradigma de los derechos humanos, hizo de ellos el fundamento y el fin del sistema constitucional y del mismo Estado mexicano, re-

<sup>16</sup> Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

formó entre otros, el artículo 1, y el 29 para establecer controles democráticos a los procedimientos de suspensión de derechos y de garantías, además de indicar que ciertos derechos humanos y garantías no son susceptibles de suspenderse ni restringirse. En esa modificación constitucional, obviamente no se dio competencia alguna a las fuerzas armadas, y estas como el resto de las autoridades del país, están obligadas en el ámbito de sus competencias —que no son constitucionalmente la seguridad pública ni la seguridad nacional— a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, e insistió que el Estado mexicano deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha delineado un paradigma interpretativo y argumentativo que se ha expresado en casos como el expediente varios 912/2010 o en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, que han fijado un parámetro de regularidad constitucional muy alto, en donde los tratados de derechos humanos están al mismo nivel de la Constitución, las decisiones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos —las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— son obligatorias para el Estado mexicano, aunque no haya sido parte en ellas, y que cualquier autoridad está obligada a realizar interpretación constitucional y convencional de oficio, pudiendo desaplicar normas contrarias a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos, y en algunos casos, si existe competencia para ello, a expulsar esas normas del sistema jurídico nacional contraventoras de los derechos humanos.

En esta tesitura, la LSI constituye un despropósito jurídico de enorme magnitud porque las fuerzas armadas no pueden colocarse por encima de las autoridades civiles competentes, y no pueden abrogarse tareas como: la permanencia y continuidad de los órganos de gobierno e instituciones o el desarrollo nacional para el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de derecho y la gobernabilidad democrática. Estas funciones competen a la soberanía popular a través de sus instancias representativas —artículos 39 y 41 de la Constitución—.

Además, ayer —cuando se resolvió la acción de inconstitucionalidad 1/96— como hoy, las fuerzas armadas estaban acotadas por el artículo 129 de la Constitución y por los procedimientos en vigor contemplados en los artículos 29, 76 fracciones V y VI, y 119 de la Constitución. Ni siquiera con los principios de esa época se podía sostener un papel fundamental para las fuerzas armadas. La jurisprudencia de entonces las subordinaba a las autoridades civiles y les daba competencias estrictamente de auxilio, previa solicitud fundada y motivada de la autoridad competente.

La Corte, al emitir su resolución en la acción de inconstitucionalidad 1/96, hizo esfuerzos —no creo que lo lograra— para respetar el orden constitucional, pues tuvo que justificar que las funciones de las fuerzas militares en seguridad pública tenían exacta conexión con la disciplina militar, indicando que su papel era de auxilio a las autoridades civiles, exclusivamente cuando las circunstancias del caso se requiriesen para proteger la seguridad interior y la gravedad de la situación no obligara a

la suspensión de garantías prevista en el artículo 29 constitucional; la jurisprudencia abundó en que las fuerzas armadas no podían actuar por sí ni ante sí, pues era necesaria una solicitud expresa fundada y motivada de las autoridades civiles competentes, subordinarse a ellas y ajustar su proceder en todo momento al marco jurídico.

## VI. Conclusiones

En este capítulo hemos analizado el concepto de seguridad interior que desde nuestro punto de vista es una atribución del titular del Poder Ejecutivo que realiza con el apoyo de las fuerzas armadas, pero que por ser una competencia relacionada con la fuerza militar sólo debe emplearse, por un argumento de mayoría de razón, en situaciones excepcionales. Esas circunstancias extraordinarias devienen de una interpretación gramatical, sistemática y axiológica de la Constitución, y sus órganos y procedimientos ya están previstos en la propia Constitución, entre otros, en los artículos 29, 76 fracciones IV, V y VI y 119 de la Constitución. La seguridad interior no puede consistir en lo que ambiguamente define la Ley de la materia en su artículo 2, cuando dice que la seguridad interior:

[...] es la condición que proporciona el estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Comprende el conjunto de órganos, procedimientos y acciones destinados para dichos fines, respetando los derechos humanos en todo el territorio nacional, así como para prestar auxilio y protección a las entidades federativas y los municipios, frente a riesgos y amenazas que comprometan o afecten la seguridad nacional en los términos de la presente ley.

El despropósito constitucional es que esas tareas están ya encomendadas al propio pueblo que ejerce su soberanía a través de los poderes de la Unión y de las entidades federativas a la luz de lo previsto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Los fines del artículo 2 de la LSI son totalmente opuestos a los principios representativos, republicanos, federales, laicos y democráticos del artículo 40 de la Ley Fundamental, y a muchos otros preceptos de la misma como el artículo 129, y a las resoluciones y recomendaciones de tribunales y organismos en materia de derechos humanos de carácter supranacional.

La seguridad interior tampoco puede confundirse con la seguridad pública, esta, está delimitada en el artículo 21 constitucional y corresponde a las autoridades civiles, ministerio público y policías, y comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución de ellos, así como la sanción de las infracciones admi-

nistrativas, en los términos de la ley. Por ningún motivo, la LSI debe invadir competencias, como lo hace reiteradamente, de la policía y del ministerio público.

Tampoco la seguridad interior es seguridad nacional. Como se explicó, este concepto ingresó al orden constitucional mexicano en 2004, después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. Los propósitos de la seguridad nacional son de control geopolítico de Estados Unidos sobre sus fronteras y sobre los territorios vecinos para mantener la estabilidad interna en Estados Unidos, además que se trata de una categoría jurídica y política utilizada, por la política exterior estadounidense y por el complejo industrial militar de ese país, para salvaguardar los recursos naturales y estratégicos en terceros países sobre los que los estadounidenses tienen intereses económicos, políticos o militares.

***Las competencias de seguridad nacional que enumeran los artículos 3 y 5 de la Ley de Seguridad Nacional son incompatibles con el orden constitucional mexicano, son tareas que constitucionalmente corresponden a los poderes de la Unión y a los poderes de las entidades federativas, y no a las fuerzas armadas.***

Las competencias de seguridad nacional que enumeran los artículos 3 y 5 de la Ley de Seguridad Nacional son incompatibles con el orden constitucional mexicano, son tareas que constitucionalmente corresponden a los poderes de la Unión y a los poderes de las entidades federativas, y no a las fuerzas armadas, las que en tiempos de paz no pueden conocer de materia alguna que no tenga exacta conexión con la disciplina militar, por lo que deben permanecer en sus instalaciones militares.

En nuestro país sería deseable una reformulación del concepto de seguridad nacional para hacerlo compatible con el orden constitucional mexicano, por eso propuse que debe tener relación con la planeación democrática, con la propuesta de políticas públicas y soluciones, a cargo inicialmente del presidente de la república y de su Consejo de Seguridad Nacional, pero antes y después debe ser competencia de toda la sociedad e instancias públicas para enfrentar los problemas nacionales con el concurso de los otros poderes de la Unión y los tres órdenes de gobierno. La finalidad de la seguridad nacional es que las instituciones del Estado puedan ejercer sus competencias en un clima propicio, de libertades y derechos humanos para todos los habitantes. No debe ser un concepto militarista sino civilista y tampoco debe ser un concepto fundamentalmente represivo sino liberal, que debe proyectar a futuro las líneas programáticas y de acción de un gobierno o del Estado para preservarlo, las que deben pasar por el análisis de las instancias deliberativas de carácter social e institucional.

La SCJN, al resolver las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo interpuestos en contra de la LSI tiene retos indudables.

No podrá invocar la jurisprudencia derivada de la resolución dictada en la acción de inconstitucionalidad 1/96. Tendrá que asumir que la seguridad pública no es tarea de seguridad interior ni de seguridad nacional, que las funciones de seguridad pública corresponden en exclusiva a las autoridades civiles.

También la Corte deberá delimitar conceptualmente si el significado de seguridad nacional y si la seguridad interior es parte de la seguridad nacional. La Corte tendrá que preguntarse por los vínculos entre seguridad interior y suspensión de derechos, por las relaciones entre seguridad interior y desaparición de poderes y conflictos militares entre los estados, tendrá que preguntarse por las relaciones que existen entre seguridad interior y la garantía de intervención federal —artículo 119 constitucional—.

Igualmente, no podrá evadir el significado y el alcance constitucional del artículo 129 de la Constitución y, no podrá omitir el origen de la soberanía popular ni cómo se ejerce esta y a través de qué poderes e instancias. También tendrá que encontrar las diferencias entre un Estado republicano, representativo, democrático, laico, federal, y las consecuencias de introducir en el orden jurídico, el poder inmenso que establece la LSI para las fuerzas armadas en su artículo 2, que puede entenderse como el inicio de jure del militarismo en México.

La Corte no podrá escapar a las resoluciones y recomendaciones de tribunales y organismos internacionales en materia de derechos humanos y tendrá que destacar la incompatibilidad entre una democracia-Estado de derecho con una fuerte y permanente presencia militar en las vidas de los ciudadanos y en tareas que no son competencia de las fuerzas armadas.

De manera previa, de especial pronunciamiento, será, como dice Luis Miguel Cano, obligatorio que la SCJN aclare si el Congreso de la Unión cuenta con facultades para emitir una ley de coordinación para distribuir competencias en materia de seguridad interior. La jurisprudencia de la Suprema Corte hasta el momento ha sido constante y ha estimado que sólo cabe una ley que asigne competencias entre los tres órdenes de gobierno cuando: 1) de manera expresa se ha modificado el artículo 73 de la Constitución para habilitar a las Cámaras a aprobar una ley de esas características; y 2) cuando la Constitución encomienda expresamente la competencia al Estado mexicano en su conjunto. En el caso concreto, ni se ha reformado el artículo 73 ni otro precepto de la Constitución para otorgar facultades para legislar sobre esa coordinación, ni la Constitución en el artículo 89 fracción VI determina que la materia de seguridad interior corresponde al Estado en su conjunto. De esta manera, la Corte debería expresar que el Congreso de la Unión carece de facultades en materia de una LSI, con las características que fue aprobada, si previamente no se da alguno de los dos supuestos anteriores.<sup>17</sup>

Además de lo anterior muchos otros temas deberán ser parte de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la LSI. Por ejemplo, el

---

<sup>17</sup> Luis Miguel Cano, “Seguridad Interior”, Cuaderno 6, *Serie renovación jurisprudencial*, México, Litiga, 2018, pp. 64-67.

nivel de cumplimiento con el derecho a la consulta de los pueblos indígenas previsto en el Convenio 169 de la OIT, de existir un impacto significativo en sus derechos colectivos e individuales por la expedición de la Ley; al igual que un necesario análisis constitucional para determinar si la cita Ley no vulnera la perspectiva de género, o no promueve la violencia en contra de las mujeres, por ser estas uno de los sectores más débiles y desprotegidos en sus derechos de la sociedad mexicana.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Barrón Cruz, Martín Gabriel y Yáñez Romero, Carlos Silva y José Arturo. *Guardia Nacional y policía preventiva: dos problemas de seguridad en México*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.
- Carpizo, Jorge. *El presidencialismo mexicano*. México, editorial Siglo XXI, 2002.
- Chomsky, Noam. *¿Quién domina el mundo?* Barcelona, ediciones B, (trad.) de Javier Guerrero, 2016.
- Chust, Manuel y Marchena, Juan (coordinadores). *Las armas de la nación: independencia y ciudadanía en Hispanoamérica 1750-1850*. Madrid, Iberoamericana Vervuert, 2007.
- Cruz Barney, Óscar. “Introducción histórica al artículo 89 de la Constitución”. En: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*. México, LXIII Legislatura Cámara de Diputados, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Senado de la República, Instituto Nacional Electoral, UNAM y Miguel Ángel Porrúa, tomo IX, 2016.
- \_\_\_\_\_. “Introducción histórica al artículo 89 de la Constitución”. En: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, LXIII Legislatura Cámara de Diputados, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Senado de la República, Instituto Nacional Electoral, UNAM y Miguel Ángel Porrúa, tomo IX, 2016.
- Garciadiego, Javier (coordinador). *El ejército mexicano, cien años de historia*. México, El Colegio de México.
- Hernández Chávez, Alicia. “Acerca del mecanismo del pronunciamiento”. En: *México: una breve historia. Del mundo indígena al siglo XX*. México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 2002.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. México, Porrúa, 1984.

### *Hemerográficas*

- Cano, Luis Miguel. “Seguridad Interior”. *Cuaderno 6*, serie renovación jurisprudencial, México, Litiga, 2018.

## *Sección Doctrina*

### **Otras**

- ONU. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras. CCPR/C/HND/CO/2, 22 de agosto de 2017, párrafo 21. CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 57, 2009.
- CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 1998, capítulo V.
- CIDH. Informe sobre la seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220.
- Estudio sobre Seguridad Interior del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM.
- Estudio sobre Seguridad Interior del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM, 2017.
- Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

Antonio  
Salcedo Flores\*

## *La prisión preventiva, ¿condena anticipada?*

### Resumen

Uno de los pilares del auténtico sistema procesal penal acusatorio es la excepcionalidad de la prisión preventiva, hecho que no ha sido aceptado por ciertos sectores, desde donde, hoy, se busca una contrarreforma para que la cárcel vuelva a ser el medio que *neutralice* a “los malos”, a “los enemigos”, a toda aquella persona que se considere contraria al progreso. Motivados por lo anterior, en esta investigación exponemos y analizamos algunas ideas sobre la prisión preventiva, su naturaleza jurídica, surgimiento y evolución histórica. Consideramos que una mejor comprensión de esta figura privativa de libertad, propiciará que quienes legislan, gobiernan, realizan tareas de seguridad pública, comunican, litigan, juzgan y educan, tomen decisiones mejor informadas.

### Abstract

*One of the pillars of the authentic accusatory criminal procedure system is the exceptional nature of pretrial detention, a fact that has not been accepted by certain sectors, from where an against-reform is now being sought so that jail becomes the means to neutralize “the bad”, to “the enemies”, to any person who considers himself contrary to progress. Motivated by the above, in this investigation we expose and analyze some ideas about pretrial detention, its legal nature, emergence and historical evolution. We consider that a better understanding of this figure exclusive of freedom will encourage those who legislate, govern, perform public security tasks, communicate, litigate, judge and educate, make better informed decisions.*

**Sumario:** I. La privación de la libertad / II. La prisión preventiva / III. Naturaleza jurídica de la detención preventiva / IV. Aspectos históricos de la prisión preventiva / V. La prisión preventiva en la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia / VI. La función de la prisión preventiva / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dr. en Derecho y Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

## I. La privación de la libertad

Prisión es un término proveniente del latín *prehensio-onis*, que significa detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.<sup>1</sup> Luis Marcó del Pont definió la prisión como cosa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos,<sup>2</sup> y advirtió que suele sustituirse por el término de cárcel, que a su vez se deriva del latín *coercendo*, que quiere decir restringir, coartar, meter una cosa a un lugar cerrado.

En el antiguo derecho hebreo, así como entre los griegos,<sup>3</sup> la prisión desempeñaba dos funciones: evitar la fuga y servir de sanción. Entre los romanos, la prisión sólo servía para guardar a los hombres.

La prisión, durante la Edad Media, fue concebida como la reacción jurídico-penal de un grupo social ante una conducta delictiva, reacción consistente en la privación de la libertad.

Fue en el derecho canónico en el que surgió la prisión, se crearon sitios para que los culpables reflexionaran sobre su culpa, en carácter de penitencia y para su arrepentimiento. Tales sitios eran pozos, tumbas, castillos, fortalezas, torres, conventos, palacios, calabozos, mazmorras, edificios abandonados, barcos, cárceles flotantes o galeras, reclusorios y penitenciarías.

La prisión es el medio sancionador al que más han recurrido todos los sistemas penales del mundo,<sup>4</sup> en su evolución histórica, refiere Del Pont, se han identificado cuatro fases fundamentales.

En la primera etapa vemos a la prisión como un lugar de guarda, en él se tenían seguros físicamente a los prisioneros; corresponde a los siglos XIII y XIV de nuestra era.

En la segunda fase se explotó, en beneficio ajeno, la fuerza de trabajo de los reclusos, esto tuvo lugar del siglo XV al XVII.

La tercera fue correccionalista y moralizadora, se desarrolló en los siglos XVIII y XIX.

La cuarta fue readaptadora y resocializadora, subordinada a la individualización de la pena y al tratamiento penitenciario y pospenitenciario; caracterizó al siglo XX.

Es posible que nos encontremos en la quinta fase. En ella acontece que la readaptación y la resocialización han fallado, la prisión se encuentra en crisis, tanto la punitiva como la preventiva, aunque el caso de esta última es más grave; sin embargo, ambas deben ser sustituidas. Debe ponerse fin a todos los problemas subjeti-

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa editores, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 2005, voz *prisión*.

<sup>2</sup> Luis Marcó Del Pont, *Derecho penitenciario*, México, Cárdenas editor, 1984, p. 37.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 39 y 40.

<sup>4</sup> Normal Morris, *La evolución de la prisión, en Penología*, (Recopilación de Rosa del Olmo), Venezuela, Universidad de Carabobo, 1972, p. 18.

vos y materiales que han surgido a causa de la detención preventiva, según veremos adelante.

Tanto se ha abusado de la prisión que se ha ocasionado un deterioro general en el derecho y en los sistemas penales. La prisión no es expiativa ni redentora, todas las cárceles son criminógenas, corrompen y preparan a la reincidencia.

Durante la cuarta fase, precisamente en 1955, la prisión experimentó un reajuste en sus planteamientos jurídico-ejecutivos, ya que admitió el espíritu humanista de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal humanización se debió, en mucho, a la censura internacional contra las anomalías e injusticias que se vivían en las prisiones. Ese interés por mejorar las condiciones de la prisión ha estado más presente en los instrumentos internacionales que en los nacionales. Las organizaciones mundiales, a diferencia de los gobiernos nacionales, siempre han mostrado interés, preocupación y propuestas para aliviar en algo las graves injusticias y tratos inhumanos que son característicos de todos los sistemas carcelarios.

A la prisión siempre se le ha considerado el arma preferida del Estado, representante de un tipo de poder que la ley valida, para someter a sus enemigos internos y externos. Es un modelo jurídico disciplinario que concentra todas las tecnologías coercitivas del comportamiento, es una institución total, en donde los sujetos que en ella viven están sometidos a una sola autoridad, están separados completamente del mundo circundante, y todos los procesos vitales y necesidades de los internos están administrados según un plan omnicompreensivo, que reclama para sí la total persona de los internos.

La finalidad de la prisión, según la moderna política criminológica, es preventiva-especial, porque tiende a evitar que el sujeto reincida, y con ello llegamos a una segunda finalidad, de prevención general, en virtud de que al sancionar al delincuente particular, se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplariza a los demás para que se abstengan de violar la norma.

## II. La prisión preventiva

Se define como una medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y se presume que intentará eludir la acción de la justicia o que entorpecerá el procedimiento.<sup>5</sup> Esta definición, que era una de las más aceptadas por la doctrina y en foros mexicanos, es errónea. La prisión preventiva no es una medida precautoria, debido a que consume de manera irreparable el principal derecho del procesado, que es precisamente su libertad. Las medidas precautorias, como su nombre lo indica y acorde al propósito para el que fueron creadas, preservan un bien determinado para que de él se disponga en un futuro. Por otro

<sup>5</sup> Héctor Fix Zamudio, *La jurisdicción constitucional mexicana*, México, Porrúa, 1955, pp. 77-79.

***El adecuado desarrollo del proceso, es la razón que el sistema de justicia interamericano acepta para justificar la detención previa; posición que no es compartida por otros sistemas de justicia, entre los que se encuentra el nuestro.***

lado, la elusión de la justicia o el entorpecimiento del procedimiento nunca se han presumido, ni podría ser su presunción o su temor razones suficientes para privar de la libertad a una persona a quien sí —por mandato constitucional— se presume inocente y como tal debe ser tratada mientras no se le encuentre culpable en una sentencia firme. La preocupación por el adecuado desarrollo del proceso es una característica muy propia del sistema interamericano de justicia, como puede apreciarse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que sobre dicho sistema se ha producido, pero lo de la presunción de eludir la justicia o entorpecer el procedimiento es un elemento que arbitrariamente incorpora la definición que se analiza. El adecuado desarrollo del proceso, es la razón que el sistema de justicia interamericano acepta para justificar la detención previa; posición que no es compartida por otros sistemas de justicia, entre los que se encuentra el nuestro.

La prisión preventiva —en México— es aplicable a todos los procesos penales en que se impute la comisión de un delito que merezca pena corporal, sin importar la dimensión de la pena ni la gravedad del delito, así lo dispone el artículo 18 constitucional. La prisión preventiva no beneficia a la sociedad, como afirman determinados sectores —entre los que se encuentra el doctrinario analizado—, sino, por el contrario, es un medio que amenaza y vulnera, día a día, la seguridad de todas las personas, como esperamos demostrarlo.

La prisión preventiva también se considera una medida precautoria de índole personal, que crea al individuo en el que recae, un estado casi permanente de privación de su libertad física, que soporta en un establecimiento público destinado para ese efecto; medida que es decretada por juez competente en el curso de un procedimiento, contra el indiciado como partícipe en la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, con el único objetivo de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.<sup>6</sup> Como veremos, la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia y el Código Nacional de Procedimientos Penales despojaron al juez de la facultad de decidir la prisión preventiva o la libertad caucional, ahora —el juzgador— sólo cumple el mandato de oficiosidad<sup>7</sup> que sobre dichas medidas ya emitieron el constituyente y el legislador secundario. Por otro lado, al ministerio público le basta con elaborar un argumento tendente a convencer que sólo la prisión preventiva es suficiente para garantizar la comparecencia del imputado en el

<sup>6</sup> Arturo Zavaleta, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Argentina, Arsary, 1954.

<sup>7</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19, párrafo segundo.

juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos y de la comunidad, para colmar los requisitos constitucionales y conseguir del juez la imposición de la prisión preventiva. En ambos casos: oficiosidad e insuficiencia de otras medidas cautelares, la voluntad del juez no cuenta.

Deviene en inatendible la pretensión de que sea la libertad personal del imputado la que garantice la paz pública, la seguridad de la víctima del delito, de los testigos, de la comunidad, cuando ni el propio Estado mexicano es capaz de garantizarlas.

Para otro importante sector de la doctrina, la detención preventiva es la medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito que merezca pena privativa de libertad, en virtud de un mandamiento judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.<sup>8</sup> El carácter de excepcional a que se refiere esta última concepción no corresponde a nuestra realidad, en virtud de que, como puede constatarse con la sola lectura del Código Penal para la Ciudad de México y del Código Penal Federal, la prisión preventiva es aplicable al 95% y al 93%, respectivamente, de los delitos allí prevenidos y sancionados con pena privativa de libertad. Estos altísimos porcentajes muestran que en el sistema de justicia penal mexicano la prisión preventiva no es excepcional, sino que es la regla general.

Si atendemos a la doctrina dominante y a las legislaciones de la mayor parte de América Latina, observaremos que también consideran a la prisión preventiva como una medida cautelar, cuya función es asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, facilitar la aplicación de la pena privativa de libertad, su destinatario es alguien que no ha sido sentenciado y, por tanto, puede ser condenado o absuelto. Tenemos, entonces, que para nuestra región geopolítica; la prisión preventiva es una medida de coerción personal impuesta al imputado con finalidades esencialmente cautelares, consistentes en que el indiciado se encuentre presente durante su procedimiento.

En casi todos los países latinoamericanos contemporáneos, existe una vigorosa corriente doctrinal para limitar, en todo lo que sea posible, a la prisión preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada y el arresto domiciliario por ejemplo. Sobre los sustitutivos volveremos más adelante.

Es generalizada la opinión de que la reclusión preventiva contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal. En México, en el 2008, fue modificada la Constitución Federal, a fin de flexibilizar, aseguraron los legisladores, los rígidos lineamientos para la consecución de la libertad caucional, que antes atendían, casi exclusivamente, a la gravedad del delito y no, como es más apropiado, a las condiciones personales del inculpado. Triste futuro les espera a los menos favorecidos. Esa reciente reforma a la constitución mexicana en materia de seguridad y justicia penal, vino a empeorar las cosas, veamos porqué.

---

<sup>8</sup> Jesús Rodríguez y Rodríguez, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/III, 1981, p. 14.

Los Constituyentes tenían —o cuando menos así lo hicieron público— la intención de facilitar las condiciones para obtener la libertad provisional bajo caución, de convertir a la prisión preventiva en la excepción y lo que consiguieron fue todo lo contrario, hicieron de la prisión preventiva la regla general, casi única, la decisión entre libertad provisional o prisión preventiva la dejaron en manos del acusador, de las legislaturas de los Estados y del constituyente. Hicieron de la libertad provisional bajo caución un ideal casi irrealizable, en virtud de que se decretará sólo cuando la comunidad, el imaginario social, tenga garantizada su seguridad y se cubran, además, otros requisitos que a la persona imputada o vinculada a un proceso le resultará imposible aportar, como veremos más adelante.

### III. Naturaleza jurídica de la detención preventiva

Nunca ha sido fácil ubicar y justificar a la prisión preventiva en los esquemas jurídicos, unas veces se le ha considerado medida de seguridad, otras, medida de control social, otras más, un acto de molestia; aunque es cierto que la opinión general la identifica como medida cautelar. Este último criterio es el que han adoptado la mayoría de los doctrinarios latinoamericanos. Por nuestra parte, consideramos que la prisión preventiva, más que otra medida precautoria, es una condena anticipada, naturaleza que le corresponde si atendemos el análisis y los razonamientos que ofrecemos a continuación.

#### III.1. La prisión preventiva como medida de seguridad

La prisión preventiva, advierte Raúl Carrancá y Rivas, “consiste en la privación de la libertad con propósitos exclusivamente asegurativos, es aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión; se lleva a cabo en una cárcel provisional asegurativa”.<sup>9</sup> Con ella no se pretende retribuir ni intimidar a la generalidad, en virtud de que se aplica a supuestos inocentes; impide la fuga, preserva el procedimiento y las pruebas, asegura a los testigos, garantiza la aplicación de la pena, previene la reincidencia, y protege a la víctima.<sup>10</sup> En México, desmiente Cárdenas Rioseco, la prisión preventiva se ha transformado en una medida de seguridad encubierta, con la que el Estado intenta recuperar terreno frente a los altos índices de inseguridad que padece la sociedad.<sup>11</sup>

Es inaceptable la posición del prestigiado penalista mexicano Carrancá y Rivas, en atención a que la prisión preventiva no tiene propósitos exclusivamente asegu-

<sup>9</sup> Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penitenciario*, 2ª edición, México, Porrúa, 2005, pp. 11, 12 y 412.

<sup>10</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Porrúa, 2004, pp. 24 y 25.

<sup>11</sup> Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004, p. 7.

radores, sino que jurídica y materialmente priva de la libertad al procesado, no prospera el intento de minimizar el problema refiriéndose a la intención y tratando de ignorar el resultado, así como la realidad material de la prisión preventiva, si aceptáramos tal cosa, también tendríamos que aceptar como jurídicamente válido el argumento: “aunque es cierto que te privo de la libertad, eso es secundario porque lo que yo pretendo es sólo tenerte asegurado”.

Sí intimida a la generalidad

porque se aplica a supuestos inocentes, calidad que tenemos todos los que nos encontramos en el territorio mexicano.

Como medida de seguridad, la prisión preventiva contradice los derechos fundamentales, en virtud de que los fines aseguradores no pueden justificar la privación de uno de los bienes más preciados de la sociedad humana, en este caso, la libertad. Tampoco puede presumirse la pena de prisión porque estaríamos prejuzgando, extremo que se encuentra prohibido en cualquier orden jurídico, y, en todo caso, no puede prevalecer la presunción de la imposición de una pena de prisión sobre la presunción de inocencia. Además, contra lo que afirma Carrancá y Rivas, ya dijimos que la prisión preventiva sí intimida a la generalidad, puesto que todos nos sabemos expuestos a ser detenidos por la sola presentación, en nuestra contra, de una denuncia por delito grave, más aún si tomamos en cuenta las reglas de la flagrancia, y del caso urgente, así como las condiciones de extrema discrecionalidad e impunidad en que actúan los militares, los marinos, las procuradurías de justicia y las policías del país.

Las detenciones preventivas ajenas a la disciplina militar que, fuera y dentro de los castillos, las fortalezas, los campamentos, los cuarteles y las bases navales, vienen realizando los efectivos del ejército y la marina, de quienes se teme, justificadamente, que intensifiquen sus campañas, despliegues y maniobras, ahora que se encuentran cobijados por la flamante Ley de Seguridad Interior, que, mientras es “legitimada” por las ministras y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta flagrantemente violatoria de todos y cada uno de los derechos protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, muy particularmente de los consagrados por su artículo 129. Ley de Seguridad Interior que también



Como medida de seguridad, la prisión preventiva contradice los derechos fundamentales, en virtud de que los fines aseguradores no pueden justificar la privación de uno de los bienes más preciados de la sociedad humana, en este caso, la libertad.

<http://www.revistacriterio.com.ar>

viola los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales vigentes para el Estado mexicano.

Es en verdad lamentable que quienes integran la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, cediendo a las presiones del Poder Ejecutivo, hayan validado la Ley de Seguridad Interior, cuyo decreto fue expedido y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre del 2017. Con dicho ordenamiento intentan legalizar los actos de seguridad pública que de hecho ya realizaban las fuerzas armadas, sin que se hayan esclarecido los hechos delictivos en los que se encuentran directamente involucrados militares y marinos, por ejemplo, en las masacres de Acteal (1997), Ayotzinapa (2014), Tlatlaya (2014), Palmarito Tochapán (2017), y en las 10 mil denuncias que en su contra se han presentado ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, indagatorias en las que se les imputan directamente hechos violatorios de derechos humanos, destacando que en 2 mil de esas 10 mil denuncias se les acusa por conductas delictivas que perpetraron en lo que va del sexenio de Enrique Peña Nieto, siendo 100 las que se determinaron como casos de graves violaciones de derechos humanos. Esas 10 mil denuncias fueron formalmente presentadas y documentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sólo entre enero de 2006 y julio de 2017.<sup>12</sup>

El argumento de que la prisión preventiva impide la fuga del procesado no es razón suficiente para encarcelarlo y privarle de sus principales derechos subjetivos públicos. Su fuga bien puede evitarse con otras medidas menos interventivas, riesgosas y lesivas,<sup>13</sup> por ejemplo: a) la portación de brazaletes rastreables, b) el compromiso del procesado y de sus familiares de atender el procedimiento, c) el riesgo de que el procesado pierda su empleo, d) los antecedentes personales del encausado, e) la relativa facilidad que existe actualmente para localizar a cualquier persona por medio de los bancos de datos que se crean al realizar gran diversidad de actos jurídicos públicos y privados, f) las imágenes que se obtienen por las cámaras que se encuentran prácticamente en todos lados, g) la aportación de una garantía o caución, etcétera.

La supuesta justificación de que la prisión preventiva preserva el procedimiento y las pruebas, es la más engañosa de todas. No hay institución jurídica más violatoria del procedimiento jurisdiccional y de las reglas de la prueba que la prisión preventiva. Es así porque desequilibra el procedimiento en favor de la parte acusadora, pues al privar al procesado de la libertad de tránsito, le impide buscar, localizar, preparar y aportar las pruebas de su inocencia, ¿cómo podría hacerlo si se encuentra recluido? Así mismo, le despoja de su derecho a formular alegaciones, para el prisionero el procedimiento judicial ha pasado a segundo plano, la imperiosa necesidad de conservar su vida y su integridad física y mental se ha vuelto lo único que interesa; en la formulación de alegatos y la recuperación de su libertad no le va la vida.

---

<sup>12</sup> Human Rights Watch 350 Fifth Avenue, 34th Floor|New York, NY 10118-3299 USA|t.212.290.4700. Informe Mundial 2107, Capítulo México, Sección Abusos militares e impunidad. Consultado el 3 de enero de 2018, en <https://www.hrw.org/es/world-report/2017/country-chapters/298379>.

<sup>13</sup> Para cumplir el mandato expreso del artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La prisión preventiva no previene la reincidencia como aspira Carrancá y Rivas, por el contrario, la propicia. Es altamente criminógena, como extensamente lo han demostrado los diversos estudios que sobre el particular se han realizado. Tampoco protege a la víctima. El procesado, estando privado de su libertad tiene más motivos y mejores condiciones para dañar a la víctima del delito; cuenta con coartada y goza de mayor impunidad, pues, ¿cómo podría ser él sospechoso del nuevo ataque a la víctima, a los testigos y a la comunidad, si no ha salido de prisión?, cuando muy bien, desde el interior de la prisión, ha podido ordenar la comisión de más ilícitos contra la víctima del delito y contra la sociedad en general, para que los ejecute gente del exterior.

Ninguna prisión brindará seguridad a la sociedad. Mientras no se combatan las causas del delito —con educación, empleo, capacitación a procuradores e impar-tidores de justicia, depuración de ambos cuerpos, junto con las policías— seguirá creciendo exponencialmente el número de los sujetos que amenacen a los demás. Ejemplo de ello es el testimonio que prestó, en el año 2011, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Desaparición Forzada e Involuntaria, al declarar que en-contraba a la sociedad mexicana más deteriorada que hacía cuatro años, es decir, antes de que el Ejecutivo Federal declarara la guerra al crimen organizado.

### **III.2. Como medida de control social**

Por medio de la prisión preventiva se pretende neutralizar la peligrosidad criminal del indiciado, sometiéndolo a un prolongado encarcelamiento provisional, mientras se le impone la pena definitiva. Se busca que el imputado no continúe en su actividad delictiva. Esta actitud del Estado violenta el principio de inocencia.<sup>14</sup>

Cualquiera de nosotros posee una determinada peligrosidad criminal, nadie está exento de incurrir en acciones que para el derecho constituyen delitos, por tanto, tendrían que aprisionarnos a todos para neutralizar nuestra peligrosidad criminal, pues por nuestra naturaleza humana somos tan responsables y tan inocentes como el indiciado.

Si la prisión preventiva fuera un medio de control social, tendríamos que aceptar que no sería ya necesaria la intervención del juez, toda vez que el indiciado habría sido condenado en la investigación llevada a cabo por el acusador —fiscal, ministerio público, representante social, investigador, titular de la acción penal, procurador, etcétera—, que es un órgano público no especializado en la función de juzgar. La libertad, exige el derecho, sólo puede perderse por la decisión de una autoridad judicial y siempre en el último acto de un proceso en el que se haya dado oportunidad al acusado de defenderse.

Si por el anhelo de conseguir control social permitimos al Estado que, valiéndose de sus órganos represores: ejército, marina, policía y ministerio público; investigue, detenga, condene y ejecute a las personas de quienes sospeche que han cometido

---

<sup>14</sup> Enrique Edwards Carlos, *Plazos de la prisión preventiva*, Argentina, Astrea, 1995, pp. 5 y 6.

***La reforma constitucional del 2008, parece considerar a la prisión preventiva como medida de control social, en la lucha contra la delincuencia organizada.***

o participado en la comisión de un delito, estaríamos prescindiendo de la función judicial, que, en el mejor de los casos, se limitaría a convalidar la decisión que ya habría tomado la procuraduría. No es posible confiar en que la prisión preventiva evitará que el imputado siga delinquiriendo, porque, para que así fuera, necesitaríamos contar con pruebas plenas que demostraran que el indiciado hubiera cometido los

delitos que se le imputaran, requisitos ineludibles que sólo pueden cubrirse con la sentencia ejecutoriada que culmine el procedimiento jurisdiccional.

La reforma constitucional del 2008, parece considerar a la prisión preventiva como medida de control social, en la lucha contra la delincuencia organizada.

### **III.3. Como acto de molestia**

Olga Islas Magallanes equipara a la reclusión preventiva con los actos de molestia, y, al respecto, señala que la prisión preventiva, lo mismo que la pena, privan de un bien: la libertad, por orden de un órgano jurisdiccional y por ejecución de un órgano administrativo. “Es un acto de molestia que, de acuerdo con el sistema penal al cual pertenece, debe ser racionalmente necesario, consistente y benéfico para el pueblo.”<sup>15</sup>

La prisión preventiva no puede considerarse un acto de molestia, en virtud de que, como hasta aquí se ha visto, no es racionalmente necesaria, tampoco es consistente y mucho menos benéfica para el pueblo, además de que la deciden el ministerio público, el constituyente y el legislador ordinario, no el juez.

### **III.4. Como medida cautelar**

La doctrina dominante concibe a la prisión preventiva como una medida cautelar que tiene como función principal asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estribaría en propiciar que el procedimiento fluyera normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplicara la pena con toda certeza.<sup>16</sup>

Es difícil sostener tal concepción, en virtud de que las características principales de las medidas cautelares no se encuentran presentes y aun contradicen la esencia de la prisión preventiva. Para demostrar nuestra afirmación expondremos y analizaremos la naturaleza jurídica de las figuras cautelares.

<sup>15</sup> Olga Islas Magallanes de González Mariscal, “La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1982, p. 32.

<sup>16</sup> Cárdenas, *op. cit.*, p. 3.

Para empezar, debemos tener presente que las medidas cautelares son preservativas y temporales, en virtud de que son utilizadas para asegurar el desarrollo del procedimiento y, en su caso, la aplicación de la condena. Son sustituidas por las medidas definitivas para las que prepararon determinadas condiciones. Son indemnizatorias, es decir, quien soporta una medida cautelar injustificada puede demandar el pago de daños y perjuicios, en materia penal, además, deberá denunciar los delitos de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad y los que se hubieren cometido contra la administración de justicia. Lo anterior puede verse en los diversos Códigos de Procedimientos Civiles del país,<sup>17</sup> que son los ordenamientos que las explican.

### *Las medidas cautelares no pueden resolver ni aplicar el fondo*

Otra de sus características es la instrumentalidad o accesoriedad, en virtud de que siempre sirven a un procedimiento principal y nunca tienen un fin en sí mismas, pues de lo contrario tendríamos una duplicidad de procedimientos, situación que se encuentra prohibida por las normas adjetivas.

Son flexibles, ya que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias que les dieron origen.

### *Pueden ser sobre personas o cosas*

Son accidentales, debido a que nunca pueden determinar el resultado del procedimiento principal.

Las dicta la autoridad jurisdiccional para conservar la materia del litigio, así como para evitar un daño grave e irreparable a las partes o a la sociedad.

Se fundan en una acción autónoma que otorga la ley, que es sustancialmente distinta al derecho de fondo que tiende a preservar.

---

<sup>17</sup> Todos exigen justificación y prueba de la necesidad de la providencia precautoria o cautelar, además de requerir que se exhiba fianza para responder de los daños que lleguen a causarse con una medida cautelar abusiva. Por ejemplo el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928, en su Capítulo IV. De las Providencias Precautorias, establece:

Artículo 235. “Las providencias precautorias podrán dictarse:

I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;

II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real;

III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquéllos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene”.

Artículo 239. “El que solicite una providencia precautoria debe probar el derecho que tiene de gestionar y la necesidad de la medida que solicita”.

Artículo 247. “De toda providencia precautoria queda responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen”.

Las medidas cautelares, al decir de José Becerra Bautista, son actividades procedimentales tendentes a asegurar el éxito de un procedimiento definitivo, se les nombra cautelares porque derivan de caución que significa garantía.<sup>18</sup>

A la prisión preventiva se le considera una medida cautelar porque se retiene al procesado precautoriamente, mientras se obtiene la certeza de su responsabilidad o su inocencia.

Retentiva, porque no permite el libre tránsito del indiciado, lo retiene en un lugar cerrado y segregado, sin importar su consentimiento.

Garantía del orden social y de la seguridad de la víctima del delito, al considerarse que mientras el procesado se encuentre retenido, la sociedad y la víctima del delito están protegidas contra las fechorías de aquél.

Garantía de la aplicación de una pena privativa de libertad porque el procesado ya estaba pagando su culpa aun antes de que se dictara su condena y no va será necesario buscarlo, ya está asegurado, ya se le tiene a la mano, como diría Martin Heidegger, en *El ser y el tiempo*.<sup>19</sup>

Pensamos que la prisión preventiva no puede ser considerada medida cautelar, debido a que:

- a) Las medidas cautelares no pueden ser más gravosas que la resolución definitiva, y la prisión preventiva sí es más gravosa que la pena o prisión punitiva que sería la sanción que en la sentencia firme se le impondría al procesado. Esa sanción punitiva se le impondría al procesado después de habersele oído en juicio, una vez que se le hubiera dado la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones; después de haberlo encontrado responsable de la comisión de un delito, después de haberle despojado de la presunción de inocencia con que le protegían la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el principio general de legalidad. Todo lo anterior en una sentencia que concluyera un procedimiento judicial. En contraste, la prisión preventiva se impone al procesado antes de juzgarlo, es decir, antes de darle la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones, cuando aún le benefician la presunción de inocencia y la duda, antes de llegar ante el juez encargado de dictar la sentencia. Mientras que la prisión punitiva, que es la impuesta por una sentencia que declaró culpable al procesado, puede sustituirse, suspenderse, anticiparse,<sup>20</sup> la prisión preventiva se ejecuta sin posibilidad de los beneficios de la resolución definitiva.

---

<sup>18</sup> José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 1996, pp. 439-451.

<sup>19</sup> *Exégesis del "ser ahí"*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 53-63.

<sup>20</sup> Ley Nacional de Ejecución Penal, Título Quinto, Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de Libertad. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 16 de junio de 2016.

No hay duda que la prisión preventiva es más gravosa que la prisión punitiva.

- b) La prisión preventiva consume el supuesto sustantivo y hace imposible la realización del objeto principal que debía preservar, esto es así por la naturaleza jurídica de la prisión preventiva que la hace ser una pena anticipada, como quedó demostrado líneas arriba con la exposición, y con el reconocimiento que en ese sentido hacen la Constitución Federal de la República y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estudiaremos en el apartado siguiente. La prisión preventiva consume el derecho sustantivo que es la libertad personal del procesado, los días de libertad de que le han privado no podrán devolvérselos jamás, la violación se ha consumado de manera irreparable, aun cuando se le indemnizara con dinero, que tampoco lo hacen.

### III.5. Como condena o pena anticipada

La prisión preventiva por ser demasiado prolongada, por requerir sólo de datos para decretarse y por ser tan difícil de revocar,<sup>21</sup> se convierte en una pena anticipada. Los fines de prevención general y especial de la pena, se trasladan al encarcelamiento preventivo, vulnerando el principio de inocencia. La situación se agrava si tomamos en cuenta que quien se encuentra recluido por haber sido encontrado responsable en una sentencia, tiene más derechos que quien se encuentra recluido por prisión preventiva, pues aquél puede obtener su libertad por diversas instituciones jurídicas, como son: la libertad condicionada, la libertad anticipada, la sustitución y suspensión temporal de las penas y la preliberación por criterios de política penitenciaria, derechos que no le asisten al presunto inocente que apenas está siendo juzgado.<sup>22</sup> Como pena anticipada también la concibe Sergio García Cordero, quien sobre el particular apunta: “la prisión preventiva, como está concebida, es una pena anticipada [...] un suplicio en donde se gestan delitos que, lejos de disminuir la criminalidad, la aumentan progresivamente, transformando al infractor primario en reincidente o habitual”.<sup>23</sup> Por su parte, Luigi Ferrajoli considera que la prisión preventiva es, hoy en día, uno de los más graves problemas del derecho penal y constituye una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado, antagónica, en esencia, a la presunción de inocencia.<sup>24</sup>

Efectivamente, la prisión preventiva es una pena anticipada, a tal conclusión llegamos al comprobar que no hay diferencia alguna entre la privación de la libertad que impone una sentencia y la privación de la libertad que impone la prisión preven-

---

<sup>21</sup> Si el juez revoca —durante el procedimiento o en la sentencia definitiva— la prisión que preventivamente impuso al sospechoso, puede ser acusado de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, delitos contra la administración de justicia, etcétera; razones que le impiden juzgar con imparcialidad.

<sup>22</sup> Ley Nacional de Ejecución Penal.

<sup>23</sup> Sergio García Cordero, “La Prisión Preventiva y su Legislación Secundaria”. *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1983, p. 48.

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad.), 5ª edición, Perfecto Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, 2001, pp. 549 y ss.

tiva. Ambas medidas privan a su destinatario de la libertad personal. El encierro, aunque sea en áreas distintas, no deja de ser privación de libertad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, último párrafo, concibe a la prisión preventiva como condena o pena anticipada, esa misma naturaleza le reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver:

Además, esa privación (la prisión preventiva) tiene su fundamento constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero (hoy apartado B, fracción IX, último párrafo) de la Ley Fundamental al decir que “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.” Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas.<sup>25</sup>

### **III.6. Una prisión preventiva breve**

La prisión preventiva tiene lugar desde el momento en que el indiciado es detenido y hasta que se le decreta la sentencia ejecutoriada, es decir, durante la tramitación de todo el procedimiento jurisdiccional: primera, segunda y tercera instancias; por lo mismo, la duración de la detención preventiva siempre será excesiva. La prisión preventiva breve tiene carácter de arresto y propicia inseguridad jurídica pues el juez, obligado por el legislador, para no incurrir en demora se precipita a resolver y descuida la calidad en la impartición de justicia. Lo anterior podemos constatarlo en el procedimiento abreviado, contenido en los artículos del 201 al 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se tramita de manera sumaria, pero que en realidad releva al ministerio público de su obligación de investigar y al juez de su deber de juzgar, ¡no hay juicio, sólo se intercambia autoincriminación por tiempo de prisión!

## **IV. Aspectos históricos de la prisión preventiva**

### **IV.1. En el Imperio Romano**

Apareció en época muy antigua, surgió como instrumento precautorio, como medida cautelar para retener al inculpado hasta el momento en que fuera dictada su sentencia y llevada al cabo, en su caso, la ejecución.

---

<sup>25</sup> PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. VII, Marzo de 1998. Tesis: XIX/98. Tesis: Aislada. Materia(s): Penal, Constitucional.

Los antecedentes de la prisión preventiva se encuentran en la *vincula* romana, lugar donde los atados, es decir: los vinculados, que eran los prisioneros de guerra, estaban custodiados. El fin que se perseguía con las *vinculas*, era asegurar la validez de la detención hasta el cumplimiento de la condena. En un principio la prisión, fue vista y utilizada más como custodia que como castigo, era una cuestión muy transitoria.

Un antecedente histórico importante es referido por Barrita López, en *Prisión preventiva y ciencias penales* (1999), al informarnos que en el Título III de *Custodia et exhibitio reorum* (de la custodia y exhibición de los reos), Libro Cuadragésimo Octavo del Digesto del Emperador Justiniano, se establecía la facultad del Procónsul para determinar en cuanto a la custodia de los reos, si éstos habían de quedar en la cárcel o si se habían de encargar en custodia a los soldados o a sus fiadores, o a ellos mismos. Al tomar esa decisión, los funcionarios romanos tenían en cuenta: a) la calidad del delito, b) la honradez de la persona acusada, c) el patrimonio del acusado, y d) su inocencia y dignidad.

La prisión preventiva, bajo el Imperio Romano, fue utilizada tanto de forma privada como pública. La prisión privada la usaban poderosos propietarios para encerrar a sus esclavos, a sus deudores y a sus opositores políticos. Fue prohibida por el emperador Zenón, subsistiendo la cárcel pública para los crímenes públicos capitales, como muda amenaza para lograr la disuasión.

## IV.2. En el México Antiguo

Los pueblos azteca,<sup>26</sup> maya<sup>27</sup> y culhua,<sup>28</sup> recurrieron poco a la prisión. Como castigo ordenado en una resolución judicial se imponía a delitos muy leves: lesiones, robos menores y cuando el infractor era un niño. No podían mantener prisiones por períodos largos, ni el prisionero ni el custodio podían estar ociosos, todos debían sumarse a las tareas productivas de bienes para la comunidad.

Entre los pueblos mesoamericanos figuró más la prisión preventiva, que se utilizaba para mantener en esa condición a los acusados mientras se veía su causa y se determinaba la sanción que había de imponérseles. Las fuentes describen a la prisión preventiva como cercados, empalizadas que eran más bien prisiones simbólicas, en virtud de que el detenido no se atrevía a traspasarlas. También señalan que era una especie de jaula multicolor, hecha con madera. Otros historiadores, religiosos principalmente, refieren que en los pueblos naturales del territorio recién descubierto la

<sup>26</sup> Carlos Humberto Durand Alcántara, (Coordinador). *Derecho al desarrollo social. Una visión desde el multiculturalismo, el caso de los pueblos indígenas, Un acercamiento al universo jurídico de los aztecas*, México, Porrúa, 2008, pp. 221-242.

<sup>27</sup> Antonio Salcedo Flores, *El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política*, *Revista Alegatos*, número 71, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, pp. 155-178.

<sup>28</sup> Antonio Salcedo Flores, “El universo sociojurídico de los Culhuas o antiguos texcocanos. Un acercamiento a partir de la imagen codificada”, *Revista Alegatos*, número 76, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2010, pp. 837-858.

retención preventiva tenía lugar en sitios oscuros y pequeños, en donde se sufría de hambre y sed.

Entre los aztecas y los culhuas —antiguos texcocanos— la prisión preventiva no podía ser mayor a 82 días, que era el periodo que transcurría entre la celebración de los consejos en que se veían y resolvían, por el tlatoani y el cihuacoatl en persona, los procesos más arduos y aquellos en los que se juzgaban hechos que podían merecer la pena de muerte.

En los dinteles de Yaxchilán, población que se localiza en lo que hoy es el estado de Chiapas, México, el pueblo maya dejó representada la figura del prisionero, particularmente en los dinteles numerados como 8, 9 y 12. En los códices Azcatitlán y Quinatzin, cuya elaboración se atribuye a los pueblos aztecas, aparece el glifo de la prisión. Ambos códices se localizan en la Biblioteca Nacional de Francia, en París.

### **IV.3. En el México Colonial<sup>29</sup>**

La Inquisición del Santo Oficio fue la que introdujo la figura de la prisión preventiva más parecida a la institución que conocemos en la actualidad, se le llamaba cárcel secreta,<sup>30</sup> en virtud de que en ella permanecían los reos absolutamente incomunicados, desde su detención hasta la sentencia definitiva y aún después.

El rigor de la cárcel secreta vino a ser atenuado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, dictado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814.

### **IV.4. En el México Independiente<sup>31</sup>**

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de fecha 18 de diciembre de 1822, estableció: “Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, o en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se sigan de aquélla providencia”. (Artículo 72). En el numeral 73 dispuso que en caso de denuncia, el juez, atendiendo las circunstancias del denunciante y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, debía formar proceso instructivo, y si de allí resultaba semiplena prueba o vehemente sospecha, debía proceder al arresto; lo mismo haría cuando, obrando de oficio, temiera fundadamente que se fugara el reo antes de averiguar el hecho.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 4 de octubre de 1824, en su artículo 112, prohibía al Presidente de la República privar a

---

<sup>29</sup> Fernando A. Barrita López, *Prisión preventiva y ciencias penales*, 3ª edición, México, Porrúa, 1999.

<sup>30</sup> También se le conoció como *la perpetua*, debido a que los prisioneros casi nunca recuperaban la libertad. Su edificio puede visitarse en la esquina (chata) que forman las calles de República de Venezuela y República de Brasil, frente a los portales de Santo Domingo, en el Centro Histórico de la Ciudad de México.

<sup>31</sup> Barrita. *op. cit.*

alguien de su libertad, u oponerle pena alguna, y sólo en caso de que el bien común y la seguridad de la federación lo exigiera, podría arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.

En las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, del 29 de diciembre de 1836, se estableció, en el artículo 43, la exigencia, para la procedencia de la prisión preventiva, de información sumaria de la que resultara haber sucedido un hecho que mereciera, según las leyes, ser castigado con pena corporal; así como algún motivo o indicio suficiente para creer que la persona señalada había cometido el hecho criminal.

El Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1886, (30 de junio de 1840), en su artículo 9º, establecía que ningún mexicano podía ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerle en ella sin que se expediera mandamiento por escrito, de la autoridad respectiva o se proveyera auto formal motivado, y se diera copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión, quienes (estos dos últimos) tenían prohibido recibir algún reo si no se les entregaba su juego de copias.

Ese mismo artículo 9º, disponía que ningún mexicano podía ser detenido más de tres días por alguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos que hubieran dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta por más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión. Nadie podía ser declarado formalmente preso, sin que precediera información sumaria, de la cual resultara, por lo menos, prueba semiplena de haber cometido algún delito. En términos similares se pronunciaron las subsecuentes leyes fundamentales del México independiente, con sólo las particularidades que pasamos a señalar.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de fecha 12 de junio de 1843, el artículo 9º introdujo el término “indicio” que sustituyó al de prueba semiplena que habían estado usando las anteriores leyes fundamentales. Requería indicio suficiente para presumir al reo como autor del delito que se perseguía, y que justificaba la detención que se transformaría en prisión si los indicios llegaban a corroborarse.

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de fecha 16 de junio de 1856, prohibió expresamente todo maltrato y toda molestia en la aprehensión y en las prisiones, violaciones que, ordenó, debían corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

En el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, de fecha 1º de diciembre de 1916, aparecen los términos: averiguación previa, cuerpo del delito, probable responsabilidad y libertad bajo fianza si el delito no merecía ser castigado con pena mayor a cinco años de prisión.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, estableció que sólo por delito que mereciera pena corporal, habría lugar a prisión preventiva; que ninguna detención podría exceder del término de tres días sin

que se justificara con un auto de formal prisión en el que se expresaran el delito y los elementos que lo constituyeran, así como los datos que arrojara la averiguación previa, mismos que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Asimismo, dispuso que el acusado inmediatamente que lo solicitara, fuera puesto en libertad bajo fianza, siempre que el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. Si el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético fuera mayor de cinco años de prisión, no tendría derecho a libertad bajo fianza, caución u otra garantía, debiendo quedar prisionero preventivamente.

## V. La prisión preventiva en la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia<sup>32</sup>

### V.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Llevó a cabo importantes modificaciones a la figura de la reclusión preventiva, ordenó que sólo se aplicara en los delitos que merecieran pena privativa de libertad,<sup>33</sup> que los sospechosos de delincuencia organizada<sup>34</sup> siempre estuvieran reclusos preventivamente y en centros especiales, donde se les podrían restringir las comunicaciones. Dispuso que el ministerio público podrá solicitar al juez la prisión preventiva sólo cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido “sentenciado” (sic —¿condenado?—) previamente por la comisión de un delito doloso.

Los Constituyentes mexicanos establecieron la prisión preventiva forzosa, es decir oficiosa, impuesta desde la letra de la Ley, no más por el criterio jurisdiccional. Esta *prisión preventiva en automático* se impondrá a las personas sospechosas de haber participado en delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La reclusión preventiva, mandó el Constituyente, no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso, y en ningún caso será superior a dos años.

“En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (preventiva)”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

<sup>33</sup> Artículo 18.

<sup>34</sup> Artículos 18 y 19.

<sup>35</sup> *In fine* de la fracción IX, apartado B, del artículo 20.

## V.2. El Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>36</sup>

Reproduce los supuestos constitucionales para la imposición de la prisión preventiva: garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Regula el derecho a ofrecer pruebas para acreditar la procedencia y la improcedencia de la prisión preventiva, su revisión, modificación y cese.

Prohíbe el uso de la prisión preventiva como sanción penal anticipada.<sup>37</sup> Negativa que resulta imposible de cumplir, en razón de que la prisión preventiva, como vimos líneas arriba, priva de la libertad, al igual o peor que la sentencia, debido a que la primera se impone a alguien a quien se presume inocente, mientras que la segunda es impuesta a quien ya se encontró plenamente responsable. Es por lo anterior que la Constitución, con más objetividad y menos demagogia que el código procesal penal, reconoce que la prisión preventiva y la prisión punitiva son iguales, identidad que también declara el Poder Judicial de la Federación: “Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas”.<sup>38</sup>

Ordena que a la prisión preventiva se le vea como último recurso y, en caso de aplicarse, se perjudique lo menos posible el tejido social y los derechos de los sujetos directamente involucrados. El juez, antes de decretar la prisión preventiva, debe realizar la correspondiente estimación de riesgos. La necesidad de la reclusión preventiva será materia de discusión entre las partes y ante la presencia del órgano judicial. La resolución que la imponga o la niegue, deberá justificarse siempre.

Todas las decisiones judiciales que tengan que ver con la prisión preventiva serán apelables.

La prisión preventiva será revisada cuando cambien las condiciones que la motivaron, a fin de mantenerla, sustituirla, modificarla o hacerla cesar, al efecto podrán proponerse pruebas. La reclusión preventiva no excederá de dos años, salvo por el ejercicio de la defensa.

Esta ley secundaria impone al juez la obligación de mandar la prisión preventiva para las personas sospechosas de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como de delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud; considerando que ameritan prisión preventiva oficiosa, entre otros, los delitos de genocidio, traición a la patria, espionaje, terrorismo; corrupción y pornografía en agravio de menores de edad o incapaces.

---

<sup>36</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

<sup>37</sup> Artículo 155, fracción XIV.

<sup>38</sup> PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVADA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR... *op. cit.*

## VI. La función de la prisión preventiva

Según la doctrina dominante y los principales instrumentos jurídicos, a la prisión preventiva corresponde la tarea de garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima del delito y la imposición de la pena.

El proceso es responsabilidad de la autoridad y a ella corresponde garantizar su desarrollo. La seguridad de la víctima y de todos los miembros de la sociedad debe garantizarla el Estado, quien, en colaboración con todas las entidades públicas, principalmente con las de fuerza pública, está obligado a garantizar la seguridad de todos los gobernados, incluidas las víctimas de delitos. La imposición de la pena no puede ser garantizada por la prisión preventiva, en virtud de que la pena es incierta, el proceso puede terminar en absolución o condena, el indiciado tiene en su favor la presunción de inocencia, la libertad es el bien de mayor valor axiológico. Por la mitad de una incertidumbre, que en este caso es la condena, no pueden sacrificarse tres de los bienes más valiosos de toda persona, en este caso la libertad, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, que interesan y afectan a todos los integrantes de la sociedad.

La verdadera función de la prisión preventiva consiste en intimidar a los gobernados, debilitar a los adversarios del Estado, librarse de sujetos incómodos, tratar de justificar el multimillonario gasto público —no muy transparente— que se hace en el sistema carcelario mexicano, seguir obteniendo las grandes fortunas ilícitas que producen los centros de reclusión, exterminar —o por lo menos neutralizar— a una clase social, mostrar que son escoria, que sólo son objetos y medios para los poderosos, que la justicia no es para ellos ni para ellas, que serán enviados a la cárcel en caso de que pretendan reclamar lo que les corresponde, que deben escarmentar, por ejemplo con el caso de la mujer que demandó a Genaro Góngora Pimentel, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el pago de alimentos para sus dos menores e incapaces hijos, satisfactores básicos que el Juez de lo Familiar le concedió; hechos que provocaron la reacción del Ministro, quien ante Miguel Ángel Mancera Espinosa, que en ese entonces se desempeñaba como Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, denunció a la señora por fraude genérico, señalándola de haber puesto a su nombre una casa que debió escriturar a nombre de sus hijos. El procurador y los jueces encontraron elementos suficientes para meter a la señora a la cárcel, mediante prisión preventiva, un año; mientras que la negativa del ministro a proporcionar alimentos para sus hijos no la consideraron acreditada.<sup>39</sup>

La prisión preventiva también sirve para colmar la sed de venganza. Pretende que el detenido se vaya convenciendo de que es culpable, que pierda la capacidad

---

<sup>39</sup> <https://aristeguinoticias.com/2305/mexico/en-juicio-de-pension-gongora-pimentel-alego-estatus-social-medio-bajo-de-sus-hijos/> Responsable de la publicación Aristegui Noticias, Redacción AN, disponible en internet el 18 de enero de 2018.

de respuesta, su cordura, su ser, por medio de la depresión, el miedo, las drogas, el alcohol, las golpizas, las humillaciones, el encierro, la extorsión a él y a su familia, el abandono, la marginación, el rencor, el acoso de los otros presos, de los custodios, de la fajina, de la tortura. A lo anterior debe sumarse la estigmatización de que hacemos víctima a la persona que estuvo en prisión preventiva o punitiva.

Para que a una persona le apliquen la prisión preventiva sólo se requieren datos que hagan probable su responsabilidad, el juez confirmará o decretará la reclusión provisional con esos meros indicios, dentro de las siguientes setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, según corresponda, contadas a partir de que el ministerio público haga la imputación. Las estadísticas que han dado a conocer el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la Oficina de Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), y el Instituto Transnacional (TNI), demuestran que de cada cien casos en que el juez decretó la prisión preventiva, en noventa y cinco de ellos dictó sentencia condenatoria,<sup>40</sup> lo que quiere decir que el indiciado fue condenado con meros datos, el juicio fue una simulación, el sospechoso, sobre todo en los casos de delincuencia organizada y delito grave, había sido condenado desde la carpeta de investigación del ministerio público, quien le imputó un delito que conllevaba la prisión preventiva oficiosa y con ella la condena, o elaboró un argumento para convencer al juez que sólo la prisión preventiva del sospechoso garantizaría la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos y de la comunidad.

La prisión preventiva, además, provoca la inconsistencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al generar una antinomia normativa insoluble por la incompatibilidad de los artículos 18 y 19 con el 14; viola la garantía del debido proceso en sus elementos más importantes; incumple las más esenciales formalidades del procedimiento; vulnera el derecho humano de mayor valor axiológico; consume multimillonarios recursos humanos y económicos; enfrenta el discurso demagógico de los gobiernos con la diaria realidad. Es irracional.

La prisión preventiva es incompatible con los derechos humanos, la teoría general del proceso y la racionalidad.

***La prisión preventiva también sirve para colmar la sed de venganza. Pretende que el detenido se vaya convenciendo de que es culpable, que pierda la capacidad de respuesta, su cordura, su ser, por medio de la depresión, el miedo, las drogas, el alcohol, las golpizas, las humillaciones [...]***

<sup>40</sup> CIDE y Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados. "Estudios sobre la Población Carcelaria en México", 2010.

## VII. Conclusiones

Consideramos haber demostrado que la prisión preventiva es una condena anticipada, naturaleza que le reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, y le confirma la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, así como la práctica judicial generalizada. El juez que decreta y aplica la prisión preventiva, en el 95% de esos casos dicta sentencia condenatoria, no porque su resolución se derive de los hechos investigados, probados y encuadrados en los supuestos jurídicos, como lo mandan las formalidades esenciales del procedimiento, sino porque se ve forzado a ser congruente y no contradecir la determinación con que decidió la situación jurídica del indiciado que fue puesto a su disposición por la procuraduría de justicia —vía orden de aprehensión, flagrancia, caso urgente o arraigo—. El juez, tuvo que dictar un auto para ratificar u ordenar la privación de la libertad del indiciado, debió hacerlo dentro del plazo de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, según corresponda. Si en la sentencia definitiva absolviera al procesado, estaría reconociendo que la privación de su libertad fue indebida, para evitar contradecirse y tener que elaborar un cuestionable razonamiento para justificar la diferencia de decisiones, prefiere ser congruente y reiterar la decisión que tomó antes de que el juicio comenzara, sin que las pruebas fueran ofrecidas, admitidas y practicadas; previamente a que se formularan alegatos, antes del momento procesal oportuno. El juez al decretar la prisión preventiva, que ratifica en la sentencia, prejuzga y condena, acciones que se encuentran terminantemente prohibidas por el Derecho, simula tramitar un procedimiento y dictar una sentencia, cuando en realidad decidió el fondo del caso en el momento que impuso la prisión preventiva.

Si en la sentencia definitiva el juez absuelve, corre el riesgo de ser procesado por abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, delitos contra la administración de justicia y por faltas cometidas en el ejercicio de su función, además de que puede ser condenado a indemnizar al indiciado por todo el tiempo que lo mantuvo injustamente privado de su libertad. Prefiere no correr riesgos.

La prisión preventiva es muy costosa, humana y materialmente, no resuelve los grandes problemas de inseguridad y es una renuncia a nuestra racionalidad, ya que con ella sancionamos sin investigar.

México se encuentra muy por abajo de los estándares internacionales de la prisión preventiva, pero ese tema será materia de una investigación posterior.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Barrita López, Fernando A. *Prisión preventiva y ciencias penales*. 3a edición. México. Editorial Porrúa, 1999.
- Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. México. Porrúa, 1996.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F. *La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*. México. Editorial Porrúa, 2004.
- Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho penitenciario*. 2a edición. México. Editorial Porrúa, 2005.
- Del Pont, Luis Marcó. *Derecho penitenciario*. México. Cárdenas editor, 1984.
- Duce J., Mauricio. y Riego R. Christián. *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Universidad Diego Portales. Editorial Santiago, 2011.
- Durand Alcántara, Carlos Humberto (Coordinador). *El derecho al desarrollo social. El caso de los pueblos indígenas*. México. Porrúa. 2008.
- Edwards, Carlos Enrique. *Plazos de la prisión preventiva*. Argentina. Editorial Astrea, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5a edición. Madrid. Editorial Trotta, 2001.
- Fix Zamudio, Héctor. *La jurisdicción constitucional mexicana*. México. Porrúa, 1955.
- García Cordero, Sergio. “La Prisión Preventiva y su Legislación Secundaria”. México. *Revista Mexicana de Justicia*. Procuraduría General de la República, 1983.
- Hadwa Issa, Marcelo. *La prisión preventiva y otras medidas cautelares*. 2a edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (coords.) *Ombudsman: Asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013.
- Morris, Normal. “La Evolución de la Prisión en Penología”, Recopilación de Rosa del Olmo, Venezuela. Universidad de Carabobo, 1972.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México. Editorial Porrúa, 2004.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, *Diccionario Jurídico Mexicano*. México. 2005.
- Zavaleta, Arturo. *La prisión preventiva y la libertad provisoria*. Argentina. Editorial Arzayu, 1954.

## *Sección Doctrina*

### *Hemerográficas*

Salcedo Flores, Antonio. “El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política”, *Revista Alegatos*, núm. 71, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

———. “El universo socio-jurídico de los Culhuas o antiguos texcocanos. Un acercamiento a partir de la imagen codificada”. *Revista Alegatos*, núm. 76, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2010.

Islas Magallanes de González Mariscal, Olga. “La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana”. *Revista Mexicana de Justicia*. México. Procuraduría General de la República, 1982.

### *Otras*

Human Rights Watch. “Informe Mundial 2017, Capítulo México, Sección Abusos Militares e impunidad”. Nueva York, 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Prisión Preventiva. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter cautelar”. Amparo en revisión 1028/96. Novena Época. Pleno. Tesis jurisprudencial aislada, Materias Penal y Constitucional. México, 1998.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2017.

Código Nacional de Procedimientos Penales. 2018.

Carlos  
Reynoso Castillo\*

## *Estabilidad productiva*

### Resumen

**E**l trabajo plantea una reflexión sobre la evolución que ha tenido el concepto de estabilidad en el empleo y su relación con el nuevo concepto jurídico de productividad incorporado a la legislación laboral en el 2012. La idea central que se desarrolla es la de considerar que se asiste paulatinamente a un cambio en la concepción de la estabilidad y permanencia en el empleo y que dicho cambio trae diferentes consecuencias a diferentes niveles.

### *Abstract*

*This paper presents a reflection on the evolution of the concept of stability in employment and its relationship with the new legal concept of productivity incorporated into labor legislation in 2012. The central idea that is developed is to consider that there is a gradual change in the conception of stability and permanence in employment and that this change brings different consequences at different levels.*

**Sumario:** Introducción / I. El panorama / II. Las novedades / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dr. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

## Introducción

El Derecho del trabajo, desde sus albores a mediados del siglo XIX, fue delineando sus alcances y contenidos a partir de la construcción de un conjunto de conceptos que permitieron ir dibujando su fisonomía; en esa construcción tendrían un papel relevante ideas como: la del contrato de trabajo ajeno al derecho privado, la relación de trabajo dando preeminencia a lo empírico sobre lo formal, la de patrón y trabajador para identificar las obligaciones y derechos de las partes, entre otras, así como también la intención de incluir como regla general las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado y por excepción aquéllas con otro tipo de duración; de esta manera la idea de permanencia de un trabajador en su empleo, e incluso a veces en su puesto de trabajo, formó parte de los desarrollos doctrinales que como eje permitieron al paso de los años el desarrollo de toda una normativa asociada a la misma. Así las reglas protectoras de la permanencia en el empleo, la mejoría de las prestaciones en función de la antigüedad, permitieron darle un “valor” incluso económico a la antigüedad misma del trabajador en su empleo; todo ello es muestra de la preocupación que el legislador tenía en el desarrollo y construcción de la legislación laboral. Sin embargo, esta idea básica y estructural de la permanencia de un trabajador en su empleo en el Derecho del trabajo, ha ido variando de forma lenta y progresiva en los últimos años de muy diversas maneras y en diferentes espacios; hoy en día, se sigue hablando de esa permanencia, pero poco a poco el concepto de permanencia ha venido mutando, para alejarse del concepto primigenio y original que acogió la doctrina especializada y el derecho positivo en materia laboral, trayendo como consecuencia, incoherencias e inconsistencias en todo el sistema de relaciones de producción. El hecho de que se reconozcan ahora en la legislación laboral situaciones que se alejan de aquel principio, de la duración indeterminada de los contratos y las relaciones de trabajo, se traducen en la mayoría de los casos en una reducción, limitación o franca negación de derechos y prestaciones de los trabajadores.

La intención de este trabajo es llamar la atención sobre este fenómeno que se viene dando de cambios en conceptos tan importantes como la permanencia y estabilidad en el empleo, con la finalidad de invitar a la reflexión sobre la trascendencia de estas transformaciones y alertar sobre estos cambios que, en ocasiones, parecieran discretos e imperceptibles. La idea que se quiere compartir también es que, si bien asistimos a cambios trascendentes en el mundo del trabajo, esos cambios se vienen dando en buena medida en el terreno conceptual, en donde muchos de los conceptos originales del derecho del trabajo parecieran ir diluyéndolo y vaciándolo de sus contenidos históricos originales. De igual manera con este trabajo se busca plantear un debate en torno a la importancia y cambios de la estabilidad en el empleo, con la finalidad de ver cómo este concepto ha venido variando y con ello modificando al Derecho del trabajo en varios de sus apartados, no sólo en materia de derechos individuales, sino también indirectamente, en materia de derechos colectivos.

## I. El panorama

El mundo del trabajo y las normas con las cuales se pretende regularlo siempre se han distinguido por su dinamismo; el cambio, es uno de los rasgos distintivos de las relaciones laborales; y no podría ser de otra manera, ya que las formas como la sociedad se ha organizado para producir los bienes que le son necesarios para subsistir, ha requerido, al paso de los años de organizaciones económicas muy diversas y muy variadas; de tal manera que en las relaciones económicas la organización industrial y con ella los actores que participan en la misma, han necesitado de un marco jurídico particular que, en buena medida, ha ido acompañando los vaivenes de esa evolución.

En ese sentido el derecho del trabajo, acoge y muchas veces refleja la manera como la misma economía se va transformando, de tal forma que su estructura, contenidos y conceptos desde siempre han estado expuestos a las también constantes transformaciones de la economía.

Aquéllos que nacimos en el siglo veinte hemos sido testigos de una profunda transformación en varios órdenes de la vida político, social e incluso jurídica en varias regiones del mundo; en pocos años hemos asistido a cambios que nos fuerzan y presionan, primero para que los entendamos y asimilemos y luego para que nos adaptemos a ellos. Para aquéllos que nacimos en una época en donde la máquina de escribir mecánica, luego la eléctrica y luego las computadoras personales han sido nuestras herramientas de trabajo, todas ellas en muy pocos años, en ocasiones nuestra formación e ideas son parte de los retos a vencer para adaptarnos a todos estos cambios, pero sobre todo al ritmo frenético de los mismos.

Hoy en día pocos recuerdan que apenas hace escasos años las mujeres constituían una fuerza de trabajo minoritaria en los procesos de producción y, que la incorporación de ellas a las cadenas productivas iría acompañando poco a poco de un reconocimiento más amplio, aunque aún incompleto, de sus derechos plenos a nivel social, político y por supuesto laboral. De igual manera, pocos reconocen que, en muy poco tiempo, tal vez en menos de un siglo, países como México duplicaron su población, en general, y su población económicamente activa, impactando de manera importante en diferentes ámbitos de la vida. Así mismo, por fortuna, la expectativa de vida en muchos países, incluyendo México, aumentaría de manera considerable en las últimas décadas, llenando de satisfacción a la ciencia y a las familias, pero poniendo en un serio predicamento a los modelos de protección y seguridad social diseñados a principios del siglo XX, para una menor población en cantidad y en esperanzas de vida. Por su parte, en el terreno político, el último siglo fue rico en transformaciones, la recomposición político y económica de principios del siglo XX, marcada por el inicio y fin de la Primera Guerra Mundial, y un intento poco duradero de conformación geopolítica mundial, permitirían hablar, a nivel global de una búsqueda por estabilizar países y regiones; sin embargo, estos intentos serían infructuosos ya que casi a mediados del siglo pasado la humanidad asistía a

una segunda conflagración mundial. Por su parte, en el terreno local, en países como México se asistía al inicio y terminación de un movimiento revolucionario que planteaba diversas demandas muy sentidas por la sociedad como la tenencia de la tierra y las condiciones inhumanas de la naciente industria nacional.

Esta evolución iría acompañada, entre otras cosas, de una búsqueda de construcción de un marco jurídico que diera cuenta de las nuevas realidades, tanto políticas y económicas como sociales. En efecto, los años cincuenta y siguientes del siglo pasado darían prioridad al desarrollo económico local de muchas naciones, proponiendo un desarrollo “hacia adentro” a partir de la sustitución de importaciones y al fomento, nacimiento y, en algunos casos, al fortalecimiento de la denominada industria nacional.

En este andar en la construcción de un sistema jurídico, iría haciendo su aparición el tema social y concretamente el laboral, al tratar de diseñar un marco jurídico concreto y especial para las también naciendo relaciones de producción industrial. Este proceso de surgimiento de la normativa laboral pasaría por diferentes etapas, entre las que cabe destacar las siguientes: primero un intento por reconocer a nivel constitucional el fenómeno y las problemáticas entre trabajadores y patrones, intento éste que sería poco fructífero ya que, en buena parte de las constituciones del siglo XIX en América Latina, si acaso se lograría plasmar en los textos constitucionales el principio de la libertad de trabajo al lado de la libertad de industria. Esta situación de alguna manera se justificaba, por el incipiente desarrollo industrial de la región latinoamericana, por un lado, y por el intento de plasmar jurídicamente el pensamiento liberal de la época por el otro. Más tarde los debates se centrarían en tratar de ubicar a las relaciones laborales en algunos de los campos jurídicos tradicionales y existentes en la época; de esta manera los intentos de “alojamiento” de las relaciones de trabajo, se darían en el derecho civil y en el derecho administrativo principalmente. Posteriormente esta manera de abordar los problemas laborales en los centros de trabajo mostraría sus limitaciones, dando lugar al surgimiento de nuevas ideas y nuevas propuestas de cómo tratar jurídicamente los problemas del trabajo. Así sería como, en la mayoría de los países latinoamericanos, a fines del siglo XIX, pero de manera sólida en la primera mitad del siglo XX se irían construyendo marcos jurídicos, que tomando la forma de códigos de trabajo irían dando lugar, a su vez, a las diferentes problemáticas derivadas de las relaciones obrero-patronales. Este proceso de construcción jurídica, empujado incluso por las necesidades económicas y políticas del momento, tendría diversas características que permitirían advertir su distanciamiento de los espacios jurídicos conocidos hasta entonces, en particular tomando distancia del derecho privado.

De esta manera el siglo XX bien puede ser visto como un largo, pero al mismo tiempo corto periodo durante el cual buena parte de los países pertenecientes a la familia jurídica de origen romano verían el surgimiento y consolidación de una rama jurídica como el derecho del trabajo y, al mismo tiempo, hacia fines de siglo de un trascendente proceso de transformación de éste. Pero tal vez lo que convie-

ne destacar en esta rápida evolución de las normas laborales, es que su surgimiento estuvo marcado por la producción de una gran riqueza conceptual para la época, acompañada del diseño de principios y estructuras que le irían dando forma, amén de la construcción institucional que los Estados le dotaron, lo cual en muy poco tiempo permitiría que hacia fines del siglo XX nadie dudaría de la solidez y autonomía del edificio jurídico laboral. En buena medida forzados por las circunstancias de un desarrollo económico diferente, muchos países, sobre todo latinoamericanos empezarían a crear instancias especializadas para dirimir las controversias obrero-patronales, todas ellas teniendo como motivación la búsqueda de procedimientos e instancias que se alejaran de los modelos formales de solución de conflictos, más propios del derecho privado.

De esta forma, se pudo observar cómo ante la necesidad de buscar una figura original y auténtica de relación entre el trabajador y el patrón, se hablaría del contrato de trabajo. Así mismo con la finalidad de proteger y no dejar en desamparo a quien dejaba el empleo, se hablaría de rescisión del contrato de trabajo, con efectos particulares; de igual manera, ante la necesidad de reconocer la posibilidad de organización entre los trabajadores se hablaría de sindicatos, etcétera. Pero de entre esta lista amplia de conceptos estaba el conocido desde entonces como estabilidad en el empleo, el cual en sus inicios aparecería como uno de los símbolos distintivos de las relaciones laborales de la época, el cual, como lo comentaremos, no sólo era un concepto abstracto, sino que se reflejaría de manera puntual y concreta en muchos de los apartados del derecho del trabajo.

La palabra “estabilidad” denota permanencia, ausencia de cambios y continuidad respecto de la situación, persona o cosa a la cual se aplica; y esta idea inicial de la palabra, parece también haber estado en la mente de los laboristas de la primera mitad del siglo XX, quienes desarrollarían lo que la doctrina desde entonces denominó como la “estabilidad en el empleo” para referirse a aquella situación en la cual se encontraba un trabajador en su relación de trabajo con su patrón y la empresa para la que prestaba sus servicios.

Si bien los primeros vestigios de este desarrollo doctrinal se podrían encontrar en los regímenes de los servidores públicos en el derecho administrativo, lo cierto es que sería hasta las primeras décadas del siglo pasado cuando estos argumentos irían tomando forma y serían recuperados en algunos ordenamientos jurídicos de diferente jerarquía bajo diferentes maneras; en ocasiones como mecanismos de protección contra los despidos arbitrarios y discrecionales como en México, o bien como garantías a la permanencia constante del trabajador en el centro de trabajo. Estas ideas permitieron desarrollar toda una teoría, que si bien tenía un gran referente político-económico, también recogían ideas pioneras ya desarrolladas en Europa con expresiones como la “propiedad del empleo”, “la posesión del empleo”, o la “pertenencia a la comunidad de la empresa”; ideas todas ellas que ayudarían incluso a desarrollar una cultura, no siempre sana, de pertenencia al centro de trabajo y de “propiedad” del trabajador respecto de su puesto de trabajo, muy arraigado en sectores como el de la burocracia.

Con la propuesta doctrinal de la estabilidad en el empleo, la idea era que el ingreso de un trabajador a una empresa o centro de trabajo tenía como aspiración precisamente su estabilidad, entendida ésta como la continuidad de la relación de trabajo por un tiempo indefinido e indeterminado; esta forma de plantear la duración de las relaciones de trabajo tenía varias explicaciones y justificaciones, una de ellas era la aspiración de arraigar a los trabajadores a su centro de trabajo en una época, sobre todo luego a la Segunda Guerra Mundial, en donde se trataba de reconstruir no sólo la economía y con ella la industria; de esta manera se antojaba normal y lógico que se pretendiera dar estabilidad a las empresas y a las personas que colaboraban en las mismas, como parte de un proyecto renovador y reconstructor de la época. Estos planteamientos básicamente económicos, encontrarían su reflejo en el marco jurídico laboral de la época; en efecto, los códigos de trabajo de la segunda mitad del siglo XX, construyeron un modelo de relaciones laborales basados precisamente en la estabilidad en el empleo, de tal manera que figuras como el contrato por tiempo indeterminado, la protección de la antigüedad como eje articulador de buena parte de las prestaciones del trabajador serían pilares y sustento de buena parte del derecho del trabajo.

La idea sería entonces mejorar y perfeccionar las protecciones y derechos de los trabajadores en la medida que pasaran más tiempo en los centros de trabajo, generando antigüedad. El mismo derecho colectivo del trabajo y con él el modelo de organización colectiva sin descontar sus acciones concretas como la negociación colectiva y la huelga, tendrían también como premisa al trabajador por tiempo indeterminado. Pero la estabilidad en el empleo como eje articulador iría más allá de las fronteras de las normas del trabajo para ir incluso a permear a aquéllas de la seguridad social, en donde la protección a los trabajadores en esos terrenos partía también de privilegiar a las relaciones laborales por tiempo indeterminado.

De esta manera, la estabilidad en el empleo formaría parte del proceso de consolidación del derecho del trabajo en buena parte de Latinoamérica y permitiría alimentar principios pilares de la normativa laboral como el relativo a los derechos adquiridos. La importancia de la estabilidad en el empleo quedó plasmada no sólo en la doctrina laboralista, sino en los códigos y leyes del trabajo y muchas veces en la práctica de los tribunales del trabajo, los cuales la usaron como un valor inamovible y oponible a las atrevidas conductas del patrón. De esta manera las variantes de la estabilidad en el empleo sólo tenían que ver con las modalidades en que ésta se plasmaba en la legislación, dando lugar en la doctrina a una tipología de la misma, por lo cual se hablaba de estabilidad absoluta o estabilidad relativa, sólo con la idea de matizar los grados de protección que tenía un trabajador frente a temas clave como el despido.

Sin embargo, hoy, diversos conceptos y fundamentos pilares del derecho del trabajo se encuentran deteriorados y severamente cuestionados, pero sin duda uno de los que más ha sido objeto de cuestionamientos es precisamente la estabilidad en el empleo. Actualmente las condiciones políticas y económicas, que por diversas razo-

nes han llevado a los Estados a priorizar el empleo, la estabilidad económica, la apertura de mercados, la flexibilidad en las relaciones comerciales, la reestructuración de las empresas, los nuevos acuerdos políticos y comerciales a diferente escala, entre otras circunstancias, dificultan la defensa de la permanencia de los trabajadores en los centros de trabajo, como hace décadas se promovía.

Pareciera que se asiste a un movimiento pendular en la evolución de las normas laborales, en donde lo que hace no muchos años era fomentado, hoy es sistemáticamente negado y cuestionado. De esta manera instituciones tradicionales en las leyes laborales como la contratación inde-

terminada, la antigüedad, el cálculo de salario base, las vacaciones, los descansos, la participación en las utilidades, entre otras, hoy vienen mutando en ocasiones hacia su versión opuesta en términos de la lógica en que fueron creadas. Uno de los muchos problemas que plantea esta situación, es que si bien, no ha desaparecido estructuralmente hablando del derecho del trabajo que conocimos en muchos países durante la segunda mitad del siglo XX, tampoco ha acabado de nacer un derecho del trabajo con otros principios y otras lógicas, de tal manera que asistimos a una etapa de transición en donde coexisten estas por lo menos dos visiones conceptuales de las relaciones laborales. Y es precisamente en esta ambigüedad e indefinición en donde se ubica actualmente la estabilidad en el empleo, la cual ha venido siendo modificada en las leyes laborales en temas concretos como los mecanismos de acceso y salida del empleo, pero no se ha cambiado aún el modelo de prestaciones de otras épocas asociado a la permanencia del trabajador en la empresa, mostrando de esta manera graves inconsistencias en las relaciones obrero-patronales.

En ese mar de confusiones es importante anotar cómo hacen su aparición nuevas ideas y nuevos conceptos en el mundo jurídico laboral, uno de los cuales, es de gran relevancia. es sin duda el de “productividad”, viejo conocido en otras disciplinas de las ciencias sociales, pero recién llegado al mundo jurídico. En efecto, la construcción del concepto productividad en los sistemas jurídicos es relativamente nueva y pasó en muchos casos como en México, de tener una existencia en la vida cotidiana de las relaciones laborales, como los contratos colectivos, para luego recientemente tener un reconocimiento en la legislación laboral, concretamente en la Ley Federal del Trabajo.

A primera vista, los conceptos de estabilidad en el empleo por un lado y el de productividad por el otro, tienen historias y evoluciones diferentes en cuanto a su

***En ese mar de confusiones es importante anotar cómo hacen su aparición nuevas ideas y nuevos conceptos en el mundo jurídico laboral, uno de los cuales, y de gran relevancia es sin duda el de “productividad”, viejo conocido en otras disciplinas de las ciencias sociales, pero recién llegado al mundo jurídico.***

desarrollo doctrinal y su reconocimiento legal; en efecto, la estabilidad cuenta con más de medio siglo de ser nutrido doctrinalmente y ser referente en la defensa de derechos de los trabajadores; mientras que el concepto jurídico de la productividad tiene poco tiempo, y cuenta con un escaso desarrollo doctrinal. Sin embargo, a pesar de este desarrollo disímil, hoy en día se trata de conceptos que parecieran fatalmente estar destinados a coincidir. En efecto, la estabilidad en el empleo centró su atención en la presencia y la permanencia del trabajador en su empleo, sin cuestionarse sobre la calidad y características del trabajo desarrollado por el trabajador; mientras que la productividad pareciera poner en el centro de atención el aporte del trabajador a los objetivos específicos que busca el empleador en un proceso productivo determinado. De esta manera, el concepto de estabilidad en el empleo pareciera estar evolucionando hacia una permanencia diferente del trabajador, una permanencia valorada y calificada en términos de su contribución al logro de ciertas metas y objetivos en la empresa. Ésta es una de las principales ideas que plantea este trabajo, como una invitación a la investigación y al debate.

## II. Las novedades

Hablar de la productividad desde hace años, es un lugar común en el cual diversas disciplinas y áreas del conocimiento coinciden en verla como un factor y elemento importante en el desarrollo de las empresas y de la economía toda. En algunos casos como en el de México de la segunda mitad del siglo pasado se decía que la economía había centrado sus esfuerzos para hacer aumentar los recursos sin poner atención en la debida o adecuada utilización de éstos; y se daba, desde entonces, cierto consenso en el sentido de que el aumento y mejora de la productividad ayudaría a mejorar no sólo a las empresas, los trabajadores y al país todo. Esta concepción de la importancia de la productividad trascendería al ámbito nacional, ya que en más de una ocasión instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) compartían este punto de vista.

De esta manera el tema fue ganando terreno para aparecer ya no sólo en los discursos abstractos de los planes periódicos de desarrollo del país (los famosos planes sexenales o con otra denominación), sino también al intentar que la productividad se tradujera en derechos y obligaciones entre los factores de la producción. Es así que, al tratar de darle un contenido jurídico a la productividad, los abogados se encontraron con una idea y un término prácticamente desconocido en las relaciones laborales y carente prácticamente de un contenido legal, que resultaba común y conocido en otros ámbitos como la economía.

Cuando los abogados se empezaron a aventurar en el estudio y entendimiento de la productividad descubrieron que era considerada un valor en sí mismo y que era entendida como la optimización de los recursos empleados en la elaboración de un producto y que, entre esos factores para mejorarla, estaba el factor humano como un

elemento determinante en la mejoría de la productividad; fue ahí entonces en donde se empezó a ver la importancia del tema en las relaciones laborales, ya que el trabajador no sólo era partícipe de una relación estrictamente laboral legal, sino que era, entre otras cosas, un factor primordial en el mejoramiento de la productividad.

Durante mucho tiempo los abogados tuvieron la dificultad de no encontrar un fundamento jurídico claro, directo y expreso de la productividad. Hay que recordar que durante ciertos periodos de la historia reciente de países como México, se empezaron a firmar acuerdos de productividad entre trabajadores y empresas o con sus respectivos sindicatos; sin embargo esos acuerdos muchas veces auspiciados y fomentados como parte de una política laboral coyuntural, tenían un fundamento legal, no en la existencia del reconocimiento legal de la productividad sino de la forma legal que ésta asumía, ya que dichos acuerdos eran la expresión de la posibilidad amplia que tienen las partes, trabajadores y patrones, de lograr acuerdos en el marco de las relaciones laborales; es decir y dicho de otra manera, la legalidad de los acuerdos de productividad estaba dada sobre aspectos de forma y no en los aspectos de fondo del tema.

Sin embargo, también cabe anotar que el término “productividad”, ya se había usado en los textos legales, aunque sin dotarlo, como ya se observaba, de un contenido jurídico claro. Cabe recordar que el artículo 123 constitucional se refiere a la capacitación y al adiestramiento como una obligación patronal elevada a rango constitucional en el año 1977, misma que sería reglamentada en la Ley Federal del Trabajo en los artículos 153-A al 153-X, en donde se señala a la capacitación y adiestramiento como un derecho de los trabajadores a cargo de los patrones; en este caso el enfoque que el legislador mexicano usó fue considerar que estos derechos permitirían elevar el nivel de vida de los trabajadores y mejorar la productividad, de tal manera que la forma como en la legislación se retoma la productividad que aparece como un fin a alcanzar en las relaciones laborales, y que el medio para ello es la capacitación y el adiestramiento, de tal suerte que tampoco aquí se contaba entonces con un concepto jurídico de la productividad. Así mismo, hay que recordar que existe otra referencia, si bien indirecta al tema, en la ley laboral cuando al definir el salario, y en particular el denominado salario integrado, se incluyen en este último de manera enunciativa las gratificaciones, las primas, los bonos, así como cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Cabe recordar, cómo en México durante los años noventa del siglo pasado se habló de acuerdos nacionales para elevar la productividad y la calidad o los pactos para la estabilidad la competitividad y el empleo; en todos estos documentos, signados por el Gobierno Federal, y, las principales centrales obreras y empresariales, la productividad se presentaba como un objetivo a lograr de diversos modos; en algunos casos, y éste es el dato importante, se inducía a los trabajadores y a las empresas a pactar, dentro o fuera de los contratos colectivos, incrementos salariales a los trabajadores basados en la productividad. Estos acuerdos de productividad que vieron la luz en muchas empresas se traducían, en su mayoría, en aumentos directos y auto-

máticos al salario de los trabajadores sin hacer un análisis metodológico respecto de la manera como efectivamente se hubiera mejorado la productividad en una empresa o el proceso productivo concreto en que se desempeñaba un trabajador, de tal manera que los abogados empezaron a usar el término productividad como sinónimo de complemento al salario y bono, entre otros, y pocos serían los casos en los cuales la productividad se tradujo en espacios de análisis como las comisiones mixtas paritarias para ocuparse de medir y pagar la productividad.

En este panorama, para los conocedores y familiarizados con la productividad, uno de los temas centrales y crucial es lo relacionado en cómo medirla, y es aquí donde las cosas empiezan a ser más complejas, ya que hay quienes hablan de niveles de productividad (de un proceso, de una localidad, de un Estado, de un país, una región, etcétera), así mismo, hay quienes consideran que la medición y cálculo de la productividad tiene que ver con los objetivos de los procesos productivos; pero con independencia de las formas de medirla, la intención de llevar este concepto al terreno laboral, en el marco de las relaciones laborales, asume una mayor complejidad cuando se trata de procesos productivos que no necesariamente se traducen en productos finales, terminados y medibles; en efecto, por ejemplo cómo medir la labor de un asesor contable, administrativo o jurídico en una empresa, o cómo medir el trabajo de un docente en cualquier nivel educativo.

Pero donde pareciera haber cierto consenso al hablar de productividad y mejoría de ésta, es al señalar que su mejoría deriva o tiene que ver necesariamente con diversos factores de índole material (materias primas, materias brutas, infraestructura, tecnología, etcétera) pero también el factor humano, de tal manera que el trabajador juega un papel importante en el desarrollo y aumento de la productividad, pero no es el único ni el exclusivo factor determinante. Esta coincidencia es importante ya que, en el mundo laboral, la mejoría en el trabajo de una persona depende a su vez, de otros muy diversos factores, tales como su formación, capacitación y adiestramiento, su educación en general, el ambiente de trabajo, sus condiciones materiales de trabajo y de vida, su compromiso con la empresa, sus prestaciones e ingreso, entre otros.

En algunos casos en esta búsqueda de tratar de darle un significado a la productividad en las relaciones laborales, el tema se ha centrado no en la calidad del trabajo que una persona aporta al proceso productivo, sino en la cantidad de tiempo que le dedica al mismo. Esta concepción, errónea, ha llevado a que, en muchos centros de trabajo, desde hace años, la productividad tenga que ver con el número de ausencias y retardos que en un cierto periodo tenga un trabajador.

Como puede advertirse la complejidad de la productividad, se enfrenta a la dificultad de dotarla de un significado jurídico, y esta situación como ya se anotaba, se ha reflejado históricamente en la legislación laboral. Es por ello que teniendo como antecedentes estas vicisitudes, asume una gran importancia el hecho de que el legislador mexicano haya hecho un esfuerzo de conceptualización y significado jurídico de la productividad en México en la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012,

en la cual se incluyó, por primera vez, un idea de productividad en los siguientes términos:

Se entiende por productividad, para efectos de esta Ley, el resultado de optimizar los factores humanos, materiales, financieros, tecnológicos y organizacionales que concurren en la empresa, en la rama o en el sector para la elaboración de bienes o la prestación de servicios, con el fin de promover a nivel sectorial, estatal, regional, nacional e internacional, y acorde con el mercado al que tiene acceso, su competitividad y sustentabilidad, mejorar su capacidad, su tecnología y su organización, e incrementar los ingresos, el bienestar de los trabajadores y distribuir equitativamente sus beneficios.

Al establecimiento de los acuerdos y sistemas para medir e incrementar la productividad concurrirán los patrones, los trabajadores, sindicatos, gobiernos y academia.

Sólo de paso cabe anotar un detalle que en este concepto aparece de manera discreta al final del texto legal, y en el cual poca gente ha reparado para indagar su significado, y que es el hecho de que el legislador mexicano consideró que en el logro de acuerdos y sistemas de medición de la productividad habrán de participar, entre otros, la academia. Esta idea, con independencia de lo que el legislador haya entendido por “academia”, ha hecho su aparición por primera vez aquí, probablemente en la historia del derecho del trabajo, como un actor en la construcción de las normas laborales, lo cual nos parece que no es una cosa menor y por ello digna de reflexión.

Como puede advertirse se trata de un concepto que reconoce la pluralidad de factores y elementos relacionados con la productividad, pero deseamos destacar los fines teleológicos de la misma, a saber, la mejoría de diferentes aspectos de la empresa y, esto es lo importante, el objetivo de incrementar los ingresos del trabajador y con ello su bienestar de vida, mediante una distribución equitativa de los beneficios que aquélla genere. Éste nos parece uno de los elementos más importantes, no sólo del tema que nos ocupa, sino de toda la reforma laboral mexicana de 2012, ya que pareciera prefigurar la inclusión y probable establecimiento de un cambio paradigmático en la estructura de las relaciones jurídicas de producción. Cabe recordar que en el último siglo las relaciones obrero-patronales centraron buena parte de su atención en la permanencia constante del trabajador en su puesto y centro de trabajo, fue bajo esta idea de arraigo del trabajador que se construiría prácticamente todo el edificio normativo social (tanto laboral como de seguridad social) y derivado del cual el “paquete obligacional” del patrón para con sus trabajadores tendría como eje articulador la permanencia y antigüedad del trabajador en su empleo. Cabe anotar también cómo se construyó todo un marco jurídico para compensar y pagar el hecho de que un trabajador permanezca en un día más tiempo en su centro de trabajo, por la vía del pago de las denominadas horas extras.

Hoy lo que buena parte de los legisladores en el mundo, incluyendo al mexicano, nos están diciendo es que esta lógica de relacionamiento entre patrones y trabajadores se acabó y que asistimos a un proceso de transformación del mundo del trabajo

y con él de la normativa encargada de regularlo, en la cual las obligaciones a cargo del patrón ya no estarán guiadas, por lo menos no exclusivamente, por la asistencia cotidiana del trabajador a su centro de trabajo y su antigüedad y permanencia, sino que ahora se construye un modelo obligacional en donde la calidad del tiempo que el trabajador pasa, no sólo en el proceso de trabajo, sino en términos de la calidad de su aporte al mismo es lo que será determinante para de ello derivar derechos a favor de los trabajadores. Entender esta situación se llevará tiempo ya que resulta muy difícil que un trabajador e incluso su organización gremial acepte este cambio de coordenadas, lo cual explica, en alguna medida la decepción tradicional y hoy aumentada del actuar de los sindicatos, los cuales en su mayoría nacieron y crecieron en un contexto, incluso conceptual, que hoy está en vías de extinción. El análisis del mundo del trabajo, desde cualquier ángulo en que uno se ubique, asesor, abogado, líder, estudioso del tema, político, etcétera no supone que se haga una apología o desprecio de estos cambios tan trascendentales, sino supone verlos con la frialdad necesaria para entenderlos y actuar en consecuencia.

La estabilidad en el empleo que pareciera vislumbrarse en los años por venir es un tipo de estabilidad que no necesariamente está ligada al tiempo, como fue diseñada en la primera mitad del siglo XX, ahora se avanza hacia la construcción de un diseño de una estabilidad en el empleo de naturaleza diferente, que de manera irreverente denominaríamos “estabilidad productiva”. Se trata de una estabilidad en donde no es la cantidad de tiempo invertido en la empresa y el proceso productivo lo que acarrea derechos y obligaciones, sino es la “presencia de calidad” de un trabajador en un proceso productivo, así como la importancia e influencia de la permanencia del trabajador en aspectos como la productividad, lo que pareciera ir delineando derechos. Dicho de otra manera, no basta con la presencia y permanencia del trabajador en un proceso productivo, sino que esa presencia tiene que ser cualificada y constituir un aporte en ocasiones tangible y medible a dicho proceso.

Otro de los espacios en donde pareciera irse construyendo también este otro tipo de estabilidad en el empleo, es el campo de las relaciones laborales burocráticas, en donde en ciertos sectores que tienen un marco jurídico estatutario, como los policías o los funcionarios del aparato de justicia, entre otros, tienen ahora que irse ganando y acreditando su permanencia en el empleo a partir de la verificación del supuesto cumplimiento de ciertas obligaciones. Este modelo de una estabilidad verificable periódicamente pareciera ser un referente que se ha venido adoptando en varios espacios de las relaciones de producción tanto públicas como privadas.

Cabe señalar que el concepto de productividad que incluyó el legislador mexicano en 2012 en la legislación laboral vino acompañado de toda una concepción orgánica e instrumental en varios niveles. En efecto, la Ley se refiere a los planes y programas de productividad, indicando los objetivos que se buscaría alcanzar con los mismos. Estos objetivos tienen que ver con los presupuestos para la mejoría de la productividad, tales como los diagnósticos de la situación de las empresas, la posibilidad de incorporar mejoras tecnológicas a los procesos de trabajo, la valoración

de los aspectos materiales para tales propósitos, mejorar los mecanismos de coordinación entre los actores de los procesos de trabajo, la necesidad de evaluación periódica de la productividad, el mejoramiento de las condiciones de seguridad en los centros de trabajo y, una vez más y tal vez lo más importante, la implementación de sistemas que permitan determinar en forma y monto apropiados los incentivos, bonos o comisiones derivados de la contribución de los trabajadores a la elevación de la productividad, en acuerdo con los trabajadores y sus sindicatos (art. 153-J IX LFT). Los programas que pudieran incluir estas consideraciones podrían tener alcances por actividad, servicio, ramas industriales o varias empresas, a nivel regional o incluso nacional. Se tiene aquí, lo que algunos optimistas denominan un “espacio de oportunidad”, para explorar con los trabajadores cómo darle sentido a esta nueva manera de abordar los ingresos de los trabajadores. No se trata de claudicar en la defensa de los antiguos principios del edificio laboral como la tradicional estabilidad en el empleo, se trata de entender que se asiste a una etapa diferente en la evolución de las relaciones laborales, en donde las aportaciones legislativas *pro operario* brillan por su ausencia de no ser las proclamas nostálgicas de los tiempos idos.

De igual manera la reforma laboral mexicana de 2012 planteó la creación de una instancia nacional que podría encabezar y coordinar los esfuerzos que en este tema se vayan realizando, es el denominado Comité Nacional de Productividad, que con su carácter consultivo auxiliaría al Poder Ejecutivo Federal. A este Comité se le asignaron diversas tareas como la elaboración de diagnósticos, a diferentes niveles, sobre la productividad, sugerir alternativas para mejorarla, promover la capacitación y adiestramiento con estos fines, evaluar estas acciones, estudiar mecanismos y nuevas formas de remuneración vinculados al aumento de la productividad, etcétera. Esta estructura nacional tendría la posibilidad de contar con subcomisiones sectoriales, estatales y regionales, por rama de actividad y también a nivel de cada entidad federativa se crearían comisiones estatales de productividad.

De esta manera podemos advertir cómo se asiste desde hace algunos años a un cambio trascendente en la concepción del diseño del modelo obligacional entre las partes de la relación de trabajo; nos parece que de forma paulatina, pero consistente, pareciera que el reconocimiento de los derechos del trabajador frente al patrón transitan hacia un modelo en donde se exige una estabilidad en el empleo de naturaleza diferente, concreta y útil, incluso de cierta manera cuantificable y medible, como presupuesto y premisa para la exigencia de derechos. Es decir, conceptos como la definición de jornada de trabajo en muchas legislaciones, incluyendo a la mexicana, pareciera irse transformando, ya que, cabe recordar, que se entiende a la jornada de trabajo como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo; de esta manera el viejo anhelo de algunos sectores por definir a la jornada no como el tiempo a disposición sino como el tiempo efectivamente trabajado, pareciera ir tomando forma en otros espacios normativos como el salarial.

Sin embargo, esta renovada concepción de la estabilidad es aún incipiente, ya que no se ha traducido en cambios amplios en la legislación laboral y sólo margina-

les como la que ya se comentaba, y sin duda plantea diferentes retos en los años por venir, algunos de los cuales son los siguientes: primero en lo relativo a la prestación más importante de un trabajador como lo es su ingreso o salario; en este caso, es difícil de momento hablar de un ingreso ligado única y exclusivamente al cálculo del aporte a la productividad por un trabajador, ya que esto dejaría al salario con una variabilidad extrema, con la consiguiente situación de precariedad de los trabajadores. Si bien esta posibilidad no es del todo deseable, la misma tendría que venir acompañada con diversos mecanismos jurídicos de obligatoriedad y prohibición de abusos al momento de calcular el monto de la productividad, estos mecanismos podrían ser un marco jurídico más robusto y sólido sobre cláusulas de productividad en los contratos colectivos, así como aquellas reglas a aplicar en los casos en que no hubiera contratos colectivos y hacerlas tal vez como contenidos obligacionales en los contratos individuales; así mismo, la exigencia de una metodología cierta y no discrecional para el cálculo de la productividad, así como los mecanismos eficaces de cumplimiento, entre otras medidas. Como puede advertirse una estabilidad, en este caso salarial, no está diseñada en la actual legislación laboral, a pesar de que en ciertos sectores se ha venido avanzando en el tema; el caso de la educación superior es un ejemplo en donde se puede ver cómo los ingresos del sector académico incluyen rubros asociados a la productividad. De igual manera, la posibilidad de avanzar en una estabilidad productiva que ponga en el centro de atención al aumento de la productividad como objetivo, permitiría que como regla general el ingreso del trabajador fuera variable, tanto a la alza como a la baja, si lo que determinara el monto total del salario fuese la productividad, lo cual no está por ahora considerado en el actual marco jurídico del salario. Es por esta razón que estimamos conveniente que si la apuesta del Estado es avanzar hacia una estabilidad productiva, y concretamente en materia salarial, sería necesario considerar la posibilidad de un cálculo salarial basado en un monto fijo y uno variable, en donde la parte fija, permitiera contar con una base que diera lugar a una serie de obligaciones mínimas de prestaciones a los trabajadores (esto incluiría la necesidad de que la protección de seguridad social no se viera afectada), mientras que la parte variable estuviera calculada por la productividad con criterios lo más objetivos posibles.

Quedaría pendiente también ir más allá de las cuestiones de salario, para ver en qué medida otras prestaciones, como la antigüedad y las vacaciones, entre otras, así como las prestaciones asociadas a las mismas no fueran afectadas y que incluso se vieran mejoradas a partir de un aumento en la productividad. Como puede advertirse, un diseño legal de esta naturaleza no existe por ahora y ésta es tal vez una de las problemáticas más difíciles de atender en la actualización y renovación del derecho del trabajo, el cual si bien ha venido evolucionando a veces de manera discreta en la incorporación de ideas y conceptos que, como el de productividad, se alejan de la estabilidad tradicional que conocimos desde mediados del siglo pasado, para dar lugar a una estabilidad no basada en la antigüedad exclusivamente, lo cual trastoca y afecta un conjunto de derechos y prestaciones que tenían como premisas de exigibilidad la estabilidad tradicional; de tal manera que avanzar hacia una estabi-

lidad productiva supone el análisis y adaptación de ese conjunto de derechos y prestaciones que fueron diseñados con otra lógica.

### III. Conclusiones

Es difícil plantear ideas conclusivas en un tema que está en proceso de transformación; sin embargo vale la pena anotar algunas reflexiones que a manera de invitación buscan profundizar el debate, no sólo sobre un tema crucial y fundamental en las relaciones laborales como lo es la estabilidad en el empleo, sino en el derecho del trabajo todo, el cual se encuentra, como ya se anotaba, a medio camino entre las formas y estructuras que lo caracterizaron sobre todo durante el siglo XX, y las nuevas formas y conceptos a donde está siendo llevado en el siglo XXI.

La estabilidad en el empleo pareciera resquebrajarse como eje articulador y cimiento de las normas laborales, dejando de lado la permanencia en el empleo como base de los compromisos obligacionales que se plasmaron en las leyes del trabajo para las partes en las relaciones laborales. Si bien se puede en el día a día seguir luchando por mantener vigente y exigible el principio de la duración indeterminada de las relaciones obrero patronales, y los efectos que en cuanto a derechos implica; lo cierto es que por vías expresas y directas o implícitas e indirectas, poco a poco se va transformando la idea y concepto de estabilidad en el empleo, en donde la presencia del trabajador en el centro de trabajo y el estar a disposición del patrón, ya no le son suficientes para reclamar derechos. Hoy la presencia y la disposición del trabajador en un centro de trabajo tienen otros alcances y significados, y por tanto las exigencias hacia el trabajador, en términos de las características y las formas en que lleva a cabo su trabajo. Estas nuevas maneras de entender el tiempo que pasa el trabajador en su empleo, no se reflejan aún en conceptos básicos del derecho del trabajo, como los tipos de contratos, la jornada de trabajo y la antigüedad en el empleo; de ahí la dificultad para hacer compatibles las nuevas ideas con las antiguas maneras de trabajar.

Si de crisis se puede hablar en el derecho del trabajo, ésta sería de conceptos en donde las abstracciones e ideas que reflejen y recuperen estas novedades del mundo del trabajo brillan por su ausencia para reflejarse en el marco jurídico que busca regular las relaciones obrero patronal; y es éste tal vez uno de los mayores retos que el derecho del trabajo tiene en los años por venir, a saber, la construcción de un marco jurídico que, por un lado, atienda las necesidades propias de las empresas, inmersas en un contexto complejo, tanto a nivel nacional como internacional, y por otro que no claudique en mantener vigente una de las motivaciones centrales que le dio origen y que fue la protección y defensa de los trabajadores.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

- Barhélémy, J. *Evolution du droit social, une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*. (coleccion), Francia, Editions Lamy, axe droit, Malmaison, 2010.
- Climent Beltrán, J. B. *La modernidad laboral*. México, Ed. Esfinge, 2000.
- De Buen Lozano, Néstor. *El Estado de malestar*. México, Porrúa, 1997.
- De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6ª ed. Vol. I, México, Porrúa, 1980.
- De la Torre Orozco L. E. *Derecho humano a la estabilidad en el empleo de los policías federales en México*. Tesis para obtener el grado de Maestra en Derechos Humanos, México, FLACSI, 25 septiembre 2014.
- Kurczyn Villalobos, P. *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*. México, UNAM, 2006.
- Pérez Rey, J. *Estabilidad en el empleo*, Madrid, Trotta, 2004.
- Ruiz Moreno, A. G. (Coord.). *Orígenes del derecho laboral latinoamericano*. México. Porrúa, U de G, ILDTSS, 2014.
- Ruiz Moreno, A. G. (coord.). *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Contemporáneo. Una Mirada en la Segunda Década del siglo XXI*. México, U de G, 2014.
- Russomano Mozart, Víctor. *La estabilidad del trabajador en la empresa*. 2ª ed. México, UNAM, 1981.

### Electrónicas

- Macías Vázquez, M. C. *Estabilidad en el empleo, estudio comparado de México y España*. México, UNAM, IJ. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/24.pdf>. Consultado el 27 febrero 2018.

### Hemerográficas

- Montoya Melgar, A. “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. núm. 33, Madrid, 2003.
- Reynoso Castillo, C. “Un enfoque jurídico de la productividad”. *Revista Laboral*, año III, núm. 25, México, Grupo Gasca, octubre, 1994.

# *Contexto, criminalización y genocidio.*

## *Elementos de análisis del contexto como categoría ontológica en la criminalización social y el genocidio*

Isaac  
González Ruiz\*

### Resumen

**E**l *contexto criminal* en sede de categoría descriptiva de los fenómenos sociales, puede tener una nueva interpretación en el terreno de los crímenes de Estado: como la unidad de tiempo y espacio en el que se insertan circunstancias pasadas y presentes, de cierto modo entrelazadas, para dar sentidos sensibles a las interacciones específicas entre las personas que están entre lo acontecido y el acontecer, entre las causas y los efectos de situaciones de fragilidad extrema y de inhumanidad estructural, debido en buena parte, al sistema económico y político actual en México; con todo ello, se propician ambientes psicosociales propios de un contexto de la degradación social con soluciones genocidas.

### Abstract

*The criminal context in the descriptive category of social phenomena can have a new interpretation in the field of State crimes: as the unit of time and space in which past and present circumstances are inserted, in a certain way, intertwined for to give sensible senses to the specific interactions between the people who are between what happened and the event, between the causes and effects of situations of extreme fragility and structural inhumanity due in large part to the current economic and political system in Mexico; With all this, psychosocial environments are propitiated by a context of social degradation with genocidal solutions.*

**Sumario:** I. Delimitación del contexto / II. La veridicción / III. Veridicción de la práctica social genocida / IV. Los recursos del genocidio / V. El caos como forma / VI. La respuesta: el castigo / VII. El caso de los 43 estudiantes de Ayotzinapa / VIII. La temporalidad / IX. Conclusión / Fuentes de consulta

---

\* Profesor-Investigador invitado del Departamento de Derecho de la División de CSH, UAM-Azacapozalco.

## I. Delimitación del contexto

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar una arista del contexto, como una categoría descriptiva de fenómenos sociales derivados de las condiciones de violencia más extendida y extrema en espacios y regiones que advierten el ambiente social de inhumanidad en México; epifenómeno del sistema económico y político, favorable a instituciones punitivas y de control, que justifican con mayor facilidad la imputación y el castigo de personas y colectivos como las acciones genocidas de nueva causación; el diseño de este modelo descriptivo se asienta en una temporalidad y espacio en el que los elementos vertidos se conjugan con sentidos definitorios de las interacciones entre los perpetradores de Estado y las víctimas.

El contexto es la unidad conglobante —en cierto sentido— de violencia por construcción social, en el que la interacción violenta de agentes sociales (personas e instituciones de Estado) ubicados en una unidad temporal (tiempo), situacional (lugar, geografías) y circunstancial producen un ambiente social *ex profeso*, para facilitar que el Estado criminalice a personas y colectivos que puedan llegar a ser estigmatizados como enemigos<sup>1</sup> de Estado. El enlace de estos elementos produce medios extremos de reacción institucionalizada, entendida así, *la violencia hecha acción de Estado*, esto es, la acción de violencia en extremo generada y sistematizada en la síntesis legal del Estado, la que recrea para sí, y contra sí, hasta decantar la criminalización en la justificación del control irracional y la naturalización de la muerte.

De otra manera, el contexto concentra las condiciones propicias que el Estado contiene *in situ*, y que de modo ciertos se vale para exterminar, o se logren aniquilar entre sí personas y colectivos en la espontaneidad convulsa de los impulsos de actos degradantes de la condición humana, seguido de la persecución que legitime el exterminio legal.

Al intentar, tal vez en una forma sin pulcritud, además de resistirnos a la categorización limitante de ciertos elementos que intentan dar un poco de forma al término *contexto* en la proporción y dimensión en que el Estado se nutre y regurgita su propia violencia, podríamos proponer, la siguiente composición: a) espacio; b) temporalidad; c) circunstancias o situaciones; d) personas y colectivos; e) medios; f) clima o ambiente social.

- a) *Espacio*. Podría resultar cualquier ámbito territorial sujeto a una condición de Estado nación como el federalismo, democrático, liberal y multicultural.
- b) *Temporalidad*. Un promedio de tiempo medible (días, meses, años), cuyo transcurso se marca por etapas, lapsos o épocas, y durante el cual acontecen eventos sociales violentos.

---

<sup>1</sup> Meliá Cansío, *Derecho penal del enemigo*, España, Ed. Civitas, 2003. En lo relativo a las diferentes interpretaciones que ha merecido el término “Derecho penal del enemigo”, desde la defensa de la idea de una manera de hacer derecho penal marcado por el signo del *enemigo* como instrumento de extremo control, hasta la negación de la existencia de esta forma de derecho y de un posible enemigo.

- c) *Circunstancias o situaciones*. Son eventos cuyo significado para la percepción colectiva condicionan/predisponen a la reacción, la defensa de la condición humana y la dignidad ante la violencia de Estado.
- d) *Personas y colectivos*. Ficción legal que iguala a los seres humanos en interacción, actuando en colectivo o individual, ocultos en la funcionalidad de la institución o expuestos en lo social.
- e) *Medios*. Son los instrumentos materiales de que dispone el Estado para criminalizar en razón de las circunstancias o situaciones, como la ley, el dinero, la infraestructura institucional o las políticas criminales.
- f) *Clima o ambiente social*. Es la percepción colectiva/generalizada sobre la existencia de patologías sociales, emanadas de la violencia que el Estado genera para estos grupos, como la psicosis, ansiedad, paranoia, impotencia.

Lo contextual se traduce en una sustancia de práctica humana, son *acciones individuales y colectivas*<sup>2</sup> en construcción continua, generadora del marco conceptual característico y propio al del poder del Estado, como el complejo de situaciones violentas, y administrador omnímodo de sus consecuencias. En este sentido, el poder de Estado ejerce intensidades violentas con que pretende someter a los “enemigos”, empleando medios como la ley penal y políticas criminales preventivas, como la seguridad nacional; me remito a Sergio Moccia al hablar de la seguridad como un medio o instrumento que incluye en la protección a los que son vulnerables de quienes se les excluye de la protección:

Una vez que nos hemos olvidado de garantizar la seguridad de los delitos de un cierto número de sujetos vulnerables pertenecientes a grupos marginales o peligrosos, la política de la seguridad los reencuentra como objetos y no como sujetos, porque la finalidad subjetiva de los programas de acción no es la garantía de sus derechos, sino antes de todo la de reforzar la seguridad de sus potenciales víctimas. Así que las personas vulnerables y que sufren lesiones de sus derechos económicos y sociales por parte de sociedad y Estado se convierten en agresores potenciales de los derechos de los sujetos socialmente más protegidos. Seguridad podrá haber, entonces, a través de la inclusión de los excluidos, con un proceso político, que tendrá que ser a escala planetaria.<sup>3</sup>

La probabilidad generadora y recreadora de escenarios de acción como los que operan en torno a la seguridad de Estado, caracteriza situaciones y circunstancias

<sup>2</sup> El capítulo V denominado “Conducta colectiva y acción colectiva del trabajo”, en: *Problemas filosóficos en la acción individual y colectiva: una perspectiva pragmática*; en el cual se despliega la observación de la *acción humana* como movimiento corporal, como unidad e identidad, sujetas a cadenas causales cuyos sentidos y significados dependen de las reglas de un lenguaje práctico. Por Francisco Naishtat, Argentina, ed. Prometeo, Libros, 2005, p. 259 y ss.

<sup>3</sup> Sergio Moccia, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Buenos Aires, Argentina, ed. B de F., 2003, p. 145.

en un tiempo o época determinados, donde las personas se someten a un clima de conculcación sin freno de sus derechos, como de la postergación indefinida de la máxima satisfacción de sus necesidades. Esta violencia de Estado mimetizada entre el sostenimiento de las condiciones de marginación y la generación adyacente de necesidades justificadas, es el presupuesto esperado por el Estado; las personas que representan la institucionalidad punitiva laboran para el momento devolutivo de la violencia, como acción conversa de la violencia judicializada o legalizada, corre por su cuenta el ejercicio de poder que regresa la violencia con razones instrumentadas<sup>4</sup> de autoridad.

El proceso de interacción de personas conformantes de la institucionalidad está cruzado por cuantos intersticios existan en un determinado orden de cosas legalizadas o en un desorden de elementos así convenidos dentro y fuera de lo normalizado, cuyas caracterizaciones o roles, son las adscripciones indispensables para encajar en aquellos espacios donde se requiere criminalizar.

El contexto es así una unidad contemporánea, actual y sensiblemente presente, de construcción permanente con efectos y sentidos al hoy, de íntima relación óptica con el pasado, ello impide, que los eventos pasados dejen sus influjos y repercusiones en un tiempo pretendidamente transcurrido sin consecuencias en el presente, pérdida de *corpus tempus*;<sup>5</sup> presente sí, pero *sin memoria*.<sup>6</sup>

Es un tiempo con cuerpo, el tiempo sólo tiene forma con sentido en la memoria, nada más da estructura al tiempo que la memoria y sus formas de expresarse; el pasado preexistente no deja de ser presente, pues las acciones pasadas no cesan influjo en el presente hasta que el tatuaje del recuerdo disminuye el tono de su silueta; una vez que concluyen su latencia memorial, entonces puede hablarse de un pasado, cuyo presente ha dejado de sufrir los efectos que le impuso el pasado; presente y pasado nunca están escindidos en realidad; es un reflejo temporal de las circunstancias de vida significadas en la memoria, *vida inextinta y presente como memoria*; es tal vez, una expresión más clara de los centros del contexto, la vida es la suma del todo pasado y presente a través de la memoria.

Toda conjunción eventualista que se ha dado en llamar *historia de vida* siempre se actualiza, sin parar, a cada instante, pues no es separable aquel todo de vida con su pasado y presente por actualidad, cualquier afirmación en otro sentido es artificial; de tal manera que la ecuación entre ese pasado presignado y el presente de actualidad sensible, son la síntesis inmediata del ahora; es así un epifenómeno de *lo temporal* que constituye contexto: en todo momento estamos en un presente de con-

<sup>4</sup> Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, España, ed. Trotta, 2010. En lo que hace a la relación objetiva del pensamiento deshumanizado en pos de un determinismo del progreso y la política en aquellas personas que desarrollan acciones de gobernanza, terminan confrontados con los fines de la institución y los medios empleados por sus instituciones para otros objetivos.

<sup>5</sup> Se trata del tiempo con cuerpo, lo que de alguna forma quiere decir, que se trata del conjunto de elementos que da forma al contexto en el tiempo.

<sup>6</sup> Primo Levi, *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona, España, Ed. Océano, 2012. Así como Helga Weiss. *El diario de Helga*. España, Ed. Sexto piso, 2013.

tinuo por los efectos sensibles de sucesos sin ruptura, hasta que la vida continua queda suspendida; la muerte es discontinuidad del sensible ahora, extinción del inmediato historial de vida, pero irrenunciable a la memoria. Abandonemos la sustantividad óptica de las unidades de construcción del contexto en la historia de vida, su desarrollo profundo demanda una capacidad que escapa a este trabajo.

## II. La veridicción

Las condiciones ocultas para el establecimiento de un régimen de veridicción política<sup>7</sup> en respecto a conocer cuáles son las verdades / falsedades que estructuraron el discurso de violencia, del enemigo y el control social de exterminio de personas y colectivos, se desprenden de las construcciones de la verdad instalada en un contexto con propósitos de justificación en la retórica asignada a la manera de concebir hechos en determinado tiempo y espacio; es decir, el *logos* fundante del discurso que les hace darse permiso para decir afirmando o negando, es la misma que les hace darse poder en la acción: la ley; son las palabras que forman parte del propio ciclo de veridicción y de falsación de la norma que dan la posibilidad de usar violencia con fines de autoconfirmación estatal, de la misma forma, los que legitiman el acierto, o error, lo falso o verdadero de los que toman la *gobernanza* justificados en la norma; en cuyo centro legitimador, desde luego, está el poder económico del mercado geoestratégico,<sup>8</sup> se trata del control de los mercados interno y externo en el neoliberalismo. En efecto, es claro, que se trata de los socios del Estado,<sup>9</sup> desde aquello que los predicadores del progreso basados en la explotación humana y de los recursos son la materia disponible para unos pocos que disponen de las vidas de

<sup>7</sup> “Esta crítica política del saber no consistiría tampoco en poner al descubierto la presunción de poder que habría en toda verdad afirmada [...], la mentira o el error son abusos de poder semejantes. La crítica que les propongo consiste en determinar en qué condiciones y con qué efectos se ejerce una veridicción, es decir una vez más, un tipo de formulación dependiente de ciertas reglas de verificación y falseamiento [...]. Consistiría en decir que el problema es poner de relieve las condiciones que debieron cumplirse para poder pronunciarse sobre la locura —pero sería lo mismo sobre la delincuencia, y sería lo mismo sobre el sexo— los discursos que pueden ser verdaderos o falsos según las reglas correspondientes a la medicina, a la confesión o a la psicología, poco importa, o al psicoanálisis [...]. Creo que lo que tiene una importancia política actual, es determinar con claridad cuál es régimen de veridicción que se instauro en un momento dado: justamente aquel a partir del cual podemos reconocer ahora, por ejemplo, que los médicos del siglo XIX dijeron tantas necesidades sobre el sexo. Recordar lo que dijeron los médicos sobre el sexo no tiene ninguna importancia desde un punto de vista político. Sólo tiene importancia la determinación del régimen de veridicción que le permitió decir y afirmar como verdaderas una serie de cosas que, según lo que acertamos a saber hoy, quizá no lo fueron tanto. Tal es el punto, precisamente, en que el análisis histórico puede tener un alcance político. Lo que políticamente tiene importancia no es la historia de lo verdadero, no es la historia de lo falso; es la historia de la veridicción [...] digamos, de la conexión de un régimen de verdad con la práctica gubernamental”. Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2010 p. 54, 55 y ss.

<sup>8</sup> Saskia Sassen, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Argentina, Ed. Katz, Editores, 2015.

<sup>9</sup> Immanuel Wallerstein, *El capitalismo histórico*, México, Ed. Siglo Veintiuno editores, 1983.

muchos; “El crecimiento definido de un poder estatal”,<sup>10</sup> se mide así por su apertura normativa y comercial que demanda una ilimitada fuerza humana, regenerable y desechable, con dos propósitos: producción y consumo; esto justifica un Estado útil para estos fines, crecido en su control más intensificado, si es necesario, hasta el exterminio de sus colectivos. De tal manera que estas situaciones, comprenden piezas en la construcción de los contextos, como si se tratara de *puzzles* dinámicos, multi-dimensionales.

### III. Veridicción de la práctica social genocida

En la visión socioantropológica el Estado no tiene vida propia, no es un ente biológico que transpire y fagocite de forma autónoma; es una construcción social densamente compleja entre las humanidades que le dan consistencia, no intentamos inventarnos términos que expliquen los comportamientos genocidas en el Estado mexicano, tampoco redefinir los ya existentes, se trata tan luego, de identificar algunas variantes que estos comportamientos presentan al rigor de los contextos, pues son unidades altamente complejas de generación de acciones *teleonómicas* y grupales —se trata de especificar donde no hay explicación ni descripción etiológica de los fenómenos sociales de violencia producida por la gobernanza de un Estado— que producen actos genocidas, y a partir de ellos identificar comportamientos y actos perpetrados por grupos sociales en la gobernanza legal y fáctica.

Los contextos en los actos genocidas de la gobernanza de Estado en el siglo XXI, son las unidades de depósito de las acciones de los que toman decisiones y las de ejecución, realizadas con propósitos materiales, pues elaboran ambientes sociales con entornos fatales,<sup>11</sup> aptos para la violencia entre colectivos, donde posicionan su gobernanza, de forma tal que la ausencia de la violencia social deslegitima la práctica de la gobernanza. A diferencia de las conflagraciones bélicas de la segunda guerra mundial, donde las ideologías ondeaban la manipulación masiva entre bloques económicos ultra polarizados, actualmente, en el caso de México, no existe el elemento ideológico como un factor de control, que subyugue la violencia colectiva a fines conceptuales, el discurso político ha perdido toda fuerza inactiva contra la irracional veridicción de gobernanza, no obstante, la razón económica en el pluriverso de actividades en las que el Estado juega sus roles sometidos, intensifica las violencias paralelas y yuxtapuestas, de ahí que una especie de *genocidio* colaborativo resulte la estrategia idónea para mantener el *statu quo* de los efectos económico dominantes: desde la corrupción interna hasta las políticas de seguridad internacional ordenadas.

<sup>10</sup> Al referirse a qué es el nazismo, Foucault, *op. cit.*, p. 142 y ss.

<sup>11</sup> Juan Quiñones Soto, *La violencia en Ciudad Juárez: Una mirada psicológica en perspectiva multifactorial*, Ed. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2013. Se trata de unos de los estudios más reveladores de los *ambientes psicosociales*, conformados por la violencia derivada del narcotráfico y la inseguridad negociada, proveniente de policías y del ejército en la frontera norte de México.

A los contextos se agregan, de hecho, acciones multiplicadas que se ejercen con relación y lógica de contribuir al éxito de los propósitos explícitos e implícitos de una actividad de poder estatal y corporativo. Así, las acciones se despliegan entre tiempos, espacios o geografías clasificados por lo que se da en llamar competencias y jurisdicciones<sup>12</sup> en cualquier nivel de gobernanza y buena parte de la territorialidad donde se ejerza. Las acciones se personifican en el poder y se interdirigen a provocar ambientes sociales sobranes, desesperantes, irascibles y hacia abajo, los que dependen de las múltiples relaciones de poder, acciones ejecutorias de *actos genocidas*, que han requerido de la relación previa de los elementos mencionados que un contexto requiere.



Sin embargo, no hay conceptos comunes en eventos genocidas, de otra suerte, estaríamos homogeneizando la descripción del aniquilamiento y el exterminio de seres humanos y colectivos,

Sin embargo, no hay conceptos comunes en eventos genocidas, de otra suerte, estaríamos homogeneizando la descripción del aniquilamiento y el exterminio de seres humanos y colectivos,<sup>13</sup> con base en constructos reductivos y categoriales; son los contextos los que pasando por la revisión histórica, se pueden confrontar o asemejar, pero nunca igualar, cada pueblo presenta sus particularidades en la manera de sufrir los latrocinios, sus duelos y búsquedas de la verdad, como la defensa de derechos contra la gobernanza y el empresariado que arman contextos a semejanza política y económica de sus intereses grupales con propósitos yuxtapuestos o paralelos a los objetivos asociados.

El *contexto histórico social*, es un pasado que define las unidades interactuantes, pero no define el contexto como un efecto de la interacción en la gobernanza presente, lo da por sentado como un espectro de escenario en el que se desarrollan las interacciones, como si se tratase de una escenografía donde están colocados los ar-

<sup>12</sup> Son las expresiones mínimas de organización para la administración pública que determina materias, niveles de administración y gestión, términos y territorios donde llevar a cabo el universo de acciones de gestión pública, su valoración en función de resultados y la sanción en caso de acciones violatorias de derechos.

<sup>13</sup> A cuenta de la discusión abierta: “En este sentido es que cabría situar una segunda discusión, que tiende a sobreponerse e influir en la cuestión jurídica, acerca de la pregunta de en qué medida diversos procesos genocidas merecen el mismo calificativo conceptual o si es necesario crear nuevos términos para dar cuenta de procesos cualitativamente distintos”. Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Argentina, Fondo de cultura económica, 2008, p. 58.

tefactos, utensilios, muebles, colores, climas, luces, pero no quienes colocaron esos elementos, los tramoyistas que siguieron un patrón, quiero decir, un guión, que artificialmente decidieron cómo y cuándo colocar elementos para propiciar acciones y reacciones en uso de aquellos elementos que están puestos con el propósito de exponer una realidad escénica; una realidad no es una obra de teatro de continuo, es el resultado sensible *observado*<sup>14</sup> de ambientes psicosociales generalizados.

## IV. Los recursos del genocidio

Con seguridad se notarán las *similitudes estructurales*<sup>15</sup> y evaluar la pertinencia de los eventos de aniquilamiento que tuvieron lugar en la República de Argentina entre 1974 y 1983, como en el nazismo, entre 1933 y 1945, ambos casos con sus peculiaridades y circunstancias diferenciadas, como lo hiciera Daniel Feierstein; pero en el caso de México, preferimos explicar los contextos para entender las peculiaridades de los hechos represivos y genocidas de la clase gobernante, desde el año 2006 a la fecha. Con sus diferencias, aquí trataremos las diversas formas que adopta una *práctica social genocida*<sup>16</sup> en contextos creados con propósitos de tal aliento.

Sobre la discusión de la *periodización de los hechos* en que se podría utilizar el término genocidio,<sup>17</sup> es posible asegurar que la visualización material de la presencia de actos genocidas no están después de los eventos, se presentan antes, de forma continua, que no sistemática, no a poblaciones únicas, sino a diferentes colectivos a la vez y de manera separada, sin una característica específica sobre el cual define su objetivo el acto genocida, es decir, no requiere que el colectivo sea racialmente específico para considerarlo enemigo, la profesión de la religión no es un factor que determine persecución, dada la proliferación asimétrica de credos, tampoco existen ideologías políticas acérrimas, ni posturas claras que las extremen, el embate no se sitúa en una sola espacialidad, sino en diferentes geografías, cuya temporalidad de-

<sup>14</sup> Juan Quiñones Soto, *op. cit.*, p. 42 y ss.

<sup>15</sup> Juan Samaja, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Argentina, Eudeba, 1994.

<sup>16</sup> En coincidencia con Daniel Feierstein; “[...] la idea de concebir al genocidio como una práctica social evita aquellas perspectivas que tienden a cosificar a los procesos genocidas, equiparándolos a fenómenos climáticos naturales (o que formarían parte de cierta naturaleza del hombre). Una práctica social, implica un proceso llevado a cabo por seres humanos y requiere de modos de entrenamiento, perfeccionamiento, legitimación y consenso que difieren de una práctica automática o espontánea. La idea de práctica social remite a construcción y, por lo tanto, también puede intentar ser deconstruida [...]. En segundo término, el concepto de práctica social remite a una permanente incomplitud, producto de su carácter constructivo. En muchas ocasiones, el uso del término genocidio ha conllevado para su utilización problemas relativos al carácter de finalización del proceso. Incorporar el concepto de prácticas sociales genocidas permite tomar distancia de una discusión compleja para las ciencias sociales sobre el momento exacto de la periodización de los hechos en que se podría utilizar el término genocidio. ¿Cuándo dicho genocidio estaría efectivamente presente? ¿A partir de qué momento se puede considerar que la utilización del término es correcta conceptualmente?”

<sup>17</sup> *Idem.*

pende de la frecuencia e intensidad de los ambientes y entornos psicosociales sensiblemente manifiestos.

## V. El caos como forma

La sistemática del genocidio conceptual no siempre cumple con sus propósitos descriptivos, es si bien, un sistema de gobernanza, comprendido por seguridad, justicia y gobierno que metaboliza las necesidades biopsicosociales de la interesia,<sup>18</sup> aprovechando el uso de poder y las normas que lo naturalizan. Los eventos genocidas que se ejecutan en y con este sistema abyecto, es de forma caótica, irregular, el exterminio y destrucción social sin orden —al contrario de los alemanes nazi, que requirieron de una notoria infraestructura de destrucción masiva, dirigida con orden y ciega disciplina, como los *Lager*—,<sup>19</sup> en el desorden se haya la destrucción, eso asegura el exterminio; variable como la corrupción, la hiperconcentración de riqueza, el libre mercado depredacionista, la impunidad y la pobreza dan control al poder; la destrucción y el exterminio social de caos, siguen metodologías informales en algunos casos, cuando determinados hechos son relativamente controlados.

Con esto se quiere decir, que a partir de la discusión histórico sociológica<sup>20</sup> sobre el genocidio y a la que, sin desmedro, se suman las discusiones jurídica, económica y antropológica sobre este tenor, el sentido de abreviar en conceptos y categorías de variables que no son hasta ahora consideradas como factores presentes, reales pero orbitantes, como producto de las nuevas y prevaecientes formas económicas planetarias y de las cerrazones concentradoras de poder y acumuladoras de capital, a contra pelo, de definiciones que no logran ubicar variables y factores que regeneran posibles condiciones genocidas, ya propias de los nuevos tiempos planetarios.

Al establecer un análisis sobre los elementos tipológicos recurrentes del concepto genocidio, la composición categorial pone a la vista claroscuros que no encuentran definición en eventos que ciertamente en forma estricta no podrían estar catalogados como actos genocidas; sin embargo, son atendibles las siguientes referencias intentando dar un poco de claridad sobre nuevas y posibles formas descriptivas de ejecutar estos actos en la forma de *contextualidad*; por ejemplo, la práctica del genocidio presenta acciones comunes: *Aniquilamiento sistemático de masa de población por sus características como grupo (sean estas cuales fueran) constituye un genocidio[...]*.<sup>21</sup> El aniquilamiento sistemático requiere, entonces, de planeación y do-

<sup>18</sup> La “interesia” es un término reduccionista que nos remite a la conjunción de interés grupales por asociación directa e indirecta de los que se agregan a la gobernanza con y para los que se encuentran en posición de acumulación de riqueza.

<sup>19</sup> Primo Levi, *op. cit.*, pp. 230-231.

<sup>20</sup> Daniel Feierstein, *op. cit.*, pp. 62, 63.

<sup>21</sup> *Idem.*

minación de los medios para llevar a cabo las actividades criminales, la planeación requiere de una estructura, objetivos que den sentido al plan, métodos que hagan ejecutable ese plan; sin método, se pueden emplear formas incluso improvisadas para los objetivos encomendados, es el caso de los alemanes nazis que disparaban sin miramientos a los judíos y musulmanes que no obedecían sus órdenes.<sup>22</sup> De manera que la dominación de los medios para ejecutar el plan, requiere de estar en poder de los instrumentos materiales para su realización y de ciertas técnicas evasivas o invisibilizantes: infraestructura, armas, locales, bases, instituciones, leyes y alimentos (suministros). En cambio, en un contexto no se requiere en muchos de los casos método alguno, ni plan a seguir, basta con estar en posesión de los instrumentos materiales e improvisar subrepticia o de manera expuesta, y actuar dentro de la jerarquía institucional pero fuera del orden institucional.

El control de las provisiones es fundamental para llevar a cabo la estrategia; es parte del control planeado el autosuministro de alimentos, la autoproducción, hoy llamada informalidad, autoempleo; la estructura que lleva a cabo el plan generalmente depende del poder, porque es la que se organiza en el dominio; la empresa criminal común, también cuenta con una estructura jerarquizada y técnicamente adiestrada, en ambos casos existe una cadena de mando con diferentes formas de organización visibles, o no tan clara como la empresa criminal, pero la vinculación entre la fuerza criminal y la interesía de gobernanza con el empresariado es implacablemente vigorosa, y el caos, la forma contextual más efectiva de operar<sup>23</sup> en la circunstancialidad del evento.

El aniquilamiento se dirige a una población, a un colectivo(s) asentado en un lugar determinado, pero al margen de la descripción tradicional en protocolos y declaraciones internacionales, y al margen de sí el colectivo objeto de la agresión habita en regiones remotas, rurales o citadinas, pertenece a una etnia o forma parte de una ruralidad, que cuenten con una religión o se adhieran a cierta ideología o tendencia política, la población es cualquier colectividad que no se define por número, ni por ideologías ni orígenes étnicos, raciales o de clase, ciertamente, es la humanidad;<sup>24</sup> las categorías de población no son términos definitorios y, por supuesto categoriales, que la sociología positivista asigna con especificaciones, el colectivo se autodefine de un universo de formas, de un tipo tal, que la cosmovisión de la población puede encontrar cualquier expresión identitaria y definitoria de los que son, al menos y sólo al menos, cabe decir humanidad para esa colectividad. De este modo, población es una forma de expresión tan abierta, resulta ser cualquier colectividad, así la forma

---

<sup>22</sup> Levi, *Idem*.

<sup>23</sup> *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*. Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI). México, 2016. En relación con las divergencias encontradas entre las investigaciones realizadas por las instituciones del Estado mexicano y las del Grupo Interdisciplinario, desvelando de forma metódica y constatada el desorden y desaseo de los resultados oficiales.

<sup>24</sup> Joan-Carles Mélich, *Ética de la compasión*, España, ed. Herder, 2013.

de establecer cuantitativamente una numeraria de personas que puedan ser exterminadas, resulta por más insoportable tanto como encubridor.

El patrón de exterminio tradicionalmente explicado se rompió hace ya algún tiempo, especialmente, a partir de la entrada de la mayoría de los países a la globalización económica, el mercado global proporcionó nuevas formas de degradación humana, más dispersas pero a la vez específicas, así la orden puede provenir desde las dirigencias del poder, los intermedios, hasta los niveles más básicos de la cadena de mando; se trata de un exterminio azaroso y circunstancial, la definición de un colectivo específico, objeto del aniquilamiento no reduce ni concentra el exterminio a su número o categoría, se expande de manera aleatoria a una población general con particularidades, que conocen a detalle los perpetradores, presupone por otra parte, una forma de genocidio que permite a los perpetradores la selectividad de las víctimas en medio de la confusión propiciada con objetivos alternos; por tanto, la sistematicidad con la que se lleve a cabo no es, de hecho, una constante exigida en condiciones de *control social*,<sup>25</sup> supone una sistemática de aniquilamiento basada en el azar, el método en ocasiones se basa en la fortuitidad.

## VI. La respuesta: el castigo

“Siempre que la intención de los perpetradores sea la destrucción sistemática de todo el grupo y no tan sólo de una parte de él”<sup>26</sup> es a resultas, conseguir el mismo objetivo, el exterminio del todo por sus partes; sin embargo, la intensionalidad de los perpetradores es casi impenetrable, no es posible conocer con detalle suficiente la velocidad con la que el pensamiento genera posibles escenarios de actuación, como una reacción coordinada de acuerdo con los hechos y las circunstancias impuestas, ni mucho menos su comportamiento; la previsibilidad de su actuar aún sigue siendo la frontera de las neurociencias, mejor aún, el universo evanescente de las intenciones es apenas una definición por construir, pero el envilecimiento del castigo de los hechos que dirigen las intenciones, y a lo que acaso un perpetrador genera un infinito de posibilidades de cierta malignidad en el origen de la *acción* criminal, su materialización se decanta en la intensidad de su destrucción; esta dimensión de la intensión no siempre encuentra su materialidad concreta o específica en el genocidio estructural o sistemático, nos referimos a la posibilidad de que la intensión se halle dispersa, en una forma imprecisa, es decir, sea una manera de dirigir el exterminio a un colectivo específico con el fin de lograr el objetivo de aniquilar a sus miembros, aunque ello no signifique, exterminar a todo el grupo, si no de forma aleatoria a los más posibles o a unos cuantos dentro de un gran grupo.<sup>27</sup> La selectividad de un co-

<sup>25</sup> Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Argentina, Siglo veintiuno editores, 2005.

<sup>26</sup> Feierstein. *op. cit.*, p. 62.

<sup>27</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. Recomendación. 4VG/2016. Sobre la investigación de violaciones graves a los derechos humanos por el uso excesivo de la fuerza, que derivó en la

lectivo lleva a la designación; sin embargo, y en tanto la aleatoriedad sea un factor circunstancial que puede o no ayudar al propósito de acabar con todo el grupo, la intención se dispersa porque los objetivos se vuelven varios a la hora de cumplir con la tarea de exterminar,<sup>28</sup> por ello, el caos es la forma idónea de conjugar los elementos del contexto en proceso de construcción.

## VII. El caso de los 43 estudiantes de Ayotzinapa

La forma desordenada de materializar los hechos criminales por la Empresa criminal común,<sup>29</sup> va más allá de una forma integral de actuar, donde las intenciones reales de los perpetradores son variadas y dispersas, pero confluyentes en el propósito final, es decir, algunos de los perpetradores pueden guardar otras intenciones que no son directamente las que llevan al resto del grupo en el propósito de culminar el exterminio, por ejemplo, entre policías y militares que atacaron a los 43 estudiantes podrían con certeza tener intenciones distintas conforme a sus propósitos finales en la participación de los hechos, cada grupo distinto participante, confluye en un mismo acto criminal, exterminar a los estudiantes o participar en su desaparición temporal, las intenciones son aun imprecisas, realmente se presentan una diversidad de propósitos; esto no es nuevo, porque unos complementarían a los otros en la tarea principal de exterminio o desaparición; todos participan con intenciones diferentes pero materialmente concretan el hecho criminal bajo el mismo propósito.

Ahora bien, decir que se tiene la intención de destruir sistemáticamente a todo el grupo y no tan sólo a una parte,<sup>30</sup> equivale tanto como afirmar que la intención del acto criminal en conjunto es exterminar a todos aquellos que formen parte del grupo; sin embargo, las ambigüedades pueden ser, en estos casos, interpretaciones peligrosas; entonces podemos suponer que el acto criminal se agotó al desaparecer a los estudiantes, esto ciertamente hace suponer que el evento criminal se consumó como un “hecho aislado”. Pero el patrón va más allá del aislamiento fáctico en el discurso gubernamental; se trata de un grupo dentro de una totalidad grupal que puede ser la población en general, en este sentido, el supuesto nos lleva a otro plano, los grupos de estudiantes en un país pueden ser múltiples por grados de estudio, profesión, por regiones, de manera que podríamos clasificar el orden grupal entre otras formas po-

---

ejecución arbitraria de 22 civiles y la privación de la vida de otros 4; la tortura de dos personas detenidas; el trato cruel, inhumano y degradante en perjuicio de una persona detenida y la manipulación del lugar de los hechos, atribuida a la policía federal, con motivo de los hechos ocurridos el 22 de mayo del 2015 en el “Rancho del Sol”, municipio de Tanhuato, Michoacán, Ciudad de México, 18 de agosto de 2016.

<sup>28</sup> Equipo Argentino de Antropología Forense. *Dictamen sobre el basurero de Cocula, febrero de 2016*. <http://WWW.EAAF.ORG>. Sobre las inconsistencias halladas en las explicaciones que dio la gobernanza de la quema de cuerpos humanos en el basurero; resultado caótico como inverosímil la versión oficial.

<sup>29</sup> Hector Olasolo, *Ensayos de derecho penal y procesal Internacional*, Tirant lo Blanch e Instituto Iberoamericano de la Haya para la paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2011.

<sup>30</sup> Feierstein, *op. cit.*, pp. 61, 62, 63.

sibles de ataque a grupos susceptibles de genocidio, siendo así, entonces cualquier grupo de estudiantes podría ser blanco de estos ataques —que no en menos de una ocasión resultaron objeto de ataques en 1968.

Sin embargo, la desaparición de los 43 estudiantes es un caso inédito, por el grado de especificidad sobre el grupo concreto al que se dirigió el ataque, lo que no hace alejarse de la descripción inicial a la referencia de un grupo de personas que forman parte de una población, y que esta también puede ser atacada y aniquilada de forma discrecional en cualquier momento. La discrecionalidad con la que los militares o las policías pueden aniquilar a un colectivo es burdamente variada y aleatoria, porque lo mismo se puede atacar y desaparecer a una persona que no necesariamente este dentro de la etiqueta preasignada para su aniquilamiento, como a un empresario de clase media, una mujer adolescente que trabaja en una maquiladora, un sacerdote, un campesino, un indígena ecologista, una mujer activista o un periodista, aun y cuando tal vez cada una de estas personas desarrollaban actividades diferentes, forman parte de un grupo, pero al fin y al cabo de una población en un Estado, lo cual hace identificable un patrón de aniquilamiento accidental o selectivo. Ciertamente, sí sólo consideramos la independencia de la variable, tomando estos hechos por casos equidistantes uno de otro, sin relación casuística, ni conexión fáctica, o circunstancial, cada uno aconteció en una temporalidad unívoca, en espacios distintos y en circunstancias relacionadas; sin embargo, el acaecimiento de estos eventos, encuentran concatenación en el inicio y fin de las unidades contextuales.

## VIII. La temporalidad

La temporalidad no relativiza la data de los eventos por el transcurso del tiempo. El tiempo de su permanencia por sus efectos es latente dada la memoria sostenida en sus consecuencias personales y de grupo, esto es, en la medida en que el exterminio o desaparición sufrido prevalecen en la memoria sensible, sin el esclarecimiento y reconocimiento de los hechos. El tiempo, entonces, se dilata tanto y como se prolongue el sufrimiento de las víctimas, la impunidad de los perpetradores y coautores, la ausencia de la verdad sobre los hechos; la temporalidad es una objetualidad con la que el perpetrador juega y manipula, en una cimbra legal, el tiempo del evento genocida no se detiene por caducidad de una intervención dogmático penal, ciertamente, los delitos de lesa humanidad no prescriben; sin embargo, no se trata de una imprescripción formal, es tal vez una imprescripción memorial e interepocal; con esto se afirma que los delitos de lesa humanidad no prescriben por el transcurso del tiempo, los delitos son de una magnitud inconmensurable por el daño provocado al género humano.

Esta consideración formal no garantiza que los hechos genocidas puedan contar con una investigación y castigo a los coautores y ejecutores en un tiempo más o menos inmediato, el tiempo de espera para iniciar un procedimiento un tanto eficaz

en contra de los de la gobernanza que actúan en empresas criminales o aparatos organizados en el poder,<sup>31</sup> es tanto o igual de vergonzoso y aberrante como los mismos actos genocidas. Los actos genocidas se investigan y se castigan una vez que ha concluido un periodo de gobernanza; un Estado que tiende a mimetizar sus actos criminales por medio de estrategias del *dejar hacer y el hacer olvido*, como omiso en cualquier acción criminal desde la gobernanza; la contextualidad da sentido y significado a las acciones de las autoridades en el plano de la criminalidad de sus actos ofensivos para la humanidad; luego entonces, la temporalidad en clave de unidad contextual, resiste la imprescriptibilidad.

“Todo aniquilamiento sistemático de masas de población constituye genocidio, siempre y cuando estas se encuentren en una situación de inocencia, indefensión o no constituya una amenaza real para el perpetrador”. Los 43 estudiantes normalistas pertenecían a un colectivo de estudiantes trasgeneracional de décadas pasadas, y de un grupo de estudiantes normalistas en diferentes partes de la región del país;<sup>32</sup> la sistematicidad con la que se ha perseguido y vigilado durante varias décadas, particularmente entre los años sesenta y setenta al estado de Guerrero, después de que fueron creadas las normales rurales en diferentes regiones del país, da muestra de un patrón de persecución y criminalización que se remonta a tiempos muy anteriores del evento de la desaparición, y que sin duda, forma parte del contexto histórico que actualiza las acciones de exterminio a diferentes colectivos, cuando la persecución contra los comunistas y promarxistas en Centroamérica respondían a las políticas de control férreo y de exterminio de Estados Unidos, una muestra de ello es la práctica de las desapariciones forzadas<sup>33</sup> eran el medio más efectivo para sofocar los brotes de rebelión comunes, en regiones rurales de México, por las graves condiciones de explotación y pobreza prevalecientes en un país posrevolucionario sin efectivos avances sociales. Las desapariciones forzadas en Guerrero continúan siendo cotidianas.

¿Cómo es que estos acontecimientos históricos pueden resultar eventos confluyentes con los contextos actuales? ¿Se trata de contextos diferentes o continuos? Los eventos pasados también son extensiones contextuales enlazadas —parece sin ruptura— con los contextos actuales tradicionalmente de interés exclusivo para las áreas sociales sobre el estricto estudio fenomenológico social y antropológico de las causas que producen la pobreza, sus efectos y las condiciones actuales de inseguridad, después de todo, poco son tomados en cuenta en la asignación de responsa-

---

<sup>31</sup> Claus Roxin, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del derecho penal y la criminología”, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

<sup>32</sup> Nos referimos a la *coalición de estudiantes normalistas* con las que se encontrarían los estudiantes de Ayotzinapa, provenientes de Michoacán para la marcha del 2 de octubre en la Ciudad de México; motivo por lo que secuestraron camiones, pues *proveerían a los demás estudiantes de este medio de transporte*. Vid. Anabel Hernández, *La verdadera noche de Iguala*, México, Grijalbo, 2016.

<sup>33</sup> Se sugiera revisar el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

bilidades criminales de los que están en la gobernanza. El punto es, que la pobreza de esta entidad es transgeneracional como heredada la estigmatización de una criminalización histórica de campesinos, maestros y estudiantes normalistas rurales de generación en generación, asociada a la construcción política y económica de la pobreza; de manera tal que las condiciones y sus consecuencias ya eran preexistentes de décadas atrás, existían con anterioridad a la existencia de los 43 normalistas; después de todo, forman parte de circunstancias pasadas que se perpetuaron en el tiempo, década tras década.

En este sentido, la perpetuación de las unidades de contextualidad, intentan explicar la definición de eventos sucedáneos, siguiendo un patrón para mantener las condiciones como se decidieron en origen desde tiempo atrás hasta el presente, este comportamiento de la gobernanza que en momentos políticos y económicos específicos decidió mantener y determinar el estado de cosas de pobreza y marginación se concatena por interfaces etiológicas<sup>34</sup> al conjunto de situaciones presentes ancladas en el pasado, desde el nacimiento hasta la muerte, al menos, en la perpetuación de la criminalización colectiva o individual. Con esto se quiere decir, de hecho, que se trata de aquella condición en la que el indefenso no tiene manera alguna de salvarse, porque la forma de salvarse no es opción para el indefenso en un contexto en el que su diseño determina un acto genocida que opera dentro de dos ficciones, llamadas: sociedad y estado.

## IX. Conclusión

El contexto es clave de categoría multidimensional del genocidio, advierte una nueva observación sobre los fenómenos de aniquilamiento social que se presentan en países como México, donde la simulación, el ejercicio de poder, la corrupción y el caos dan sentido a las nuevas formas de degradación humana individual y colectiva.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

Feierstein Daniel. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Argentina, Fondo de cultura económica, 2008.

---

<sup>34</sup> En referencia a las causas que se producen de forma sucesiva, incrustándose en momentos decisivos o de gran trascendencia social como el caso Rosendo Radilla, que vino a motivar la modificación de la Constitución en materia del reconocimiento de los derechos humanos, en un periodo en el que se había declarado la guerra al narcotráfico en México; suscitándose a la vez eventos constantes de desapariciones, homicidios, secuestros, y violaciones a derechos.

## Sección Doctrina

- Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Helga, Weiss. *El diario de Helga*. España, Ed. Sexto piso, 2013.
- Hernández, Anabel. *La verdadera noche de Iguala*. México, Grijalbo, 2016.
- Horkheimer, Max. *Crítica de la razón instrumental*. España, Trotta, 2010.
- Levi, Primo. *Trilogía de Auschwitz*. Barcelona, España. Oceano, 2012.
- Meliá, Cansío. *Derecho penal del enemigo*. España. Civitas, 2003.
- Mélich, Joan-Carles. *Ética de la compasión*. España, Herder, 2013.
- Moccia, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor*. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F., 2003.
- Naishtat, Francisco. *Problemas filosóficos en la acción individual y colectiva: una perspectiva pragmática*. Argentina, Prometeo, Libros, 2005.
- Olasolo, Hector. *Ensayos de derecho penal y procesal Internacional*. Tirant lo Blanch, e Instituto Iberoamericano de la Haya para la paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2011.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Argentina, Siglo veintiuno editores, 2005.
- Quiñones Soto, Juan. *La violencia en Ciudad Juárez: Una mirada psicológica en perspectiva multifactorial*. México, Editorial Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2013.
- Samaja, Juan. *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*. Argentina, Eudeba, 1994.
- Wallerstein, Immanuel. *El capitalismo histórico*. México, Siglo Veintiuno editores, 1983.

## Electrónicas

- Equipo Argentino de Antropología Forense. “Dictamen sobre el basurero Cocula”. Febrero de 2016. <http://WWW.EAAF.ORG>.

## Otras

- Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. Recomendación. 4VG/2016. Sobre la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, en el “Rancho del Sol”, municipio de Tanhuato, Michoacán. Ciudad de México, 18 de agosto del 2016.
- Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a la víctimas. Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), México, 2016.
- Roxin, Claus. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”. Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del derecho penal y la criminología”, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. 2006.

Arturo Heriberto  
Sanabria Pedraza\*

## *Límites a las fuentes de derechos humanos en México*

### Resumen

**Q**ue todos los tratados y criterios de organismos internacionales sobre derechos humanos celebrados y generados en el mundo sean vinculantes con el derecho mexicano, es una propuesta ineficaz para otorgar una protección más amplia a la persona en nuestro país. Lo anterior se afirma desde el análisis de sus elementos políticos, jurídicos y filosóficos fundamentales, con el propósito general de conservar la estabilidad de las decisiones del Estado mexicano, negando con ello la imposición a nuestro país de visiones únicas de la humanidad provenientes de otras latitudes que se pretenden exentas de toda crítica.

### *Abstract*

*International treaties celebrated by any country and the criteria produced by international organizations both related with human rights must be mandatory for the Mexican law is a proposal ineffective for providing the widest protection to the person under Mexican legal system, the last one statement is support over the basis of political, legal and philosophical fundaments, pointing out the general objective of preserving the stability of the Mexican state decisions taken under domestic law already constituted, refusing any unique vision of humankind produced by any part of the globe which pretends be exempt from critics.*

**Sumario:** Introducción / I. Las fuentes del derecho / II. Organismos internacionales especializados en derechos humanos / III. Soberanía y derechos humanos de fuente internacional / IV. Moralidad universal como justificación de nuevos derechos humanos / V. Omisión legislativa: entre la legalidad y los derechos humanos / VI. Derechos humanos de fuentes no autorizadas son orientadores / VII. Conclusión / Fuentes de consulta

---

\* Lic. en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro.

## Introducción

Las propuestas teórico-normativas surgen en momentos de gran tensión, cuando los ordenamientos vigentes no dan una respuesta eficaz a los problemas del lugar y del tiempo. Hoy, en la explosión de los derechos humanos que vive nuestro país, la posibilidad de que un sinnúmero de instrumentos internacionales celebrados en todo el mundo y criterios producidos por organismos internacionales entren como vinculantes a nuestro país (en adelante “la propuesta”) es un tema en discusión en la academia, en las aulas, talleres, conferencias, seminarios, especialidades y maestrías. Es una propuesta sostenida por la máxima “*más es mejor*”, se repite sin cesar aunque se defiende tímidamente como una reflexión.

Hablar de los derechos humanos es hablar de sus fuentes, porque son estas las que dan orden, estabilidad y validez a cualquier sistema jurídico, y las que nos permiten señalar con claridad cuáles son las normas válidas autorizadas para reconocer en el particular esos derechos y puedan reclamar su respeto, protección y garantía.

Es una idea muy persuasiva producir en el pensamiento la imagen de una corriente cristalina equivalente a los derechos humanos; sin embargo, lo que pasamos por alto es que estos son “progresivos”, lo cual significa que la corriente que llega ya no se va, se estanca y con el tiempo se oscurece.

El primer límite a los derechos humanos son otros derechos humanos, negando con ello su eficacia absoluta y limita el daño que pueden ocasionar unos cuando se ejerzan perjudicando a otros. Su eventual colisión<sup>1</sup> con otros derechos humanos se resuelve protegiendo a unos y lesionando otros, aun y cuando en la ley de la colisión de principios expuesta por Robert Alexy se diga eufemísticamente que el Estado está “obligado a afectarlos lo menos posible”.<sup>2</sup> Lo anterior significa que cada vez que reconocemos unos derechos es inevitable detraer otros.<sup>3</sup>

Nuestro sistema acepta, en abstracto, que los derechos humanos “no se relacionan entre sí en términos jerárquicos”,<sup>4</sup> pero caso por caso vencen las libertades individuales sobre el interés social, y en otras son los intereses de la sociedad en su conjunto los que quedan en pie como cuando “se privilegia la libertad de expresión frente a derechos de personalidad de personas públicas”,<sup>5</sup> pese a esta realidad, en términos teóricos, la característica deontológica “indivisible e inalienable” nos obli-

---

<sup>1</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Garzón V., Ernesto, (trad.), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 25.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>3</sup> Cristina Corredor, “Argumentos sobre derechos humanos: algunos intentos de fundamentación”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 6, España, 2013, p. 3.

<sup>4</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, México, abril de 2014, p. 96.

<sup>5</sup> Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Sentencia de amparo en revisión 345/2016, *Kate del Castillo vs. Procuraduría General de la República*, México, abril de 2017, p. 74.

ga a afirmar de manera dogmática que estos no pueden perecer, aunque este objetivo sólo se consiga en el lenguaje cuando una decisión concreta no sea favorable a las pretensiones de esa persona vencida en juicio, pero se dice que el perdedor “conserva” su derecho fundamental, al menos para futuras contiendas.

Apuntados algunos límites a los derechos humanos, el siguiente paso es discutir cuáles se consideran en México *fuentes formales autorizadas de derechos humanos* y cuáles no lo son, y terminaremos por incursionar en el “terreno movedizo” del génesis —iusfilosófico— de los derechos humanos, en donde hallamos un “interminable e ilimitado debate de opiniones”.<sup>6</sup>

## I. Las fuentes del derecho

### I.1. Las normas internacionales como fuentes de derechos humanos

En 1934 Hans Kelsen ofreció una manera de entender el derecho y con ello a sus fuentes. Para él la “fuente” de derecho “es una expresión metafórica con más de un significado, las fuentes del derecho son los métodos de producción de derecho, y lo es también toda norma superior, en su relación con la norma inferior, cuya producción regula, como fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de esta, la norma fundante básica de un orden jurídico”,<sup>7</sup> así el derecho funda su validez (objetiva) bajo el presupuesto de una norma fundante y esta regula los mecanismos —procedimientos— de producción normativa.<sup>8</sup>

Nuestra Constitución, como norma fundante del orden jurídico, no regula el proceso de producción de normas internacionales, aunque sí ha positivado las reglas que establecen límites y condiciones para que un tratado internacional tenga validez en nuestro país, para ello se requiere, *formalmente*, que sea celebrado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y aprobado por el Senado de la República. Sólo así una norma internacional es válida y obligatoria en nuestro país.

México ha tenido una prolija participación en la suscripción de acuerdos internacionales. En términos de la cláusula de apertura contenida en el artículo primero Constitucional, existen ya 210 tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos, y cabe destacar que solo dos de ellos han sido suscritos después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, lo que nos permite afirmar que, negar la vinculatoriedad propuesta no nos dejaría en la nada jurídica.

La interpretación de cada instrumento internacional, podrá tener o no disposiciones específicas que reglamenten su propia interpretación y pueden contar o no con organismos internacionales responsables de vigilar su cumplimiento. No obstante

<sup>6</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Vernengo R. (trad.), México, UNAM, 1982, p. 243.

<sup>8</sup> *Ibidem.*, p. 22.

lo anterior, a todos los instrumentos, ya sea de manera directa o subsidiaria, les son aplicables las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo ámbito de aplicación abarca a los tratados entre Estados. De este modo, la norma de derecho internacional *pacta sunt servanda* y los principios del libre consentimiento y de buena fe, internacionalmente reconocidos, dirigen la interpretación y cumplimiento de los tratados en vigor.

Por lo anterior, debemos tener presentes en todo momento los principios del derecho internacional de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.<sup>9</sup>

## 1.2. Los tribunales como fuente de derecho

El mecanismo judicial como medio de producción de normas “individuales”, ha estado en el sistema jurídico desde la existencia de la práctica judicial. En la historia contemporánea, el austriaco Hans Kelsen afirmó, en 1934, que un tribunal, en especial un tribunal de última instancia, puede estar facultado para producir con sus sentencias no sólo “normas obligatorias individuales”, que son válidas para el caso que resuelve, sino también normas generales. En estos términos, un “tribunal produce un nuevo derecho con su sentencia que se estabiliza cuando se vuelve un precedente; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general”.<sup>10</sup>

El punto de partida contemporáneo sobre el protagonismo del poder judicial en el desarrollo judicial de los derechos humanos fue señalado, en 1986, por el filósofo alemán Robert Alexy quien afirmaba que lo que se entendía por “derechos fundamentales era definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [Alemania]”,<sup>11</sup> lo que había hecho ya “a lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años”.<sup>12</sup>

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación funciona como Tribunal Constitucional, y ejerce su función de legislador “negativo”<sup>13</sup> desde la creación de la acción de inconstitucionalidad en 1994, y simultáneamente actúa como productor de derecho en términos “positivos”, interpretando normas, acción que se estabiliza como derecho mediante el modelo de reiteración,<sup>14</sup> contradicción o sustitución de jurisprudencia con lo que logra fijar precedentes obligatorios.

<sup>9</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 8, p. 258.

<sup>11</sup> Robert Alexy, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Rolando Tamayo y Salmoran (trad.), México, UNAM, 1974, p. 493.

<sup>14</sup> México: Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018, artículo 222.

En el escenario internacional la experiencia es diferente, la creación de tribunales supranacionales exigió la reinterpretación del concepto de soberanía ya que esta sólo reconocía una jurisdicción al interior del Estado que al ser hermética le protegía de injerencias exteriores.

La jurisdicción supranacional tiene su antecedente contemporáneo en la justicia penal internacional, su nacimiento responde a la necesidad de procesar a los responsables de las violaciones a las normas de los conflictos armados internacionales, re-interpretando los límites de la tradicional “competencia territorial” que tiene cada tribunal nacional desde el concepto de soberanía.

En 1998 nació la Corte Penal Internacional<sup>15</sup> y su competencia se limitó a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”<sup>16</sup> y sus resoluciones versarían sólo sobre las personas naturales cuando cometieran crímenes de la competencia de la Corte, quienes “serán responsables individualmente”.<sup>17</sup> Así, sus condenas, si bien son precedentes, no trascienden más allá de la persona imputada, por lo que sus efectos son individuales y no generales; sin embargo, en materia de derechos humanos la solución internacional ha sido diferente.

## II. Organismos internacionales especializados en derechos humanos

### II.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos OEA<sup>18</sup> y “sus funciones son las de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y ser un órgano consultivo de esta [de la OEA] en esta materia”.<sup>19</sup>

Los “productos” acabados y acciones que toma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) son: 1) emisión de “medidas cautelares”<sup>20</sup> en casos de gravedad, urgencia e irreparabilidad de violaciones a derechos humanos advertidas *prima facie*; 2) emisión de “informes de fondo”<sup>21</sup> en los que formula proposiciones y recomendaciones<sup>22</sup> que deben cumplir los Estados responsables, en los “casos de violaciones a derechos humanos”<sup>23</sup> someter algunos de sus casos a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIADH).<sup>24</sup>

<sup>15</sup> *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 1998.

<sup>16</sup> *Ibidem*, artículo 5.1.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículos 25.1 y 25.2.

<sup>18</sup> Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948.

<sup>19</sup> Organización de Estados Americanos: Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, artículo 1.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 25.1.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 44.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículo 50.3.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 23.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 61.

Además, la CIDH produce anualmente un Informe<sup>25</sup> de actividades; publica informes temáticos o especiales de relatorías y recopila conclusiones de otros órganos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, es preciso señalar que el objetivo de estos proyectos no es producir consecuencias jurídicas, sino que deben considerarse como diagnósticos informativos, recopilaciones y valoraciones *no vinculantes*, dado que no hay disposición internacional que lo prevenga su vinculabilidad.

La CIDH emite sus informes de fondo luego de haber desahogado un procedimiento *sui generis* que termina con la emisión de “recomendaciones”, sobre las que también le compete la evaluación de su cumplimiento. Estas funciones encuentran el margen y los límites de su actuación en la facultad de la CIDH de “promover” la observancia y la defensa de los derechos humanos, lo que hace mediante un proceso y en algo similar a un arbitraje internacional, no obligatorio.<sup>26</sup> Sus procesos también pueden conducirse con una *mediación* y terminar en una “solución amistosa” entre las partes.<sup>27</sup>

El modelo regional de justicia interamericana en derechos humanos prevé a la CIDH como una etapa previa e imprescindible para que una persona pueda acudir a la jurisdicción contenciosa, siendo entonces la CIDH la que reduce o filtra los casos que serán sometidos a la CrIADH. En términos estadísticos, podríamos considerar a la CIDH como “el” órgano terminal del sistema por la cantidad de peticiones que llegan a ella anualmente, y la diferencia con el número de casos sometidos por esta a la CrIADH. Para demostrar lo anterior basta revisar los siguientes datos del 2016: de 7,630 peticiones en trámite incluyendo nuevas peticiones y el rezago de años anteriores, 52 fueron admitidas, se aprobaron 16 informes de fondo, y sólo 16 casos fueron remitidos a la jurisdicción de la CrIADH,<sup>28</sup> pese a su extenuante labor, la CIDH no está en condiciones de ampliar ni definir el contenido de los derechos humanos reconocidos en los tratados que esta debe promover.

La anterior afirmación se corrobora si partimos de que el no cumplimiento de una recomendación de la CIDH por un Estado parte no actualiza en automático que el caso pase a la jurisdicción contenciosa, se necesita al menos considerar, en cada caso, la posición del peticionario, la naturaleza y gravedad de la violación, y sobre todo “la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema”.<sup>29</sup> Es decir, es necesario el posicionamiento de la CrIADH a través de sus sentencias, lo que revela los límites de la CIDH dadas sus atribuciones así, que pese a lo numeroso de los casos que conoce la CIDH, no puede hacer efectivas sus “recomendaciones”, lo que a su vez la limita para definir los contenidos y alcances de los derechos humanos; aún más, cabe la posibilidad de que la CrIADH desestime algún posicionamiento

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 47.3.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículo 40.

<sup>28</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2016, pp. 55-79.

<sup>29</sup> Organización de Estados Americanos: Reglamento..., *op. cit.*, nota 20, artículo 45.2.c.

desarrollado por la CIDH en este rubro, lo que confirma una vez más la condición de *no vinculatoriedad* de sus posicionamientos.

Tal es la suerte de los casos que ante la CIDH se conocen, lo que implica que las decisiones por ella tomadas no son vinculantes *erga omnes*, sino sólo son “recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos”.<sup>30</sup> Por tanto, las consideraciones vertidas en cualquiera de sus informes sólo están dirigidas al Estado responsable. De lo que se concluye que las acciones de la CIDH no tienen *a priori* las características para ser vinculantes *erga omnes*.

## II.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La “Jurisdicción contenciosa” de la CrIADH fue aceptada por el Estado mexicano en 1998, y la vinculatoriedad de sus resoluciones ya ha sido objeto de análisis en nuestro país por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, en donde quedó asentado que “la jurisprudencia interamericana es vinculante para los jueces nacionales cuando resulte más favorable, como lo ordena el principio pro persona contenido en el artículo 1º constitucional”<sup>31</sup> aclarando que basta una sentencia de la CrIADH para sentar criterio y ser vinculante, con la salvedad de que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.<sup>32</sup> Con lo anterior se pretende normalizar la práctica de los jueces nacionales de “leer en *paralelo* disposiciones constitucionales y convencionales para integrar los contenidos de los derechos fundamentales en casos concretos”.<sup>33</sup>

Por su parte, las “Opiniones consultivas”<sup>34</sup> a cargo de la CrIADH son motivo de discusión. En principio, se destinan a interpretar la propia Convención, pero también se prevé que con ellas se interpreten *otros* tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; aún más, las opiniones pueden ser solicitadas por un Estado miembro, por la Comisión e incluso por otro órgano de la OEA distinto de la Comisión. Bajo estas condiciones, es claro advertir que sin importar si la interpretación recae sobre la Convención u *otro* tratado, y con independencia de quien la solicite, estas opiniones, *a priori*, no pueden ser vinculantes en nuestro país por las siguientes razones.

En principio quienes sostienen su vinculatoriedad afirman que: 1) la CrIADH es el “máximo” interprete de la convención, *ergo* sus opiniones comparten esta “cua-

<sup>30</sup> *Idem.*, artículo 18.b.

<sup>31</sup> Tesis P. /J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, México, abril de 2014, p. 204.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>33</sup> Juan Nepomuceno Silva Meza, “El Dialogo Jurisprudencial en la internacionalización de los Derechos Humanos: el turno de la Justicia Mexicana”, en *Un Dialogo entre Jueces, Trabajo de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 65.

<sup>34</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 64.1.

lidad”; 2) que en un ejercicio de coherencia interna, lo dicho en una opinión compromete a la misma CrIADH a sostener su criterio en futuras resoluciones, y dado que estas últimas sí son vinculantes, entonces también lo son las opiniones; 3) que cuando se le consulta sobre la compatibilidad de una disposición de derecho interno sometida a su estudio vía opinión consultiva, lo que hace la CrIADH es adelantar el criterio del caso de una *posible* controversia futura sobre el mismo punto; 4) al menos al Estado consultante, que promovió la opinión de la CrIADH, esta le debe ser vinculante; 5) el trámite para arribar a la opinión es incluyente y “democrático” porque se les consulta previamente a los Estados miembros, a la CIDH, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA.

Las anteriores posiciones son altamente debatibles. En primer lugar, que la CrIADH sea el intérprete máximo no debe confundirse con que sea infalible. Recordemos que una opinión se da en un contexto de estudio *abstracto* normativo, lo que fácilmente se puede desbordar en un criterio que, por “progresista”, sea tan preciso que no considere los efectos prácticos y su viabilidad en todos los Estados miembros en donde pretende ser vinculante, o tan ambigua que la vuelva inútil, por lo que se estima que estas opiniones son un ejercicio híbrido de tipo académico-jurisdiccional, donde la CrIADH tiene algo que decir pero no hay un conflicto concreto. Por otro lado, la probabilidad de que una consulta de compatibilidad entre una norma de derecho interno y la Convención a través de la *Opinión* llegue después a la vía contenciosa de la CrIADH es muy baja, lo anterior si tomamos en cuenta el tiempo que tardaría un caso en agotar todas las instancias, el trámite ante la CIDH, y esperar a que llegue a ser resuelto por la Corte en donde esta tenga que ser coherente entre lo dicho en la consulta y lo resuelto en la sentencia. Además, sin perjuicio de la coherencia interna, nada impide a la Corte “reinterpretar” su propia opinión a la luz de los hechos *concretos*, por lo que no está vinculada a sostener su criterio, y no constituye entonces un criterio “adelantado” de un potencial caso futuro, ni siquiera lo es para el Estado que promovió la consulta, menos aún si quien consulta no es un Estado miembro.

Si acaso el criterio de la *Opinión* llegara a asentarse en una sentencia, entonces, y sólo entonces, ese criterio adquiriría fuerza en virtud de esta última y no a causa de la opinión en sí misma, decir lo contrario constituiría una falacia lógica articulada de la siguiente manera: todas las opiniones pueden ser recogidas por sentencias que son vinculantes, dado que las sentencias son vinculantes, entonces todas las opiniones deben ser vinculantes.

No hay que olvidar que la CrIADH nació por y para conocer el cumplimiento de los Estados miembros de los compromisos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que resulta impropio cualquier actuación fuera de este marco, y cualquier interpretación de *otros* instrumentos internacionales, no puede ser vinculante. Finalmente, aunque está presente la consulta previa a “todos los interesados”, la opinión final no se forma de un híbrido que comparta todas las opiniones, termina definiendo un criterio con el que des-

carta unas y da preferencia a otras, o no toma en cuenta ninguna, en cualquiera de los supuestos el proceso “democrático” se fulmina.

Además, el grado de abstracción de estas consultas interpretativas está muy lejos de poder resolver los límites consultados, pues el verdadero “problema” se resuelve sólo frente a una verdadera contención entre derechos humanos. Definir el contenido abstracto de un derecho humano está lejos de poder solucionar un conflicto, porque los alcances abstractos no se han enfrentado con la realidad a la que se deben ajustar para generar una solución dentro de límites razonables. De todo lo anterior se puede concluir que no todo lo que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia es vinculante a los Estados miembros, lo que incluye a México.

### II.3. Otros organismos internacionales

La Organización de las Naciones Unidas ha sido promotora y sede de la concertación de múltiples instrumentos internacionales para promover, proteger y asegurar los derechos fundamentales en el mundo, ejemplo de lo anterior es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>35</sup> La aplicación de dicha Convención es competencia residual del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité) por mandato de su Protocolo Facultativo.<sup>36</sup> Si bien es verdad que el Comité puede ser considerado como un intérprete “auténtico” de la Convención porque es un órgano competente para aplicarlo, su participación es subsidiaria o residual, por lo que no es el único intérprete, y no constituye una última instancia<sup>37</sup> porque no es una instancia, ya que sólo emite “observaciones y recomendaciones”<sup>38</sup> y su interpretación puede ser contradicha o revocada por el Estado al que se dirige la “recomendación”, con independencia de los efectos negativos a la imagen internacional que esto represente. Finalmente, en el análisis de los casos, es natural y necesario que el Comité sea el competente para aplicar la Convención, pero esto no implica la posibilidad de interpretarlo con el ánimo de “extender” el alcance de los derechos previstos en dicho instrumento.

Así, el sistema universal de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas se compone de Comités, como el señalado, y sus facultades y decisiones son de la misma naturaleza: de ahí que *no sean vinculantes*. Mientras tanto, los sistemas regionales de protección de derechos humanos situados en Europa y en África,<sup>39</sup> aunque se conformen por un lado con un Tribunal Europeo de Derechos Humanos y una Corte Africana y una Comisión Africana de Derechos Humanos por

<sup>35</sup> Organización de las Naciones Unidas: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>36</sup> Organización de las Naciones Unidas: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

<sup>37</sup> Ricardo Guastini, “La Interpretación de la Constitución”, en: Fabra Z. Jorge L. Ed., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, México, UNAM, 2015, p. 2018.

<sup>38</sup> Organización de las Naciones Unidas: *Protocolo Facultativo...*, *op. cit.*, nota 37, artículo 6.3.

<sup>39</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights: African Charter on Human and Peoples’ Rights, 1981.

el otro, los límites de la competencia territorial hace inviables sus criterios para lograr su vinculatoriedad en nuestro país.

### III. Soberanía y derechos humanos de fuente internacional

La cuarta enmienda a la Carta de la Organización de los Estados Americanos ocurrió en 1992, dictada con el propósito de lograr la “preservación y fortalecimiento de la democracia representativa en el continente americano”,<sup>40</sup> consistió en poder suspender el ejercicio del derecho de participación en la OEA de aquel Estado cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza; sin embargo, México no la firmó, y en aquella ocasión declaró que “no es aceptable que se den al organismo regional poderes supranacionales e instrumentos de intervención en los asuntos internos de nuestros Estados”,<sup>41</sup> en esta declaración podemos identificar claramente al Estado mexicano en un ejercicio concreto del principio normativo de la autodeterminación de los pueblos y de la no intervención.

Lo anterior es el preámbulo perfecto para reafirmar que la soberanía sigue siendo el concepto base de las relaciones internacionales entre Estados independientes, incluso la existencia de comunidades internacionales como la Unión Europea se han constituido con base en ella<sup>42</sup> y no en lugar de ella. México sigue teniendo la facultad de autodeterminarse, y los límites que deben existir a las fuentes internacionales deben estar muy claras.

En países que derivan del sistema jurídico *common law* como el Reino Unido, los tratados internacionales que se celebren no pueden afectar los derechos de los ciudadanos contenidos en su derecho interno sin legislación parlamentaria,<sup>43</sup> aunque “la Corona posee el derecho de firmar y ratificar los tratados internacionales, es incapaz de legislar directamente. Para que un tratado internacional llegue a ser parte del derecho inglés es necesaria una ley del Parlamento (*Act of Parliament*)”.<sup>44</sup>

Otra lógica del *common law* dirige cómo cumplir con los compromisos internacionales y opera en Estados Unidos. El ejemplo de esta mecánica jurídica se pudo apreciar en el caso que involucra el cumplimiento de la sentencia Avena y otros na-

---

<sup>40</sup> José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, España, Universidad de Deusto, 2004, p. 575.

<sup>41</sup> Organización de Estados Americanos: Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1992.

<sup>42</sup> Tratado sobre la Unión Europea, 1992, artículo A.

<sup>43</sup> “...treaties agreed between the UK and another foreign state cannot affect citizens’ rights in domestic law without Parliamentary legislation”. Sandra Fredman, *Parliamentary sovereignty, EU referendum and Brexit: Analysis*, Reino Unido, Universidad de Oxford, 2017.

<sup>44</sup> Becerra Ramírez, *Tratados internacionales*. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la constitución federal (amparo en revisión 1475/98), *Cuestiones Constitucionales*, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 3, México, 2010.

cionales mexicanos, *México vs. Estados Unidos de América*.<sup>45</sup> El caso fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 2004. La CIJ dictó una sentencia que condenó a Estados Unidos, para el efecto de que se “revisaran y reconsideraran” diversos procedimientos, por haberse probado violaciones al debido proceso por la ausencia de asistencia consular, en incumplimiento a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Uno de los beneficiarios de la sentencia —José Ernesto *Medellín* Rojas— motivó el caso *Medellín vs. Texas*,<sup>46</sup> lo que permitió posicionar a la Corte Penal de Apelaciones en el estado de Texas<sup>46</sup> y a la Corte Suprema de Estados Unidos, las que coincidieron en señalar que la sentencia de la CIJ “no es de cumplimiento autoaplicativo ni automático en el derecho interno para efectos de la Corte Estatal”,<sup>47</sup> que los órganos políticos de aquel país tienen la facultad para determinar *si* cumplen y *cómo* cumplen una sentencia de la CIJ, sin desconocer su obligatoriedad internacional, y afirmó que nada en la estructura o propósito de la CIJ sugiere que sus interpretaciones serían definitivas en las Cortes de aquel país. Con estos argumentos *Medellín* fue ejecutado el 5 de agosto de 2008 en Huntsville, ubicada al sur de Houston, Texas.<sup>48</sup>

Vistos estos ejemplos, querer introducir directamente al marco normativo mexicano *todas las voces* internacionales en materia de derechos humanos como vinculantes no tiene sustento jurídico ni equivalente internacional.

## IV. Moralidad universal como justificación de nuevos derechos humanos

Pese a que la propuesta combatida no tenga sustento jurídico nacional ni internacional, en lo sucesivo este estudio se adentrará en apuntar algunas bases de pensamiento que pueden coincidir con “la propuesta”, y desde estas, debatir su vigencia y racionalidad.

Comenzaremos este análisis desde los fundamentos de los derechos humanos, al respecto Carlos S. Nino apunta, que estos, “derivan de la combinación de tres principios: el de inviolabilidad de la persona, el de autonomía de la persona y el de dignidad de la persona. El primero prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que beneficia a otros individuos; el segundo asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia; el tercero prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones, y no en relación con otras propiedades sobre

<sup>45</sup> Corte Internacional de Justicia, Sentencia, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)*, Países Bajos, 2004.

<sup>46</sup> Gregory J. Kuykendal, *et. al.*, “Mitigation Abroad: Preparing a Successful Case for Life for the Foreign National Client”, *Hofstra Law Review*, núm. 3, vol. 36, artículo 13, Estados Unidos de América, 2008.

<sup>47</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Syllabus MEDELLIN vs TEXAS*, Certiorari to the Court of Criminal Appeals of Texas, No. 06–984, Estados Unidos, marzo 2008, p. 2.

<sup>48</sup> —————, “*Medellín* Rojas, cita con la muerte”, *Revista Proceso*, México, 5 de agosto de 2008.

las cuales no tiene control<sup>49</sup> “mientras que la *libertad*, [la] *igualdad* y [la] *verdad*, son los tres ejes fundamentales en torno a los que siempre se han centrado [...] las reivindicaciones de los derechos humanos como contenido de la dignidad humana”.<sup>50</sup>

En México, el cambio conceptual hecho en la Constitución pasó a “reconocer” los derechos humanos, al mismo tiempo que “otorga” garantías para su protección, lo que coincide con la tesis iusnaturalista que sostiene que la positivización de los derechos humanos es el “reconocimiento formal fundado por el Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan como normas positivas para mejorar su garantía y protección”, esta tesis tiende a negar que la voluntad política del Estado sea la que otorgue derechos fundamentales, en su lugar, el “reconocimiento” aparece como una ficción jurídica que permite develar derechos fundamentales preexistentes al Estado.

Pese a esa tesis, no debemos olvidar que este reconocimiento debe concretarse a través de mecanismos jurídicos; porque los “derechos humanos por ser Derecho cumplirían con: (i) ser instrumentos válidos de resolución de conflictos; (ii) guías de comportamiento social; (iii) instrumentos limitadores del daño social; (iv) asignadores de bienes y servicios; (v) legitimadores del poder”.<sup>51</sup>

Partiendo de que deben ser instrumentos válidos, debemos relacionarlos con lo que llamaremos fuentes autorizadas del derecho, que son los procedimientos previstos en las normas, para producir derecho con base en las reglas del derecho interno. La búsqueda incesante de la justicia y la posibilidad de combatir los abusos de la autoridad, orilla a algunos a demandar la validez y vinculatoriedad de cualquier producto internacional sobre derechos humanos, y se busca su aceptación partiendo de un discurso que asume que todos ellos han sido “obtenidos” por la persona racional que ha sabido interpretar su propia “naturaleza” jurídica y ha reconocido para sí misma derechos humanos, sin importar la latitud de donde provengan estas prescripciones, desde la dimensión de la legitimidad.

Así, la propuesta discutida podría partir de una postura principialista, en la que los derechos humanos se definen inseparables de la naturaleza humana y con ello se vuelve inaceptable decir que son producto del “acuerdo entre personas” porque, fundamentalmente, la voluntad de la persona racional no puede negar en su propio perjuicio los derechos que le pertenecen “originalmente”, y siendo la persona quien actúa al interior de la ficción del Estado, la persona y por tanto el Estado están constreñidos a reconocer cuantos derechos humanos les pertenezcan, en cualquier espacio en donde la razón los haya “develado”, esto es así porque los derechos humanos se estiman preexistentes al Estado.

Estar de acuerdo con lo anterior nos permitiría aceptar a todo instrumento como fuente de derechos humanos. Además, con ello es posible afirmar que si el Es-

---

<sup>49</sup> Antonio Salamanca Serrano, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Granfinat, 2003, p. 288).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 290.

tado mexicano ya adoptó un tratado internacional que contiene derechos humanos, y luego decide denunciarlo y se retira de él, esta decisión no surtiría efectos, porque bajo esta visión principialista, el Estado sólo está en condiciones de revocar lo que en principio ha dado, pero los derechos humanos no se otorgan, sino que “ahora” se reconocen, y, por tanto, no puede decidir desde el poder cuáles derechos humanos reconoce y cuáles no; así, una vez reconocidos no hay marcha atrás, el retiro del Estado mexicano de un tratado de esta naturaleza sería regresivo, lo que está prohibido constitucionalmente, salvo que se “justifiquen plenamente”.<sup>52</sup>

Así, todos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, y las conclusiones a las que arriban los organismos internacionales que los interpretan y los expanden en sus resoluciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales, tales como las recomendaciones, informes generales, especiales o temáticos, relatorías, reportes de grupos de trabajo, incluso las conclusiones a que se arriben en los libros, artículos, compilaciones y toda clase de productos académicos financiados u organizados por ellos, podrían formar parte del parámetro de regularidad constitucional, al ser todos ellos producto de la razón y ser todos ellos organismos especializados y “autorizados” en la materia que indudablemente se sostienen en “buenas intenciones” y son compatibles con la moralidad universal de los derechos humanos.

La tesis anterior fundaría una categoría de excepción (mexicana) en donde los principios que rigen el derecho internacional, negando validez a las reservas y a las declaraciones interpretativas hechas por el Estado mexicano que restrinjan la amplitud del derecho humano contenido en fuentes internacionales, llegando al extremo de prescindir de la voluntad misma del Estado cuando limite el reconocimiento y expansión de los derechos humanos.

La segunda base de la propuesta puede denominarse como una posición universalista. Para ello debemos regresar a finales del siglo XVIII y repasar el imperativo universal planteado en la teoría moral por el filósofo alemán Immanuel Kant: “obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”.<sup>53</sup>

La posición discutida apuesta por normas internacionales de derechos humanos como leyes universales, pero Kant (durante la Ilustración) propuso que para llegar a esa universalidad el individuo atraviesa un proceso monológico de autocuestionamiento; sin embargo, los derechos humanos no se fundan justificadamente en la razón individual desde que el postmodernismo francés dedicó sus esfuerzos a una “negación radical de la razón del sujeto [...] al encontrar un potencial racional en las interacciones comunicativas entre sujetos”;<sup>54</sup> entonces la universalidad de los dere-

<sup>52</sup> Tesis 1a. /J. 87/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, México, diciembre de 2016, p. 377.

<sup>53</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1785, p. 10.

<sup>54</sup> Anne Barrón, “Derecho como discurso”, Jorge L. Fabra Z. Ed., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México, UNAM, 2015, p. 563.

chos humanos se busca no a la manera de Kant, a través de un proceso de deliberación moral privado, sino a partir de procesos comunicativos plurales y la generación de acuerdos.

Siguiendo con la línea de pensamiento contemporáneo, el derecho como discurso; el filósofo alemán Jürgen Habermas, señaló que son “válidas aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.<sup>55</sup> Si nos apresuramos, podemos afirmar que los derechos humanos provenientes de otras latitudes serían válidos en México por la existencia de consensos internacionales, donde presuntamente, se emplearon discursos racionales en términos de Habermas, pero afirmar lo anterior es admitir al consenso como base de los derechos humanos, lo que a su vez es precedido por la voluntad del hombre, idea que embiste de manera violenta la fantasía narrativa principialista, que sostiene que los derechos humanos son anteriores al Estado.

De modo que ahora comenzaremos con las objeciones a estos postulados que sostienen la existencia de normas con una validez *a priori* fundadas en la universalidad moral que las legitima. Para motivar este desacuerdo es necesario poner dos postulados complementarios, el primero proveniente del positivismo jurídico del siglo XX, que define que la “legitimidad del derecho reside únicamente en los procedimientos formales de su factura”,<sup>56</sup> mientras tanto, otra dimensión del derecho concibe a la legitimidad en; “en la positivización en orden a la justicia”.<sup>57</sup> Con estas dos posturas en mente, no se debe pasar por alto que los derechos humanos no escapan de ser proposiciones jurídicas, que “el Derecho establece los límites allí donde los tiene la norma positivada”<sup>58</sup> porque “[l]a justicia del Derecho es una parte acotada del dinamismo de la justicia”. Así, los derechos humanos como proposiciones jurídicas resultan de procedimientos formales a la manera de Kelsen, pero a diferencia del positivismo, se reconoce estas surgen sustancialmente de un ejercicio que “positiviza en normas el dinamismo moral de la justicia”<sup>59</sup> como resultado de un “discurso práctico [que busca] lograr un consenso racionalmente motivado sobre pretensiones de validez de rectitud normativa en disputa”.<sup>60</sup>

Sobre todos estos postulados, no debemos olvidar que toda “positivización se hace desde la autonomía de la comunidad”,<sup>61</sup> en el mismo sentido la teoría cultural,<sup>62</sup> sostiene que “diversos discursos pueden producir distintos significados de lo que

---

<sup>55</sup> Gerardo Durango Álvarez, *El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría Habermas*, Colombia, Universidad de Medellín, 2006, p. 19.

<sup>56</sup> Anne Barron, *op. cit.*, nota 54, p. 590.

<sup>57</sup> Antonio Salamanca, *op. cit.*, nota 49, p. 274.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>60</sup> Anne Barron, *op. cit.*, nota 54, p. 587.

<sup>61</sup> Antonio Salamanca, *op. cit.*, nota 49, p. 269.

<sup>62</sup> Anne Barron, *op. cit.*, nota 54, p. 564.

parece ser el mismo aspecto de la “realidad”,<sup>63</sup> por ello sólo a *posteriori* se producen distintos significados de la misma realidad, de ahí que se justifique la existencia de consensos mundiales, regionales e incluso nacionales. Así, en distintos espacios y tiempos, el discurso construye los significados para el derecho y para los derechos humanos, y estos significados están respaldados en la cultura, mientras que “la cultura le da forma a la ‘realidad’ al darle prioridad a algunos significados y no a otros (esto es, tratando algunos significados como evidentemente verdaderos, al tiempo que margina otros como falsos o tendenciosos)”.<sup>64</sup>

El derecho, así entendido, parte de reconocer a una sociedad heterogénea, de modo que las leyes siguen la misma suerte. Es así como los objetivos que busca una sociedad se manifiestan en ellas, mientras que la universalidad de los derechos humanos pretende homologar todas las visiones recordando el despotismo liberal de la Ilustración que ostentaba una “pretensión de validez [que quería estar] exenta de escrutinio crítico”.<sup>65</sup>

Desde esta visión del derecho como producción cultural y como racionalidad comunicativa, se sostiene que los derechos humanos son un producto del consenso al que nos hemos comprometido de modo tan serio que le hemos colocado candados de no regresividad, y como lo afirma Antonio Salamanca, “los derechos humanos son creación, pero como positivización no de derecho previos”,<sup>66</sup> sino de la parte del “dinamismo de la justicia que ella misma ha decidido positivizar como primera condición para su cumplimiento”.<sup>67</sup>

## V. Omisión legislativa: entre la legalidad y los derechos humanos

Descendiendo de los postulados filosóficos a la solución de casos concretos, cuando se trata de “integrar” una norma sustantiva en el sistema jurídico que se advierte “incompleto”, entra en acción el órgano judicial vía interpretación; sin embargo, ante la total omisión de una norma “no estamos ante la presencia de una regulación jurídica insuficiente, sino que se trata de una laguna ideológica que solo puede ser colmada por el legislador”.<sup>68</sup>

En cambio, en el ámbito procesal, una norma adjetiva que no prevea expresamente la procedencia de un medio de impugnación en contra de un acto de autoridad específico, se activa para “integrar” el sistema, partiendo del reconocimiento

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 574.

<sup>66</sup> Antonio Salamanca, *op. cit.*, nota 49, p. 277.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>68</sup> Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, “Pensionados Jubilados cuyo pago retroactivo de las gratificaciones anuales se les adeudan. No tienen derecho al pago de intereses (Inaplicabilidad supletoria del Código Civil Federal)”, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, séptima época, año V, núm. 52, México, noviembre 2015, p. 120.

del derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo y el derecho a la tutela judicial, que una vez armonizados permite admitir y tramitar el medio de defensa, en lugar de desechar el escrito, porque aunque el supuesto no estuvo previsto expresamente, el medio de defensa sí existía previamente en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si partimos de que la cita de un fundamento jurídico (válido) es condición necesaria de una debida argumentación, muchos argumentos en materia de derechos humanos serían infundados pues no cuentan con una previsión legal expresa a cada caso posible, y por ello hay quienes pretenden recurrir a fuentes no autorizadas de derechos humanos para justificar sus pretensiones donde creen sí cuentan con esa previsión internacional expresa, que está ausente en el marco nacional; sin embargo actuar así es erróneo, pues no es el medio idóneo ni la solución al problema.

El medio idóneo para la solución de esos casos siempre ha sido recurrir a las fuentes de derechos humanos autorizadas por el sistema jurídico mexicano (que no son pocas) porque estos derechos están formulados en cláusulas abiertas, esto permitió que el concepto de “garantías judiciales” evolucionara y se extendiera no solo a los procedimientos de naturaleza jurisdiccional, sino a todos los casos seguidos en forma de procedimientos para asegurar que se cumplieran con todas las formalidades. Así, al estar expuestas en términos de principios y valores, permite interpretarlos siempre de manera amplia sin la necesidad de recurrir a precedentes ajenos al sistema.

## VI. Derechos humanos de fuentes no autorizadas son orientadores

La jurisprudencia mexicana es creada por los tribunales federales, pero “en tanto no hayan sido publicadas a través del *Semanario Judicial de la Federación*, podrán ser utilizadas como criterios *orientadores* para el dictado de resoluciones”.<sup>69</sup> Si la jurisprudencia nacional necesita ser publicada en medio oficial para entrar en vigor, no se pueden crear mejores condiciones en favor de decisiones internacionales que no cuentan con este medio de publicidad oficial al interior del país.

Nada se ha dicho en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del sentido orientador de dichas fuentes en el derecho mexicano, salvo en la jurisdicción electoral, quien ya se pronunció en el sentido de dotarle de carácter orientado a los estándares y buenas prácticas de los organismos internacionales,<sup>70</sup> sin embargo, los criterios de la materia electoral no son comunes al resto de las materias.

En República Dominicana ya se prevé desde 2008 que las decisiones de su Tribunal Constitucional y “[...] las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales

<sup>69</sup> Tesis: II.1o.15 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, México, octubre de 2014, p. 2754.

<sup>70</sup> Jurisprudencia 21/2015, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 17, 2015, pp 33 y 34.

internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”,<sup>71</sup> pero en palabras del Presidente, su Tribunal Constitucional, por tribunales internacionales se entiende la CrIADH y por aquellas interpretaciones que estos tribunales adoptan entiéndanse las decisiones de la CrIADH, por lo tanto una solución normativa como esta no es la salida, porque estaría expuesta a una interpretación posterior que puede restringir el alcance de la norma propuesta.

Para 1968 el danés Alf Ross afirmaba respecto del papel de los jueces en la producción del derecho que “la interpretación *no es creación* (del significado) sino participación en la producción del derecho”.<sup>72</sup> Más tarde, el francés Michel Troper, al desarrollar su teoría de supralegalidad constitucional afirmó “que las propias competencias pueden ser *modificadas* por los órganos mediante la interpretación; más aún si se trata de tribunales constitucionales o supremos, es decir, cuya competencia no está sujeta a ninguna jurisdicción superior”,<sup>73</sup> sin embargo, tanto la afirmación de Troper como la propuesta discutida son contrarias al compromiso de “los jueces [quienes] sólo pueden interpretar las fuentes establecidas por el constituyente o por el legislador”.<sup>74</sup>

En la evolución del derecho han surgido fenómenos que, agrupados, pueden leerse como una “crisis de las fuentes del derecho”,<sup>75</sup> en donde “los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen [...] el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales”. Estos posicionamientos han “ocurrido muchas veces, desde *Marbury vs. Madison* (1804) en adelante [...]. Tratados europeos han sido interpretados como documentos instituyentes de la Comunidad Europea; preámbulos de constituciones han sido asimilados al *bloc de constitutionnalité* francés; leyes fundamentales han sido utilizadas como constitución de Israel, etcétera”.<sup>76</sup>

En México, con cierta frecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>77</sup> y otros tribunales suelen citar en sus sentencias precedentes del Tribunal Europeo de

<sup>71</sup> Milton Ray Guevara, “El Tribunal Constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales: El Tribunal Constitucional en la construcción de un bloque de constitucionalidad”, en: *Un Dialogo entre Jueces, Trabajo de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, p. 286.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 295.

<sup>73</sup> Mauro Barberis, *Para una teoría realmente realista del derecho*, Italia, Revus, 2016.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> En 2017 la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgó un amparo a una sociedad civil por omisión legislativa en contra del Congreso de la Unión, y en su proyecto de resolución evaluó entre otros rubros “los efectos de la comisión legislativa en la libertad de expresión” y en él expuso argumentos en los que citó dos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una sentencia de la Corte Suprema de

Derechos Humanos, el contenido de Opiniones Consultivas de la CrIADH incluso parte de algún informe anual de las Relatorías de la CIDH, pero esto no refleja una tendencia hacia convertirlos en criterios vinculantes, en su lugar, este fenómeno responde a la necesidad de los tribunales de justificar sus decisiones desde la legitimidad que tienen estos organismos y el trabajo especializado que realizan, pero son citados en las sentencias a la manera de *obiter dicta* (dicho sea de paso) “como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal”,<sup>78</sup> por lo que se sostiene que la cita de precedentes de esta naturaleza no tiene más fuerza que el peso que tiene citar una obra académica, porque el valor “jurídico” de ambos es igual a cero, ya que ninguna de ellas fue producida “por autoridades normativas habilitadas por una norma superior”.<sup>79</sup>

Se advierte que las citas de fuentes *no autorizadas* son totalmente prescindibles como fundamento angular y determinante en las decisiones jurisdiccionales, por lo que se puede llegar a la misma conclusión sin hacer referencia a ninguna de esas “fuentes de información”.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene un órgano superior que revise sus decisiones, no se advierte que esté dispuesta a dirigir el derecho constitucional mexicano a esa tendencia radical de una apertura sin límites a los derechos humanos.

## VII. Conclusión

Aceptar a los derechos humanos como elementos homogéneos anteriores al Estado es una visión del derecho que no empata con ningún rasgo de la historia de la humanidad. Los Estados siguen manteniendo reservas en sus sistemas jurídicos internos que instrumentan sus propósitos particulares, sus diseños económicos, políticos y sociales. Si la democracia es nuestra aspiración y los derechos humanos es la base, entonces debemos reconocer que el Reino Unido y los Estados Unidos de América como países democráticos de primer mundo también mantienen sus propias reservas de derecho interno sin que ello los haga menos democráticos, menos prósperos, ni menos justos.

La diferencia esencial entre la propuesta y la presente objeción está en la concepción misma del Derecho, mientras que la propuesta se fundamenta en la existencia

---

Argentina, una opinión consultiva de la CrIADH y un informe de relatoría de la CIDH, dos referencias bibliográficas a libros, y tres referencias a artículos especializados en temas de libertad de expresión. Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia de amparo en revisión 1359/2015, Campaña Global por la Libertad de Expresión Artículo 19 Asociación Civil vs. Congreso de la Unión y otros*, México, noviembre de 2017.

<sup>78</sup> Rodolfo Pérez Vásquez, *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica*, Justicia Juris, vol. 7, Colombia, 2007, p. 13.

<sup>79</sup> Mauro Barberis, *op. cit.*, nota 73.

de valores universales *a priori* enmarcados en los derechos humanos, la presente objeción esta cimentada en una visión instrumental del derecho que reconoce la universalidad de los derechos humanos, pero dentro de los límites del espectro soberanista del Estado.

La eficacia de las normas de derecho mexicano es indispensable para conseguir los propósitos nacionales, para lo cual empleamos un diseño institucional acorde a nuestra realidad. Cualquier cuestionamiento a la norma de derecho interno puede ser realizado a la luz de una abundante colección de tratados y disposiciones internacionales ya firmados por el Estado mexicano, sin necesidad de recurrir a fuentes no autorizadas por el derecho mexicano.

Ante toda insuficiencia que pueda presentar nuestro parámetro de regularidad constitucional siempre contaremos con la herramienta de la razón con la que podemos discutir y modular, desde la sede judicial, los intereses nacionales frente a los derechos humanos a partir del desarrollo de los principios y los valores constitucionales, sin necesidad de aceptar imposiciones externas ajenas a nuestra realidad, mirando en todo momento por el bien y prosperidad de la Unión.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Hans Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Tamayo S., Rolando, (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.
- . *Teoría pura del derecho*. Vernengo R. (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Garzón V., Ernesto, (trad.), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

### *Electrónicas*

- African Commission on Human and Peoples' Rights. African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, en: <http://www.achpr.org/>.
- Becerra Ramírez. Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la constitución federal (amparo en revisión 1475/98), Cuestiones Constitucionales, *Revista de Derecho Constitucional*. núm. 3, México. 2010, en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5601/7287>. Consulta el 7 de noviembre de 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2016. Capítulo II, El Sistema de Peticiones y Casos Individuales, en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap2-AyBEstadisticas-es.pdf>.
- Corte Internacional de Justicia, Avena and Other Mexican Nationals. (Mexico vs. United States of America), Sentencia, Países Bajos, 2004, en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>.

- Corte Suprema de los Estados Unidos. Syllabus MEDELLIN v. TEXAS, *Certiorari to the Court of Criminal Appeals of Texas*, No. 06–984, Estados Unidos, decidido el 25 de marzo de 2008, p. 2, en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/552/06-984/index.pdf>, consulta: 22 de octubre de 2017.
- Cristina Corredor. “Argumentos sobre derechos humanos: algunos intentos de fundamentación”. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 6, España, 2013, pp. 1-24, en: <http://revistas.uned.es/index.php/RIA/article/view/9214>.
- Fabra Z. Jorge L. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vols. 1 y 3. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.
- Gerardo Durango Álvarez. *El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría Habermas*. Colombia, Universidad de Medellín, 2006, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5016466.pdf>.
- Gregory J. Kuykendall, Alicia Amezcua-Rodriguez, y Mark Warren. “Mitigation Abroad: Preparing a Successful Case for Life for the Foreign National Client”. *Hofstra Law Review*, Estados Unidos de América, núm. 3, vol. 36, artículo 13, 2008, en: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol36/iss3/13>.
- José Manuel Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. España, Universidad de Deusto, 2004, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27570.pdf>.
- Juan Nepomuceno Silva Meza. “El Dialogo Jurisprudencial en la internacionalización de los Derechos Humanos: el turno de la Justicia Mexicana”, en: Un Dialogo entre Jueces, Trabajo de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales Ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 61-86, en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/Un\\_dialogo\\_entre\\_jueces.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/Un_dialogo_entre_jueces.pdf).
- Kant Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Argentina, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1785, en: <http://www.juslapampa.gob.ar/Consejo/images/kantfundamentaciondelametafisicadelascostumbres.pdf>.
- Mauro Barberis. *Para una teoría realmente realista del derecho*. Italia, Revus, 2016, en: <http://revus.revues.org/3561>.
- Medellín Rojas. “Cita con la muerte”. *Proceso*, 5 de agosto de 2008, México, recuperado de: <http://www.proceso.com.mx/200666/medellin-rojas-cita-con-la-muerte>.
- Milton Ray G. “El Tribunal Constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales: El Tribunal Constitucional en la construcción de un bloque de constitucionalidad”, en: Un Dialogo entre Jueces, Trabajo de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, pp. 279-296, en: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/Un\\_dialogo\\_entre\\_jueces.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/sites/default/files/materiales/Un_dialogo_entre_jueces.pdf).
- Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 2017, “Sentencia de amparo en revisión 345/2016”. Kate del Castillo vs Procuraduría General de la República, México, Consultado el 28 de abril de 2017, en <http://www.dgepj.cjf.gob.mx>.
- Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. “Protocolo de Washington”. 1992, en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-56\\_Protocolo\\_de\\_Washington\\_firmas.ht](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-56_Protocolo_de_Washington_firmas.ht).

- Rodolfo Pérez Vásquez. La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. *Justicia Juris*, vol. 7, abril-septiembre, Colombia, 2007, en: [https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas\\_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf](https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf).
- Salamanca Serrano, Antonio. *El Fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Granfinat, 2003, p. 288, en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2531-fundamento-de-los-derechos-humanos>.
- Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Pensionados Jubilados cuyo pago retroactivo de las gratificaciones anuales se les adeudan. No tienen derecho al pago de intereses (Inaplicabilidad supletoria del Código Civil Federal), *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, séptima época, año V, número 52, noviembre, México, 2015, en <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/revista.html>.
- Sandra Fredman, Parliamentary sovereignty, EU referendum and Brexit: Analysis, University of Oxford, Reino Unido, 2017, en: <http://www.ox.ac.uk/news-and-events/oxford-and-brexit/brexit-analysis/parliamentary-sovereignty>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Pleno 2013, Sentencias emitidas por la corte interamericana de derechos humanos en asuntos donde el estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. México, P. III/2013, marzo de 2013, en <https://sjf.scjn.gob.mx>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, 2014, Contradicción de tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. México, abril de 2014, en: <https://sjf.scjn.gob.mx>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, 2014, Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. México, P./J. 20/2014, abril de 2014, en <https://sjf.scjn.gob.mx>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Pleno, 2014, Jurisprudencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, P. /J. 21/2014, abril de 2014, en <https://sjf.scjn.gob.mx>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala, Principio de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente éstas son admisibles si se justifican plenamente. Tesis Ia. /J. 87/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, t. I, México, diciembre de 2016, p. 377, en: <https://sjf.scjn.gob.mx>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala, Sentencia del amparo en revisión 1359/2015, México, Campaña Global por la Libertad de Expresión Artículo 19 Asociación Civil vs. Congreso de la Unión y otros, México, 2017, en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento/2017-11-17/15%20NOVIEMBRE%202017%20SESI%C3%93N%20FALLADOS%20DATOS%20SENSIBLES.pdf>.
- Tratado sobre la Unión Europea. 1992, en: [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf).

## *Sección Doctrina*

Tribunal Colegiado de Circuito II.Io.15, 2014 Jurisprudencias de la décima época, Las emitidas (sobre el tema de usura), por la suprema corte de justicia de la nación, funcionando en pleno o a través de sus salas, en tanto no hayan sido publicadas en el semanario judicial de la federación podrán ser utilizadas como criterios orientadores para el dictado de resoluciones, al margen del carácter obligatorio que adquieran con posterioridad, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. México, octubre de 2014, en <https://sjf.scjn.gob.mx>.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Sala Superior, 2015, Organismos internacionales. Carácter orientador de sus estándares y buenas prácticas, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*. México, J. 21/2015, julio-diciembre 2015, pp. 33 y 34, en <http://sief.te.gob.mx/IUSE/>.

## *Hemerográficas*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. México, 5 de febrero de 1917.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, *Diario Oficial de la Federación*. 2 de abril de 2013.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, jurisprudencia 21/2015. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 8, núm. 17, 2015.

## *Otras fuentes*

Carta de la Organización de los Estados Americanos. Colombia, 1949.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas. 2006.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 1979.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas. 2006.

Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. 1963.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 2009.

*La inaplicación  
del control de  
convencionalidad sobre  
la jurisprudencia, adolece  
límites constitucionales  
y vulnera derechos  
humanos*

Cielo Dafne  
Vargas Meza\*

**Resumen**

**L**a reforma constitucional de 2011 propone la incorporación de principios rectores de derechos humanos, control de convencionalidad y principio por persona, además de la aplicación de normatividad vigente respecto a los derechos humanos comprendidos en los tratados internacionales y en el ordenamiento interno del país. En este tenor de ideas, la jurisprudencia al ser considerada como una norma individualizada y como el criterio judicial de corte interpretativo, para lograr prontitud e imparcialidad en la impartición de justicia, no contempla que en su emisión se deje de aplicar el control de convencionalidad, así como los demás principios. Empero, lejos de la protección al mandato constitucional se han conformado una serie de propuestas para proteger la jerarquía y circularidad del máximo tribunal.

**Abstract**

*The constitutional reform of 2011 proposes the incorporation of guiding principles of human rights, control of conventionality and principle by person, in addition to the application of current regulations regarding human rights included in international treaties and in the internal order of the country. In this tenor of ideas, the jurisprudence to be considered as an individualized rule and as the judicial criterion of interpretive court, to achieve promptness and impartiality in the delivery of justice, does not contemplate that in its issuance the control of conventionality is no longer applied, as well as the other principles. However, far from the protection of the constitutional mandate, a series of proposals has been created to protect the hierarchy and circularity of the highest court.*

**Sumario:** Introducción / I. Sistema de integración de jurisprudencia / II. Obligatoriedad de la jurisprudencia / III. Recepción interna del Derecho Internacional de Derechos Humanos / IV. Criterios valorados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la jurisprudencia / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Lic. en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

## Introducción

Si estudiamos con cuidado la Jurisprudencia veremos que siempre hay dos categorías, por lo menos de soluciones frente a un problema, las que optan por reglas abstractas o concretas, pero sumisas al pensamiento más duro; y las que al contrario optan por la justicia en otra que interpreta y se ajusta a las pasiones humanas.<sup>1</sup>

La palabra jurisprudencia está compuesta por los vocablos latinos: iuris (derecho) y prudentia (conocimiento). Basta con recordar aquella frase de Ulpiano: *Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto*.<sup>2</sup> Entre los diversos significados atribuibles a esta palabra, se comprende como la ciencia del derecho o como el hábito práctico de interpretación de normas jurídicas; lo anterior se complementa con una serie de características que posee la jurisprudencia, la cual es una fuente de derecho que se integra por criterios de interpretación del Derecho Positivo, es emitida por órganos jurisdiccionales facultados para ello (La Suprema Corte de Justicia de la Nación en Salas o en Pleno y los Tribunales Colegiados de Circuito), quienes emiten criterios con base en sentencias derivadas de los tribunales.

La institución de la jurisprudencia tiene sus orígenes en las discusiones del Congreso Constituyente del Pacto Federal de 1857, en la mayoría de los textos se le atribuye a Ignacio Luis Vallarta el nacimiento de esta figura jurídica, ya que formó parte de la iniciativa que realizó cuando era presidente la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La primera Ley de Amparo, fue expedida en 1861, resultado de grandes juristas: Ignacio Mariscal y Manuel Dublan. En 1869 se publicó la segunda Ley de Amparo, sin embargo no se contempló la jurisprudencia, fue hasta la tercera Ley de Amparo de 1882 que este instrumento jurídico se instituyó. En la ley de 1882 se estableció la obligatoriedad de la jurisprudencia y las sanciones impuestas por el incumplimiento de la misma, estaban previstas en el artículo 70, que a la letra indicaba:

Artículo 70: La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución fijada por la Suprema Corte por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo y con prisión de seis meses a tres años si el juez ha obrado dolosamente, y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso en funciones por un año.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Raul Carranca y Rivas, *El arte del derecho*, México, Porrúa, 1987, pág. 73.

<sup>2</sup> Carlos de Silva Nava, *La jurisprudencia: Creación jurisdiccional de derecho*, México, Themis, 2010.

<sup>3</sup> Ley de Amparo 1882.

En la actualidad, la jurisprudencia tiene el objetivo de establecer criterios para dar seguridad jurídica a los órganos del Poder Judicial de la Federación, al foro y a los operadores jurídicos; sin embargo el impacto e importancia serán directos para aquellos entes que sean parte del litigio del cual emane la jurisprudencia, la sociedad en general y entes que serán afectados por la emisión de la misma.

La jurisprudencia no sólo se considera como interpretación obligatoria de la ley, sino que es la interpretación de la constitucionalidad de la misma y, por tanto, puede ser el sustento de la validez o invalidez de una ley.<sup>4</sup> Aunado a lo anterior, no hay que perder de vista que una Jurisprudencia de Constitucionalidad o de Legalidad sufre diversos cambios al publicarse nuevas leyes y al realizarse estudios respecto casos concretos, esta puede ser superada al existir una Sentencia posterior que varíe el sentido, por lo que constará de un contenido diferente y de igual forma, la jurisprudencia puede perder vigencia ya que el texto constitucional o legal modifica el alcance interpretado en ésta.

Los operadores jurídicos, entre ellos, ministros del Máximo Tribunal, juristas, abogados, o estudiantes de la disciplina, no recurren a la jurisprudencia únicamente para conocer su correcto sentido, sino que también buscan a esta fuente del derecho para estudiar conceptos y figuras jurídicas, conocer si una ley es válida o si ésta no ha sido expulsada del orden jurídico, si puede aplicarla al caso concreto o si tiene una interpretación condicionada.<sup>5</sup> Empero, no todas las interpretaciones y criterios emitidos por la SCJN han subsanado las diversas situaciones que estudia respecto a casos trascendentes, existen interpretaciones contradictorias, en ocasiones violatorias de derechos humanos, que no han sido superadas por el Sistema de Jurisprudencia en Contradicción o Sustitución lo cual puede repercutir en un caso en concreto haciendo uso de dos argumentos contradictorios, siendo empleado uno por las partes y otro por el órgano jurisdiccional facultado conocedor del caso en concreto.

La utilidad de la jurisprudencia será variada y en razón de ello, los órganos jurisdiccionales facultados para emitirla están obligados a subsanar, conocer y estudiar casos concretos de trascendencia.

## I. Sistema de integración de jurisprudencia

El sistema mexicano, parte de que la obligatoriedad no debe ser consecuencia de una sólo resolución, sino de varias, con el fin de que se proporcione mayor seguridad jurídica en la medida de que existan diversos órganos para reflexionar respecto a un tema.

<sup>4</sup> José María Soberanes Díez, "La Igualdad ante la jurisprudencia". *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, 2013, p. 319.

<sup>5</sup> *Idem*.

### **I.1. Jurisprudencia por reiteración**

La palabra reiteración proviene del latín *reiteratio, ovnis* y significa acción y efecto de reiterar, es decir volver a decir o hacer algo.

El jurista Ignacio L. Vallarta propuso en 1882 un sistema que contemplara: la necesidad de elaborar resolución con fundamentación y motivación suficiente, también que estos criterios fueran reiterados y emitidos por el máximo Tribunal, cuando menos cinco veces y que éste tuviese carácter obligatorio judicial.<sup>6</sup>

Derivado de cinco casos, que no hayan sido interrumpidos por un criterio en contrario, cuyas consideraciones sean resueltas respecto a un mismo tema en el mismo sentido, se reúnen los requisitos y características suficientes para dar nacimiento a la Jurisprudencia. La Jurisprudencia por reiteración se establece por la SCJN, funcionando en Pleno o en Salas, o por los Tribunales Colegiados de Circuito. Es importante señalar que en el artículo cuarto transitorio del Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 y en el artículo séptimo transitorio de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, disponen que en este Sistema de Integración únicamente deberán tomarse en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos (previamente) conforme a la Ley de Amparo. Este Sistema de Integración de Jurisprudencia se regula en los artículos 216, 222, 223 y 224 de la Ley de Amparo y el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La jurisprudencia por reiteración se comprende como el sistema en el cual se le da fuerza obligatoria a los criterios sustentados, en repetidas ocasiones, por los órganos jurisdiccionales federales. Los criterios versarán sobre la resolución de diversos casos con un fondo similar y cuya problemática verse sobre la misma figura jurídica.

### **I.2. Jurisprudencia por contradicción**

La Contradicción de Tesis se actualizará cuando dos o más órganos jurisdiccionales adoptan criterios discrepantes sobre este mismo problema jurídico, a pesar de que los casos en concreto no sean iguales.

Son órganos del Poder Judicial de la Nación quienes están facultados para denunciar la contradicción entre tesis: Ministros de la SCJN, Plenos de Circuito, Tribunales Colegiados de Circuito, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, Ejecutivo Federal por conducto del consejero jurídico del gobierno y el Fiscal General de la República.

Nació para unificar criterios, para evitar la incertidumbre que ocasiona la existencia de dos criterios que se contraponen y que pueden ser aplicables en un mismo

---

<sup>6</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistemas de Integración de la Jurisprudencia: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados de Circuito, México, SCJN, 2016, p. 62.

caso, lo cual conlleva una serie de confusiones que puede causar un perjuicio a algún particular siendo parte en un litigio particular y en ocasiones a la sociedad en general.

### **I.3. Jurisprudencia por sustitución**

El 6 de junio de 2011, se incorporó el Sistema de Sustitución de Tesis debido al decreto de reformas del artículo 94,103,104 y 107.

Se establece en el décimo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, este sistema de integración.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

No obstante, este sistema de integración, tiene sus antecedentes en el llamado sistema de modificación de jurisprudencia. En la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1951, se manifestó la necesidad de que la jurisprudencia pudiera ser modificada.

El objetivo de este Sistema de Integración es que los órganos jurisdiccionales (legitimados y facultados para ello), pueden solicitar al órgano emisor que un criterio jurisprudencial (eminente obligatorio) pueda ser remplazado, y si existe la votación suficiente, se dará lugar a la creación de una nueva jurisprudencia.

Los órganos legitimados para solicitar la sustitución de la Jurisprudencia, son los siguientes: Los Tribunales Colegiados de Circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, los Plenos de Circuito previa petición de alguno de los Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, y las Salas de la SCJN, por acuerdo de la mayoría de los ministros.

Por ende, el sistema de sustitución es el mecanismo en el cual un órgano jurisdiccional puede solicitar al órgano emisor de la jurisprudencia, que modifique su criterio.

## **II. Obligatoriedad de la jurisprudencia**

De conformidad con lo que establece el artículo 94 de la CPEUM, dispone que la jurisprudencia será obligatoria en los términos que fije la ley. Asimismo la Ley de Amparo contempla este principio en el numeral 217.

El principio de obligatoriedad se desprende de la norma suprema y atenderá el principio de jerarquía. En primer lugar, se debe determinar quienes están sujetos a ésta; son aquellos que están facultados para establecer un precedente (sujetos activos) y los tribunales que deben respetar los precedentes obligatorios (sujetos pasi-

vos). La Ley de Amparo contempla al Pleno de la SCJN, a las Salas de la Corte, a los Plenos de Circuito y a los Tribunales Colegiados de Circuito<sup>7</sup> como sujetos activos. Los sujetos pasivos, es decir a los que deben preservar estos criterios, son: las Salas de la Corte, Plenos de Circuito, Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, así como los Tribunales que no se encuentran dentro del Poder Judicial de la Federación, como los Tribunales Militares y Judiciales del Orden Común de los Estados y del Distrito Federal, Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales asimismo federales.

Los tribunales inferiores deben resolver según el criterio sentado por los tribunales superiores; tanto la Ley de Amparo como la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, establecen que cuando un tribunal inferior considere incorrecto el criterio de su superior debe aplicarlo, tras lo cual puede pedirle al superior que modifique o sustituya su criterio.

Las tesis publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* tienen el carácter de obligatoriedad y constarán de los siguientes requisitos: 1) clave de identificación es decir un número de registro, 2) rubro que es el título que identifica la temática y el contenido de la tesis jurisprudencial, 3) precedentes, aquellas citas e identificaciones de asuntos resueltos relacionados con el establecimiento de la jurisprudencia, 4) texto, el contenido de la tesis, 5) órgano jurisdiccional que la dictó y las votaciones emitidas al aprobar el asunto, 6) época a la que pertenece la jurisprudencia, es decir los cambios paradigmáticos que se dieron en ciertos períodos para dictar jurisprudencia. Lo anterior se encuentra dispuesto en el artículo 218 de la actual Ley de Amparo.

Cabe resaltar que, la obligatoriedad a la cual se refiere la Ley Suprema tendrá límites respecto al ámbito espacial de validez que contenga la norma que haya sido interpretada y de la cual nazca jurisprudencia. La jurisprudencia es obligatoria sólo para los órganos jurisdiccionales que tengan una relación inmediata con el órgano facultado que emitió la misma; es decir, si una jurisprudencia es emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, la jurisprudencia sólo tendrá validez en el circuito en el cual haya sido publicada, así que si nace jurisprudencia en otro circuito, inclusive de la misma norma, tendrá validez en este ámbito espacial y puede constar de un contenido diferente. Esto puede conllevar complicaciones en cuanto al estudio de una norma federal (la cual tiene validez en toda la federación) cuya interpretación puede variar por lo que disponga el estudio particular de cada circuito por lo que la jurisprudencia sólo será obligatoria en el ámbito espacial en el cual se haya estudiado e interpretado esta norma. En consecuencia de la existencia de diversos órganos emisores de jurisprudencia se crearán diversos criterios que pueden contradecirse y aterrizar en estudios incompatibles respecto a figuras jurídicas similares.

---

<sup>7</sup> En 1968, en el artículo 193 Bis se adicionó la Ley de Amparo y se otorgó competencia legal a los Tribunales Colegiados de Circuito para sentar Jurisprudencia.

Aunado al problema de la obligatoriedad, es necesario hacer un análisis respecto a la igualdad de la jurisprudencia. Los tribunales tienen la obligación de aplicar la jurisprudencia con igualdad a todos los sujetos, siempre y cuando no exista una razón para hacerlo de otra forma, deberá estudiar el caso concreto para saber si es aplicable o no la jurisprudencia, si es necesario se realizará un trato desigual, siempre que éste sea razonable, y este trato desigual debe ser justificado. La jurisprudencia se compone por dos elementos: un caso ya resuelto y el nuevo caso que se presenta a la resolución, será el órgano facultado quien definirá la ratio, pues conoce el antecedente inmediato, tendrá la capacidad y facultad para desarrollar el contenido restante. Los tribunales podrán abandonar sus criterios, y para ello tendrán que motivar y fundamentar para justificar el trato igual o desigual en diversos casos.

***Por lo que la jurisprudencia no solamente será una fuente formal del derecho sino que será un instrumento que proteja los derechos y libertades fundamentales señaladas en la Ley Suprema.***

El máximo tribunal, tendrá que justificar la desigualdad en un caso, para no repercutir a la sociedad o generar incertidumbre a los particulares, que trae como consecuencia indefensión, confusión y en ocasiones violaciones a los derechos humanos y a principios constreñidos en la Constitución Federal. Por lo que la jurisprudencia no solamente será una fuente formal del derecho sino que será un instrumento que proteja los derechos y libertades fundamentales señaladas en la Ley Suprema.

La jurisprudencia es la interpretación de la ley que la SCJN efectúa y es obligatoria aplicando lo que la disposición legal expresa, es decir que la aplicación se vincula con la misma ley vigente en la época de realización de los hechos y no otra ley y tampoco aplica la retroactividad en este sentido, ya que la jurisprudencia no crea una norma sino que interpreta una preexistente.

La protección más amplia de los derechos humanos debe ser siempre el criterio imperante para determinar el parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del Ordenamiento Jurídico Mexicano.<sup>8</sup>

Respecto a los pasos, que el Poder Judicial debe atender al momento de ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos; debe atender: Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que el Poder Judicial debe interpretar conforme a los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y Tratados Internacionales que México haya suscrito y ratificado, lo anterior, está prescrito en el artículo primero constitucional; interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que los jueces partirán de la presunción de la constituciona-

<sup>8</sup> Voto Particular que formula el Señor Ministro Juan N. Silva Meza en la Contradicción de tesis 299/2013.

lidad de las leyes, ya que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas y por tanto se debe optar por aquella ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y Tratados Internacionales; asimismo la inaplicación de la ley cuando no se adapte al caso concreto.

### III. Recepción interna del Derecho Internacional de Derechos Humanos

El orden jurídico internacional ingresa al ámbito nacional a través de las leyes, tratados, jurisprudencia, políticas y principalmente, mediante estudios y reformas constitucionales. El Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) está integrado por disposiciones supranacionales, órganos, procedimientos y mecanismos de apoyo internacional que tienen por objeto proteger a la persona humana; promueve, vigila y apoya a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones.

El DIDH establece el objetivo y fin de la defensa de los derechos fundamentales de los seres humanos, por lo que el Estado asume la protección sobre los individuos bajo su jurisdicción.

Carlos Villan Durán señala que el derecho internacional de los derechos humanos es el sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se clasifican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.<sup>9</sup>

Una vez que las Constituciones nacionales incorporan como derecho dentro de los Estados, los tratados internacionales de derechos humanos, es importante conocer con qué nivel jerárquico ingresan estos en el ordenamiento jurídico interno.<sup>10</sup>

La incorporación de un tratado al orden jurídico interno, le otorga cierta jerarquía normativa y ésta puede ser situada en cuatro perspectivas: el Tratado Internacional puede estar por encima de la Constitución Federal, es decir un rango supra constitucional; colocarlos al rango constitucional, colocar el instrumento internacional en un nivel inferior de la constitución y por último, se puede dar un rango legal, un tratado similar al de leyes ordinarias.

La firma de un tratado internacional implica obligaciones directas que los Estados tienen que cumplir, como las siguientes: 1) Incorporación de normas en el

<sup>9</sup> Sergio García Ramírez/Julietta Morales Sánchez, “La jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 29, 2013, p. 164.

<sup>10</sup> Humberto Henderson, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>, consultada en 25 de marzo de 2018.

ordenamiento interno para aplicar el tratado internacional. 2) Derogación de normas que no sean compatibles al tratado, por ello es importante revisar la constitucionalidad del instrumento internacional. 3) Realización y diagnóstico respecto a los DIDH regulados en el tratado internacional y la situación del país. 4) Reorganización de las autoridades a fin de evitar violaciones a los derechos, así como investigaciones, sanciones y modo de reparar tales violaciones. Es conveniente resaltar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la regla fundamental está orientada a favorecer, tutelar y adoptar la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano. Cabe destacar el principio *pro domine* contenido en el artículo 31 de la Convención de Viena, tomado en cuenta como el criterio de protección más amplia y la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos protegidos. Este principio sostiene la protección de los derechos humanos frente al actuar ilegítimo del Estado, a una desigualdad inminente entre el Estado y el individuo y a un escenario de impunidad.

***El principio pro homine se manifiesta en la aplicación de la norma más protectora, es decir que cuando existan varias normas concurrentes, se debe elegir aquella que contenga la mejor protección o la más favorable al individuo, independientemente de la aplicabilidad de diferentes fuentes de igual o diverso rango.***

El principio *pro homine* se manifiesta en la aplicación de la norma más protectora, es decir que cuando existan varias normas concurrentes, se debe elegir aquella que contenga la mejor protección o la más favorable al individuo, independientemente de la aplicabilidad de diferentes fuentes de igual o diverso rango. Asimismo, se regula la conservación de la norma más favorable, independientemente de la existencia de una norma posterior, no se derogaría o desaplicaría alguna anterior, en tanto consagre una protección más amplia. De nueva cuenta, se observa que en este principio no prevalece la jerarquía ni la temporalidad, sino a la norma más protectora. Por último, se debe atender la interpretación y función jurisdiccional, en tanto exista una *res dubia* de una pluralidad de posibles interpretaciones de norma, el juez deberá atender aquella norma que tutela mejor al individuo

La obligatoriedad del control de convencionalidad y la protección al principio *pro homine*, no sólo debe adaptarse a la jurisprudencia, sino que debe ser una vinculación entre estándares mínimos de criterios interamericanos o nacionales para utilizar el criterio más favorable a la persona; en virtud de lo anterior, se puede desprender, que si se considera a la jurisprudencia como una norma individualizada, ésta también deberá ser observada bajo este control. Se ha dicho que el control de convencionalidad es un análisis de confrontación normativa, una garantía destina-

da a obtener la aplicación normativa del derecho vigente.<sup>11</sup> Si México es capaz de enfrentar y hacer el análisis correcto respecto al Control de Convencionalidad. Se podrá garantizar el respeto de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional más robusto.

## IV. Criterios valorados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la jurisprudencia

Con fecha de diciembre de 2014, el Máximo Tribunal Constitucional emitió la Jurisprudencia con número de registro 2008148, la cual indica que la Jurisprudencia emitida por la SCJN no será susceptible de someterse a Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad ex officio por órganos de menor jerarquía, en sentido literal indica lo siguiente:

*La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio, por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía.*

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 10. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 207.

El antecedente inmediato de la resolución de esta jurisprudencia es el amparo directo (210/2013) derivado de una causa penal por la comisión del delito de contrabando presunto en el que se estudió la inconstitucionalidad del artículo 103, fracción II del Código Fiscal de la Federación<sup>12</sup> y la jurisprudencia. Los quejosos argumentaron violación al principio de presunción de inocencia, en tanto que el artículo y la jurisprudencia revierte la carga probatoria al indiciado, por lo que se interpuso demanda de amparo.

En primer lugar, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región señaló que el acto reclamado en el amparo directo, es decir la sentencia, se dictó con fecha posterior a la Reforma Constitucional del Artículo primero Constitucional y en materia de derechos humanos; así los magistrados integrantes del Tribunal resolvieron de la siguiente manera: la tarea de los jueces nacionales consiste en realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencias nacionales frente a los instrumentos internacionales, por lo que resultó que dichos numerales del Código Fiscal Federal se consideraron inconvenientes por contravenir los derechos fundamentales; así que *la inaplicación de la jurisprudencia*, emitida por el máximo Tribunal, *resulta acorde con la protección más amplia*. Sin embargo el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito al resolver el amparo 210/2013 llevó a cabo la interpretación del artículo 103 fracción II del Código Fiscal de la Federación, así como de la jurisprudencia 83/2005 y determinó que los conceptos de violación resultaban inoperantes, debido a que el tema de constitucionalidad ya había sido resuelto y por lo mismo no podía someterse a un control de convencionalidad. El fallo de este amparo fue desfavorable para el quejoso y se calificaron de inoperantes los planteamientos de inconstitucionalidad e inconveniencia; el resultado de este fallo tuvo sustento en dos directivas principales: la primera indicaba que sólo la misma SCJN tiene facultad para determinar la superación, interrupción o modificación de una jurisprudencia que los mismos entes del máximo tribunal hayan emitido y el segundo criterio fue absoluto al dictar que si ya existía jurisprudencia con respecto a la aplicación de un precepto legal, esta jurisprudencia era la misma respuesta integral al tema del asunto. Por su parte, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito de Centro auxiliar de la tercera región al resolver el amparo 122/2103 analizó la constitucionalidad del precepto legal (artículo 103 del CFF), bajo el principio de presunción de inocencia, el resultado de este ejercicio interpretativo fue que la norma impugnada resultaba violatoria del principio de presunción de inocencia y que la Jurisprudencia podría ser inaplicable por resultar inconveniente. Además el Tribunal sostuvo que bajo esos paradigmas podría inaplicarse cualquier otra jurisprudencia que resultase inconveniente.

---

<sup>12</sup> Artículo 103. Se presume cometido el delito de contrabando cuando:

Se encuentren vehículos extranjeros fuera de una zona de veinte kilómetros en cualquier dirección contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas, sin la documentación a que se refiere la fracción anterior.

Ambos criterios al ser contradictorios, dieron nacimiento a un debate posterior en el Tribunal Pleno de la SCJN, con el fin de unificar el criterio, por lo que nació la Contradicción de Tesis 2008148 y por lo que deberá de prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio del Pleno de la SCJN.

Lo anterior conllevó una serie de interrogaciones: ¿Es la jurisprudencia una norma? ¿A la jurisprudencia se le puede eximir ser objeto de interpretación? ¿La jurisprudencia no debe ser objeto de control de constitucionalidad y convencionalidad aún cuando sea violatoria de derechos humanos?

La presente investigación consiste en un análisis respecto al control de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el vínculo con los derechos humanos. En razón de ello, se procurará rescatar la relevancia de las ideas emitidas por el máximo tribunal al emitir la jurisprudencia 2008148, asimismo se analizarán los aciertos y desaciertos.

Uno de los cuestionamientos principales de Discusión de la Contradicción de Tesis 299/2013 ¿La jurisprudencia es una norma? Respecto a este cuestionamiento hay dos posturas; por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y el Ministro José Ramón Cossío Díaz; el ministro Arturo Zaldívar sostiene que la Jurisprudencia es una norma, porque se le atribuyen significados a textos normativos a través de la actividad interpretativa que despliegan los tribunales. Sin embargo, la Jurisprudencia es una interpretación de una norma, de una ley; tiene modos de creación y modificación distintos a la ley y el Tribunal Constitucional no goza de Libertad de Configuración Legislativa<sup>13</sup> y por tanto es una norma individualizada, más no una norma general.

Este debate respecto al carácter que tiene la jurisprudencia se desprende de dos posturas; aquella que indica que la jurisprudencia es norma legal, general y abstracta, y aquella postura de la doctrina española que se inclina por considerar a la jurisprudencia como una interpretación de una norma general derivada del estudio de un caso concreto y esto la convierte en una norma individualizada que se vincula a una norma general; el criterio anterior no busca negar la obligatoriedad de la jurisprudencia sino que busca precisar la jerarquía de ésta y el vínculo.

La doctrina mexicana se muestra casi uniforme en considerar a la jurisprudencia como una fuente importante del derecho; sin embargo existen discusiones respecto si es norma en sentido material o norma en sentido formal, inclusive existe una tercera postura que estima que la jurisprudencia es fuente indirecta del dere-

---

<sup>13</sup> La libertad de configuración legislativa está prescrita en el artículo 72, apartado F de la norma Suprema y autoriza al Congreso de la Unión a reformar y derogar sus leyes. Se permite reemplazar las leyes antiguas por leyes nuevas y se persigue el Principio General de Derecho: La ley posterior deroga a la anterior. La libertad de configuración no puede ser equiparada con facultad discrecional. La ley es la ruptura de la Regulación Jurídica antigua por Derecho Nuevo, expresa la anuencia y es adaptada por la sociedad. Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala, “Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes”, *Revista del Instituto de Judicatura Federal*, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/9%20Fernando%20Silva%20Garc%C3%ADa%20pag%20177-210.pdf>; consultada en 13 de junio de 2017.

cho. Es decir que la norma prescrita en una ley, reglamento, decreto, o circular no puede compararse con la jurisprudencia, ya que esta emana de una norma, es decir, es la hermenéutica de las leyes (el arte de interpretar los elementos y textos diferentes) que crean los tribunales. Independientemente de que la jurisprudencia creara normas de validez general, no puede tener más alcance que el de ser un instrumento meramente interpretativo, que no puede introducir elementos que enriquezcan al sistema normativo.<sup>14</sup> Por lo que no se debe considerar a la jurisprudencia como una norma general, sino como una norma individualizada, una derivación de la comparación e interpretación de un caso en concreto realizado por entes facultados del Poder Judicial de la Federación. La jurisprudencia es una norma individualizada, independientemente de su creación deberá atender los principios de los artículos primero y 133 constitucional.

La resolución de la presente contradicción de tesis tiene que ver directamente con la labor jurisdiccional, sistema de obligatoriedad de la jurisprudencia, control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Se estiman diversas posiciones, no obstante el criterio estricto que se tomó en cuenta en la jurisprudencia señalada es la siguiente: la inaplicación de la jurisprudencia restaría certeza y seguridad jurídica. Aunado a lo anterior, cabe decir que la aplicación del control de convencionalidad no es algo nuevo, sino que surge como una práctica que se ha gestado desde hace ya algunos años, este método no ha generado ningún tipo de desorden, *de facto* la incorporación del DIDH es una realidad que se lleva a cabo vía la interpretación conformado, derivado de lo anterior se ha demostrado que en cuanto a las normas mexicanas no se ha provocado desorden alguno al aplicar este control difuso *ex officio*.

Sí a la jurisprudencia interamericana se le concibe como un estándar de protección de derechos humanos, no cabe razón para que se le otorgue un tratamiento distinto a la jurisprudencia interna. El control de convencionalidad y constitucionalidad no restaría obligatoriedad, sino que le daría fuerza vinculante, protección a derechos humanos y la obligación que todo el Poder Judicial de la Federación que debe de contraer. La jurisprudencia es susceptible de ser objeto de un ejercicio interpretativo y de ponderación que realice el órgano jurisdiccional en cada caso para otorgar la protección más amplia, por lo que debe aplicarse aquella norma en materia de derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia si es susceptible de ser objeto de control de convencionalidad y de interpretación, ya que de lo contrario se estaría desconociendo el mandato constitucional, la reforma constitucional en torno de materia de derechos humanos del 2011, la concepción constitucional de derechos humanos, la jerarquía y función del orden internacional.

El rubro de la jurisprudencia señala que son los jueces nacionales quienes no pueden realizar control de constitucionalidad y convencionalidad a la jurisprudencia

---

<sup>14</sup> José Manuel de Alba de Alba, “La trascendencia en el andamiaje de la suspensión”, en: *Estudios Comparados sobre Jurisprudencia*, núm. 47, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. 2009.

cia emitida por la SCJN. Empero, todos los jueces nacionales están obligados a velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en Tratados Internacionales, adoptando la interpretación más favorable y aplicando el principio pro persona. Los criterios del máximo tribunal indican que si los tribunales de menor jerarquía pudiesen declarar inconvencional la interpretación fijada, se desconocería el carácter de órgano terminal al máximo tribunal, ya que el único órgano para indicar la superación, modificación e interrupción de un criterio es el mismo órgano que los haya creado (el máximo tribunal en este caso), por disposición constitucional y de la ley secundaria. Es por eso, que otra de las problemáticas estudiadas fue la jerarquía de los órganos y sujetos activos que podían realizar modificaciones, sustituciones o anulaciones respecto a la jurisprudencia. Los argumentos retomados por los ministros fueron sustentados con base en preceptos legales y constitucionales; no obstante el mandato constitucional, la jerarquía e importancia que tienen los derechos humanos incluidos en el mandato constitucional y tratados internacionales; son puntos relevantes en relación con la reforma constitucional y el mandamiento del artículo 1º y 133 de la CPEUM.

Se cuestiona el criterio del órgano terminal, ya que sólo existe un órgano competente para revisar las misma jurisprudencia que este órgano emitió, es decir la facultad de atracción y los mecanismos legales de sistema de integración de jurisprudencia son las únicas vías que se permiten para corregir una jurisprudencia que sea inconstitucional, inconvencional o violatoria de derechos humanos. No cabe razón para que los mecanismos legales no opten por un control difuso o cualquier otro control o medio. De este modo, siempre será el mismo órgano quien llegará a controlar la regularidad de la jurisprudencia y exclusivamente aquella que sea violatoria de derechos humanos. Es importante tener presente que cuando un criterio jurisprudencial se vale de un enunciado de derechos humanos, el operador jurídico hará lo posible por darle la mejor interpretación y significado a éste, no es tan sólo una tarea intelectual que tendrán que realizar sino que es la obligación para darle el sentido más protector a la persona y no adolecer de los derechos humanos de las personas, por lo que no deben de valerse de justificaciones que les permita realizar equivocaciones, pues tales errores no serían mínimos sino que conllevan afectaciones irreversibles.

Sin duda alguna, el artículo primero constitucional está dirigido a todas las autoridades del país, en especial a las autoridades del poder judicial, no es posible, que el máximo tribunal este exento del principio pro persona y de hacer valer la protección a la ley suprema.

El hecho de que no exista un órgano que pueda corregir a la Corte implica una suma de autoridad y poder, se permite una circularidad significativa en el momento de revisar las fallas, violaciones e impugnaciones a la inaplicación de un criterio emitido por la Corte. La pregunta en esta problemática de jerarquía es la siguiente *¿por qué sigue existiendo esta circularidad en el momento de revisión de una inaplicación?* Debe crearse un sistema cuya circularidad disminuya o de plano desaparezca;

de tal modo que el mismo órgano emisor no sea el mismo órgano revisor, cuya problemática no sea principalmente la jerarquía, sino la resolución de una inaplicación o violación a un derecho humano contemplado en la Constitución Federal y Tratados Internacionales en los que México sea parte. El cuestionamiento anterior no implica ni desconoce que deba existir un sistema escalonado, cuyas pautas y normativas habiliten a órganos competentes para llevar a cabo tal revisión, con esto se busca una respuesta cuya competencia no se encuentre acotada ni restringida a un mismo órgano.

La tarea principal de la Corte es la emisión de criterios interpretativos de preceptos constitucionales, convencionales y legales; cuyo significado puede ser motivo de un cuestionamiento nuevo porque se puede considerar incorrecto, correcto o violatorio al principio pro persona, por lo que no es insensato que una Jurisprudencia sea objeto de preguntas o interpretaciones.

Para resolver el cuestionamiento es necesario que este sistema conste de características atribuibles a los órganos encargados de resolver la revisión, las cuales destacarían el elitismo intelectual, es decir que exista un conjunto de opiniones diversas sobre algún área de derechos específicamente y cuya maximización procure realizar decisiones basadas en criterios y doctrinas que revisen la Jurisprudencia con el fin de que aquellos que hayan emitido la misma no se sustenten bajo equivocaciones, violaciones o bajo los mismos argumentos iniciales sin modificación alguna, lo cual repercute sin duda alguna en la resolución final; si bien es cierto el máximo tribunal constitucional está compuesto de diversos criterios cuyo estudio y técnica jurídica debería ser intachable, cabe advertir que no son un órgano independiente, infalible, y muchas veces las resoluciones que emite son cuestionables por los mismos estudiosos del derecho y diversos operadores jurídicos. El conjunto de diversas decisiones y opiniones propiciaría el dialogo, la pluralidad de puntos de vista, la diversificación de doctrinas y criterios y un punto medio que pueda conciliar los intereses de las partes, en general, la deliberación será razonable para construir un consenso de decisiones correctas, con el fin de que se haga valer la protección más amplia y el principio pro persona, para no repercutir a las partes interesadas, cuya jurisprudencia definirá el criterio obligatorio para todos los sujetos pasivos y futuras conflictivas. De este modo, se procurará que la disposición estricta, de carácter

***Debe crearse un sistema cuya circularidad disminuya o de plano desaparezca; de tal modo que el mismo órgano emisor no sea el mismo órgano revisor, cuya problemática no sea principalmente la jerarquía, sino la resolución de una inaplicación o violación a un derecho humano contemplado en la Constitución Federal y Tratados Internacionales en los que México sea parte.***

obligatoria se podrá aplicar y no sea contraria a derechos humanos, de lo contrario se estaría violando el Control de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad y principio pro persona (cuya suspensión sólo está entendidas bajo las condiciones del artículo 29 constitucional).

No cabe duda de que la obligatoriedad de la Jurisprudencia debe estar sustentada y bajo la observación de un estándar mínimo, ya sea interamericano o nacional, dependiendo cual criterio tenga una protección más amplia. El efecto de los argumentos anteriores permite precisar que la inaplicación de una Jurisprudencia debe hacerse cuando existan violaciones, más no interrumpir o inaplicado la jurisprudencia de manera general, de este modo se estaría violando generalmente el artículo 217 de la Ley de Amparo. La inaplicación es incorrecta cuando el operador no ofrezca razones o demuestre aquellos criterios que sean inoperantes e irrazonables. La importancia y obligatoriedad de la jurisprudencia radica por las expresiones, precedentes y análisis y no por la autoridad jerárquica que se ostenta. Debe de tomarse en cuenta, que hasta en un criterio jurisprudencial se pueden encontrar motivos y razones para considerar inconveniente o inconstitucional. La SCJN debió extender este estudio hacia un sistema de competencias y medios para ejercer control difuso de convencionalidad y constitucionalidad; no simplemente abocarse a lo que un criterio legislativo le proporcione, ya que el vínculo constitucional se ha ampliado en protección de los derechos humanos.

## V. Conclusiones

La Jurisprudencia es un instrumento importante y necesario para los operadores jurídicos; los abogados hacen uso de esta institución para sustentar los argumentos en sus demandas y actos jurídicos, los jueces nacionales, magistrados y ministros hacen uso de ésta misma para dar a conocer las razones de sus resoluciones así como fundamentar y motivar sus actos. Sin embargo no se le puede concebir como una figura intachable, infalible, cuyos parámetros no se puedan interpretar ya que esto resulta contrario a las aportaciones principales de la Reforma Constitucional del 2011 en materia de derechos humanos.

La SCJN tiene facultades para emitir Jurisprudencia de carácter obligatorio, sin embargo estos criterios deben ser susceptibles de interpretación, estudio, control de convencionalidad; con el fin de que se respeten los límites que se indican en el artículo primero Constitucional, es decir que los límites de la obligatoriedad que están señalados en el artículo 94 Constitucional y el artículo 217 de la Ley de Amparo debe tener límites en cuanto a la protección más amplia de derechos humanos señalados en la Constitución Federal y Tratados Internacionales.

Esta investigación pretende hacer notar los aciertos y desaciertos que el máximo tribunal tuvo al emitir dicho Criterio en que desconoce que los órganos de menor je-

rarquía pudiesen inaplicar jurisprudencia por ser violatoria de derechos humanos, la Corte debió extender su criterio respecto a la interpretación que emite, no sólo haciendo valer mecanismos legislativos sino haciendo valer los preceptos constitucionales que indican un mandato constitucional cuya jerarquía institucional no puede rebasar; se reitera que las razones para proteger a los entes gobernados son de mayor relevancia que una jerarquía y una soberbia institucional. No deben ceñirse solamente a un criterio legal, porque independientemente de que la Constitución indique la obligatoriedad, ésta está señalada en los términos de la ley y sólo constituye a los sujetos activos, pero no a órganos que puedan emitir criterios jurisprudenciales interamericanos u otros órganos; por lo que cualquier criterio que emita la Corte debe estar bajo estándares mínimos ya sean interamericanos o nacionales. El máximo tribunal recae en una postura cuya circularidad puede permitir criterios reiterativos pero inequívocos, reitero que esta postura que he tomado no busca realizar una crítica severa, sino una propuesta de un sistema escalonado para que se permita una diversificación de opiniones ya que el permitir que un órgano emisor sea el mismo órgano revisor permitiría una repetición de criterios, cuya búsqueda no sería el cuidado de un estándar mínimo convencional ni constitucional (al menos no principalmente) sino una constante, debido a que una vez que se haya emitido un criterio, los argumentos de cada ente que estudió una problemática tendrá el mismo punto de vista y sustento por lo que no habría una maximización de argumentos para realizar una valoración y riqueza jurídica. La propuesta y disyuntiva de la presente investigación aún se sustenta en un mandato constitucional que vela principalmente por todos los derechos humanos y derechos fundamentales reconocidos en Constitución Federal y Tratados Internacionales en los que sea México parte, cuyo análisis se extendió una diversidad de argumentos y propuestas.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Bazán, Víctor. *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales: Un análisis de derecho comparado*. México, Porrúa, 2003.
- Carranca y Rivas, Raul. *El arte del Derecho*. México. Editorial Porrúa, 1987.
- De Silva Nava Carlos. *La Jurisprudencia creación jurisdiccional de derecho*. México, Themis, 2010.
- Carbonell Miguel. “Introducción General al Control de Convencionalidad”. En: *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo*. (coords.), González Pérez Luis Raúl y Diego Valadés. México. UNAM, 2013, pp. 67-95.
- Pérez Lozano, Andrés. *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*. México. Novum, 2011.

## *Sección Doctrina*

Quiroga Quiroga, Angela y Becerra Ramírez, Manuel (coords.). *Manual de aplicación de tratados internacionales en derechos humanos en la función judicial*. México, Instituto Estudios Judiciales, 2012.

Sistemas de integración de la jurisprudencia: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados de Circuito/ (la investigación y redacción de esta obra estuvo a cargo de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; presentación Ministro Luis Mario Aguilar Morales) — México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

## *Electrónicas*

Henderson, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine, Sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>. Consultada el 25 de marzo de 2018.

Rivera Hernández, Juan. La jurisprudencia mexicana en las reformas constitucionales de 1994 y 2011. de Instituto de la Judicatura Federal Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/23.pdf>. Consultada el 28 de julio de 2017.

## *Hemerográficas*

García Ramírez, Sergio/Morales Sánchez, Julieta. “La jurisprudencia interamericana sobre Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 29, 2013.

Soberanes Díez, José María. “La Igualdad ante la Jurisprudencia”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 29, 2013.

## *Jurídicas Legislativas*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo (vigente).

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

*Semanario Judicial de la Federación*.

## *Conferencias*

Doctora Lizbeth Xochtl Padilla Sanabria. (26 de mayo de 2016) “Derecho Penal del enemigo y la Restricción de los Derechos Humanos en el Neoliberalismo Jurídico”. En: Bloque de Jueves de cultura Jurídica. Ciclo de Conferencias llevado a cabo en Instituto de Formación Profesional en la Ciudad de México.

Maestro José Díaz de León Cruz. (8 de junio de 2017). “El Control de Convencionalidad en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio” en Conferencia Magistral llevada a cabo en Instituto de Formación Profesional en la Ciudad de México.

Jesús Carlos  
Morales Guzmán\*  
Carlos Ramón  
Meza Martínez\*\*

*Entre la protección de  
derechos políticos y  
el control judicial: La  
judicialización de los  
procesos internos de  
los partidos políticos en  
México*

## Resumen

**E**l objetivo del artículo es abordar la judicialización de los procesos internos de selección de candidatos y dirigentes en los partidos políticos en México. Para ello, se establece la relación entre la incidencia judicial y los derechos políticos de los militantes. Se propone un marco de análisis que distingue tres etapas: reglas para determinar al candidato, requisitos para la elección del candidato y resultados de la nominación. Se concluye que la judicialización posibilita el cumplimiento de los derechos políticos de los militantes y la democratización interna de los partidos políticos. Asimismo, no se pueden dejar de lado las prácticas, procesos y mecanismos formales e informales en la resolución de las disputas partidistas.

## Abstract

*The objective of the present article is to address the legal proceedings or judicialization of the internal processes of selection of candidates and leaders in the political parties in Mexico. For this, the relationship between the judicial incidence and the political rights of the militants is established. The proposed analysis framework distinguishes three stages: rules to determine the candidate, requirements for the election of the candidate and results of the nomination. It is concluded that the so called judicialization allows the fulfillment of the political rights of the militants and the internal democratization of the political parties. Likewise, one cannot leave aside the formal and informal partisan practices, processes and mechanisms in the resolution of disputes.*

**Sumario:** Introducción / I. La política partidista en la selección de candidatos y dirigentes: factores relevantes / II. Incidencia judicial en los conflictos internos de selección de candidatos y dirigentes partidistas / III. Etapas e incidencia del TEPJF en los procesos internos de los partidos políticos / IV. Reflexiones finales / Fuentes de consulta

---

\* Dr. en Ciencia Política, Profesor-Investigador en el Departamento de Sociología de la UAM-Azcapotzalco.

\*\* Mtro. en Sociología Política, Profesor de asignatura en la UACM.

## Introducción

En México a partir de la reforma judicial de la década de los noventa se ha presentado un creciente activismo por parte de los tribunales. Dicho activismo, se ha conceptualizado como judicialización de la política, que para Tate y Vander significa la transferencia de las disputas del campo de la política a los tribunales.<sup>1</sup> Esto ha sido interpretado como una intervención judicial sobre las instituciones de representación política: el poder Ejecutivo y el poder Legislativo.<sup>2</sup>

La judicialización como fenómeno sociopolítico y sociojurídico ha adquirido cada vez mayor importancia en el ámbito académico. Así, se ha desarrollado una agenda de trabajo sobre el Poder Judicial que va de la Ciencia Política a la Ciencia Jurídica y se ha dado cuenta de su origen, de manera histórica o teórica y su relación con otros poderes del Estado a través del conjunto de instituciones que configuran el sistema de justicia.

El caso mexicano resulta de interés ya que en la última década el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha desarrollado un control judicial sobre los conflictos derivados de los procesos de selección de candidatos y dirigentes. En efecto, es de llamar la atención que el TEPJF, sin reforma de por medio y únicamente a través de la vía jurisprudencial, se haya autootorgado la facultad de revocar o modificar las decisiones tomadas por los órganos internos de los partidos políticos.

El tema es significativo debido a que se ha comenzado a documentar cómo es que determinadas instancias judiciales pueden desarrollar capacidades institucionales para conocer y regular conflictos relacionados con la “vida privada” de los partidos políticos.<sup>3</sup> Así, las instituciones judiciales se han pronunciado sobre la declaración de inconstitucionalidad de los estatutos y normas internas de los partidos, la revocación de los registros de candidatos a cargos de elección popular, la declaración de nulidad de las elecciones internas, así como los procedimientos de nominación; o bien la revocación de sanciones impuestas por los partidos a sus militantes.

Por lo anterior, el artículo plantea la necesidad de discutir la *judicialización* como parte del análisis de los procesos políticos internos de los partidos, así como de las

---

<sup>1</sup> Neal Tate y Torbjørn Vander, (Edits.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

<sup>2</sup> Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Fontamara, 2006. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Colección De Justicia, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. Carlos Ramón Meza Martínez, *La Corte como agente para la rendición de cuentas*, Tesis de maestría en sociología política, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2010.

<sup>3</sup> Flavia Freidenberg, “Democracia interna en los partidos políticos”, en: Dieter Nohlen, *et. al.*, (Comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, IFE-TEPJF-IDEA-FCE, 2007, pp. 627–678. J. Orozco, “El contencioso electoral, la calificación electoral”, en: Dieter Nohlen, *et. al.*, *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*, México, FCE, TEPJF, IFE, IDEA, UH, IIDH, 2007, pp. 1152-1288.

consecuencias de las decisiones de los tribunales electorales en el espacio de la política partidista.<sup>4</sup> Por tanto, el objetivo es discutir una propuesta de análisis a partir de las siguientes preguntas: ¿Cómo los fallos judiciales a partir de la interpretación de los derechos políticos de los militantes pueden incidir, de manera directa o indirecta, en la modificación de algunas de las etapas del desarrollo de los procesos internos? ¿Quién puede ser candidato? ¿Cómo se elige y los resultados (electorales) de la nominación? ¿De qué manera los tribunales electorales inciden en los conflictos internos de los partidos políticos?

El trabajo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar, se realiza una revisión de la literatura sobre los procesos de selección de candidatos y dirigentes. Asimismo, se indaga cómo se llevan a cabo las nominaciones partidistas, sus características y la intervención de las instituciones judiciales como una variable del entorno institucional; posteriormente se propone un marco analítico, en perspectiva comparada para su estudio y se derivan algunos supuestos sobre la incidencia judicial en los procesos de selección de candidatos y dirigentes. En un último apartado, se exponen algunas reflexiones finales que proponen una línea de trabajo empírico.

## I. La política partidista en la selección de candidatos y dirigentes: factores relevantes

En 1988 Gallagher y Marsh<sup>5</sup> realizaron una investigación comparativa, *El jardín secreto de la política*, sobre los procesos de selección de candidatos. El título no es casual ya que alude a la escasa atención que la literatura prestaba a los partidos políticos. Hasta ese momento, la ausencia de trabajos de esa índole había llevado a pensar que los partidos políticos eran una especie de “caja negra” que imposibilitaba conocer la manera interna en la que procesaban la política. Sin embargo, estudios recientes han puesto de manifiesto que los procesos internos de nominación tienen implicaciones importantes para el resultado electoral, la interacción entre los miembros, los liderazgos y el rendimiento democrático de los partidos políticos en general.

Así, durante la década de los noventa se produjo un cambio importante en la agenda de investigación de los estudiosos de los partidos políticos, ya que algunas de las diversas organizaciones políticas llevaron a cabo reformas en sus prácticas, con el propósito de transparentar algunos aspectos de sus procesos internos, particu-

<sup>4</sup> G. Helmke, “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relation in Argentina under Dictatorship and Democracy”, en: *American Political Science Review*, vol. 96, núm. 2, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 291-303, 2001. Luis Medina Torres, “La justicia electoral mexicana y la anulación de comicios 1996-2005”, en: *Working Papers Series*, núm. 4, Justice in Mexico Project, La Jolla and San Diego: UCSD Center for U.S.- Mexican Studies, US Trans-Border Intitute, 2006.

<sup>5</sup> M. Gallagher y M. Marsh, (Eds.), *Candidate Selection in Comparative Perspective: The Secret Garden of Politics*, Londres, Sage Publications, 1988.

***El desarrollo de medios jurídicos especializados ha permitido la intervención de organismos e instancias judiciales en el espacio de la política partidista para procesar los conflictos derivados de la competencia interna, toda vez que son entidades de interés público que requieren algún tipo de regulación: “principio de regulación”.***

larmente la selección de candidatos y dirigentes que incorporaron algunos rasgos de democracia interna a sus “estructuras oligárquicas”. El supuesto detrás de lo anterior, señala Freidenberg,<sup>6</sup> fue la idea de que si los partidos políticos realizaban procesos internos para elegir a candidatos y dirigentes mediante mecanismos competitivos y abiertos tendrían más probabilidades de ser democráticos al interior, lo que podría traducirse en una reducción de la distancia entre ellos y los ciudadanos.

Siguiendo a Freidenberg, la apertura de los procesos internos adquirió relevancia, por un lado, de cara a la competencia electoral; los partidos han manifestado la necesidad de contar con mecanismos “democráticos” que protejan a sus minorías y las conduzcan a

aceptar las decisiones que se toman en su interior. Por otro lado, en determinados contextos el desarrollo de medios jurídicos especializados ha permitido la intervención de organismos e instancias judiciales en el espacio de la política partidista para procesar los conflictos derivados de la competencia interna, toda vez que éstos son entidades de interés público que requieren de algún tipo de regulación: “principio de publicidad”. En este sentido, la carencia de “mecanismos democráticos” y efectivos para procesar las decisiones, impide la formación de mayorías estables en el seno de los partidos y amenaza la unidad que requieren para poder competir, además de convertirlos en “disfuncionales” para el sistema político, toda vez que presentan dificultades para resolver sus disputas, mantener los acuerdos y negociaciones internas.

Si bien es cierto existe un acuerdo en la literatura sobre la centralidad de la función del proceso de selección en los partidos políticos, también lo es, que existen grandes dificultades teóricas y falta de acceso a datos empíricos para llevar a buen puerto investigaciones sobre este tema. Aunado a lo anterior, la identificación de los procedimientos de selección no es una tarea sencilla, puesto que este proceso se considera privado. Aunque algunos trabajos han mostrado la lógica que subyace detrás de las nominaciones partidistas sigue vigente el señalamiento de Duverger,<sup>7</sup> quien sostiene que “a los partidos no les gusta difundir al mundo exterior los olores de la cocina electoral”.

<sup>6</sup> *Loc. cit.*, Freidenberg, 2007,

<sup>7</sup> Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 34.

Además, las reglas formales impiden observar en toda su amplitud el proceso político interno e informal, de hecho es posible que existan diversas restricciones y etapas que los candidatos enfrentan antes de la definición de estos procesos, es decir:

1. El sistema de selección puede ser *mixto* lo que significa que distintos candidatos enfrentan distintas restricciones; son seleccionados por *selectorados*<sup>8</sup> distintos; o bajo sistemas de nominación diferentes.
2. Los métodos de selección se desarrollan en diversas etapas, lo que requiere de un conocimiento detallado de la política partidista.<sup>9</sup>
3. La organización informal de los partidos políticos cuyo comportamiento real difiere de las reglas formales, de manera que los procesos internos no encuentran un correlato en lo que establecen las normas estatutarias.<sup>10</sup>

En suma, para efectos de clasificación y ordenamiento de los factores clave que inciden en el proceso de selección, éstos se pueden agrupar en términos de su carácter formal o informal y en los niveles interno o externo. Esto es, los factores contextuales institucionales formales se refieren: al sistema electoral, de partidos, a la forma de gobierno o al tipo de régimen, la cultura política de los miembros de las organizaciones políticas, entre otros; mientras que, los factores informales hacen referencia a las luchas de poder entre grupos o disputas ideológicas.

Los factores internos formales se encuentran en los estatutos y reglamentos partidistas —mecanismos de selección utilizados por el partido en los diversos procesos— mientras que los informales aluden a los liderazgos y a la distribución del poder político, los incentivos selectivos de la organización, etcétera. En cambio, la variable externa, son las resoluciones del TEPJF que pueden incidir en algunas etapas de estos procesos al interior de los partidos políticos a través de los medios jurídicos establecidos en la ley. Siguiendo a Field y Siavelis<sup>11</sup> en la Tabla 1 se muestran cuatro dimensiones de análisis: formales o informales e internas y externas.

El cuadrante 1 (*interno-formal*) destaca los aspectos organizativos y de reglamentación de los partidos sobre los procesos de nominación. Es decir, explica los efectos de la forma de organización partidista en los métodos empleados para seleccionar a los candidatos y dirigentes según los estatutos y la reglamentación interna, así también la existencia de órganos que conducen estos procesos y los medios partidistas para resolver las diferencias.

---

<sup>8</sup> La palabra “selectorado” se refiere al grupo que decide quién o quiénes son los candidatos a los diferentes cargos en los partidos políticos.

<sup>9</sup> R. Hazan, y G. Rahat. “Candidate Selection: Methods and Consequences”, en: Richard Katz y William Crotty (Eds.), *Handbook of Party Politics*, Londres, Sage Publications, 2002, pp. 109-121.

<sup>10</sup> Flavia Freidenberg y S. Levitsky, “Organización informal de los partidos políticos en América Latina”, en: *Desarrollo Económico*, vol. 46, núm. 184, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social, 2007, pp. 539-568.

<sup>11</sup> B. Field y P. Siavelis, “Candidate selection procedures in Transitional Politics: A research note”, en: *Party Politics*, vol. 14, núm. 5, september, Thousand Oaks, Sage. pp. 620-639, 2008.

Tabla 1. Factores relevantes en los procesos de selección de los partidos políticos

	Informal	Formal
<b>Interna</b>	<p><i>Luchas internas de poder</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Disputas ideológicas o de recursos y cargos entre facciones o grupos.</li> </ul>	<p><i>Organización partidista</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estatutos y órganos internos.</li> </ul>
<b>Externa</b>	<p><i>Contexto político- electoral</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Alianzas y pactos electorales</li> <li>• Incertidumbre política, contexto de pos-transición.</li> </ul>	<p><i>Marco institucional y legal del Estado</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Instituciones electorales (magnitud de distrito, método de conteo, financiamiento, etcétera).</li> <li>• Instituciones judiciales (TEPJF, juicio ciudadano y control de conflictos intrapartidistas).</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia, modificando criterios de Field y Siavelis (2008).

En el cuadrante 2 (*interno-informal*) se destaca la política partidista en términos de lucha por el poder o disputas ideológicas al interior de las organizaciones partidistas. Las disputas entre facciones o grupos al interior del partido pueden dar lugar a que los conflictos no se puedan resolver por los medios partidistas y de conciliación existentes, dando lugar a un proceso de *judicialización* de la política partidista a partir de la intervención de un tercero imparcial.

En el cuadrante 3 (*externo-formal*) se alude a las explicaciones cuyo foco de atención es el entorno institucional y legal del Estado. Así, se ha subrayado el peso del sistema electoral sobre los procedimientos de selección, la organización y estratificación territorial del estado y el tipo de régimen político en el cual se desenvuelven los partidos políticos. En este sentido, se propone incluir a las instituciones judiciales, que son instancias de resolución de conflictos derivados de los procesos de selección interna que llevan a cabo los partidos políticos y que probablemente tienen efectos en los mismos.

El cuadrante 4 (*externo-informal*) incluye las condiciones políticas y sociales, los momentos de cambio e incertidumbre política y los procesos de democratización. Estos cambios han obligado a los partidos a adoptar mecanismos incluyentes, democratizar sus procedimientos internos para atraer a nuevos votantes y movilizar de manera efectiva los apoyos electorales que el momento de incertidumbre y cambio político merece un mayor desarrollo. Es por ello que la siguiente sección abordara el papel de las decisiones de los jueces en algunas etapas de los procesos de selección interna de los partidos políticos.

## II. Incidencia judicial en los conflictos internos de selección de candidatos y dirigentes partidistas

Las decisiones judiciales que emite el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) sobre los procesos internos derivadas de la resolución de los “juicios ciudadanos”, que protegen los derechos político-electorales de los militantes y le permiten conocer de la vida interna de los partidos políticos. Hasta ahora la intervención de los tribunales electorales sobre los asuntos internos de los partidos políticos no ha sido suficientemente documentada. Sobre todo, teniendo en cuenta que en México el TEPJF como autoridad jurisdiccional, ha desarrollado una serie de facultades legales para intervenir en la vida interna de los partidos políticos. El mecanismo de intervención en los partidos políticos ha sido el juicio para la protección de los derechos de los militantes (“Juicio Ciudadano”). Por ejemplo, en el 2000 se presentaron 85 asuntos relacionados con conflictos intrapartidistas, en el 2003, 292, en 2004, 415, en 2005, 681 asuntos y para 2006 fueron 1,102 asuntos.<sup>12</sup>

Por otro lado, a pesar de la proliferación de estudios sobre selección de candidatos y reclutamiento político, el conocimiento del papel que juegan las decisiones judiciales en los procesos internos de los partidos políticos sigue siendo limitado. Es por ello que se pretende discutir el alcance de las decisiones judiciales en lo referente a las etapas de algunos aspectos de los procesos internos de los partidos políticos.

Por lo tanto, se propone un marco analítico que permita observar la incidencia judicial en el ámbito de la política partidista mediante procesos de control judicial de conflictos y protección de derechos y sus implicaciones.<sup>13</sup> Cabe señalar que las decisiones que toman los jueces son muy variadas y cumplen con diversas funciones, por ejemplo: anular, modificar y ratificar un acto o una decisión tomada por los partidos políticos en torno a sus procesos internos. Al mismo tiempo que las decisiones judiciales interactúan con otras instituciones del sistema político, por ejemplo, las disposiciones del Instituto Nacional Electoral (INE) que regula la competencia política.

Por consiguiente, las características organizativas y la interacción estratégica de los partidos con el TEPJF pueden “filtrar” o modificar la manera en que esas decisiones inciden sobre los procedimientos y los mecanismos que se emplean para la selección de los candidatos y dirigentes partidistas. En este sentido, la relación teórica entre las instituciones electorales —en este caso instituciones judiciales— y los procesos de selección de candidatos y dirigentes fueron sugeridas desde hace tiem-

---

<sup>12</sup> Javier Martín Reyes, “El Tribunal de los militantes: El control judicial de los conflictos interpartidistas en México”, *América Latina Hoy*, núm. 62, 2012, pp. 131-153.

<sup>13</sup> En el caso de México, a partir de 1996 el Tribunal se especializó y por ello estuvo facultado para arbitrar los conflictos derivados de los procesos internos de los partidos políticos. Anteriormente, no podía intervenir en asuntos de naturaleza política. Asimismo, se estableció el medio por el cual los militantes de los partidos han podido interponer recursos jurídicos ante el Tribunal Electoral en caso de que los partidos políticos violen los derechos de asociación y afiliación de los militantes de estas organizaciones políticas.

po, pero hasta hace poco se ha empezado a contrastar de manera empírica los posibles vínculos.

Por ello, resulta pertinente preguntarse por qué y bajo qué circunstancias los partidos políticos cambian o mantienen sus métodos de selección a partir de la variable judicial. Al respecto, cabe hacer las siguientes consideraciones: Por un lado, a menos que lo defina la ley (o lo ordene una resolución judicial) nada obliga a los partidos políticos en una democracia a adoptar mecanismos inclusivos o democráticos internamente. De manera que no sólo por cuestiones de congruencia, resulta deseable que los valores que postula el sistema democrático encuentren un correlato en los procedimientos de selección interna de los partidos. Si bien es cierto que la manera en la cual se organizan depende del consentimiento de sus líderes y militantes: “principio de autonomía”.<sup>14</sup>

En suma, si bien cada partido político se encuentra obligado a la autorregulación según su reglamentación interna, esto es a través de sus estatutos; no obstante

***Una instancia judicial puede establecer una serie de criterios y jurisprudencia que los partidos políticos deben contemplar, desde un punto de vista legal, para el adecuado desarrollo de sus procesos internos***

ese derecho no es de carácter absoluto, ya que además de las disposiciones establecidas en la ley y la normatividad correspondiente, una instancia judicial puede establecer una serie de criterios y jurisprudencia que los partidos políticos deben de contemplar, desde un punto de vista legal, para el adecuado desarrollo de sus procesos internos, lo anterior en el marco de la interpretación sobre la protección a los derechos y libertades constitucionales de los militantes.

### **III. Etapas e incidencia del TEPJF en los procesos internos de los partidos políticos**

Para solventar el déficit que presenta la literatura en relación con el papel del TEPJF en la vida interna de los partidos políticos, proponemos en la tabla 2 un esquema analítico teniendo como eje articulador tres momentos clave o etapas significativas.

La primera etapa se trata de *quién puede ser candidato* lo que hace referencia a la variación de los requisitos que exigen tanto las leyes electorales como la reglamentación interna de los partidos políticos. Las leyes electorales establecen que todos los ciudadanos tienen el derecho de elegir y al mismo tiempo, ser elegidos para cargos de representación popular. Es decir, en principio todos los ciudadanos pueden ser candidatos cumpliendo con una serie de requisitos tales como nacionalidad,

<sup>14</sup> Aunque en este punto queda pendiente conocer el alcance de las decisiones de los jueces.

Tabla 2. Efectos de la incidencia judicial según la etapa y el tipo de conflicto en los procesos internos de los partidos políticos

Etapas de los procesos internos	Tipo de conflicto	Incidencia	Resultados esperados	
Quién puede ser candidato.	Militante vs liderazgo	Ámbito de interpretación de derechos.	Apego a derecho y restablecimiento de garantías para los participantes a candidatos.	Desapego y/o desobediencia (Se ignora la decisión judicial).
Cómo se elige al candidato y resultados.	Entre élites	Control de conflictos	Acatamiento, las élites obedecen y se reforma o modifica la decisión sobre el procedimiento.	Desobediencia regulación <i>de jure</i> , pero no <i>de facto</i> .
Resultados de la nominación.	Militante vs liderazgo y/o entre élites.	Protección de derechos y control de conflictos.	Apego y fortaleza del procedimiento y normatividad estatutaria.	Desobediencia y debilidad de las normas estatutarias.

Fuente: Elaboración propia.

edad, no tener antecedentes penales, entre otros. Además de los requisitos que exige la ley se suman otros de afiliación partidista, por ejemplo, en el caso de México, desde 1946 la Ley Electoral Federal establecía que solamente los partidos políticos podían registrar candidatos. Para 2007, dicho requisito se elevó a rango constitucional. Por lo que los partidos políticos contaban con el monopolio de la representación política. Sin embargo, en 2013 se les otorgó a los ciudadanos el derecho a postularse a cargos de elección popular independientemente de los partidos políticos, y el derecho de los militantes. En algunos casos, los partidos abren sus procesos a “candidatos ciudadanos” no militantes o externos que son postulados a cargos de elección popular bajo determinadas circunstancias. En efecto, este momento se relaciona con la intervención del TEPJF en la protección de los derechos de los militantes y ciudadanos que pueden participar en los procesos internos de selección de los candidatos y dirigentes.

La segunda etapa se refiere a *cómo se elige a los candidatos*, los partidos deciden emplear métodos por cúpulas o participativos e incluyentes para legitimar los procedimientos internos. Esto, a partir del principio de autonomía partidista que define las reglas internas al respecto, ya que la ley no fija mecanismos específicos para el funcionamiento de los partidos en la elección de sus candidatos y dirigencia partidista. Más aún, en México no hay una ley que regule a los partidos políticos y, hasta hace poco, no se sabía con exactitud cuáles aspectos debían ser considerados como “vida interna” partidista. Por lo tanto, consideramos que esta etapa es muy conflictiva toda

vez que plantea serios dilemas a la autoridad judicial. Por un lado, tiene que llevar la función de arbitraje, que consiste en arbitrar o tratar de regular estos conflictos derivados de la forma en que se llevó a cabo la designación partidista, es decir, la relación entre los procedimientos y las prácticas informales de las élites o grupos. Por otro lado, se debe resguardar la autonomía de los partidos políticos.

La tercera etapa se refiere a los *resultados* del proceso de nominación. Es decir, se trata de los resultados no propiamente electorales y de algunos aspectos de la campaña y su apego a la normatividad, así como a la actuación de los órganos del partido que conducen los procesos internos. Es una etapa importante toda vez que tiene que ver con la aceptación de los resultados y el compromiso o desacato de los lineamientos partidistas por parte de los nominados.

Las etapas anteriores suponen un recorte analítico del complejo proceso de selección interna de los partidos políticos, es por ello que con el objeto de clarificar la intervención del TEPJF y para observar la incidencia judicial en los procesos de nominación partidista es necesario dar cuenta de los tipos de conflictos que llegan a esta instancia y sobre los cuales tienen que resolver los jueces.

Si bien se puede establecer una tipología de conflictos a los que se enfrentan los magistrados, a partir de la relación entre el tipo de demanda y el TEPJF. Por lo que se pueden distinguir dos tipos de conflictos sobre los cuales toman decisiones los jueces, estos son: a) los verticales son conflictos entre militantes contra líderes y b) los horizontales son conflictos entre los líderes partidistas. Con esta distinción es posible dar cuenta del papel que juegan las decisiones judiciales en los procesos internos y en la protección de los derechos políticos y electorales, así también, ubicar cada etapa de intervención en los procesos internos. Por un lado, tenemos decisiones que involucran el ámbito de la interpretación de los derechos políticos y se refieren a la posible violación de las garantías de los participantes en los procesos internos, estas son decisiones sobre conflictos entre *militantes vs líderes de partido*. Por otro lado, hay decisiones que implican un control de conflictos entre los partidos políticos, sus dirigencias y grupos internos derivados de la disputa por un cargo, lo que se refiere a los conflictos entre *dirigentes y liderazgos partidistas*.

En este sentido, el TEPJF ha ido generando capacidades de intervención y arbitraje sobre los conflictos que se derivan de las nominaciones de los partidos políticos, para controlar y, en su caso, regular y enmendar las prácticas verticales y excluyentes que se presentan en los procesos de designación interna en los partidos políticos.

De la misma manera, frente a la falta de congruencia entre lo que establecen las disposiciones estatutarias formales y la práctica informal, cabe esperar que las resoluciones de las instituciones judiciales puedan modificar la manera en que se aplican las normas internas en los partidos, el respeto a los derechos políticos de los militantes y la obligación de sujetarse a los principios establecidos en los estatutos de los procesos internos de selección de las organizaciones políticas.

En este sentido, los fallos del TEPJF han establecido una serie de criterios y jurisprudencia para normar la vida interna de los partidos políticos, con ello se puede suponer que los procesos de selección de candidatos a puestos de elección popular y dirigentes se consideran como “asuntos internos” de los partidos políticos y por tanto se pueden combatir a través de los medios de impugnación que la ley establece. Cabe añadir que la normatividad existente en la materia ha establecido la obligación que tienen los partidos políticos de determinar su reglamentación interna, que debe observar los requisitos y procedimientos que han de ser cubiertos para poder llevar a cabo la selección de candidatos a los distintos cargos de elección pública, así también la integración de la dirigencia del partido. Es necesario investigar si un exceso de control de los tribunales sobre los partidos políticos supone una merma en su autonomía. Lo que eventualmente puede afectar el proceso de toma de decisiones al interior de la organización partidista; o si la total ausencia de regulación y vigilancia es capaz de conducir a la ampliación de la brecha entre lo que establecen las reglas y la gestión cotidiana, toda vez que se debe de observar si existen condiciones para el cumplimiento de las recomendaciones judiciales en relación con el desarrollo de los procesos internos.

***Se espera que la institucionalización juegue un papel importante en la capacidad de cada uno de los partidos para llevar a cabo las nominaciones de acuerdo con las reglas y estándares fijados por la propia organización, como una suerte de camino pautado de acción.***

Sin embargo, existen otros aspectos de “funcionamiento interno” de los partidos que se tienen que considerar para discutir los efectos de las decisiones judiciales en los procesos de selección de candidatos y dirigentes, y son los siguientes:

1. Establecimiento de una autoridad autónoma designada de acuerdo a las normatividad interna o las “prácticas informales” para conducir el proceso —con independencia (o no) de los liderazgos partidistas—.
2. Mecanismos de apelación, espacios para el diálogo y debate sobre los aspirantes a los cargos de elección y dirigencia.
3. Condiciones para la participación de los sectores, grupos y militancia en la toma de decisiones.

Por último, los procesos internos de los partidos políticos pueden reflejar distintos niveles de institucionalización, que se expresa en quién puede ser el candidato y la manera en que se elige. Se espera que la institucionalización juegue un papel importante en la capacidad de cada uno de los partidos para llevar a cabo las nominaciones de acuerdo con las reglas y estándares fijados por la propia organización, como una suerte de camino pautado de acción. Sin embargo, no siempre sucede así ya que en algunos casos no se podrán conducir estos procesos internos y resolverlos

bajo las reglas internas existentes. Por tanto, se puede esperar que una instancia judicial pueda incidir de manera directa o indirecta en la regulación de los conflictos internos y en la protección de derechos de los militantes y participantes en las contiendas internas.

## IV. Reflexiones finales

En el presente trabajo se realizó una revisión teórica de la literatura sobre el reclutamiento y selección interna de los partidos políticos con el objetivo de discutir los factores que condicionan dichos procesos, lo que incluye la intervención de las instancias judiciales. Se destacó que la apertura de los procesos de selección interna en los partidos políticos se registró principalmente durante la década de los noventa en la cual los partidos realizaron modificaciones a sus procesos internos; ello coincidió con un aumento de la actividad judicial en términos de la judicialización de la política. Esto ha planteado la necesidad de que los partidos puedan contar con mecanismos democráticos que permitan la protección de las minorías y de los derechos de los militantes.

Asimismo, la agenda de investigación sobre procesos de selección ha girado en torno al interés por comprender la democratización y apertura interna de los partidos políticos. Se sostuvo que dicha literatura presenta un déficit en el sentido de que no ha tomado en cuenta el papel de las decisiones de los tribunales electorales y su creciente incidencia en los procesos internos.

Se considera que ésta constituye una veta de investigación ya que es necesaria la comprensión de las decisiones judiciales sobre la vida de los partidos políticos en las etapas significativas de los procesos internos, la democratización y el aseguramiento de los derechos políticos sobre votar, ser votado, asociación y filiación. Sostenemos que la creciente intervención del TEPJF en el espacio de la política partidista ha significado una transferencia de las disputas políticas a la esfera judicial. Esto ha permitido que se constituyan en actores políticos significativos, con capacidades de intervención y de influencia. Por tanto, se ha planteado que la incidencia de las decisiones judiciales resulta efectiva cuando ésta coincide con una interpretación sobre los derechos políticos y un control efectivo de los conflictos internos a través de:

1. *La definición de quién puede ser candidato.* Hay incidencia si se restablecen los derechos de los militantes y ausencia si se ignora la decisión judicial.
2. *La manera en la cual se elige al candidato.* Hay incidencia judicial si derivado del acatamiento de la decisión judicial se modifica el procedimiento o la decisión sobre la designación partidista.
3. *Los resultados del proceso.* Hay incidencia si se vigila el cumplimiento de los derechos y el procedimiento de selección.

Por lo anterior, se espera que la intervención judicial produzca resultados que modifiquen las “malas” decisiones sobre la nominación partidista y se restablezcan las garantías procesales y de derechos para los participantes de la contienda interna. Por último, cabe señalar que aunado al proceso de judicialización es necesario no dejar de lado la importancia de las prácticas, procesos y mecanismos formales e informales en la resolución de conflictos al interior de los partidos políticos.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Ansolahehere, Karina. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México, Fontamara, 2006.
- Duverger, Maurice. *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1959.
- Freidenberg, Flavia. “Democracia interna en los partidos políticos”. En: Dieter Nohlen, *et al.*, (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, IFE-TEPJF-IDEA-FCE, 2007.
- Gallagher, Michael y Michael Marsh (eds.). *Candidate Selection in Comparative Perspective: The Secret Garden of Politics*. Londres. Sage Publications, 1988.
- Hazan, Reuven y Gideon Rahat. “Candidate Selection: Methods and Consequences”. En: Richard Katz y William Crotty (eds.). *Handbook of Party Politics*. Londres, Sage Publications, 2002.
- Meza Martínez, Carlos Ramón. *La Corte como agente para la rendición de cuentas*. Tesis de maestría en sociología política. México, Instituto de Investigaciones, Dr. José María Luis Mora, 2010.
- Orozco, José. “El contencioso electoral, la calificación electoral”. En: Dieter Nohlen, *et al.* *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*. México, FCE, TE-PJF, IFE, IDEA, UH, IIDH, 2007.
- Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Col. De Justicia, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.
- Tate, Nate y Torbjørn Vander (Edits.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press, 1995.

### *Hemerográficas*

- Field, Bonnie y Siavelis, Peter. “Candidate selection procedures in Transitional Politics: A research note”. En: *Party Politics*. vol. 14, núm. 5, septiembre, Thousand Oaks: Sage, 2008.
- Freidenberg, Flavia y Steve Levitsky. “Organización informal de los partidos políticos en América Latina”. En: *Desarrollo económico*. vol. 46, núm. 184, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social, 2007.

*Sección Doctrina*

- Helmke, Gretchen. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relation in Argentina under Dictatorship and Democracy". En: *American Political Science Review*, vol. 96, núm. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Martín Reyes, Javier. "El Tribunal de los militantes: El control judicial de los conflictos interpartidistas en México". En: *América Latina Hoy*, núm. 62, 2012.
- Medina, Luis. "La justicia electoral mexicana y la anulación de comicios 1996-2005". En *Working Papers Series*, núm. 4, Justice in Mexico Project, La Jolla and San Diego: UCSD Center for U.S.-Mexican Studies, US Trans-Border Intitute, 2006.

Iris Rocío  
Santillán Ramírez\*

## *El control social de las mujeres a través de las leyes. La Colonia en México*

*Por ser una doble excepción, la mujer criminal es un monstruo*  
Lombroso y Ferrero, 1895<sup>1</sup>

### Resumen

**E**l Derecho es un mecanismo de control social que busca regular la conducta de los seres humanos. Sin embargo, contrario a lo que se cree, el Derecho no es neutral en razón del sexo de las personas. El presente trabajo, es el primero de otros dos; cuyo objetivo es, a través de un análisis histórico de las leyes, evidenciar cómo por medio de las normas jurídicas se han limitado los derechos y libertades de las mujeres de manera distinta de cómo lo han hecho respecto al sujeto masculino.

### Abstract

*Law is a mechanism of social control that seeks to regulate the behavior of human beings. However, contrary to what is believed, the law is not neutral because of the sex of the people. The present work is the first of two others, whose objective is, through a historical analysis of the laws, to demonstrate how, through legal norms, the rights and freedoms of women have been limited in a different way from how they have done it. done with respect to the male subject.*

**Sumario:** Introducción / I. Las leyes de la Colonia / II. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dra. en Ciencias Penales y Política Criminal, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-Azapotzalco.

<sup>1</sup> *Cit.* en Miralles, T. (1983), “La mujer: el control informal”, en: Bergalli, R. y Bustos, J. (directores), *El pensamiento criminológico II*, Barcelona, Ediciones Península, p. 124.

## Introducción

El orden social que milenariamente hemos vivido es patriarcal. El patriarcado, nos remonta a la vieja Roma, en la que el *pater familias* tenía derecho de vida o muerte sobre su familia. Hoy en día se reconoce como un sistema vertical que ha construido socialmente la idea de que el sujeto masculino es fuerte e inteligente y, por tanto, quien debe mandar; mientras que la mujer es débil y tonta, por lo que debe obedecer el mandato y la guía de aquel.

Dicho orden social se ha logrado y consolidado a través de diversos mecanismos de control social, como la familia, la escuela, la iglesia, los medios de comunicación, el trabajo.<sup>2</sup> Cuando estos no son efectivos, el Derecho es quien se encarga de orientar la conducta de las personas de manera formal, llegando a utilizar, si es necesario, el sistema punitivo.

Quizá uno de los ejemplos más representativos de cómo el sistema jurídico penal, desde siempre, ha sancionado a las mujeres que violentan el mandato patriarcal, es el caso de la revolucionaria francesa Marie Gouze, mejor conocida como Olympe de Gouges (1748-1793) quien, al observar que los ideales de la Revolución Francesa de 1789 no incluía la igualdad, la libertad ni la fraternidad de las mujeres, lo denunció a través de su ahora famosa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (1791), utilizando el esquema de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Su posición política a favor del ejercicio de la ciudadanía de las mujeres afectó seriamente sus actividades como actriz y dramaturga, desatando polémica y escándalo por sus escritos, al grado de ganarse el odio de los miembros de la Comedia Francesa.

Después de la ejecución de Luis XVI, Olympe publicó su manifiesto *Le trois urnes, ou le salut de la Patrie, par un voyageur aerien*. En julio de 1793 fue detenida tras ser denunciada por el impresor de su escrito. Pasó varios meses en prisión en condiciones de vida infrahumanas. Al fin, el 2 de noviembre del mismo año fue juzgada, teniéndose que defender ella misma al privarle de su derecho a contar con alguien que lo hiciera. Fue acusada y declarada culpable de ser girondina y de haber traicionado a la República, por lo que fue ejecutada el 3 de noviembre de 1793.<sup>3</sup> De manera paradójica, Olympe fue, en parte, víctima de sus propios ideales, al ser juzgada y castigada como a cualquier hombre,<sup>4</sup> con la diferencia de que en gran medida

---

<sup>2</sup> “Sobre cómo actúan estos mecanismos informales de control social sobre las mujeres”, puede consultarse, en: Iris Santillán, *Violación y culpa*, México, Ubijus, 2013.

<sup>3</sup> Carolina González, página web: <http://www.escriptorasypensadoras.com/fichatecnica.php/196>, URL, consultado el 23 de agosto de 2017.

<sup>4</sup> “La Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana” redactada por Olympe de Gouges señalaba: “Artículo séptimo. Ninguna mujer se halla eximida de ser acusada, detenida y encarcelada en los casos determinados por la Ley. Las mujeres obedecen como los hombres a esta Ley Rigurosa.

Artículo octavo. La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada a las mujeres.

su delito fue la transgresión del “deber ser” de su género, es decir, no ajustarse a lo que los mandatos que, por su condición de mujer, se le exigían, como queda evidenciado en el informe de su ejecución: “Olympe de Gouges, nacida con una imaginación exaltada, confundió su delirio con una inspiración de la naturaleza: quiso ser Hombre de Estado. Ayer, la ley castigó a esta conspiradora por haber olvidado las virtudes que corresponden a su sexo”.<sup>5</sup>

Después de más de dos siglos, en nuestro país las cosas han cambiado favorablemente. Aunque de manera lenta, se ha llegado a lograr un primer objetivo: el reconocimiento formal —que no material— de la igualdad ciudadana, política y civil de las mujeres, formalizada en la inscripción del principio de igualdad en el artículo 4º Constitucional. Un segundo objetivo ha sido la firma por parte del gobierno mexicano de los instrumentos internacionales que en defensa de las mujeres han impulsado Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)<sup>6</sup> y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (adoptada en 1994).<sup>7</sup> Derivado de esto, en la última década se ha trabajado en la armonización tanto de la legislación federal como de las leyes estatales con aquellos instrumentos internacionales, tarea nada fácil si se parte de que el sexismo ha estado presente en las legislaciones, de manera más específica y gravemente, en las penales. Al respecto Gladys Acosta, afirma que:

Parte de la injusticia de género tiene raíces en falsedades que sustentan los códigos penales presentando a las mujeres como seres sometidos al poder masculino de padres, hermanos, maridos y convivientes. Cuando las mujeres son víctimas de delitos no se les protege como personas sino como vehículo del honor familiar y cuando se define que ellas pueden ser sujetos activos de determinados delitos, se les cercenan las posibilidades de decisión y de responsabilidad, como si fueran seres menos incapaces para afrontar las consecuencias de sus actos.<sup>8</sup>

Como lo ha afirmado Elena Larrauri, las legislaciones penales se han ocupado de manera tradicional de proteger a las mujeres —pero sólo a aquellas a las que se les

---

Artículo noveno. Sobre toda mujer que haya sido declarada culpable caerá todo el rigor de la Ley.

Artículo décimo. Nadie puede ser molestado por sus opiniones, incluso fundamentales; la mujer tiene el derecho de subir al cadalso; debe tener también igualmente el de subir a la Tribuna con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la Ley.” (Gouges, Olympe (1791), “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana”, consultada en la página web <http://www.mujeresnet.info/2006/09/declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer.html>, el 2 de febrero de 2018).

<sup>5</sup> Cutrufelli, M. R. *La Ciudadana. Olympe de Gouges, la mujer que vivió por un sueño*. España: Umbriel Editores, p. 306, 2007.

<sup>6</sup> Se adoptó en 1979, entró en vigor en 1981. México la suscribió y ratificó en 1980.

<sup>7</sup> México la suscribió en 1995 y la ratificó hasta 1998.

<sup>8</sup> Gladys Acosta, *La mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*, Quito, UNIFEM, 1996, pp. 623-624.

ha catalogado como honestas bajo la óptica masculina— en razón de su pertenencia a un sujeto varón,<sup>9</sup> pero al mismo tiempo han sido un instrumento de control social que guía la forma “correcta” en que deben ser las mujeres, castigando a aquellas que se alejan de este estereotipo, ya sea al no reconocerlas y, por tanto, no protegerlas jurídicamente como víctimas o, cuando son ellas quienes transgreden las leyes penales, castigándolas con penas severísimas, como lo evidenció la antropóloga mexicana Elena Azaola, en su libro *El delito de ser mujer*.<sup>10</sup>

Para reforzar esta afirmación, en este artículo me enfocaré a la revisión de la legislación de la época colonial, enfatizando las de carácter penal. No obstante, dado el interés de demostrar el sexismo que desde siempre ha caracterizado las legislaciones mexicanas y/o aplicado en México, eventualmente citaré normas jurídicas relacionadas con otras materias.

## I. Las leyes de la Colonia

Después de la conquista española al territorio americano, existió un gran número de normas tanto civiles como religiosas, según afirma Juan N. Rodríguez de San Miguel en sus *Pandectas*,<sup>11</sup> en donde explica cuáles fueron las fuentes que conformaron el derecho novohispano, entre las que se encontraban:

- a) El conjunto de ordenamientos jurídicos que eran derecho vigente en Castilla antes de la conquista de América. Entre los ordenamientos del Derecho Real se encontraban las Partidas (1250-1265), la Novísima Recopilación de Castilla (1805), el Fuero Real (1255), Fuero Juzgo, Ordenamientos de Alcalá (1348), etcétera, y entre los del derecho canónico: el Decreto de Graciano, los Decretales, el *Liber Sextus*, etcétera.
- b) Las disposiciones dictadas para la propia España después de la conquista que por su sola promulgación tenían validez en las Indias. Aunado a ellas se encontraba la legislación pontificia y conciliar, posterior a la conquista dictada para todos los reinos cristiano o para España en particular.
- c) Las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas, en uso de su facultad delegada, con carácter general para las Indias o para la Nueva España en particular.
- d) Las disposiciones dictadas por las autoridades locales —tanto de la llamada república de indios como la de españoles—, en uso de facultades delegadas por el rey.

<sup>9</sup> Elena Larrauri, “Control social, derecho penal y género”, en: Birgin, H. (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 98-100.

<sup>10</sup> Elena Azaola, *El delito de ser mujer*, México, Plaza Valdés Editores, 1996.

<sup>11</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “pandecta” proviene del latín *Pandectae* y es la recopilación de varias obras, especialmente las del derecho civil que el emperador Justiniano puso e los 50 libros del Digesto (<http://www.rae.es>).

- e) Las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista y que no iban en contra de la religión católica ni del Estado.
- f) La costumbre.

El mismo autor afirma que, al igual que en España, el derecho aplicable en la Nueva España se hallaba contenido en distintos ordenamientos procedentes de diversas épocas, dentro de las cuales se localizaban disposiciones contradictorias, derogadas o en desuso.<sup>12</sup>

Cualquiera que sea la época y la procedencia, observamos de nueva cuenta que las legislaciones regulan de manera distinta los actuare de las personas de acuerdo a su sexo. Por ejemplo, en lo relativo al divorcio, en la Ley II de la 4ª Partida se establece que hay dos razones por las que procede el divorcio, una es religiosa, en tanto que alguno de los cónyuges decidiera entrar a alguna Orden religiosa, la otra es en el supuesto de que la mujer cometiera contra su marido pecado de fornicio o adulterio;<sup>13</sup> es decir, sólo los varones podían ser sujetos pasivos de este tipo de ofensas.<sup>14</sup> La Ley I del Título XVII de la Partida XVII deja muy clara esta afirmación y explica los motivos:



Cualquiera que sea la época y la procedencia, observamos de nueva cuenta que las legislaciones regulan de manera distinta los actuare de las personas de acuerdo a su sexo.

Adulterio es, yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, o desposada con otro. E tomao este nombre de dos palabras de latin, alterus, et tours; que quieren tanto dezir, como ome que va, o fue, al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido, con quien es ayuntada, e non el della. E por ende dixeron los Sabios antiguos, que

<sup>12</sup> Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel, *Pandectas hispano-mexicanas* [recopilación], tomo I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1839: XVIII-XX.

<sup>13</sup> *Idem*, 1839, tomo I, p. 456.

<sup>14</sup> En su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Federico Engels; al hablar de la familia sindiásmica —correspondiente a tribus antiguas, que se encuentran en el límite que separa el salvajismo de la barbarie—, afirmaba que la poligamia y la infidelidad ocasional seguían siendo un derecho para los hombres, “al paso que casi siempre se exige la más estricta fidelidad a las mujeres, mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente” (Engels, F., 1981 pp. 51-52). Ahí mismo da una explicación del cómo y por qué el hombre expropió a la mujer todo lo que era suyo, inclusive sus hijos y hasta su propio cuerpo (62 en adelante).

non lo puede acusar su muger ante el Juez seglar sobre esta razon; como quier que cada vno del Pueblo (a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro) lo puede fazer. E esto tuuieron por derecho, por muchas razones. La primera porque del adulterio que faze el varon con otra muger, non nace daño; nin deshonra, a la suya. La otra, porque del adulterio que faze su muger con otro, finca el marido desonrrado recibiendo la muger a otro de su lecho: e demás porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. . . Ca, si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en uno con los sus hijos; lo que non auernia a la muger, del adulterio que el marido fiziesse con otra: e porende, pues que los daños, e las deshonras, non son yguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría e pueda acusar a su muger del adulterio, si lo finiere, a ella non a el. E esto fue establecido por la leyes antiguas, como quier que segund el juicio de Santa Iglesia non seria assi.<sup>15</sup>

“Honor” —bien jurídico generalmente atribuible sólo a los hombres, que tradicionalmente se le ha ubicado entre las piernas de “sus mujeres”— y patrimonio de los hombres han sido protegidos por la ley desde siempre. Efectivamente, según enuncia la propia Ley I de las leyes antiguas de la Iglesia a través del Decálogo dado a Moisés por Yavé enuncia como décimo mandamiento: “no codicies la casa de tu prójimo. No codicies su mujer, ni sus servidores, su buey o su burro. No codicies nada de lo que le pertenece”.<sup>16</sup>

El engaño del hombre casado a su esposa no era deshonroso, ni una conducta desvalorada o mal vista en los ámbitos moral, religioso o jurídico.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> *Cit.* en Rodríguez, J., 1839; tomo III: 471.

<sup>16</sup> Libro del Éxodo 20, p. 18.

<sup>17</sup> Una explicación de esta diferencia recae en el valor que se daba al recato femenino en el mercado matrimonial. De una novia se esperaba —afirma Sara F. Matthews— que llegara virgen al matrimonio y que luego le fuera fiel a su marido, con el objetivo de asegurar herederos legítimos a éste. Y es que, en Europa, antes del siglo XVIII, casi todos los matrimonios de las clases media y alta los acordaban los padres con base en intereses económicos o políticos, por lo que los novios no se conocían —menos se amaban— previamente al matrimonio, inclusive el apego afectivo no sólo era inconveniente sino hasta indecente, por lo que se consideraba normal el adulterio masculino con trabajadoras domésticas y mujeres de “clase inferior”. Una segunda explicación del doble patrón de respuestas es el hecho de que a las mujeres se las consideraba propiedad sexual de los hombres, cuyo valor disminuiría si las “usaba” alguien que no fuera su propietario legal. Desde este punto de vista, el honor del hombre dependía de la castidad femenina. No obstante hubo algunas excepciones. En la aristocracia, muchas mujeres eran incitadas por sus maridos para relacionarse sexualmente con el soberano, a fin de obtener beneficios, otras quedaban en libertad para tener amantes una vez que habían cumplido con el deber de proveer de un heredero varón a su marido. De igual modo en Italia y España en los siglos XVII y XVIII se desarrolló una práctica conocida como *liere servente* o *cicisbeo* —en España se le conocía como *chichisbeo*— (Matthews, Sara, “El cuerpo, apariencia y sexualidad”, en *Historia de las Mujeres. Del Renacimiento a la Edad Media*, Volumen 3, Madrid, Taurus, 2000, pp. 118-121), el cual consistía en que “las mujeres casadas de buena posición podían tener uno o varios amigos con el consentimiento tácito del marido y de los demás parientes. La función de este amigo o cortejo era rendir a la mujer una especie de culto galante, acompañarla al teatro y a las fiestas, visitarla en su casa y, sobre todo, darle conversación y ser su confidente” (Martín, Carmen, “Las raíces del feminismo español según Carmen Martín Gaité”, *Periódico El País*, 1 de abril de 1981,

La Ley XV del mismo Título establece la pena para los adúlteros: el hombre que ofendía a su congénere era castigado con la muerte, mientras que la mujer debía ser azotada públicamente y encerrada en algún monasterio para tomar los hábitos —a menos de que el marido la perdonara en un plazo de dos años—; por supuesto, también perdía todo su patrimonio.<sup>18</sup>

Más adelante, en el Libro XII, Título XXVIII de la Novísima Recopilación de Castilla de 1805, la facultad de sancionar a los adúlteros era del varón ofendido, sin que hubiere límite alguno, teniendo el derecho inclusive de matarlos:<sup>19</sup>

Ley I.

Ley1, 5i5.7. lib.4 del Fuero Real.

Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador ambos sean en poder del marido, y faga dellos lo que quisiere, y de quanto han, así que no puede matar al uno, y dexar al otro: pero si hijos derechos hobieren ambos, ó el uno dellos, hereden sus bienes: y si por ventura la mujer no fue en culpa, y fuere forzada, no haya pena (Ley 1, tit.20, lib.8, R.).<sup>20</sup>

La disolución del matrimonio o divorcio fue visto, de cierta forma, como medida preventiva del homicidio de mujeres a manos de sus maridos, ya que de acuerdo a la Introducción al Título XII de la Partida 4<sup>a</sup>, relacionado a las “Segundas Nupcias” era preferible la separación de los cónyuges a la práctica por parte de los hombres de matar a sus esposas para estar en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio:

Acordaronse los Santos Padres, e tuuieron que era bien, de desuiar el peligro mayor por el menor: assi como fizo Moysen en la vieja Ley, que consintio (como quier quel peso) que fuesse dada á la muger carta de quitación, quando la quisiesen departir de su marido, a que llaman en latin, libellum repudii: e esto fizo, por desuiar al omicidio. Ca tuuo, que menor peligro era departirse de su marido, que de matarla. E semejante desto el Apostol Sant Pablo estableció en la nueva Ley, que los omes pueden casar mas de una vez. E esto fizo por desuiar pecado de fornicio: porque tenia, que menor mal era casar, que fazer tan grand pecado.<sup>21</sup>

---

en: [http://www.elpais.com/articulo/cultura/MARTIN\\_GAITE/CARMEN/raices/feminismo/espanol/Carmen/Martin/Gaite/elpepicul/19810401elpepicul\\_14/Tes?print=1](http://www.elpais.com/articulo/cultura/MARTIN_GAITE/CARMEN/raices/feminismo/espanol/Carmen/Martin/Gaite/elpepicul/19810401elpepicul_14/Tes?print=1), ULR, consultada el 18 de enero de 2018.

<sup>18</sup> Cit. en Rodríguez, J., *op. cit.*, 1839, tomo III, 476.

<sup>19</sup> En la misma Novísima Recopilación de Castilla, pero en el Ordenamiento de Alcalá, si bien se establece que los adúlteros estarán bajo el poder del esposo ofendido, no puede matarlos, en todo caso hacerlos sus siervos; y en la Ley de Toro de la misma Recopilación se establece que si el esposo mata a los adúlteros, aun encontrándolos en flagrancia, no recibirá los bienes de ellos; salvo que los matase o condenase una autoridad (Rodríguez, J., 1839, *op. cit.*, tomo III, p. 478).

<sup>20</sup> Cit. en Rodríguez, J., *op. cit.*, tomo III, p. 477.

<sup>21</sup> Cit. en Rodríguez, J., *op. cit.*, 1839, tomo I, pp. 483-484.

¿Cuántas mujeres debieron haber muerto a manos de sus esposos, para que los juriconsultos redactores de las Siete Partidas hayan dejado de manera explícita en el texto los motivos por los cuales se consideró importante autorizar la disolución del matrimonio y las segundas nupcias? Asimismo, aunque la separación sólo se daba a instancia del cónyuge varón bajo la figura del repudio a su mujer,<sup>22</sup> tanto él, como ella, podían contraer segundas nupcias, de acuerdo a la Ley I del Título XII de la 4ª Partida.<sup>23</sup>

El control del cuerpo de las mujeres a través de las leyes ha sido una práctica común. Las Siete Partidas no son una excepción. En este mismo Título, específicamente en la Ley III, se establecían las condiciones para que una mujer viuda pudiera contraer nuevas nupcias. En principio, debía transcurrir al menos un año desde el deceso del esposo. En caso de que no respetase dicho plazo, el descrédito y la mala fama no eran las únicas sanciones sociales que recibía, podría inclusive tener consecuencias de carácter económico, ya que perdería la donación que le hizo el marido al momento de contraer el matrimonio (arras) y la herencia dejada por él, para ella. En caso de tener hijos, estos bienes pasarían a su propiedad; si no tenían hijos, los bienes serían de los parientes del finado. Todo esto, a menos de que el Rey de Castilla otorgara su autorización, con lo cual el Monarca se erigía como una especie de *pater familias*, y a la mujer se le dejaba en un plano de inferioridad, en la que no le era permitido, ni siquiera, tomar decisiones sobre su propio cuerpo y menos sobre su vida. Esa misma pena recibía la mujer que antes del año “fiziesse maldad de su cuerpo”. Por supuesto la legislación era omisa en este sentido respecto a los varones.

Las leyes de aquella época dirigían muy claramente el “deber ser” de las mujeres en la sociedad de la Nueva España. La construcción de la debilidad de las mujeres se reforzaba en el artículo 18 del Bando número 7 de 1802, relativa al alquiler de coches:

Art. 18.- Si ocurrieren á un tiempo dos personas de distinto sexo á fletar coche, y no hubiere mas que uno solo, será preferida la mujer por su debilidad y recomendación de su sexo; y si fueren del mismo, preferirá la que primero hablare al cochero; y si por rara casualidad ambas hablaren á un tiempo, preferirá la que primero tomare la llave de la portezuela.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Igual que se establece en el Deuteronomio 24, p. 1: “Si un hombre se casa con una mujer y después resulta que no le agrada por algún defecto notable que descubre en ella, hará una escritura de divorcio, se la dará a la mujer, y la despedirá de su casa”.

<sup>23</sup> *Cit. en Rodríguez J., op. cit., 1839, p. 484.*

<sup>24</sup> Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas desde la independencia de la República*, vol. I, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublán y Lozano hijos, núm. 49.

De igual modo, “la naturaleza”<sup>25</sup> de las mujeres les exigía legalmente a ser pudorosas,<sup>26</sup> como lo ordenaba el Bando del 8 de julio de 1796, mediante el cual se imponía penas a las personas que se encontraran en estado de ebriedad, uno de los pocos ordenamientos en los que tanto hombres como mujeres eran merecedores una pena, pero distintas:

A las mugeres que, olvidadas del natural pudor de su sexo, se encontraren ébrias en los términos expresados [que se halle tirada en el suelo sin poder ir por sí sola á su casa, y a la que aun pudiendo hacerlo esté formando escándalo por efecto de su embriaguez, bien sea con provocaciones de obra, palabra ó ademanos, ó con proposiciones mal sonantes], se impondrán en cada vez hasta la tercera tantos días de cárcel cuando deben sufrir los hombres en obras públicas: esto es, ocho por la primera, quince por la segunda y treinta por la tercera, sirviendo además en la misma cárcel los destinos á que las aplique el alcaide; y á la cuarta se les formará sumaria legal de vida y costumbres para su castigo.<sup>27</sup>

Este Bando de 1796, expone claramente cómo las autoridades sancionaban no sólo la conducta desviada o antisocial de las mujeres, sino sobre todo la transgresión a su “naturaleza” o su “deber ser” de mujer. Así, mientras a los hombres se les “corregía” a través del trabajo en obras públicas,<sup>28</sup> a las mujeres se les encarcelaba, quizá como un modo de hacerles recordar que el espacio que les correspondía en razón de su sexo, no era el público.

Un siglo antes, la discriminación en las remuneraciones que recibían las mujeres que laboraban en las Haciendas era legal, de acuerdo a la “Real Cédula en que S.M. manda se guarde la Ordenanza que hizo el Duque de Alburquerque siendo Virrei cerca de que no se compela á los indios con pretexto de ser gañanes a servir involuntarios en las Haziendas”:

[...] y que los indios gañanes que de su voluntad sirviessen en las Haziendas se les pague cada mes por su trabajo seis pesos ademas de sus raciones de comida, y que á las mugeres de los otros Indios que tambien sirven se les den tres pesos y á los hijos que assí mismo sirven dos pesos cada mes ademas de su comida ordinaria por el sumo intolerable trabajo que tienen [...].<sup>29</sup>

<sup>25</sup> La filósofa feminista Celia Amorós, advierte que el uso ideológico del concepto “naturaleza”, se ha utilizado de manera tradicional para conceptualizar aquello que, dentro de la cultura se quiere oprimir, dominar, domesticar (Amorós, Celia, *Feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia*, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 1995).

<sup>26</sup> De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, pudor es: “Honestidad, modestia, recato” (<http://dle.rae.es/?id=UZQdTM8>, URL, consultado el 20 de enero de 2018).

<sup>27</sup> Dublán, M. y Lozano, J., *op. cit.*, 1876, vol. I, núm. 26.

<sup>28</sup> “A todo hombre... se le corregirá por primera vez con ocho días de obras públicas; quince por la segunda; treinta por la tercera; y si, contra lo que debo esperar, incurriere alguno en la cuarta, tratándosele entonces como ebrio consuetudinario e incorregible...” (Dublán, M. y Lozano, J., *op. cit.*, 1796, vol. I, núm. 26).

<sup>29</sup> Dublán, M. y Lozano, J., *op. cit.*, 1876, vol. I, núm. 2.

En el orden social impuesto, también hay hombres que han sido sometidos y oprimidos por otros; pero aún estos, tendrán mayores ventajas que las mujeres, como se evidencia con el hecho de que ellas recibían la mitad de lo que los hombres obtenían, en las mismas condiciones de trabajo, a pesar de que el Rey reconocía que dicho salario era ínfimo para el “intolerable” trabajo que tenían que hacer.

También es importante subrayar lo relativo a la educación que, desde la infancia, las mujeres recibían y la forma en que las leyes hacían énfasis de lo que era o no propio por naturaleza para las mujeres. Así, en julio de 1806, se emitió el “Prospecto de la nueva forma de gobierno político y económico del Hospicio de pobres

***También es importante subrayar lo relativo a la educación que, desde la infancia, las mujeres recibían y la forma en que las leyes hacían énfasis de lo que era o no propio por naturaleza para las mujeres.***

de México”, el cual se dividió en cuatro departamentos: el primero correspondía a la Escuela patriótica para educación de niños y niñas huérfanos; el segundo era el Hospicio de pobres, orientado a apoyar a los ancianos, enfermos y personas de clases menesterosas; el tercero el de Corrección de costumbres de jóvenes huérfanos de ambos sexos, y por último el de Partos reservados y secretos, exclusivo para mujeres españolas que a efecto de salvaguardar su “buen honor”, les era indispensable ocultar su embarazo y parto.

En lo relacionado con la Escuela patriótica el ordenamiento indicaba: “Las niñas recibirán igual instrucción cristiana. Se les enseñará á leer, coser y bordar, y todo lo demás que exige el sexo; y también se les proporcionará se instruyan en algún oficio honesto con que puedan ayudarse”.<sup>30</sup>

Se observa claramente cómo este tipo de ordenanzas reforzaban el tradicional estereotipo femenino a través de la educación.<sup>31</sup>

En el Hospicio de pobres, eran las mujeres sujetas a corrección quienes debían lavar la ropa de todos los individuos del departamento —es decir, ¡las mujeres prestaban servicio doméstico a los varones sujetos a corrección!—<sup>32</sup> y una vez que concluyeran con ese trabajo debían dedicarse a hilar y coser sin “dejarlas un instante ociosas”.<sup>33</sup>

Resulta elocuente la justificación que se hace respecto a la existencia del departamento de Partos reservados y secretos. El peso moral que recaía sobre las mujeres

<sup>30</sup> *Ibidem.*, núm. 60.

<sup>31</sup> Llama la atención que, a pesar del tiempo transcurrido desde la emisión de este tipo de ordenamientos, hasta recientemente algunas escuelas de educación secundaria ofrecían a las niñas este tipo de enseñanza, negándoles sin justificación ni fundamento alguno, la oportunidad de ingresar a otro tipo de talleres como dibujo técnico, electricidad o estructuras metálicas, por ser considerados actividades masculinas.

<sup>32</sup> John Lennon escribió una canción intitulada “Woman is the nigger of the world” (1972), en la que afirmaba que la mujer es la esclava de los esclavos.

<sup>33</sup> Dublán, M. y Lozano, J., *op. cit.*, 1876, vol. I, núm. 60.

que, al ejercer libremente su sexualidad transgredían toda una serie de valores, era enorme, como se devela a continuación:

El miedo, la vergüenza o la desesperación que se apodera del corazón de las mujeres frágiles y livianas, después de haber manchado con sus excesos su propia reputación, el honor de sus matrimonios, ó el de sus familias, las precisa á abrazar los partidos mas crueles contra sí misma y los inocentes frutos de sus vientres [...]. Para asegurar á estas mismas madres abandonadas sus vidas, las de sus tiernos hijos, el honor de los matrimonios, el decoro, la paz, y la tranquilidad de las familias[...].<sup>34</sup>

Esta institución permitía a las mujeres españolas liberarse de culpas de orden religioso, ya que eran recibidas por un sacerdote, quien las escuchaba en confesión. Su ingreso a este espacio representaba que, a su salida, pudieran continuar con normalidad y sin tacha sus vidas, bajo la complicidad de todo el personal del departamento, quienes guardaban celosamente toda la información que ellas proporcionaran.

En ese mismo orden de ideas, las leyes de aquel entonces —y hasta hace poco tiempo— protegían a las mujeres o, mejor dicho, el cuerpo de algunas mujeres: de aquellas que fueran viudas de “buena fama”, vírgenes, casadas o religiosas, o sea sólo las “buenas mujeres”. La violación o el rapto de esta categoría de mujeres era fuertemente sancionado, no porque esta acción se considerara que las ofendiera o lesionara a ellas, sino al honor de sus esposos o parientes, ubicándolas en una posición de cosa o bien que pertenece a otro:

Partida 7<sup>a</sup>, Tit. XX

Ley I.

Que fuera es esta que fazen los omes a las mugeres, e quantas maneras son Della.

Forzar, o robar muger virgen, o casada, o Religiosa, o biuda que biuia honestamente en su casa, es yerro, e maldad muy grande, por dos razones. La primera, porque la fuerza es fecho sobre personas que biuen honestamente, e a seruicio de Dios, e a buena estanza del mundo. La segunda es, que fazen muy gran deshonor a los parientes de la mujer forzada, e muy gran atrevimiento contra el Señor, forzandola en desprecio del Señor de la tierra do es fecho [...].<sup>35</sup>

El agravio era tan grave, que el castigo era la muerte para el violador o raptor, a menos de que la ofendida aceptase casarse con él, en caso de estar en esa posibilidad.<sup>36</sup> Evidentemente el bien jurídico tutelado a través de estas normas, no era ni

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> Rodríguez, J., *op. cit.*, 1839; tomo III, p. 487.

<sup>36</sup> De acuerdo a una investigación realizada por Gladys Acosta, al menos hasta el 1999 los Códigos Penales de Perú, Honduras, Guatemala, Argentina, Colombia, Panamá, Venezuela y Ecuador dejan impunes a los

la libertad sexual, ni la integridad psico-física de las mujeres, sino el honor de los hombres de su familia, sobre quienes recaía el mandato de protegerlas. El hecho de no haberlo hecho de manera cabal, los ponía en una posición de franca deshonra.

Para concluir esta breve exploración sobre la visión, protección y control de las mujeres de la Colonia a través de la legislación, vale citar la figura del amancebamiento,<sup>37</sup> específicamente en el caso de los clérigos y frailes. A pesar de ser una conducta en la que, al menos en apariencia,<sup>38</sup> ambas personas participaban de manera voluntaria, y que, en todo caso, quien infringía las leyes que su condición le imponía eran los religiosos,<sup>39</sup> las mujeres eran quienes recibían penas infamantes, que en determinados casos las exponían públicamente al escrutinio de la sociedad.

Nov. Rec. Lib. XII, Tit. XXVI

DE LOS AMANCEBADOS Y MUGERES PÚBLICAS

Ley III.

Pena de las mancebas de clérigos, frayles y casados; y modo de librar los pleytos de ellas en la Corte.

[...] que cualquiera muger que fuese fallada ser pública manceba de clérigo, ó frayle ó casado, que por la primera vez sea condenada a pena de un marco de plata, y destierro de un año de la ciudad, villa ó lugar donde acaesciere vivir y de su tierra; y por la segunda vez sea la pena de un marco de plata y destierro de dos años, y por la tercera vez á pena de un marco de plata y que la den cien azotes públicamente, y la destierren por un año; y cualquiera la pueda acusar y denunciar; y la pena del marco sea la tercera parte para el acusador, y las otras dos partes para nuestra Cámara [...].<sup>40</sup>

Aunque las autoridades de aquella época estaban conscientes de las maquinaciones que algunos religiosos ponían en marcha para continuar este tipo de relaciones,

---

responsables de delitos como la violación, estupro y rapto, si el autor se casa con la víctima (1999 p. 657). De acuerdo a información de la Comisión Nacional de Derechos Humanos proporcionada en 1997, en 25 Códigos Penales de nuestro país se eximía de la responsabilidad al sujeto activo de estupro si contraía nupcias con la víctima, sin importar las más de las veces la voluntad de ella.

<sup>37</sup> De acuerdo a la Real Academia Española, amancebarse significa “establecer una relación marital sin mediar vínculo de matrimonio”, (<http://dle.rae.es/?id=2D8nlH1>, URL, Consultado el 20 de enero de 2018).

<sup>38</sup> No hay que dejar de tomar en cuenta que los clérigos eran —son— personas que ejercían poder sobre los demás, por lo que habría que cuestionar si todas las mujeres que estaban en esa condición, accedían, o no, voluntariamente a dicho amancebamiento.

<sup>39</sup> De la lectura de la Real Cédula del 21 de diciembre de 1787 se interpreta que los religiosos eran juzgados y castigados por el fuero eclesiástico a través de penitencias, amonestaciones y penas espirituales; pero si la conducta del clérigo fuese tan grave, la justicia seglar tomaría conocimiento de los hechos, pudiendo multar al responsable (Rodríguez, J., 1839, tomo III pp. 494-495).

<sup>40</sup> *Cit.* en Rodríguez, J., 1839; tomo III, 492.

como el casar a sus amancebadas con sus criados, seguían aplicando graves penas a las mujeres.<sup>41</sup>

## II. Conclusiones

Sin ser exhaustiva la revisión de las leyes de la época, existen suficientes evidencias para afirmar que los ordenamientos legales que se aplicaban en el México de la Colonia trataban a las mujeres de manera distinta y discriminatoria con relación al trato legal que se le daba a los hombres, en donde el honor de estos y sus familias se basaba fundamentalmente en la conducta de “sus” mujeres, a quienes había que controlar y, en su caso, castigar ejemplarmente. No se abandona en el imaginario social ni en la legislación el estereotipo de la mujer creada por los textos bíblicos y reforzada en la Santa Inquisición.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Acosta, Gladys. “La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano”. En: Facio, A., y Frías, L. (editoras), *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Lon, 1999.
- Amorós, Celia. *Feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia*. México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 1995.
- Azaola, Elena. *El delito de ser mujer*. México, Plaza y Valdés Editores, 1996.
- Cutrufelli, M. R. *La Ciudadana. Olympe de Gouges, la mujer que vivió por un sueño*. España, Umbriel Editores, 2007.
- Dublán, Manuel y Lozano, José María. *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas desde la Independencia de la República*. 9 volúmenes, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublán y Lozano hijos, 1876.
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. 1a edición, 1884, México, Editores Mexicanos Unidos, S.A., 1981.
- Larrauri, Elena. “Control social, derecho penal y género”. En: Birgin, H. (compiladora). *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires, Biblos, 2000.
- Matthews, Sara. *El cuerpo, apariencia y sexualidad*. En: *Historia de las Mujeres. Del Renacimiento a la Edad Media*, vol. 3, Madrid, Taurus, 2000.
- Miralles, Teresa. “La mujer: el control informal”. En: Bergalli, R. y Bustos, J. (directores), *El pensamiento criminológico II*. Barcelona, Ediciones Península, 1983.

---

<sup>41</sup> Ley V de la Nov. Rec. Libro XII, Tit. XXVI, Cit. en: Rodríguez, J., 1839, pp. 492-493.

## *Sección Artículos de Investigación*

Santillán, Iris. *Violación y Culpa*. México, Ubijus, 2013.

Rodríguez de San Miguel, Juan N. *Pandectas Hispano-Mexicanas I, II y III*. 4a edición (1991), México, UNAM, 1839.

## *Electrónicas*

González, Carolina. “Olympe de Gouges”. En: *Escritoras y Pensadoras Europeas*, I+D del Ministerio de Educación y Ciencia, España. En: URL <http://www.escritorasypensadoras.com/fichatecnica.php/196>. Consultado el 23 de agosto de 2017.

Gouges, Olympe (1791). “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana”. <http://www.mujeresnet.info/2006/09/declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer.html>. Consultada el 2 de febrero de 2018.

Martín, Carmen (1981). “Las raíces del feminismo español según Carmen Martín Gaité”. *Periódico El País*. En: [http://www.elpais.com/articulo/cultura/MARTIN\\_GAITE/\\_CARMEN/raices/feminismo/espanol/Carmen/Martin/Gaite/elpepicul/19810401elpepicul\\_14/Tes?print=1](http://www.elpais.com/articulo/cultura/MARTIN_GAITE/_CARMEN/raices/feminismo/espanol/Carmen/Martin/Gaite/elpepicul/19810401elpepicul_14/Tes?print=1), URL. Consultada el 18 de enero de 2018.

Real Academia Española. voz “amancebamiento”. En: <http://www.rae.es/rae.html>, URL. Consultada el 20 de enero de 2018.

Real Academia de Española. voz “pudor”. En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=pudor](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pudor), URL. Consultada el 20 de enero, 2018.

Jazmín  
Sánchez Estrada\*

## ¿Islamofobia o antimusulmanismo?

*El amor, el deber, la conciencia, el patriotismo, han servido de  
disfraz para ocultar los impulsos destructivos hacia los otros  
y hacia uno mismo*  
Erich Fromm

*Hoy los medios de comunicación nos alejan la verdad en vez de  
acercárnosla, vivimos un estado de inseguridad comunicacional*  
Ignacio Ramonet

### Resumen

**E**l presente artículo tiene como objetivo plantear la redimensión del concepto *islamofobia*, ello frente a su más reciente interpretación, una fobia irracional e incontrolable de la cual no es directamente responsable el sujeto que la “padece” diluyendo su responsabilidad, para pasar a conceptualarla y asumirla como una forma de rechazo a la ideología musulmana, evidenciando que se está frente a un peligroso movimiento antimusulmanista, que pone en riesgo los derechos de miles de personas en el mundo.

### Abstract

*The objective of this article is to outline the redefinition of the Islamophobia concept, in contrast to its most recent interpretation, an irrational and uncontrollable phobia, which is not directly responsible for the person who “suffers” by diluting its responsibility, to conceptualize and assume it as a form of rejection of the Muslim ideology, evidencing that it is facing a dangerous anti-Muslim movement, which puts at risk the rights of thousands of people in the world.*

**Sumario:** Introducción. La Construcción mediática del temor al otro / I. Diversos enfoques teóricos de la *Islamofobia* / II. *Islamofobia*: ¿por qué debe redimensionarse su definición? / III. Consideraciones finales / Fuentes de consulta

---

\* Maestra en Gobierno y Asuntos Públicos por FLACSO, CDMX, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.

# Introducción

## La construcción mediática del temor al otro

El 11 de septiembre de 2001 (11S) el mundo fue testigo del inicio de la llamada “guerra contra el terrorismo”,<sup>1</sup> cuatro atentados terroristas perpetrados por integrantes de la red yihadista *Al Qaeda* utilizando aviones comerciales<sup>2</sup> cimbraron los “pilares fundamentales de la superpotencia”<sup>3</sup> —bajo un velo mediático que resultaría muy efectivo—: el poder político, ataque a las Torres Gemelas del *World Trade Center* en Nueva York; el poder militar, ataque al Pentágono en Virginia y al poder político, cuyo destino fallido, era el Congreso de los Estados Unidos de América (EUA).

Eran las 8:46 horas cuando el vuelo 11 de *American Airlines* se estrelló contra la torre norte del *World Trade Center*, apenas veinticuatro minutos después, a las 9:03 horas el vuelo 175 de la *United Airlines* se estrellaba contra la torre sur,<sup>4</sup> la escena ya era inimaginable, si el país cuya seguridad se pensaba invulnerable, era blanco de tales ataques, que podía depararle al resto del mundo; todo ello con la dosis mediática de la transmisión en vivo —durante los primeros quince minutos del atentado, seis de las principales cadenas de televisión, cubrieron de manera simultánea los ataques: NBC, CBS, BBC, CNN, FOX y ABC—<sup>5</sup> y en cadena nacional, pero ello sólo fue el comienzo de lo que sería una amplia cobertura de los medios, radio, prensa escrita, internet pero sobre todo televisión de la cruzada contra el “Eje del mal”<sup>6</sup> bajo una lógica donde se priorizaba la seguridad nacional e internacional frente al Estado de derecho.

---

<sup>1</sup> Fue el 20 de septiembre de 2001, cuando el presidente George W. Bush se refirió por primera vez a la Guerra Global contra el terrorismo (*Global War On Terror, GWOT*), en una sesión conjunta de la Cámara de Representantes y el Senado, “La actual guerra contra el terror es igual que la guerra fría. Es una pugna ideológica con un enemigo que desprecia la libertad y persigue fines totalitarios [...]. Como en la guerra fría, América está de nuevo respondiendo a la llamada de la Historia con confianza, y como en la guerra fría, la libertad prevalecerá”. Pérez Pacificador, Cristóbal Julián Paulo, *et al.*, “La Guerra Global contra el terrorismo”, *Boletín de Información*. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, España, núm. 324, junio, 2012, p. 8. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4198930.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>2</sup> Vuelo 11 de *American Airlines*, vuelo 175 de *United Airlines*, vuelo 77 de *American Airlines* y el vuelo 93 de *United Airlines*.

<sup>3</sup> Pérez Pacificador, Cristóbal Julián Paulo, *op. cit.*, nota 1, p. 7.

<sup>4</sup> “Así se produjo el ataque a las Torres Gemelas y el Pentágono”, *El País*, 12/09/2001. [https://elpais.com/internacional/2001/09/12/actualidad/1000245608\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2001/09/12/actualidad/1000245608_850215.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>5</sup> “La obertura de TV en simultáneo del atentado de las Torres Gemelas”, *El Clarín*, 11/09/2014. [https://www.clarin.com/mundo/11-s-atentado\\_a\\_las\\_torres\\_gemelas-yuotube\\_0\\_B1qfh3tqvXl.html](https://www.clarin.com/mundo/11-s-atentado_a_las_torres_gemelas-yuotube_0_B1qfh3tqvXl.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>6</sup> Discurso del presidente Bush del 29 de enero de 2002, donde coloca a Saddam Hussein a lado de Corea del Norte e Irán en lo que denominó “Axis of Evil”.

Rakkah, Azzedine, “El mundo árabe después del 11 de septiembre”, *Revista OASIS*, Colombia, núm. 10, p. 55. <http://www.redalyc.org/pdf/531/53101004.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

Como respuesta a tales ataques, el presidente George W. Bush decidió emprender una “Guerra preventiva”,<sup>7</sup> el 26 de septiembre de 2001, Paul Wolfowitz, en el marco de una reunión con sus homólogos en la OTAN, aseguraba que la respuesta de los Estados Unidos a los ataques perpetrados sería “multidimensional, multifacética y de larga duración”.<sup>8</sup> Ello fue respaldado por el presidente Bush el 29 de enero de 2002, en su discurso en la academia militar de *West Point*, es decir, se justificaba el ataque bajo la sola sospecha de una posible agresión.

Durante siglos el Derecho Internacional ha reconocido que no es necesario que los países sufran un ataque antes de que puedan tomar legalmente medidas para defenderse de las fuerzas que presentan peligro inminente (*imminent danger*) de ataque. Expertos jurídicos y juristas internacionales a menudo condicionan la legitimidad de la prevención (*legitimacy of preemption*) a la existencia de una amenaza inminente (*imminent threat*), especialmente una movilización visible de ejércitos, armadas y fuerzas aéreas que se preparan para atacar.

Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy. Los Estados al margen de la Ley (*rouge states*) y los terroristas no buscan atacarnos usando medios convencionales.

Saben que esos ataques fracasarían. En cambio, dependen de actividades terroristas y, potencialmente, del uso de armas de destrucción en masa, armas que pueden ocultarse fácilmente, transportarse en secreto y utilizarse sin previo aviso.

[...]

Durante largo tiempo Estados Unidos ha mantenido la opción de la acción preventiva (*preemptive action*) para contrarrestar una amenaza sufi-

---

<sup>7</sup> Posicionamiento del presidente Bush a un año de los atentados del 11S, en el documento conocido como “La Estrategia de Seguridad Nacional”, en el que justificaba “una acción militar que Estados Unidos emprende contra otro país para prevenir o mitigar un presunto ataque militar o empleo de fuerza por ese país contra Estados Unidos”, él consideraba que existían “Estados rebeldes que: 1. Brutalizan a su propio pueblo y despilfarran sus recursos naturales para obtener ganancias personales. 2. No muestran ninguna consideración al derecho internacional, amenazan a sus vecinos e insensiblemente violan los tratados internacionales de los cuales son partes. 3. Están determinados a adquirir armas de destrucción masiva, según la tecnología militar más avanzada, para usarla como amenaza o de forma ofensiva para lograr sus agresivos designios. 4. Patrocinan el terrorismo alrededor del mundo. 5. Rechazan los valores humanos básicos, y odian a Estados Unidos y todo por lo cual luchan; por ello los EUA debía prepararse para detener a dichos Estados y sus clientes terroristas, antes de que pudieran utilizar dichas armas de destrucción masiva contra el propio EUA o sus aliados u amigos. Ello en violación a todo principio de Derecho internacional. Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Aspectos Jurídico Políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 26-27.

<sup>8</sup> Manuel González Pérez, en: Caro Garzón, Octavio Augusto, “La doctrina Bush de la guerra preventiva: ¿Evolución del “*ius ad bellum*” o vuelta al Medievo?”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia, vol. 36, núm. 105, julio-diciembre, p. 419. <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151413539008.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

ciente a nuestra seguridad nacional. Cuanto mayor sea la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción y más imperiosa la razón para tomar medidas preventivas (*anticipatory action*) para defendernos, aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo. Para impedir o evitar tales actos hostiles de nuestros adversarios, Estados Unidos actuará preventivamente, si es necesario.<sup>9</sup>

Hoy sabemos que no hubo justificación alguna para la intervención militar, ni menos aún, para el uso unilateral de la fuerza, por ello tanto EUA como Gran Bretaña —Fuerzas de Coalición—<sup>10</sup> optaron por invadir Iraq, pues se enfrentaron a la negativa de Alemania, Francia y Rusia en el seno del Consejo de Seguridad.<sup>11</sup>

Ahora bien, ese sólo fue un punto de inflexión que trajo consigo una larga lista de atentados, los más recientes perpetrados por el llamado Estado Islámico (EI),<sup>12</sup> que

<sup>9</sup> *Idem*. Las negrillas son de la autora.

<sup>10</sup> Países de los que EUA recibió apoyo para invadir Irak (Reino Unido, España, Portugal, Polonia, Dinamarca, Australia, Hungría y Ucrania, además de República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, los Estados bálticos de Estonia, Letonia y Lituania, Colombia, las islas mediterráneas de Malta y Chipre, Israel y Kuwait). En contraposición a ello, Francia, Alemania, China y Rusia, manifestaron su oposición a dicha medida proponiendo una salida negociada a la crisis.

<sup>11</sup> Annan: “La Guerra en Irak fue ilegal”, BBC, 16/09/2004 [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_3661000/3661148.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3661000/3661148.stm). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>12</sup> “ISIL, also known as ISIS, Islamic State or Daesh, is a terrorist group based in Syria and Iraq. It emerged from al-Qa’ida in Iraq, moving into Syria during the Syrian civil war. In February 2014 al-Qa’ida formally broke ties with ISIL, with the leader of al-Qa’ida stating ISIL disobeyed directions from al-Qa’ida to kill fewer civilians. Like other fundamentalist jihadi groups, ISIL seeks to create an area of Islamic rule. The group controls a significant amount of territory in both Iraq and Syria. ISIL aspires to control the Levant region which includes Israel, Iraq, Jordan, Lebanon and Syria. It is opposed to the Alawite Assad regime and the Shia Iraqi Government of Haider al-Abadi. ISIL has also claimed to be fighting a holy war against Shia Muslims, Christians and Yezidis, an ethno-religious group in Iraq and Syria. The entire organisation is led by Abu Bakr al-Baghdadi who is known as the Caliph or political successor. ISIL has a strong military presence in the region with many former members of the Iraqi army under the Saddam Hussein regime joining it.”

“ISIL, también conocido como ISIS, Estado Islámico o DAESH, es un grupo terrorista con base en Siria e Irak. Surgió de Al Qaeda en Irak y se mudó a Siria durante la guerra civil siria. En febrero de 2014, Al Qaeda rompió formalmente sus vínculos con el EIIL, y el líder de Al Qaeda declaró que el EIIL había desobedecido las instrucciones de Al Qaeda para matar a menos civiles. Al igual que otros grupos yihadistas fundamentalistas, ISIL busca crear un área de dominio islámico. El grupo controla una cantidad significativa de territorio en Irak y Siria. ISIL aspira a controlar la región de Levante, que incluye a Israel, Iraq, Jordania, Líbano y Siria. Se opone al régimen alauita de Assad y al gobierno chiita iraquí de Haider al-Abadi. El EIIL también afirmó estar librando una guerra santa contra musulmanes chiitas, cristianos y yezidis, un grupo étnico religioso en Irak y Siria. Toda la organización está dirigida por Abu Bakr al-Baghdadi, conocido como el califa o sucesor político. ISIL tiene una fuerte presencia militar en la región con muchos ex miembros del ejército iraquí bajo el régimen de Saddam Hussein que se unen a ella”. Instituto de Economía y Paz, Global Terrorism INDEX 2016. Midiendo y Comprender el Impacto del Terrorismo, <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2017/02/Global-Terrorism-Index-2016.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

“El DAESH (iniciales en árabe del Estado Islámico de Irak y el Levante) es un nuevo ensayo de Estado yihadista que tiene como principio rector perdurar y expandirse. La autoproclamación del califato en julio de 2014, la destrucción de las marcas fronterizas entre Siria e Irak, y el reconocimiento de provincias en Libia y el Sinaí ponen a contraluz esa voluntad expansiva. Para los europeos y norteamericanos supo-

durante el presente año ya suman 10,328 víctimas y 939 atentados, cometidos estos en 52 países, con un total de 3,205 personas que perdieron la vida. Paradójicamente, los países con mayoría musulmana son los más asediados por el terrorismo yihadista; Irak con 309, Afganistán 115 y Nigeria con 67 atentados, respectivamente; en contraste con los perpetrados en Europa: Reino Unido 3, Francia 2, y Bélgica 1; en resumen, según el Observatorio Internacional de Estudios sobre Terrorismo (OIET),<sup>13</sup> el 95% de las víctimas del EI son nacionales de países con mayoría musulmana.<sup>14</sup>

La constante en este contexto, la construcción de un enemigo común al mundo “occidental” y sus libertades, en tanto que dicha amenaza se representa como ente único e indivisible, el “Oriente Medio”<sup>15</sup> y sus conflictos, con la construcción mediática del terrorismo y su vinculación con el fundamentalismo islámico. Si bien esta imagen se exacerbó desde los atentados del 11S, es innegable que dicha construcción discursiva era ya de por sí una creencia arraigada en las sociedades occidentales, que por vía de los estereotipos “ve a los musulmanes como un bloque monolítico y estático... [A ello obedece que] Las leyes antiterroristas se [basen] han basado en normas preventivas en que el origen nacional y confesional rige criterios de control y seguridad, lo que genera la estigmatización social de las comunidades musulmanes en los países occidentales”,<sup>16</sup> pero entonces ¿cómo erradicar una situación que socialmente

***La constante en este contexto, la construcción de un enemigo común al mundo “occidental” y sus libertades, en tanto que dicha amenaza se representa como ente único e indivisible, el “Oriente Medio” y sus conflictos, con la construcción mediática del terrorismo y su vinculación con el fundamentalismo islámico.***

---

ne un peligro terrorista serio, pero para los regímenes de Oriente Medio el califato pretende convertirse en una amenaza existencial”. Jordán Enamorado, Javier, “El DAESH”, *Cuadernos de Estrategia* 173, España, p. 111. <http://www.ugr.es/~jjordan/Daesh-Estado-Islamico.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>13</sup> Observatorio Internacional de Estudios sobre Terrorismo, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Wi9aZYbPuZIJ:observatorioterrorismo.com/&num=1&client=firefox-b&hl=es&gl=mx&strip=1&vwsr=0>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>14</sup> “El mapa del terror yihadista: 10.328 víctimas y 939 atentados en 2017”, *El Español*, 20/08/17. [https://www.elspanol.com/reportajes/20170818/239976868\\_0.html](https://www.elspanol.com/reportajes/20170818/239976868_0.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>15</sup> Conviene tener presente las diversas críticas que respecto al “orientalismo” de la región se han esgrimido, entre las más reveladoras: “Por el contrario, lo que he pretendido decir es que “Oriente” es por sí mismo una entidad constituida y que la noción de que existen espacios geográficos con habitantes autóctonos radicalmente diferentes a los que se puede definir a partir de alguna religión, cultura o esencia racial propia de ese espacio geográfico es una idea extremadamente discutible”. W. Said, Edward, *El orientalismo en nuestros días*, 2ª edición, (trad.), De María Luisa Fuentes, España, Debolsillo, 2008, p. 423.

<sup>16</sup> Casa Árabe-Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán, “Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e Islamofobia. Percepciones sobre discriminación e Islamofobia voces

se valida? Pues no se entiende como una forma de discriminación sino como una reacción casi “natural” ante la necesidad de protegerse: la *Islamofobia*.

## I. Diversos enfoques teóricos de la *Islamofobia*

La *Islamofobia* ha sido estudiada desde diversos enfoques, todos ellos valiosos, como una forma de racismo desde la perspectiva histórico racial; como modo de racismo cultural, como orientalismo y como racismo epistemológico,<sup>17</sup> estas manifestaciones según Grosfoguel<sup>18</sup> sólo pueden tener presencia en lo que denominó “sistema-mundo occidentalizado, moderno/colonial, cristiano-céntrico, capitalista/patriarcal”. Desde la perspectiva histórico racial, se asocia la práctica de una “religión<sup>19</sup> errada” o no cristiana a la categorización —siempre inferior— de las personas que la profesan; lo que coincidirá con la ubicación de los pueblos no europeos (árabes-musulmanes-judíos).

Este proceso muestra una transformación crucial que va desde la inferiorización de las religiones no cristianas (como el islam, el judaísmo, etcétera) a la inferiorización de los seres humanos que practican esas religiones (de ese modo los musulmanes y los judíos se convirtieron en semitas, es decir, una raza inferior para los europeos, perdiendo significado como identidad estrictamente religiosa).<sup>20</sup>

Por lo que respecta, al racismo cultural, tiene sus orígenes en el racismo biológico, el cual ha mutado para evitar centrar la categorización e inferiorización de los seres humanos en la “raza”, lo cual hoy sería inaceptable, sin embargo conserva una lógica de las relaciones coloniales, ya que si se analiza quiénes son los sujetos de ésta discriminación, es evidente encontrar que recae en aquellos pueblos que alguna vez fueron colonias: egipcios, paquitanes, bengalíes, marroquíes, argelinos, tunecinos, senegalíes, turcos, etcétera, es decir, “tradicionales súbditos coloniales de

---

de Miembros de las Comunidades Musulmanas en la UE”. *Extractos de los informes del Observatorio Europeo del racismo y la Xenofobia* (EUMC), España, 2006, p. 8. [http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/MusulmanesUE\\_DiscriminacionIslamofobia.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/MusulmanesUE_DiscriminacionIslamofobia.pdf). Consultado el 29 de septiembre de 2018.

<sup>17</sup> Para mayor información consultar, Ramón Grosfoguel, “Las múltiples caras de la islamofobia”, *Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos*, México, vol. 1, núm. 1, abril-septiembre, 2014.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>19</sup> Según el *Diccionario de la Lengua Española*, religión debe entenderse como el “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Tercera Edición, Madrid, España, 2014.

<sup>20</sup> Ramón Grosfoguel, “Las múltiples caras de la islamofobia”, *Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos*, México, vol. 1, núm. 1, abril-septiembre 2014, p. 87.

los imperios occidentales”,<sup>21</sup> pueblos que según los antiguos imperios occidentales, comparten y practican una serie de costumbres “incivilizadas” y por tanto, desde su enfoque reduccionista, inferiores.

El viejo discurso racista biológico al ser políticamente derrotado es reemplazado por el nuevo discurso racista culturalista. En este tipo de racismo cultural, la palabra *raza* no se menciona. Por lo general, el racismo cultural enfoca su atención en la inferioridad de las costumbres, las creencias, el comportamiento o los valores de un determinado grupo de personas. Se encuentra cercano al racismo biológico en el sentido de que éste naturaliza/esencializa la cultura de los pueblos racializados/inferiorizados, tipificados como invariables en un espacio atemporal.<sup>22</sup>

Es así como la visión eurocéntrica del islam, intenta centrar la discusión en los usos y costumbres, para argumentar la supuesta inferioridad de quienes profesan el islam, todo ello basado en el trato que se da a la mujer, pero habrá que ser reflexivos en el sentido de que el patriarcado no es exclusivo de esta cultura, sino lamentablemente a colonizado a todo el mundo, de tal forma que el discurso que se sostiene desde occidente es claramente mediático, aún más si entendemos que en esencia el *Corán*, libro sagrado del Islam, no supone dicho trato hacia la mujer, pero como también ha sucedido con la cristiandad, la interpretación de los preceptos normativos ha estado bajo la visión del patriarcado.

Hablar como si el patriarcado fuera externo a Occidente y localizado en el islam es una distorsión orientalista de la historia que se remonta a las representaciones eurocéntricas del islam hechas en el siglo XVIII. La expansión colonial europea ha exportado por el mundo no sólo capital y militarismo, sino también patriarcados. Es importante tener en cuenta que las opiniones de los orientalistas se han caracterizado por imágenes del islam exóticas, racistas y esencialistas, como si los musulmanes fueran pueblos sin historia y el islam una cultura congelada en el tiempo.<sup>23</sup>

De entre las manifestaciones más antiguas de racismo hacia el islam, está el racismo/sexismo epistemológico, caracterizado por la exaltación del conocimiento producido en occidente por los hombres, ignorando y menospreciando el conocimiento y las instituciones resultado de éste, procedentes del mundo no occidental y las mujeres.

El occidentalismo creó el privilegio epistémico y la política de identidad hegemónica de Occidente desde la cual se juzga y produce el conocimiento acerca del otro. El pensamiento que viene de lugares no-occidentales no es

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

considerado digno de atención, salvo para mostrarlo como “incivilizado”, “primitivo”, “bárbaro” y “atrasado”. El racismo epistemológico permite a Occidente decidir unilateralmente qué es lo mejor para los musulmanes de hoy, y obstruir cualquier posibilidad de un diálogo intercultural serio. Asimismo, funciona a través de los privilegios de una política esencialista (“identitaria”) de las élites masculinas “occidentales”; es decir, la tradición de pensamiento hegemónica de la filosofía occidental y la teoría social que rara vez incluye a las mujeres “occidentales” y nunca incorpora a los/ las filósofos/as, las filosofías y científicos/as sociales “no-occidentales”.<sup>24</sup>

En una mirada general a lo que se ha construido entorno al rechazo a lo islámico, debe ponerse especial atención a discursos que afirman que “El islam no puede compararse con la “superioridad” de los valores occidentales en cuanto carece de ciencia, racionalidad e individualidad”,<sup>25</sup> ya que la evidencia histórica<sup>26</sup> respalda lo contrario y es evidente que con tales argumentos se desconoce cualquier posibilidad de diálogo entre culturas.

## II. *Islamofobia*: ¿por qué debe redimensionarse su definición?

Ahora bien, será importante entender cómo se ha esgrimido el término *Islamofobia*; a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, diversos autores coincidieron al discurrir que el concepto *Islamofobia* se construía en la idea de que “el islam es un enemigo irreductible de los europeos, de lo que derivaría una actitud hostil hacia el islam y los musulmanes”,<sup>27</sup> de tal forma que “A partir de la perspectiva adoptada por estos autores —en especial Quellien— se puede deducir que la *Islamofobia* sería una actitud hostil hacia el islam y los musulmanes basada en la imagen del islam como enemigo, como una amenaza para ‘nuestro’ bienestar e, incluso, para ‘nuestra’

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 95-97.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.103.

<sup>26</sup> “Estudios como los de Saliba (1997) y Graham (2006) han demostrado la influencia de los desarrollos científicos del mundo islámico en la ciencia y la filosofía modernas de Occidente. Sus avances en la astronomía, biología, matemáticas, física y filosofía fueron fundamentales para las ciencias modernas occidentales. De manera que la racionalidad era un precepto central de la civilización islámica. De hecho, los filósofos griegos llegan a Europa vía los filósofos musulmanes de la España islámica. Por siglos, mientras se estudiaba y profundizaba la filosofía griega en el mundo islámico, en la cristiandad la Inquisición castigaba a todo aquel que tuviera copia de un libro de Aristóteles. En la Edad Media, Europa estaba sumida en una superstición feudal oscurantista de la cristiandad, y la Escuela de Bagdad (ciudad central de la civilización islámica) era uno de los centros del mundo en la producción y la creatividad científica e intelectual. Por ejemplo, la Escuela de Astronomía de Bagdad descubre cuatro siglos antes que Europa que la Tierra no es el centro del universo”. *Idem*.

<sup>27</sup> Fernando Bravo López, “¿Qué es la islamofobia?”, *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, España, núm. 159, octubre-diciembre de 2010, pp. 192-193. [https://www.academia.edu/2098934/Qu%C3%A9\\_es\\_la\\_islamofobia](https://www.academia.edu/2098934/Qu%C3%A9_es_la_islamofobia). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

supervivencia”.<sup>28</sup> En este sentido, parece que la creencia de que la seguridad y valores del mundo occidental y cristiano están amenazados, es lo que origina la lucha; sin embargo, en tiempos recientes dichos estudios han quedado en el olvido.

Ahora bien, punto común de diversos análisis es que la *Islamofobia* se asocia con la “discriminación racial”, el “racismo” e inclusive la “xenofobia”. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (CERI)<sup>29</sup> ha dado ejemplo de ello al publicar las *Recomendaciones de Política General* no. 5 sobre la lucha contra la intolerancia y la discriminación hacia los musulmanes,<sup>30</sup> la *Recomendación de Política General* no. 7 sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial<sup>31</sup> y la *Recomendación de Política General* no. 8 sobre la lucha contra el racismo en la lucha contra el terrorismo.<sup>32</sup>



Ahora bien, punto común de diversos análisis es que la *Islamofobia* se asocia con la “discriminación racial”, el “racismo” e inclusive la “xenofobia”.

<http://kuow.org/post/east-aleppo-falls-desperate-accounts-carnage-and-civilian-deaths>

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) es un organismo del Consejo de Europa integrado por miembros independientes. La ECRI, nace como organismo del Consejo de Europa, para la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). <http://www.observatorioproxi.org/index.php/informate/articulos-semanales/item/201-el-papel-del-consejo-de-europa-en-la-lucha-contra-el-racismo-y-la-intolerancia>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>30</sup> Prejuicios de los que son objeto las comunidades musulmanas, “pueden manifestarse de diferentes formas, concretamente mediante actitudes negativas generales, pero también, en diversos grados, mediante discriminaciones y mediante la violencia y el acoso”. <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>31</sup> Define al racismo como “la creencia de que un motivo; como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico justifica el desprecio hacia una persona o un grupo de personas o la idea de superioridad de una persona o de un grupo de personas”. <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

<sup>32</sup> “Como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, emprendida tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, algunos grupos de personas, en particular los árabes, los judíos, los musulmanes, algunos solicitantes de asilo, refugiados e inmigrantes, algunas minorías visibles y las personas percibidas como pertenecientes a dichos grupos han pasado a ser especialmente vulnerables al racismo y/o a la discriminación racial en un gran número de ámbitos de la vida pública, incluidos la educación, el empleo, la vivienda, el acceso a los bienes y servicios, el acceso a los lugares públicos y la libertad de movimientos” <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

En 1997, la ONG *Runnymede Trust*, publicó el documento intitulado “*A Change For Us All*” (*Islamofobia*, un desafío para todos nosotros), en él, se atribuyen ocho características,<sup>33</sup> que al igual que la publicación del Consejo de Europa, “*Islamophobia and its Consequences on Young People*” (*Islamofobia* y sus consecuencias para los jóvenes), colocan el tema en el ámbito de la discriminación y el racismo.

Pero ¿qué debemos entender por racismo, discriminación racial y xenofobia?

Racismo: “Su existencia se funda en una creencia básica: los seres humanos se dividen en razas; entre las razas existen jerarquías que determinan la superioridad o inferioridad —según sea el caso— de unas frente a las otras. La posición jerárquica de cada cual se vincula con la subsistencia de características duraderas e inmutables que las distinguen entre sí, tales como “los rasgos físicos, las aptitudes y las actitudes psicológicas”. Invariablemente, la combinación entre ellas provoca “un proceso de degeneración de las razas superiores”.<sup>34</sup>

La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.1, define

[...] “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Como puede inferirse, el texto de la Convención, alude a la raza, el color, el linaje y el origen nacional o étnico, como características a partir de las cuales se “justifica” dicha distinción.<sup>35</sup>

Respecto a la xenofobia: “se refiere a las actitudes o comportamientos relativos a la exclusión social de extranjeros, es decir, personas con nacionalidad distinta a la

<sup>33</sup> 1. Se considera el Islam como un bloque monolítico, estático y reacio al cambio; 2. Se considera el Islam como una realidad diferente y “otro”. No tiene valores comunes con las demás culturas, no se ve afectado por estas últimas ni influye en ellas; 3. Se considera al Islam como inferior a Occidente. Se le percibe como bárbaro, irracional, primitivo y sexista; 4. Se considera al Islam violento, agresivo, amenazador, propenso al terrorismo y al choque de civilizaciones; 5. Se considera al Islam como una ideología política utilizada para adquirir ventajas políticas o militares; 6. Las críticas a Occidente formuladas por el Islam son rechazadas de forma global; 7. La hostilidad con respecto al Islam es utilizada para justificar prácticas discriminatorias hacia los musulmanes y la exclusión de los musulmanes de la sociedad dominante, y 8. Se considera que la hostilidad contra los musulmanes es natural y normal. Casa Árabe-Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán, *op. cit.*, p. 47.

<sup>34</sup> Saúl Velasco Cruz, “Racismo y educación en México”, *Revista mexicana de Ciencias políticas y Sociales*, México, Vol. 61, núm. 226, enero-abril 2016, p. 381.

<sup>35</sup> Movimiento Internacional Contra Todas las formas de Discriminación y Racismo, “Una guía para actores de la sociedad civil”, 2011. [http://www.ohchr.org/documents/HRBodies/CERD/ICERDManual\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/documents/HRBodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

propia. Se define como una actitud negativa, o de miedo, hacia los individuos o grupos que son en sentido real o imaginario diferentes a uno mismo, o al grupo(s) de pertenencia, principalmente inmigrantes”.<sup>36</sup>

En este contexto, resulta pertinente analizar la conveniencia de seguir asociando, como se ha hecho hasta ahora por varios autores,<sup>37</sup> a la *islamofobia* como una forma de racismo —superioridad de una raza respecto de otra—, discriminación racial —distinción cuyo objetivo tiene el menoscabar el goce de derechos— o xenofobia —exclusión de aquellos que no comparten mi nacionalidad—; lo anterior debido a que bajo este espectro puede perderse de vista que en realidad no se trata exclusivamente de un miedo irracional a una raza por considerarla inferior, ni el menoscabo a los derechos del otro y menos aún del rechazo a lo extranjero, sino del “miedo a la ideología y los movimientos políticos islamistas que puján por [hacerse del] el poder político en el mundo musulmán”, es decir a una forma de descolonización del mundo no occidental.<sup>38</sup>

***Se define como una actitud negativa, o de miedo, hacia los individuos o grupos que son en sentido real o imaginario diferentes a uno mismo, o al grupo(s) de pertenencia, principalmente inmigrantes.***

Visto en este ángulo, estaríamos frente a un “fenómeno intelectual” occidental, en el que interesa cada vez menos si se trata de un musulmán y por tanto práctica el islam o procede de un país árabe-musulmán (aspecto religioso y racial), es decir, no se está frente a una fobia irracional e incontrolable —que en sentido estricto dejaría sin responsabilidad al individuo que la “sufre”, y por tanto no podría ser juzgado por sus actos—, es más bien un movimiento contra la emancipación de los musulmanes, de tal forma que se está frente a un movimiento *antimusulmanista* y no frente a una simple fobia.

### III. Consideraciones finales

La importancia de contar con un concepto que permita dimensionar el sentido y alcance de lo que significa el movimiento contra la emancipación de los musulmanes

<sup>36</sup> Hatibovic, Fuad, *et al.*, “Xenofobia y Homofobia como Efectos de la Orientación Política, Religión y Sexo Mediados por Clasismo y Patriocentrismo en Jóvenes Universitarios Chilenos”. *Revista Colombiana De Psicología*, Colombia, vol. 26, núm. 1, enero-junio de 2017, pp. 131-148.

<sup>37</sup> Antonio Elorza, Pascal Brucjknner, Fourest Caroline, Venner Fiammetta, Christopher Allen, Alain Gresh, entre otros.

<sup>38</sup> Gobierno de España, Instituto de Estudios Sociales Avanzados IESA, “Percepciones y actitudes hacia el Islam y los musulmanes en España. Avance de resultados. Versión preliminar, marzo 2008, p. 7. [http://www.ikuspegi.eus/documentos/investigacion/es/percep\\_acti\\_islam\\_avancemarzo2008.pdf](http://www.ikuspegi.eus/documentos/investigacion/es/percep_acti_islam_avancemarzo2008.pdf), Consultados el 29 de octubre de 2017.

es harto importante, no sólo por el valor intrínseco para la doctrina y derecho, sino porque es bien sabido que, para poder erradicar una situación socialmente indeseable, es determinante primero, definir cuál es su origen, aunque se comprende que ello no será una tarea sencilla.

Ahora bien, este trabajo no pretende reducir las diversas causas que han originado lo que hemos denominado *antimusulmanismo*, sino poner énfasis a que en el centro del debate está el interés porque el mundo occidental avale el *antimusulmanismo* como una reacción ante la amenaza inminente, primero validándola como una respuesta “natural” y luego como un “miedo irracional”, es decir, llevando la discusión al plano del miedo al islam y alejándola del rechazo a la emancipación de los musulmanes, que algunos aún miran desde sus viejos prejuicios occidentales.

Es oportuno hacer énfasis en que no se está frente a una fobia irracional e incontrolable, sino frente a la concepción mediática y donde en la mayoría de los casos no se está rechazando lo extraño sino lo que siendo propio —personas de nacionalidad francesa, inglesa, española, etcétera que practican el islam— altera el *statu quo*, nacionales de países occidentales que practican el islam.

Este trabajo expone algunas de las razones por las cuáles es importante dejar de centrar este fenómeno en la idea del rechazo a las prácticas —*islamofobia*— y trasladarlo a la persona como centro del flagelo de dicha conducta, entendiendo que en ello la inconciencia no opera, y sí mucho de creencias prejuiciadas entorno a lo que significa ser musulmán.

Finalmente, es de suma importancia entender que la construcción del rechazo al otro, tiene su origen en diversos constructos, pero todo ellos coinciden en ser resultado del “sistema-mundo occidentalizado, moderno/colonial, cristiano-céntrico, capitalista/patriarcal” y euro centrista, lo cual supone, no sólo el miedo al otro (*Islamofobia*) sino su subordinación e incluso dependencia, aún en el plano epistemológico (antimusulmanismo).

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

Becerra Ramírez, Manuel (coord.). *Aspectos jurídico políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2005.

### *Electrónicas*

Bravo López, Fernando. “¿Qué es la islamofobia? *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*. España, núm. 159, octubre-diciembre de 2010, pp 189-207. [https://www.academia.edu/2098934/\\_Qu%C3%A9\\_es\\_la\\_islamofobia](https://www.academia.edu/2098934/_Qu%C3%A9_es_la_islamofobia). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

- González Pérez, Manuel; En: Caro Garzón, Octavio Augusto. “La doctrina Bush de la guerra preventiva: ¿Evolución del “ius ad bellum” o vuelta al Medioevo? *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia, vol. 36, núm. 105, julio-diciembre, p. 419. <http://www.redalyc.org/pdf/1514/151413539008.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.
- Grosfoguel, Ramón. “Las múltiples caras de la islamofobia”. *Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos*. México, vol. 1, núm. 1, abril-septiembre 2014. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Mexico/ppel-unam/20160614021642/Grosfoguel.pdf>. Consultado el 10 de febrero de 2018.
- Hatibovic, Fuad. *et al.*, “Xenofobia y Homofobia como Efectos de la Orientación Política, Religión y Sexo Mediados por Clasismo y Patriocentrismo en Jóvenes Universitarios Chilenos”. *Revista Colombiana De Psicología*. Colombia, vol. 26, núm. 1, enero-junio de 2017, 131-148.
- Jordán Enamorado, Javier. “El DAESH”. *Cuadernos de Estrategia*. núm. 173, España, p. 111. <http://www.ugr.es/~jjordan/Daesh-Estado-Islamico.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.
- Observatorio Internacional de Estudios sobre Terrorismo. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Wi9aZYbPuZIJ:observatorioterrorismo.com/&num=1&client=firefox-b&hl=es&gl=mx&strip=1&vwsr=0>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.
- Pérez Pacificador. *et al.*, “La Guerra Global contra el terrorismo”. *Boletín de Información. Centro Superior de estudios de la Defensa Nacional*. España, núm. 324, junio, 2012, pp. 7-48. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4198930.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.
- Rakkah, Azzedine. “El mundo árabe después del 11 de septiembre”. *Revista OASIS*, Colombia, núm. 10, pp. 55-78. <http://www.redalyc.org/pdf/531/53101004.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.
- Velasco Cruz, Saúl. “Racismo y educación en México”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. México, vol. 61, núm. 226, enero-abril 2016, pp. 379-407.

### **Hemerográficas**

- Casa Árabe-Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán. “Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e Islamofobia. Percepciones sobre discriminación e Islamofobia voces de Miembros de las Comunidades Musulmanas en la UE”. Extractos de los informes del Observatorio Europeo del racismo y la Xenofobia (EUMC). España, 2006. [http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/MusulmanesUE\\_DiscriminacionIslamofobia.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/MusulmanesUE_DiscriminacionIslamofobia.pdf). Consultado el 29 de septiembre de 2018.
- Gobierno de España. Instituto de Estudios Sociales Avanzados IESA. “Percepciones y actitudes hacia el Islam y los musulmanes en España. Avance de resultados. Versión preliminar, marzo 2008, p. 7. [http://www.ikuspegi.eus/documentos/investigacion/es/percep\\_acti\\_islam\\_avancemarzo2008.pdf](http://www.ikuspegi.eus/documentos/investigacion/es/percep_acti_islam_avancemarzo2008.pdf). Consultados el 29 de octubre de 2017.

### *Sección Artículos de Investigación*

Institute for Economics & Peace, Global Terrorism INDEX 2016. Measuring and Understanding The Impact of Terrorism. <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2017/02/Global-Terrorism-Index-2016.pdf>. Consultado el 29 de septiembre de 2017.

Movimiento Internacional Contra Todas las formas de Discriminación y Racismo. “Una guía para actores de la sociedad civil”. 2011. [http://www.ohchr.org/documents/HR-Bodies/CERD/ICERDManual\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/documents/HR-Bodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC). “Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e Islamofobia”. Documentos de Casa Árabe, núm. 1/2007, España, 2007, p. 8.

### *Periódicos*

“Así se produjo el ataque a las Torres Gemelas y el Pentágono”. *El País*. 12/09/2001. [https://elpais.com/internacional/2001/09/12/actualidad/1000245608\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2001/09/12/actualidad/1000245608_850215.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

“La obertura de TV en simultáneo del atentado de las Torres Gemelas”. *El Clarín*, 11/09/2014. [https://www.clarin.com/mundo/11-s-atentado\\_a\\_las\\_torres\\_gemelas-youtube\\_0\\_B1qfh3tqvXl.html](https://www.clarin.com/mundo/11-s-atentado_a_las_torres_gemelas-youtube_0_B1qfh3tqvXl.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

“Annan: “La Guerra en Irak fue ilegal”. *BBC*, 16/09/2004 [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid\\_3661000/3661148.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3661000/3661148.stm). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

“El mapa del terror yihadista: 10.328 víctimas y 939 atentados en 2017”. *El Español*, 20/08/17. [https://www.elespanol.com/reportajes/20170818/239976868\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/20170818/239976868_0.html). Consultado el 29 de septiembre de 2017.

**Gerardo  
González Ascencio\***

*La crisis permanente  
del Estado mexicano  
vista a la luz de los  
sismos recientes del  
19/S y sus principales  
consecuencias en la  
Ciudad de México*

**Resumen**

**E**ste artículo da cuenta de una condición permanente de crisis del Estado mexicano, evidenciada por los sismos del 19 de septiembre del 2017 y por sus principales efectos en la Ciudad de México. A este proceso de agotamiento, que se remonta a la década de los años sesenta del siglo pasado, se han añadido las consecuencias de la globalización, la militarización impuesta a la lucha contra las drogas, la alta concentración de la riqueza y, finalmente, las consecuencias traídas por el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). A juicio del autor, el 19/S los hizo patentes, sobre todo por lo que respecta a su incapacidad para actuar como interlocutor fuerte y decisivo de la mediación social, como regulador de la economía y garante de la seguridad ciudadana.

**Abstract**

*This article gives an account of a permanent condition of crisis of the Mexican State, evidenced by the earthquakes of September 19, 2017 and its main impacts felt in Mexico City. This process of exhaustion, which dates back to the 1960s, has added the impacts of globalization, the militarization imposed on the fight against drugs, the high concentration of wealth and, finally, the consequences brought by the use of Information and Communication Technologies (ICT). In the author's opinion, the S/19 made them patent, especially as regards his inability to act as a strong and decisive interlocutor of social mediation, as a regulator of the economy, and as a guarantor of citizen security.*

**Sumario:** Introducción / I. La crisis del sistema de representación política / II. La crisis del sistema de participación política / III. La crisis del sistema de seguridad pública / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dr. en Derecho por la UNAM y Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

## Introducción

Dice Carlo Bordoni<sup>1</sup> que en Occidente, de manera constante, estamos acostumbrados a pensar que la crisis es una de las condiciones normales del funcionamiento de la democracia. Al criticar esta tradición, dicho intelectual menciona que, a pesar de que “Hoy hablamos de ese concepto como si éste hubiera recorrido una larga trayectoria en cuya cumbre hubiesen reinado unas condiciones óptimas de libertad que, desde entonces, han ido decayendo paulatinamente. Lo cierto es que nunca ha habido una edad dorada de la democracia”.<sup>2</sup>

Lo anterior viene a cuento a raíz de una serie de reflexiones personales formuladas como consecuencia del sismo ocurrido el pasado 19 de septiembre (19/S) que causó daños graves en una extensa franja de algunos estados del centro del país,<sup>3</sup> pues además de las lamentables consecuencias materiales y humanas de este fenómeno natural, en la Ciudad de México (CDMX),<sup>4</sup> el terremoto también evidenció, una vez más, la crisis política y económica por la que atraviesa el sistema político mexicano.<sup>5</sup>

A este proceso de agotamiento, señalado de manera clara ya desde los años sesenta del pasado siglo,<sup>6</sup> en los años recientes se han sumado factores externos de efecto considerable para nuestra nación, como los asociados con el mundo surgido con posterioridad a la caída del muro de Berlín, en 1989, y con el hegemónico dominio neoliberal impuesto a partir de la era Reagan-Thatcher.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Carlo Bordoni (1946), además de periodista, es un prestigiado catedrático, escritor, e intelectual italiano especializado en sociología de la cultura y colaborador del histórico e influyente diario italiano *Corriere della Sera*.

<sup>2</sup> Zygmunt Bauman y Carlo Bordoni, *Estado de crisis*, la edición impresa en México, Paidós, octubre, 2016, p. 156.

<sup>3</sup> Su epicentro se ubicó a 12 kilómetros al sureste de Axochiapan, Morelos, en el límite con el estado de Puebla.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, de los 369 fallecidos registrados como consecuencia del S/19, 228 correspondieron a la Ciudad de México. Se identificaron 2 mil 705 edificios con daños estructurales, 2 mil 536 con “riesgo incierto” y 7 mil 880 con daños menores. Los daños materiales han sido calculados por Forbes entre 16 mil y 37 mil millones de pesos. Información obtenida de: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2017/10/05/la-cifra-final-de-fallecidos-por-sismo-19-s-en-el-pais-llego-a-369-1578.html>, <http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/cdmx/2017-10-19/cifras-mes-sismo-19-septiembre/>, consultada entre los días 28 y 31 de octubre del 2017.

<sup>5</sup> Definido por nuestra constitución de 1917 como republicano, federal, representativo, y democrático.

<sup>6</sup> Desde 1965, Pablo González Casanova hizo patente, en su libro, *La democracia en México*, el agotamiento del régimen presidencialista diseñado por el constituyente de 1916-1917; el movimiento estudiantil de 1968 lo evidenció; la apertura política de los años siguientes coexistió con fuertes momentos de represión (como en 1971) y de guerra sucia, arrastrando con ella a centenares de víctimas y alentando a varios miles de jóvenes a la lucha armada; la demagogia (emblemáticamente mostrada en la nacionalización de la Banca privada) y el pragmatismo de José López Portillo que condujo a despilfarros de la “abundancia” y a fuertes devaluaciones; fue la antesala para el arribo del neoliberalismo, modelo que, a pesar del paréntesis que significó la alternancia durante los años de la llamada “docena trágica” (2000-2012), ha conducido, bajo sus principales políticas económicas, al país desde el sexenio de Miguel de la Madrid.

<sup>7</sup> Cuyas características más generales son la apertura comercial; el libre comercio y los procesos regionales de integración económica.

La globalización, sobre todo a partir de los efectos provocados por la acelerada concentración de la riqueza, amparada en la especulación financiera y favorecida por la liquidez del capital fácilmente desplazado (por medio de un simple “clic”) y, por lo mismo, inexplicable sin la revolución de las TIC, ha terminado por ahondar la crisis de las naciones (y de muchas maneras, de lo “local”), entendidas estas últimas en términos clásicos (población, territorio y gobierno) y por exhibir la fragilidad de las soberanías locales, expuestas cada vez más a la dictadura del mercado, gobernado por un capital supranacional, altamente centralizado,<sup>8</sup> y sin atadura alguna a las ahora ya estorbosas estructuras políticas tradicionales que antes gobernaban sobre la economía.

***El 19/S puso en evidencia, nuevamente, varios de los factores propios de la crisis del Estado mexicano, sobre todo por lo que respecta a su incapacidad para actuar como interlocutor fuerte y decisivo de la mediación social, como regulador de la economía y como garante de la seguridad ciudadana.***

Estos factores se han asociado también con desafortunadas características propias del sistema político mexicano arraigadas desde larga data: la inacabada separación entre los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial); la fragilidad del estado de derecho; la corrupción; la impunidad; la ineficacia para enfrentar los retos nacionales; pero, sobre todo, la desigualdad social y la inequitativa distribución de la riqueza. A ellos se ha sumado desde el 2006<sup>9</sup> la espiral de violencia provocada por la lucha en contra del “crimen organizado” y la creciente inseguridad ligada a la misma.

En este contexto, la guerra contra las drogas, impuesta deliberadamente como tarea que debe enfrentarse desde lo local, cuando su solución, como la de muchos otros grandes flagelos, debería de buscarse a partir del concierto internacional de las naciones, ha dado pie a una profunda crisis de nuestro sistema legal, manifestada en una amplia serie de violaciones a la letra y al espíritu de nuestra constitución (Estado Constitucional de Derecho).

En menos de tres lustros, nuestro sistema republicano ha vivido una apresurada transformación con respecto a los límites constitucionales impuestos a las instituciones representativas, al grado de que se puede apuntar, de manera clara, una progresiva modificación, en la práctica, de nuestro sistema político; considerado como una

<sup>8</sup> La mitad de la renta mundial la posee el 1% de la población, 85 personas tienen más riqueza que la mitad más misera de población del planeta. Cfr. <http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/335284-concentracion-capitalista/>, consulta realizada el 26 de octubre del 2017.

<sup>9</sup> No está por demás recordar que, frente a los grandes problemas de legitimidad, Felipe Calderón Hinojosa inició su sexenio el 1º de diciembre del 2006, y escasamente diez días después, el 11 de diciembre, desató una acción contra el “crimen organizado” denominada “Operación Conjunta Michoacán”, punto de partida de esta guerra frontal que ya está por cumplir doce años.

democracia representativa y plebiscitaria, basada en la supremacía de la voluntad de las mayorías, para acercarnos, en los hechos, a una rápida neutralización de este complejo sistema de instituciones construidas a partir de un modelo de pesos y contrapesos, garantías y funciones, que de manera pautada dibujaron desde la posrevolución la llamada democracia constitucional mexicana.



http://www.mvsnoticias.com

Soy pues, de la opinión que el sismo hizo patente las dificultades en nuestro sistema de representación política; pero también mostró algunos rasgos profundos de la crisis del sistema de participación y del sistema de seguridad pública.

El 19/S puso en evidencia, nuevamente, varios de los factores propios de la crisis del Estado mexicano, sobre todo por lo que respecta a su incapacidad para actuar como interlocutor fuerte y decisivo de la mediación social, como regulador de la economía y como garante de la seguridad ciudadana. Soy pues, de la opinión que el sismo hizo patente las dificultades en nuestro sistema de

representación política; pero también mostró algunos rasgos profundos de la crisis del sistema de participación y del sistema de seguridad pública.

## I. La crisis del sistema de representación política

La crisis del sistema de representación se ha expresado claramente en el divorcio entre una expresión popular, que en muchas ocasiones parece mayoritaria, y el sistema parlamentario, que en materias como la reforma laboral, la reforma energética, la reforma educativa y la reforma en materia de telecomunicaciones,<sup>10</sup> parecen dirigidas a lograr un divorcio de la voluntad popular, al grado de que la sociedad ya no se siente representada por sus legisladores,<sup>11</sup> convirtiendo el asunto en un grave problema de legitimidad política.

<sup>10</sup> En el gobierno de Enrique Peña Nieto se ha hablado de once, a la enumeración habrán de agregarse, entre otras, las Reformas en materia de: Competencia Económica; Hacendaria; Financiera; Transparencia; Electoral; y, finalmente, Sistema Penal Acusatorio.

<sup>11</sup> De ahí las supuestas candidaturas *independientes* (whatever that means), pero también el discurso fácil consistente en distinguir a los ciudadanos (como buenos) de los políticos (los malos); el repudio a la política, a los partidos, y otros rechazos a la democracia, la vida parlamentaria, y al Estado de derecho.

Algunos rasgos peculiares de ella se hicieron evidentes cuando, tras la exigencia ciudadana, el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y el Movimiento Ciudadano (MC), propusieron donar a las víctimas de los sismos el 100% del dinero presupuestado, después de que, durante los días inmediatos al terremoto, el Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) primero, y después el Partido Revolucionario Institucional (PRI), aceptaran ceder parte de los recursos que les asigna el Instituto Nacional Electoral (INE) para sus actividades y para la campaña electoral del 2018.<sup>12</sup>

## II. La crisis del sistema de participación política

La crisis de participación política se hizo evidente en el extendido y creciente fenómeno de la apatía y en el interés cada vez menor por la política (despolitización). Al respecto de este peligro, dice Norberto Bobbio: “En las grandes sociedades burocráticas modernas, indudablemente asistimos al fenómeno creciente que resuelve al poder político en poder burocrático: tecnocracia y burocracia se conjugan, por encima de la Esfera tradicionalmente reservada a lo político. La consecuencia de esto es precisamente la despolitización”.<sup>13</sup>

Durante los días inmediatos, posteriores al sismo, la desconfianza en el gobierno, los partidos y los legisladores fue tan evidente, que la mayoría de las donaciones y de la solidaridad para los damnificados<sup>14</sup> se canalizó hacia las pocas instituciones públicas que aún gozan de cierto prestigio, como las universidades (en especial la UNAM); pero también a las organizaciones ligadas al trabajo de base de las distintas iglesias; a organismos privados relativamente confiables,<sup>15</sup> o de plano, se encau-

<sup>12</sup> Después de que el mismo INE, desconcertado y sorprendido, informará que la ley impedía a los partidos dar a alguna *causa* el dinero que se les asigna, ya que esos recursos públicos se otorgan a un fin específico; sin embargo, una parte de la opinión pública y de la intelectualidad argumentaron en contra del alto costo de la democracia electoral y de la conveniencia de ceder parte de las prerrogativas de los partidos a los fines de la reconstrucción. Así, a partir del 22 de septiembre, la prensa nacional daba cuenta que el PRI renunciaba a poco más de 258 millones de pesos y que el Movimiento de Regeneración Nacional a cerca de 40 millones de pesos, equivalentes al 20% del monto asignado para gastos de campaña.

<sup>13</sup> Norberto Bobbio, “La crisis de participación”, en: *Revista Nexos* correspondiente al 1 de mayo de 1989. Consulta en línea: <https://www.nexos.com.mx/?p=5442>, (octubre del 2017).

<sup>14</sup> Para recibir los aportes de particulares, el sector financiero desató una competencia por atraer cada peso hacia Bancos y fundaciones, con el esquema de *dona uno y se multiplica*. La fundación *Carlos Slim* ganó la batalla al anunciar que pondría cinco por cada peso donado y canalizado por esa fundación, o por TELMEX o TELCEL. Las donaciones internacionales en dinero también siguieron esta ruta. Fueron donantes significativos, entre otros, Google; Facebook (que donó a la Cruz Roja); Coca Cola (que también donó a la Cruz Roja); Apple; Samsung (a la Cruz Roja); AT&T; Bancomer (a la Cruz Roja); Ford; Home Depot; Aeroméxico; Gayosso; Heineken; América Móvil; Movistar; Uber; Cabify; múltiples gobiernos y el jefe del Estado Vaticano. También hubo un sinnúmero de personalidades famosas que realizaron donaciones, como Salma Hayek; Thalía; Katy Perry; Javier, “el chicharito”, Hernández; Miguel Layún; y Sergio Pérez, entre muchos más.

<sup>15</sup> Es el caso sobre todo de la Cruz Roja Mexicana. El sector empresarial de plano creó un fideicomiso especial para ayudar a los damnificados, le llamó *Fuerza México* y sumándose al clima de desconfianza,

zó, con grandes esfuerzos, de manera directa, es decir, de socorristas, escombristas y rescatistas individuales, a núcleos de damnificados (como en el caso del pueblo de San Gregorio, en Xochimilco).<sup>16</sup>

Quizá un extremo de esta crisis de desconfianza lo constituya lo expresado por algunos intelectuales que idealizaron la participación masiva, espontánea y, al principio, desorganizada incorporación de los jóvenes en las labores de ayuda y salvamento (muchos de ellos estereotipados como Generación X, a la que le daban poca valía), y que, en días posteriores, cuando el Ejército Mexicano y la Marina Armada de México tomaron el control de las acciones,<sup>17</sup> tal y como debe acontecer en los casos de desastres naturales, formularon fuertes llamados a evitar por cualquier medio lo que consideraron “la creciente militarización” de las labores de rescate.<sup>18</sup>

El 19/S evidenció también otra de las variantes de la crisis de representación política, la crisis de las ideologías, llamada por Bobbio “la desideologización”,<sup>19</sup> agravada por una especie de “consenso manipulador” construido gracias al dominio casi absoluto sobre los medios de comunicación. Los intentos por incrementar *rating* y por favorecer al monopolio más grande de la televisión y a ciertos políticos en el caso de “Frida-Sofía”, obligaron a la propia Secretaría de Marina a pedir disculpas al público.<sup>20</sup>

---

anunció que lo recaudado, con ayuda de despachos internacionales, sería entregado a los necesitados de manera transparente.

<sup>16</sup> En San Gregorio, la ayuda solidaria, de los rescatistas y los brigadistas, literalmente “abarrotaron” al pueblo, a tal grado que dificultaron las labores de rescate. *Cfr.* “San Gregorio: el pueblo olvidado tras el sismo y al que internet llenó de voluntarios”, en: *Animal Político*: <http://www.animalpolitico.com/2017/09/san-gregorio-el-pueblo-olvidado-tras-el-sismo-que-twitter-colapso-de-voluntarios/>, consultado el 3 de noviembre del 2017.

<sup>17</sup> Reaccionaron de manera lenta y tardía, varios días después del 19/S, como ocurrió también durante el sismo de la misma fecha, ocurrido en el año de 1985; pero lo anterior, que es sumamente lamentable, no los exime de sus responsabilidades frente a los desastres. En todo caso, la crítica debe hacer hincapié en la incorporación inmediata y eficaz y no en su relevo o sustitución por algo tan líquido como “la sociedad civil organizada”.

<sup>18</sup> Puede verse, entre otros: el artículo titulado “México. El sismo, la militarización de la ciudad y la politización de la espontaneidad (sic)”, en: <http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/09/27/mexico-el-sismo-la-militarizacion-de-la-ciudad-y-la-politizacion-de-la-espontaneidad/>; el artículo denominado “Peña Nieto: hipocresía y militarización para sofocar la participación popular”, de Pablo Oprinari, publicado en: *La Izquierda Diario*, [https://www.laizquierdadiario.mx/Pena-Nieto-hipocresia-y-militarizacion-para-sofocar-la-participacion-popular?id\\_rubrique=1714](https://www.laizquierdadiario.mx/Pena-Nieto-hipocresia-y-militarizacion-para-sofocar-la-participacion-popular?id_rubrique=1714); y también el artículo de Jorge Luis Sierra, titulado “Militarización de la sociedad civil”, en: *El Universal*, 8 de octubre del 2017.

<sup>19</sup> Norberto Bobbio, “*La crisis de...*”, artículo citado.

<sup>20</sup> Se trató de una transmisión del Grupo Televisa (con todos sus canales, filiales y repetidoras), con duración de 16 horas, hecha en tiempo real y con la suspensión de la programación habitual, durante los primeros días posteriores al 19/S, sobre el rescate de una supuesta niña que se encontraba con vida y atrapada bajo los escombros de colegio privado “Enrique Rebsamen”, en donde el edificio colapsó y provocó la muerte de 19 menores de edad. La atención de la audiencia fue tan grande, que la noticia se convirtió en el tópico más importante de esos días y obligó a que también TV Azteca, Imagen TV, Canal Once, y decenas de medios internacionales y reporteros de medios digitales se sumaran a “reportear” e informar, aunque sin los privilegios de los que gozó Televisa para acceder al colegio. Fue el Subsecretario de Marina, el almirante Ángel Enrique Sarmiento, quien se encargó de ofrecer disculpas “al pueblo de México”. Por otro lado, cuando se desvaneció el caso, los medios alternativos emprendieron una campa-

Esta crisis de participación política también se agravó en el caso mexicano, cuando en algunos momentos la participación logró transformarse en movilización, pero esta no alcanzó sus propósitos, relacionados con la toma de decisiones.<sup>21</sup> Al respecto, dice Norberto Bobbio:

En este caso los acusados ya no son los aparatos burocráticos o tecnocráticos, ni los medios masivos de comunicación: son los partidos; es decir las organizaciones que nacieron para mediar entre las demandas de los miembros de una sociedad determinada y las respuestas de la clase política, entre la sociedad civil y la sociedad política. Estos, en cambio, se han transformado paulatinamente en aparatos de poder autónomos, que no sirven a los participantes sino se sirven de ellos para conseguir sus propios objetivos.<sup>22</sup>



<https://s.aolcdn.com/hss/storage/midas>

La crisis en el sistema de seguridad pública se ha podido constatar también a partir de la entrada en vigor de un conjunto de medidas penales duras y al empleo de las fuerzas armadas y el ejército en el combate a la “criminalidad organizada”.

### III. La crisis del sistema de seguridad pública

La crisis en el sistema de seguridad pública se ha podido constatar también a partir de la entrada en vigor de un conjunto de medidas penales duras y al empleo de las fuerzas armadas y el ejército<sup>23</sup> en el combate a la “criminalidad organizada”,<sup>24</sup> que

---

ña contra la manipulación (calificada por algunos de maquiavélica) de las audiencias; mi opinión es que se trató de un caso movido más por la necesidad colectiva de rescatar con vida a los atrapados, que a una invención maquiavélica.

<sup>21</sup> Véase *supra* núm. 17 y 18.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*

<sup>23</sup> El artículo 129 constitucional señala que: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

<sup>24</sup> Toda la criminalidad es organizada, una más que otra, pero todas requieren de cierto grado de infraestructura y planeación.

en nuestro país se han impuesto desde el gobierno de Vicente Fox y han terminado por implantarse de manera más clara en los sexenios de Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto.

El antecedente más inmediato lo constituye la serie de disposiciones posteriores a los atentados terroristas del 11/S por parte del gobierno de los Estados Unidos y que constituyen lo que algunos autores denominan *derecho penal paralelo* o *derecho penal del enemigo*,<sup>25</sup> consistentes, fundamentalmente en una serie de medidas que cuestionan severamente el orden constitucional democrático, y que tienden a fracturar el espíritu garantista.

Este “derecho penal del enemigo” se traduce, de manera creciente, en el empleo de medidas paralelas, consistentes, por ejemplo, en la detención sin orden judicial; el espionaje y la escucha telefónica sin mandato de autoridad competente; en el abuso de medidas que en la práctica equivalen a privaciones ilegales de la libertad (como el arraigo con propósitos de investigación); los cateos sin orden expresa de autoridad jurisdiccional; las violaciones al debido proceso, recurriendo cada vez más a figuras que están cuestionadas desde el punto de vista de las garantías procesales democráticas y mínimas, como en el caso de los testigos protegidos y los jueces anónimos.

***Finalmente, la crisis de seguridad reveló una arista sobre la que hemos pensado poco y que requiere de análisis más agudos: el fenómeno de las compañías de seguros que aparecieron, en sustitución del Estado, como fuente de “capital suficiente” para responder al sismo.***

Finalmente, la crisis de seguridad reveló una arista sobre la que hemos pensado poco y que requiere de análisis más agudos: el fenómeno de las compañías de seguros que aparecieron, en sustitución del Estado, como fuente de “capital suficiente” para responder al sismo.<sup>26</sup> Dice al respecto W. Streeck, pareciera que las “compañías

<sup>25</sup> Esta expresión se emplea para dar cuenta de aquellas situaciones en la que los Estados, cuando emplean el derecho penal, no lo usan exclusivamente como expresión de su derecho a castigar; en otras palabras, recurren a él no sólo como una manifestación legítima de su *ius puniendi*, sino también para luchar en contra de lo que denominan “sus enemigos”. En esta lucha (siempre subjetiva, pues lo que se valora por un Estado de forma negativa o se considera como una conducta peligrosa, puede, para otro, ser estimado como válido), invocan, cada vez de forma más expansiva, un derecho penal de excepción, caracterizado por el endurecimiento de las penas; por la suspensión o reducción del sistema garantista y los derechos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho; y por adelantar, finalmente, procesos de criminalización de aquellas conductas que, sin suponer un grave peligro a bienes jurídicos, se pretenden resolver por la vía penal, como por ejemplo la cada vez más frecuente tentación de criminalizar la protesta social o la construcción de sistemas de fuerte contenido penal para contener a las personas indocumentadas.

<sup>26</sup> Así, múltiples notas dan cuenta de cómo Miembros del Gabinete federal, compañías aseguradoras y autoridades de la CDMX, en ese orden, rinden informes sobre las acciones para la reconstrucción y la recuperación económica en la ciudad tras 19/S. Véase, por ejemplo, una de ellas: <http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/cdmx/2017-10-04/anuncian-medidas-reconstruccion-cdmx-sismo/>, consultada el 26 de octubre del 2017.

privadas de seguros han reemplazado hoy a los Gobiernos y a la política como proveedores de seguridad social”.<sup>27</sup>

## IV. Conclusiones

Como se ha evidenciado a lo largo del presente artículo, el 19/S puso de relieve la necesidad de reflexionar de manera crítica sobre la democracia como una forma de gobierno que ofrece una idea del progreso: lineal, constante y ascendente; lo que vimos algunos mexicanos podría ser considerado como una manifestación de la permanente crisis global de los Estados-nación (en este caso, del mexicano), cuya expresión aguda está representada por su incapacidad para conducir y replantear un modelo justo de distribución de la riqueza, lo cual requiere reemprender el debate global sobre el papel de la acción política para conducir los proyectos de nación, pero también nos advierte sobre la necesidad de enfrentar muchas de las insuficiencias desde un concierto internacional y en cuyo núcleo será cardinal retomar la crítica a los centros de poder económico que han terminado por independizarse de los poderes parlamentarios y por socavar la soberanía de los Estados-nación.

## Fuentes de consulta

### *Bibliografía*

Bauman, Zygmunt y Bordoní, Carlo. *Estado de crisis*. 1a. edición impresa en México, Paidós, octubre, 2016.

González Casanova, Pablo. *La democracia en México*. 2a edición, México, ediciones ERA, 1967.

### *Hemerografía*

Bobbio, Norberto. “La crisis de participación”. En *Revista Nexos* correspondiente al 1 de mayo de 1989.

Sierra, Jorge Luis. “Militarización de la sociedad civil”. En: *El Universal*, 8 de octubre del 2017.

### *Electrónicas*

<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2017/10/05/la-cifra-final-de-fallecidos-por-sismo-19-s-en-el-pais-llego-a-369-1578.html>.

<http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/cdmx/2017-10-19/cifras-mes-sismo-19-septiembre/>.

---

<sup>27</sup> Citado por Carlo Bordoní, véase: Bauman, Zygmunt y Carlo Bordoní, *Estado de...*, *op. cit.*, pp. 172-173.

*Sección Artículos de Investigación*

<http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/335284-concentracion-capitalista/>.

<http://www.animalpolitico.com/2017/09/san-gregorio-el-pueblo-olvidado-tras-el-sismo-que-twitter-colapso-de-voluntarios/>.

<http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/09/27/mexico-el-sismo-la-militarizacion-de-la-ciudad-y-la-politizacion-de-la-espontaneidad/>.

[https://www.laizquierdadiario.mx/Pena-Nieto-hipocresia-y-militarizacion-para-sofocar-la-participacion-popular?id\\_rubrique=1714](https://www.laizquierdadiario.mx/Pena-Nieto-hipocresia-y-militarizacion-para-sofocar-la-participacion-popular?id_rubrique=1714).

<http://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/cdmx/2017-10-04/anuncian-medidas-re-construccion-cdmx-sismo/>.

Luis  
Figuroa Díaz\*

*La regulación jurídica  
de la tecnología  
financiera en México*

**Resumen**

**E**l estudio aborda la problemática de la regulación jurídica de la tecnología financiera en México, en función de la reconversión de la *lex mercatoria*, en un derecho financiero tecnológico, para lo cual, toma como ejemplo el análisis de la futura Ley mexicana para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera.

**Abstract**

*The study addresses the problem of the legal regulation of financial technology in Mexico, based on the reconversion of the *lex mercatoria* into a financial technological right, for which it takes as an example the analysis of the future Mexican Law to Regulate Technology Institutions Financial.*

**Sumario:** Introducción / I. Una hipótesis sobre la relación entre el derecho mercantil y financiero moderno / II. La expansión económica virtual, el factor de la incertidumbre y el derecho del ciberespacio / III. Los supuestos de la regulación financiera tecnológica en México / IV. La emisión del dinero y el dinero virtual / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Mtro. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

## Introducción

La reciente aprobación por la Cámara de Senadores de la república mexicana de la llamada Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, que deberá enmiendarse en 2018 para su aprobación en la Cámara de Diputados, es el inicio regulador por el Estado mexicano de los aspectos que tienen que ver con el manejo financiero del dinero en redes y medios tecnológicos de comunicación.

Implica, desde la perspectiva formal, del crecimiento de una nueva extensión del derecho bancario y financiero en la medida en que asume como objeto de regulación a la comunidad que utiliza los espacios virtuales en México. Tan sólo hay que citar que en el 2020 se calcula que 89 millones de usuarios utilizarán el internet en el país, lo que representará el 62% de la población.

La participación de la población en actividades mercantiles y financieras en la red debe verse además como un camino alternativo, sobre todo, si consideramos algunas hipótesis de proyección de desarrollo tales como las que afirman escenarios donde: “Hay un languidecimiento general de la actividad comercial y productiva, en particular en ciudades y entidades donde la presencia del crimen organizado tiene una implantación más importante y mayor “arraigo histórico” [...]”<sup>1</sup>

Bajo estas consideraciones la extensión normativa tiene alcances complejos y especializados pero, sobre todo, requiere de la armonización de un conjunto de instrumentos legales derivados de: la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones Auxiliares del Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley para la Transparencia y Reordenamiento de los Servicios Financieros, la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

El universo de construcción de normas formales es en consecuencia amplio, pero además implica que en ellas el Estado mexicano establezca las condiciones y requisitos para que una institución de tecnología financiera y los consumidores actúen en el llamado ciberespacio cuando se trata de operaciones financieras.

Así, el objetivo de este trabajo es puntualizar los alcances que en una primera aproximación pueden derivarse de la problemática que implica la regulación jurídica de las inversiones financieras tecnológicas.

Lo anterior basado en un método crítico, recurriendo a la hipótesis de transformación del derecho mercantil y financiero, aplicando esta para el análisis fundamentalmente de la propuesta de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera mexicana del 2017.

---

<sup>1</sup> Rolando Cordera, Enrique Dussel Peters, Fausto Quintana, Carlos Heredia Zubieta, Federico Vázquez Calero, Mariana Velarde Aguirre, *Nuevos enfoques de desarrollo para México, escenarios 2020*, México, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, septiembre 2011, p. 24.

## I. Una hipótesis sobre la relación entre el derecho mercantil y financiero moderno

No cabe duda, que el progreso de las nuevas tecnologías se ha convertido en un poderoso instrumento de comunicación, información, y además de revitalización de los orígenes mismos del comercio y las finanzas en las comunidades humanas.

Se trata de la recuperación de un sentido histórico, donde el comerciante ya fuera en bienes o el especializado a través de funciones de cambio, préstamo e inversión, establecía sus propias reglas y normas en función de las necesidades de la agilización de las relaciones de cambio y la libre autonomía privada.

Hoy en día, esos sentidos originales de las actividades del comerciante trascienden a los sujetos y actos de naturaleza financiera utilizados en la red o la *web* para ofrecer métodos, instrumentos y medios tecnológicos innovadores en operaciones crediticias y de inversión.

Esta funcionalidad de las operaciones financieras basadas en la iniciativa desregularizada está, sin embargo, por terminar mediante un cambio de paradigma, asumiendo que esta *lex mercatoria* contemporánea debe ser acotada y circunscrita a normas de derecho público y controles estatales.

La *lex mercatoria* fue así:

[...] una denominación surgida de la actividad comercial sin intervención estatal y que nació en la Edad Media, época en la que por regulación incipiente de los estados y de los Feudos en materia mercantil, los comerciantes se vieron en la necesidad de desarrollar reglas y principios aplicables a sus transacciones [...]. Siendo así, actualmente es factible considerar que este es un ordenamiento jurídico autónomo con plena vocación para ser aplicado a una transacción mercantil, sin dejar de expresar que existen muchas críticas y controversias al respecto, ya que se trata de un instrumento en constante evolución.<sup>2</sup>

No es, desde luego, ajeno al derecho mexicano esta reconversión de la autonomía mercantil y de la fuente del uso y costumbre mercantil como generadora de relaciones jurídicas, toda vez, que en las propias leyes financieras modernas se menciona su aplicación una vez que no exista una disposición aplicable al caso.

Basta con citar el contenido de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicano que señala claramente esa aplicabilidad de los usos mercantiles y bancarios en la generación de instrumento de crédito y substitutos del dinero.

Esta aplicabilidad de los usos mercantiles y bancarios, “[...] no debe entenderse a los usos interpretativos o convencionales, sino a los usos normativos o generales

---

<sup>2</sup> Rose Mary Parra Rivera, “Evolución de la *Lex Mercatoria*, Gestión en el Tercer Milenio”, *Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas*, UNMSM, vol. 13, núm. 25, Lima, julio 2010, p. 68.

[...]. Cuando un uso interpretativo llega a ser practicado por toda una colectividad, con la convicción de ajustarse a una regla de derecho, surge un uso general o normativo [...]”.<sup>3</sup>

En consecuencia, la regulación que propone el Estado mexicano en las operaciones e inversiones tecnológicas modernas es una derivación de la etapa del interés estatal en el comercio y la banca, que permita conservar el control y fiscalización de los actos y operaciones que en él se realicen.

Supone una nueva relación entre sujetos activos y pasivos en el que existen algunos que ejercitan el *ius imperii* o sujetos que tienen derecho de soberanía y por tanto, la relación es de derecho público.<sup>4</sup>

No obstante, cuando se hace referencia a estas operaciones financieras mediante la red o *web*, el Estado se enfrenta a un nuevo reto que no se conoció en la etapa del mercantilismo clásico.

Porque el reto no es sólo el de construcción de normas apropiadas, sino que conlleva la necesidad de un sentido precautorio en la intervención, a fin de no propiciar el desestímulo de esas actividades, por una parte, pero además de crear un conjunto normativo y las instituciones necesarias que operen en una realidad virtual, cambiante, fluctuante y ampliamente participativa de la iniciativa ciudadana y de las empresas que no están directamente relacionadas con entidades financieras tradicionales.

Esto último conlleva, además, desde luego, una finalidad meta jurídica, que se inscribe en el plano de lo económico, donde ante la ineficiencia de un sector bancario que ha sido estructurado en base a las políticas neoliberales de las últimas décadas, ahora con la ayuda del Estado que ha protegido esos intereses, asume que en la red sólo pueden ser esas entidades financieras tradicionales o las que autoriza el propio Estado las que conduzcan los procesos de competitividad y eficiencia.

Es tal como señalan Rita Rindermann, José L. Calva Tellez y Manuel Gómez:

Para el sistema bancario, el periodo del consenso de Washington y del TLCAN ha sido el peor de su historia... la quiebra técnica de la banca se agravó a raíz de la crisis de 1994-1995. Posteriormente, una reforma legislativa (1998) permitió la extranjerización de la banca [...] y tenemos una banca extranjera que compensa su ineficiencia con elevados márgenes de intermediación y cobros excesivos por los servicios bancarios.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Roberto Mantilla Molina *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 1990, p. 46.

<sup>4</sup> Ver al respecto Felipe de J. Tena, *Derecho mercantil mexicano*, México, Porrúa, 1980, p. 15.

<sup>5</sup> Ver José Luis Calva Téllez, Rita Schwentesius Rindermann y Manuel Ángel Gómez Cruz, *La economía mexicana en el décimo año del TLCAN y reflexiones sobre la agricultura, lecciones para América latina de las experiencias del Consenso de Washington y del TLCAN*, 2003, pp. 5-6, en texto disponible en la página electrónica fdcl-berlin.de consultada el día 3 de diciembre de 2017.

## II. La expansión económica virtual, el factor de la incertidumbre y el derecho del ciberespacio

La economía virtual tiene su primer momento histórico de expansión con el comercio electrónico, sin que por ello se agote su manifestación en el mundo electrónico moderno.

Por el contrario, hoy día puede observarse un segundo impulso de desarrollo con las nuevas propuestas de las actividades financieras, en lo general y en lo particular mediante medios de pago, monedas virtuales e inversiones financieras instrumentados a través de esos espacios virtuales.

Al respecto, algunos pensadores conciben a este espacio virtual como un medio tecnológico donde se practica y recrea una economía transfronteriza e interdependiente, adquiriendo una denominación y connotación específica:

Más allá del comercio electrónico, existe el cibercomercio, que es comercio no espacial, ni siquiera en el producto, que no es material. Han sido las telecomunicaciones las que han permitido la deslocalización del capitalismo, no viceversa. Esto lo hemos visto en el capitalismo financiero y en el capitalismo comercial; pero la misma realidad se reproduce en el capitalismo industrial.<sup>6</sup>

De esta manera, el capitalismo y sus componentes, fundamentalmente para los propósitos de este trabajo, su expresión financiera, se interconectan en ese medio virtual lo que transforma la regulación, en tanto esta se conceptualiza desde la jurisdicción propia de una nación.

En el presente siglo nos encontramos así ante una nueva era de descontrol financiero del estado que merma su soberanía y que a través de diversas características del ciberespacio se enfrenta a éste como un todo alternativo donde se manifiesta una nueva libertad ciudadana:

Las últimas crisis financieras, conocidas más en EE. UU y Europa, pero que han afectado considerablemente el mundo asiático y latinoamericano, son pruebas claras de la pérdida de un cierto control financiero que ejercía el Estado-nación sobre sus economías locales [...]. En nuestros días la dinámica financiera mundial he hecho depender cada vez más la economía de las decisiones gubernamentales, pero extrañamente ha alejado a los gobiernos de las influencias financiera que tienen las grandes multinacionales sobre los mercados. Esto es sin lugar a dudas otra gran pérdida del poder del Estado en la sociedad de consumo.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Emilio Suñé Llinás, *Del derecho informático al derecho del ciberespacio y a la constitución del ciberespacio*, en *La constitución del ciberespacio*, (coordinador) Emilio Suñé Llinás, México, 2015, p. 28.

<sup>7</sup> Carlos Molina Betancur, *El espacio ciberespacial*, *op. cit.*, p. 170.

En este planteamiento el reto en lo particular para el Estado mexicano, se produce así, en el campo de las relaciones financieras y de la regulación monetaria en función de la expansión de la interacción social de la red mundial de las comunicaciones y la formación del ciberespacio.

Expresado en otra forma, ante esta ruta alternativa de creación de iniciativas ciudadanas y de personas que interactúan en ese espacio virtual, el Estado asume una actitud que busca desesperadamente reencontrar los cauces e instrumentos idóneos de la regulación jurídica y de la expectativa de la certidumbre en las operaciones financieras, así como la participación institucional de las organizaciones de crédito autorizadas.

Efectivamente, ya de por sí se dice hoy día que el movimiento del dinero en el mundo sigue un principio de incertidumbre, y cuando ese dinero es motivo de flujos financieros en el ciberespacio produce un nuevo tipo de consumidor que ha nacido y crecido en contacto con ese ciberespacio.

El comportamiento de este nuevo consumidor genera, por tanto, nuevas formas financieras y obliga a los agentes institucionales y al propio Estado a repensar la economía virtual.

A propósito de este sentido de incertidumbre financiera contemporánea, Martínez García citando a Bauman nos explica que precisamente la economía es la gran productora de la incertidumbre:

Se van imponiendo las “reglas para acabar con las reglas”, promovidas por los poderes de una economía extraterritorial [...]. Con este panorama “los gobiernos estatales, en su esfuerzo diario por capear los temporales que amenazan con arruinar sus programas y sus políticas, van dando tumbos ad hoc de una campaña de gestión de crisis a otra y de un conjunto de medidas de emergencia a otro [...].<sup>8</sup>

En consecuencia, dice el propio autor, nace y comienza a reproducirse un derecho del ciberespacio que es un derecho que se desenvuelve en un metaespacio y que no hay que confundir con el derecho estatal ni el derecho internacional.

En este sentido, el problema, digamos para el derecho mexicano, consiste en la colisión de legislaciones de las distintas naciones, donde finalmente la ley extranjera se manifiesta no sólo en el derecho escrito, sino en el derecho consuetudinario y sus jurisprudencias “en aquellos casos en que, aun no admitida como fuente formal del derecho, lo es en sentido material”.<sup>9</sup>

Sin embargo, este derecho del ciberespacio es arropado por “un nuevo tipo de entidad política” distinta a la estatal que no tienen un territorio definido ni población

---

<sup>8</sup> Jesús Ignacio Martínez García, *Derecho e incertidumbre*, en página electrónica <https://dialnet.unirioja.es/>articulo>, España, Universidad de Cantabria, 2012, p. 104, consultada el día 10 de diciembre de 2017.

<sup>9</sup> Carlos Arellano García, *Derecho internacional privado*, México, Porrúa, décimo octava edición, 2015, pp. 971-972.

ni organización soberana, sino una ciudadanía universal con una exclusiva competencia en cuanto a la ordenación de ese ciberespacio.<sup>10</sup>

Esta comunidad del ciberespacio es ampliamente estudiada hoy en día y desde la perspectiva sociológica puede aprehenderse desde una perspectiva estatal e institucional que está pendiente de los cambios micro sociales que en ella ocurren y de sus consecuencias macro políticas y añadiríamos jurídicas; en tanto existe una perspectiva desde las comunidades, desde los individuos, que también mira a esos cambios micro sociales pero que aspira a un cierto contenido democrático pero también a ciertas esperanzas utópicas.<sup>11</sup>

### III. Los supuestos de la regulación financiera tecnológica en México

Como resultado de esa economía y comercio del ciberespacio que es extraterritorial pero que además obedece a una comunidad global virtual, el Estado mexicano asume que la respuesta consiste en el diseño y construcción de un conjunto de supuestos normativos que permitan el desenvolvimiento en el futuro de adecuaciones, reformas a las leyes que integran el derecho bancario y crediticio y la construcción de nuevas legislaciones específicas.

Recordemos que, para la doctrina, el derecho bancario en su forma inicial se ofrece como un conjunto de normas de derecho público y derecho privado y cuya significación jurídica se mide siempre en relación con el derecho mercantil.<sup>12</sup>

Así, en 2017 se inició el proceso legislativo en México, para la discusión y aprobación en su caso, de la iniciativa de Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (LRITF).

En dicha iniciativa se señalan varios aspectos importantes que consisten, por una parte, en la identificación y regulación de las innovaciones producto de los servicios financieros que las instituciones de crédito y banca operan en las nuevas tecnologías.

Sobre este particular se enfatiza que el uso de sucursales para servicios financieros se encuentra en constante reducción, por lo que se asume la necesidad de regular las instituciones de fondos de pagos electrónicos dado el empleo de esa modalidad de pago en el comercio.

Por otra parte, en la identificación de tecnología de cadena de bloques u *Blockchain* en el idioma inglés, y que se identifica con una economía colaborativa y de servicios financieros de persona a persona.<sup>13</sup> En este sentido, se menciona la existen-

<sup>10</sup> Emilio Suñé Llinás, *op. cit.*, pp. 35-37.

<sup>11</sup> Alberto J. Ribes Leiva, *Sedución, comunidad y desigualdad: el ciberespacio y sus consecuencias socio-políticas*, España, 2006, disponible en la página electrónica institucional. [us.es/anduli/art4](http://us.es/anduli/art4), consultada el 4 de enero de 2018.

<sup>12</sup> Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1997, pp. 2-3.

<sup>13</sup> La consulta del texto de la iniciativa de Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera puede realizarse en la página electrónica [www.senado.gob.mx/sbsp/documentos](http://www.senado.gob.mx/sbsp/documentos).

cia de las plataformas que ponen en contacto a personas para participar en esquemas de deuda, capital, copropiedad o regalías o que se conocen como *crowdfunding* en los países anglosajones.

El *crowdfunding* consiste, en consecuencia, de esquemas de financiamiento donde la participación colectiva es esencial.

En México podemos decir que tiene sus antecedentes en la figura legal de las obligaciones mercantiles, en tanto éstos son títulos de crédito emitidos por sociedades anónimas que constituye un crédito colectivo con cargo a las mismas, pero que produce un colectivo de obligacionistas que incluso pueden, si así lo acuerdan, formar una defensa común en torno del cumplimiento de pago del financiamiento otorgado a la sociedad anónima.<sup>14</sup>

Para Heras Ballet existen al menos cuatro variantes de esta forma de financiamiento electrónico: la *donation-based crowdfunding* que obedece a recaudación de fondos mediante donaciones y generalmente sin ánimo de lucro y cuyo destino son las actividades sociales de las Organizaciones no gubernamentales; el *reward-based crowdfunding* donde los usuarios invierten en un proyecto ofrecido a cambio de un premio; la *lending o debt-based crowdfunding* donde el operador de la plataforma es un intermediario en la colocación de un crédito; y finalmente la modalidad *equity-based crowdfunding* donde el usuario se convierte en accionista de una empresa que ha instrumentado un proyecto.<sup>15</sup>

La futura LRITF aborda además la cuestión relativa a la existencia de lo que califica como “activos virtuales” y que no es otra cosa que el nacimiento de medios de inversión virtuales tales como el *Bitcoin*.

También se adentra en lo que llama los modelos novedosos, que identifica como negocios innovadores, basados en tecnologías en actividades financieras y cuyo receptáculo jurídico se nutre del llamado *Regulatory Sandbox*.<sup>16</sup>

Estos modelos novedosos no son del todo clasificados por la legislación mexicana, porque su complejidad cae dentro de lo que se conoce como las operaciones de empresas *fintech*, que implican un extenso abanico de asesoría tecnológica para inversión, desarrollo de productos financieros específicos para un determinado usuario, terciarización de inversiones y que son ofrecidos y operados por empresas que no están directamente relacionadas con entidades financieras.

Este segmento de regulación es seguramente uno de los que resultaran más polémicos si se toma en cuenta que estas empresas surgen a partir de un modelo *stakeholder* de interés colectivo para una población que busca alternativas a los bancos

---

<sup>14</sup> Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, tomo II, México, Porrúa, 1981, pp. 250-282.

<sup>15</sup> Para el conocimiento a detalle de estas modalidades ver el muy completo estudio de Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, *El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos*, Madrid, 2013, pp. 107-113, disponible en la página electrónica [www.derecho.uba.ar/revistas/](http://www.derecho.uba.ar/revistas/), consultada el 12 de diciembre de 2017.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 6.

y los operadores financieros tradicionales.

Según el Consejo Nacional de Inclusión Financiera,<sup>17</sup> en 2016 en México, se calcula que 61% de los mexicanos mayores de 15 años no tiene una cuenta bancaria, en tanto que 7 instituciones de los llamados grupos financieros concentran el 79% de los activos y el 84% de la cartera total, esto es, BBVA Bancomer, Citibanamex, Santander, Banorte, HSBC, Skotiabank e Inbursa; lo que refleja la importancia de un



<https://ticsparalosnegocios.wordpress.com>

En consecuencia, la regulación de la expansión financiera en el cibercomercio es una cuestión que denota la necesidad de crecer una nueva rama del derecho comercial y económico mexicano.

financiamiento en el ciberespacio que permita ampliar el acceso a servicios financieros, sobre todo, para la población más joven que ha nacido y se desarrolla bajo los medios tecnológicos más recientes.

Así, para llevar a cabo esta complicada regulación de sujetos, actos y medios de los servicios institucionales y de las actividades empresariales en el ciberespacio, la apuesta legislativa mexicana consiste en establecer ciertos principios rectores que se enumeran en los siguientes: inclusión e innovación financiera; promoción de la competencia; protección al consumidor; preservación de la estabilidad financiera y prevención de operaciones ilícitas.

Estos principios rectores se pueden entender como una especificación en un instrumento legislativo secundario (propuesta de Ley Para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera), del principio general de rectoría estatal enunciado por el artículo 25 constitucional.

En consecuencia, la regulación de la expansión financiera en el cibercomercio es una cuestión que denota la necesidad de crecer una nueva rama del derecho comercial y económico mexicano, que sea flexible, y a la vez en constante cambio, dada la dinámica de las creaciones tecnológicas y de la cada vez mayor participación y recreación de un espacio comunitario global.

Cabe señalar con respecto de esto que la propuesta de Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, replica en su contenido, la aplicabilidad de los usos normativos tal como hemos señalado en este estudio, al señalar que supletoriamente a las leyes especiales aplicables a las entidades financieras, se considerarán los usos y prácticas bancarias, bursátiles y mercantiles.

<sup>17</sup> Comisión Nacional Bancaria y de valores, *Reporte de Inclusión Financiera 2016*, disponible en la página electrónica [www.cnbv.gob.mx](http://www.cnbv.gob.mx), consultada el 30 de diciembre de 2017.

Es una salida también, como ya lo hemos expresado, de la protección a los intereses de las grandes corporaciones financieras, que, junto con el Estado insisten en la política neoliberal de competitividad y eficiencia en el mercado del dinero, pero asumiendo que sólo los agentes autorizados están facultados para gestionar tal política.

En este último sentido, la propuesta de Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera es abundante en los contenidos destinados a la protección de los derechos de los consumidores.

Así, por ejemplo, se contiene una serie de obligaciones de información y actualización hacia los clientes de las operaciones que realizarán las llamadas Instituciones de Financiamiento Colectivo, que son las personas morales que con autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrán intervenir en operaciones que pongan en contacto a personas del público en general.

Estas personas del público en general son aquellas que entre ellas se otorguen financiamientos, ya sea a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital.

En este mismo esquema de protección al consumo se ubican las Instituciones de Fondos de Pagos, que son aquellas que ofrezcan servicios al público mediante emisión, administración, redención y trasmisión de fondos de pago electrónico, mediante aplicaciones informáticas, interfaces o páginas de internet.

Sin embargo, esta protección radica en un sistema de interés dual que integra, a su vez, las políticas más importantes contra la existencia de los sistemas bancarios clandestinos.

El elemento normativo, consiste en el sistema punitivo que asume a la clandestinidad como una derivación de la desconfianza en el sistema bancario tradicional donde se opera bajo la cobertura de actividades comerciales lícitas, establecimientos electrónicos de inversión y fondos y establecimientos financieros no reglamentados.<sup>18</sup>

Así es en suma, una respuesta a la crisis de la propia regulación, del derecho en sí, y de la función legislativa del Estado que ante su *desiderátum* de certidumbre encuentra uno de sus mayores desafíos que auguran la evidencia de la incertidumbre misma de esa regulación ante la incertidumbre que genera la economía virtual.

## **IV. La emisión del dinero y el dinero virtual**

La política monetaria consiste en el señalamiento de prioridades y finalidades en la actividad del Estado sobre la moneda y el crédito, produciendo, de vez en vez, modificaciones que crea convenientes en las variables macroeconómicas.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> André Cuisett, *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*, México, 1996, PGR-Servicio de Cooperación Técnica Internacional de la Política Francesa en México, pp. 1-46.

<sup>19</sup> Miguel Acosta Romero, *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1983, pp. 146-147.

Instrumento determinante de esa política monetaria es la emisión de dinero, mecanismo, además, consecuencia de la determinación del constituyente mexicano de instaurar el monopolio de dicha emisión por el Estado.

Esa decisión fundamental establecida en el artículo 28 constitucional original conllevó con posterioridad al debate de implementar la estructura necesaria para llevar a la realidad dicho elemento de la política monetaria.

Por ello, a partir de los distintos intentos estructurales del Banco de México, durante el siglo XX se desembocó finalmente en la fundación de la banca central como organismo autónomo de naturaleza federal.

Por estas razones, la emisión se concibió en base al principio de la convertibilidad del billete y la moneda fraccionaria mediante su equivalente en reservas en oro y plata, razón que del todo definió la existencia de los volúmenes monetarios como elemento de cambio y liberación de pagos.

En busca de la certidumbre del poder adquisitivo del dinero, se manifestó además, la emisión del dinero durante el siglo XX a través de la acuñación de moneda, el billete de uso forzoso, el dinero electrónico y el de plástico, considerando para estos dos últimos casos el diseño de facultades legales de control y regulación de las instituciones de crédito.

Pero la llegada del siglo XXI trajo consigo nuevas realidades en cuanto al empleo y circulación de los medios de pago, haciendo surgir de manera inesperada el llamado dinero virtual.

Justamente la aparición de la moneda virtual o también llamada popularmente como “criptomonedas” en el ciberespacio consiste en una nueva expresión de las transformaciones originadas desde la mundialización de la cultura y la globalización económica y es, a la vez, en el campo de las relaciones jurídicas la necesaria adaptación de los esquemas formales elaborados mediante la revitalización de las corrientes del realismo jurídico.

Por estos elementos antes señalados, la propuesta de ley, conceptualiza a las monedas virtuales como “activo virtual” considerándose como tal la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada ante el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia sólo puede llevarse a cabo mediante medios electrónicos.

No se incluya en ellas al peso mexicano ni a las divisas ni cualquier otro activo denominado en moneda de curso legal, obligando a las instituciones de tecnología financiera a operar sólo con activos virtuales que determine el Banco de México y realizar operaciones con ellos mediante aprobación previa del propio Banco Central.

En dicha regulación el Banco de México tendrá que tomar en cuenta el uso cambiario que dé el público a esos activos virtuales y el tratamiento que les dé otras jurisdicciones, así como los convenios aplicables a las mismas.

Se descalifica, desde luego, al “activo virtual” como una moneda, determinando que no podrá considerarse en ningún caso como una moneda de curso legal, ni está respaldada por el Gobierno Federal ni por el propio Banco de México.

Desde una postura meramente académica las naturalezas jurídicas de estos activos virtuales pueden ubicarse en las llamadas obligaciones impropriadamente dinerarias, que son aquellas que:

[...] no tienen a la entrega del dinero como objeto directo ni a la concreción de dicho bien como objeto indirecto. Asimismo, el dinero tampoco es un medio de cumplirlas o solventarlas. No obstante, lo anterior al sobrevenir el incumplimiento o cumplimiento postergado de este tipo de obligaciones, hacen posible su evaluación en dinero para dar al acreedor una satisfacción por equivalente, a través de la respectiva indemnización en dinero. En estos casos, una obligación previamente existente cuya prestación no era de contenido dinerario se convierte en dineraria. Usualmente, derivan de la responsabilidad contractual.<sup>20</sup>

Lo cierto es que este renglón de la regulación de las instituciones de tecnología financiera representa un reto importante en el terreno de la certidumbre jurídica, puesto que se calcula que hoy día, circulan en la red cerca de 700 tipos de monedas virtuales basadas en la tecnología *blockchain*.

Esta tecnología, también conocida como cadena de bloques se compone de transacciones, el registro de las transacciones y un sistema que verifica y almacena. Estos bloques quedan en un *software* de código abierto o base de datos con información inmutable de las transacciones que se replica en los servidores de todo el mundo.

Es así la revolución más reciente de la economía virtual que transforma las bases mismas del capitalismo al hacer surgir un medio de inversión y cambio transfronterizo, y de aquí la imperiosa necesidad de los Estados, incluyendo el mexicano, de recuperar el sentido de regulación pública del mercantilismo financiero contemporáneo.

El poder coactivo, a diferencia de los que se mueve en el ciberespacio, ha de integrarse territorialmente, ha de federalizarse a nivel global, a través de mecanismos de derecho internacional y, después, acaso, de Derecho Constitucional [...] y eso es difícil [...] pero no imposible.<sup>21</sup>

De hecho, se ha anunciado ya que la próxima reunión del G20 en el 2018, discutirá una propuesta para regular el *bitcoin* y los activos virtuales a nivel mundial.

---

<sup>20</sup> David Hernández González, *Elementos de derecho monetario mexicano*, México, Porrúa, 2008, p. 282.

<sup>21</sup> Emilio Suñé Llinás, *op. cit.*, p. 30.

## V. Conclusiones

El nuevo impulso del mercantilismo financiero impulsado por las nuevas tecnologías que es expresión de la revitalización de la *lex mercatoria*, implica, como hace siglos lo fue en el mercantilismo en la Europa feudal, un desafío y reto a la soberanía del Estado y a su función de regulación y control.

En este supuesto, la hipótesis de este trabajo radica en la recuperación del Estado de ese mercantilismo global contemporáneo tal como también sucedió con la corriente de la codificación mercantilista, pero a diferencia de esa etapa, el sentido de la incertidumbre jurídica en una regulación es hoy mayor, puesto que la soberanía de los estados se cuestiona a través del desarrollo del ciberespacio y de sus componentes.

Así, abordar el sentido de la propuesta de Ley Para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera que comentamos en este trabajo y de la regulación de los inversores tecnológicos en general en el caso de México, es más un camino que muestra el interés de contener el avance de la economía virtual bajo parámetros de iniciativa comunitaria virtual.

Es una ruta punitiva y fiscalizadora que de aspiración, de certidumbre legal en una era de incertidumbre real.

Porque se trata de la identificación y regularización de los oferentes de operaciones financieras o empresas que no están ligadas a los grandes grupos financieros en el ciberespacio, pero a la vez de la identificación de los consumidores de esas operaciones.

Su propósito particular radica así en el intento del Estado mexicano por recuperar su soberanía en un delicado terreno, donde el espacio virtual se mueve bajo parámetros desconocidos a la tradicional territorialidad y jurisdicción de un solo estado, en su afán de seguir impulsando las políticas neoliberales que asumen la competitividad y eficiencia financieras sólo desde la perspectiva de los grandes consorcios y bancos.

La ley mexicana, en caso de aprobarse finalmente, restringe la participación de los oferentes y consumidores en el espacio virtual y conlleva una regulación contradictoria con la constante innovación de la economía virtual.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

Acosta Romero, Miguel. *Derecho bancario*. México. Editorial Porrúa, 1983.

Arellano García, Carlos. *Derecho internacional privado*. México. Editorial Porrúa, décimo octava edición, 2015.

## Sección Artículos de Investigación

- Cordera, Rolando; Dussel Peters, Enrique; Quintana Fausto; Heredia Zubieta, Carlos; Vázquez Calero Federico y Velarde Aguirre Mariana. *Nuevos enfoques de desarrollo para México, escenarios 2020*. México, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, septiembre 2011.
- Cuisset, André. *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*. México, 1996, PGR-Servicio de Cooperación Técnica Internacional de la Política Francesa en México.
- De J. Tena, Felipe. *Derecho mercantil mexicano*. México. Editorial Porrúa, 1980.
- Hernández González, David. *Elementos de derecho monetario mexicano*. México. Editorial Porrúa, 2008.
- Mantilla Molina, Roberto. *Derecho mercantil*. México. Editorial Porrúa, 1990.
- Suné Llinás, Emilio. (coord.). *La constitución del ciberespacio*. México. Editorial Porrúa, 2015.
- Rodríguez Rodríguez Joaquín. *Derecho bancario*. México. Editorial Porrúa, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de sociedades mercantiles*. Tomo II. México. Editorial Porrúa, 1981.
- Parra Rivera, Rose Mary. *Evolución de la Lex Mercatoria, Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la facultad de Ciencias Administrativas*. UNMSM, Vol. 13, núm. 25, Lima, julio 2010.

## Electrónicas

- Calva Tellez José Luis, Schwentesius y Gómez Cruz Manuel Ángel. La economía mexicana en el décimo año del TLCAN y reflexiones sobre la agricultura, lecciones para América latina de las Experiencias del Consenso de Washington y del TLCAN, 2003, página electrónica [fdcl-berlin.de](http://fdcl-berlin.de). consultada el día 3 de diciembre del año 2018.
- Comisión Nacional Bancaria y de valores, *Reporte de Inclusión Financiera 2016*, página electrónica [www.cnbv.gob.mx](http://www.cnbv.gob.mx).
- Iniciativa de Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera, página electrónica [www.senado.gob.mx/sgsp/documentos](http://www.senado.gob.mx/sgsp/documentos).
- Martínez García, Jesús Ignacio. *Derecho e incertidumbre*. España, Universidad de Cantabria, 2012, página electrónica <https://dialnet.unirioja.es/articulo>.
- Ribes Leiva, Alberto J. *Seducción, comunidad y desigualdad: el ciberespacio y sus consecuencias socio-políticas*. España, 2006, página electrónica institucional. [us.es/anduli/art 4](http://us.es/anduli/art4).
- Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. *El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos*. Madrid, 2013, página electrónica [www.derecho.uba.ar/revistas](http://www.derecho.uba.ar/revistas).

Arcelia  
González Merino\*

*Desafíos en la regulación  
de la biotecnología  
agrícola moderna en  
México: el caso de la  
edición de genes*

## Resumen

**D**esde hace más de dos décadas, la introducción de la ingeniería genética en la agricultura, sector salud y animal, ha producido grandes desafíos en términos de bioseguridad<sup>1</sup> en el ambiente, la diversidad biológica y salud humana y animal. El objetivo del presente trabajo es analizar el avance de la biotecnología agrícola moderna en la agricultura en México, específicamente los posibles efectos sociales que tendrá la utilización de la técnica de la edición de genes en la producción de cultivos de plantas, si no contamos con medidas de bioseguridad específica para esta tecnología.

## Abstract

*For more than two decades, the introduction of genetic engineering in agriculture, health and animal sector, has produced great challenges in the environment, biological diversity and human and animal health in terms of biosafety. This paper is focused in analyse the advance of modern agricultural biotechnology in agriculture, in Mexico, specifically, the possible social effects that the use of the technique of gene editing in production of plant crops, if there is no specific biosafety measures for this technique.*

**Sumario:** Introducción / I. La visión del riesgo en el desarrollo de la tecnología. Reflexividad de la modernidad / II. Desarrollo de la biotecnología agrícola y su regulación a nivel internacional / III. Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados de México/ IV. Edición de genes y su impacto social para México / V. Conclusiones / Fuentes de consulta.

---

\* Dra. en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM, Profesora–Investigadora del Departamento de Sociología UAM A., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

<sup>1</sup> Por bioseguridad se entiende “las acciones y medidas de evaluación, monitoreo, control y prevención que se deben asumir en la realización de actividades con organismos genéticamente modificados, con

## Introducción

Desde hace más de dos décadas la biotecnología agrícola moderna, se ha propuesto desarrollar cultivos genéticamente modificados que prometen una mejora en el rendimiento, resistencia a plagas e insectos, a estrés biótico y contribuir a mejorar la producción de alimentos. En este mismo periodo, sin embargo, se ha dado un gran debate en torno a los riesgos que significa la modificación genética, es decir, la introducción de un gen de una especie a otra, como lo es la introducción de un gen de una bacteria a una variedad vegetal, como lo que se ha hecho con la obtención de maíz, algodón, canola y soya, resistentes a plagas y tolerantes a herbicidas.

La edición de genes, sin embargo, siendo una técnica más precisa y predecible, promete ser una técnica más poderosa, justamente por su precisión en la inserción de genes y porque no se insertan genes externos a la especie misma.

La regulación específica sobre este tipo de tecnología en México no existe, por lo que cabe aquí analizar cuáles son los posibles efectos sociales de no contar con esta regulación.

A nivel internacional, existe un marco regulatorio que tiene como objetivo regular el uso de la biotecnología moderna, este es el Protocolo de Cartagena.

El Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio de la Diversidad Biológica se adoptó en Montreal el 29 de enero del 2000 y proporciona un marco normativo internacional para atender tanto las necesidades de protección del comercio como las necesidades del cuidado del medio ambiente debido al desarrollo inusitado de la biotecnología moderna.

México ratificó este Protocolo, por acuerdo del Senado de la República, en el 2002 y entró en vigor el 11 de septiembre de 2003. Posteriormente se aprobó la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados en 2005 (LBOGM).

El objetivo de la LBOGM es regular las acciones del uso de organismos genéticamente modificados<sup>2</sup> (OGMs o transgénicos<sup>3</sup>), y reducir o eliminar los riesgos potenciales a la diversidad biológica, medio ambiente, salud humana y animal.

---

el objeto de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que dichas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica, incluyendo los aspectos de inocuidad de dichos organismos que se destinen para uso o consumo humano”, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados”, México, 2005.

<sup>2</sup> Se entiende por organismo genéticamente modificado a cualquier organismo vivo, con excepción de los seres humanos, que ha adquirido una combinación genética novedosa, generada a través del uso específico de técnicas de la biotecnología moderna, siempre que se utilicen técnicas que se establezcan en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados o en las normas oficiales mexicanas que deriven de la misma.

<sup>3</sup> El término transgénico se ha usado como sinónimo de organismo genéticamente modificado, sin embargo, en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, no aparece en ninguna parte. Algunos biotecnólogos, empresarios y representantes del sector público, han considerado no oportuno el término, sin embargo, la técnica utilizada para obtener un organismo genéticamente modificado es transgénesis y por eso es correcto usar el término de transgénico.

A pesar de que esta ley tiene disposiciones para regular el uso de OGMs no contiene disposiciones específicas para regular la técnica de edición de genes. Pero ¿Qué es la edición de genes? ¿Qué posibles efectos sociales puede tener el uso de esta técnica si no existe un marco legal concreto que regule su uso?

En lo que sigue de este documento se explicará: 1) En un primer apartado la perspectiva teórica desde la cual se aborda este tema; 2) El desarrollo de la biotecnología agrícola y una historia breve de su regulación a nivel internacional, destacando la legislación en materia de bioseguridad en Estados Unidos y la Unión Europea; 3) La introducción de organismos genéticamente modificados en México y su legislación para regularlos; 4) La explicación de lo que significa la edición de genes y su posible impacto social.

## **I. La visión del riesgo en el desarrollo de la tecnología. Reflexividad de la modernidad**

Desde la perspectiva de Ulrich Beck, en la última etapa de la modernidad, el desarrollo de esta implica una distribución de riesgos, más que de una distribución de bienes. Este tipo de riesgos se ejemplifican con la degradación ambiental, los desastres nacionales y una decadencia económica y social. El autor de "Risk Society" sostiene que los efectos dañinos de la globalización no deben negarse, sino tratarse a través de la radicalización de su racionalización, de ahí que se hable de una modernización reflexiva. Esta reflexividad de la modernidad consiste en una crítica de la ciencia que se vuelva operativa. Beck señala que el concepto de riesgo está directamente relacionado con el concepto de modernización reflexiva. El concepto de riesgo se refiere a la forma sistemática de tratar los peligros e inseguridades inducidas e introducidas por la propia modernización, por el propio desarrollo tecnológico. Estos riesgos son diferentes a los viejos peligros, ya que debido a la propia lógica de la producción de empresas transnacionales, su impacto es a nivel global.

Desde la perspectiva de Beck, en la primera etapa de la modernidad capitalista (o primera modernidad), el riesgo estaba asociado al propio desarrollo de la tecnología. La obtención de riqueza era el principal objetivo porque la sociedad de esta época vivía en una situación de escasez. Sin embargo, en la segunda modernidad (el capitalismo desarrollado después de la caída del muro de Berlín), el desarrollo de la tecnología no tiene que ver más con una situación de escasez, sino con una intención desmedida de poder y acumulación de riqueza en donde, al ser posible el desarrollo de la tecnología a nivel global, el riesgo también se globaliza. El riesgo pasa así, de un ámbito nacional a un ámbito global. El desarrollo de la tecnología en esta segunda modernidad del capitalismo experimenta riesgos mucho más altos que antes de 1989, por ejemplo, la contaminación de genes en especies no objetivo, la contamina-

ción ambiental, especialmente la emisión de gases de efecto invernadero, accidentes nucleares, pobreza y desigualdad social.<sup>4</sup>

Sin embargo, desde la postura del mismo Beck y Anthony Giddens, la propia globalización del riesgo posibilita la difusión del conocimiento sobre estos posibles riesgos, lo que lleva a una actitud reflexiva de la población, gestionándose cierta conciencia del riesgo posibilitando al menos el debate sobre el desarrollo de la ciencia.<sup>5</sup>

## II. Desarrollo de la biotecnología moderna y su regulación a nivel internacional

### II.1 Desarrollo de la biotecnología moderna

La publicación de Watson y Crick, sobre la estructura de la doble hélice del ADN, a principios de la década de los cincuenta del Siglo XX, ha significado un paso trascendente,<sup>6</sup> tanto para la biología molecular, como para la ciencia, por el conocimiento sobre la información sobre la herencia, el llamado “secreto de la vida”. Sin embargo, fue desde 1869, cuando la sustancia química, el ADN como tal, fue encontrada por el físico y bioquímico Fridrieck Miescher en los leucocitos de un humano. Miescher realizó varios experimentos en la Universidad de Tübingen, Alemania, con gran interés en el contenido del núcleo de las células. El bioquímico Miescher se percató que había descubierto una nueva molécula, a la que llamó “nucleico”, de ahí que después se le llamara Ácido Desoxirribonucleico (ADN).<sup>7</sup>

El descubrimiento de la estructura del ADN ha llevado a científicos, instituciones públicas y a las grandes empresas multinacionales, a ver el enorme potencial que tiene el poder modificar la composición química y de información hereditaria con la técnica del ADN recombinante o también llamada ingeniería genética.<sup>8</sup> El conocimiento de la estructura del ADN también ha permitido entender a enfermedades genéticas como el síndrome de Down o la hemofilia. De igual manera, ha contribuido al entendimiento de la biología del cáncer, enfermedades degenerativas y se ha completado el proyecto del genoma humano.<sup>9</sup> En materia de biotecnología agrícola, utilizando la técnica del ADN recombinante, se puede trasplantar una característica

<sup>4</sup> Huang, Teng, “Reflexive Risk-Education and Cosmopolitanism in the Risk Society”, in *Globalizations*, vol. 12, núm. 5, pp. 744-757, 2015, <http://dx.doi.org/10.1080/14747731.2015.1011824>.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 748.

<sup>6</sup> Carlos Ortiz, “Encontramos el secreto de la vida”. 50 años del descubrimiento de la estructura del ADN, en: *Historia y Filosofía de la Medicina*, vol. 48, núm. 3, México, jul.-sep. 2003.

<sup>7</sup> Portin, P., “The birth and development of DNA theory of inheritance: sixty years since the discovery of the structure of DNA”, *Genet*, núm. 93, pp. 293-302, 2014.

<sup>8</sup> Arcelia González, “Políticas de Propiedad Intelectual y Bioseguridad en Biotecnología. Una propuesta Regional dentro del Marco Internacional”, Tesis para obtener el grado de Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, FCPYS, 2006.

<sup>9</sup> Carlos Ortiz, *op cit.*, p 3.

de un organismo vivo —ya sea virus, bacteria y otro— a otro organismo vivo, uno de los más usados actualmente es trasplantar un gen que otorgue la resistencia a insectos y/o tolerancia a herbicidas.

La técnica del ADN recombinante se “inventó” en 1973 por los científicos Stanley Cohen y Herbert Boyer. El equipo de Boyer, bioquímico e ingeniero genético en la Universidad de California en San Francisco, aisló una enzima que podía cortar el ADN, de manera precisa, en segmentos que llevaban un código para una proteína determinada y tales segmentos podían ser agregados a otras ramas de ADN. Por su parte, Cohen, profesor asociado de medicina en la Universidad de Stanford, desarrolló un método para producir plásmidos dentro de ciertas bacterias, así como un método para aislar y clonar genes. Ambos científicos juntaron sus métodos y nació la técnica del ADN recombinante, la ingeniería genética, o la biotecnología moderna.

En 1975, con ninguna política regulatoria existente para el uso del ADN recombinante y la controversial amenaza de los posibles riesgos al ambiente, la salud humana y animal, se llevó a cabo la Conferencia sobre la molécula del ADN Recombinante en Asilomar.<sup>10</sup>

Las reuniones llevadas a cabo en Asilomar representan un hito por el cuestionamiento por parte de expertos en la materia, al desarrollo de tecnologías de punta, como la biotecnología moderna, específicamente el cuestionamiento al desarrollo del ADN recombinante. Se pensaba que esta tecnología podía representar importantes beneficios, pero también graves riesgos adversos. Lo relevante de estas reuniones de Asilomar, llevadas a cabo en California, Estados Unidos, era la presencia de expertos científicos, alertando por primera vez al resto de la comunidad tecnocientífica y a la sociedad en general del riesgo en el uso de la ingeniería genética y de la necesidad de una regulación mucho más específica y rigurosa que pudiera llevar a una moratoria en las diversas investigaciones y experimentos.<sup>11</sup> En concreto;

[...] uno de los proyectos cuestionados, liderado por Paul Berg, un bioquímico norteamericano, de la Universidad de Stanford, consistía en un experimento cuya finalidad era llevar a cabo, en una probeta de laboratorio, un injerto de ADN de un virus de humor animal, se trataba en particular de un virus de un simio conocido como SV 40, en una versión de laboratorio de la bacteria humana denominada *Escherichia coli* (*E. coli*). Lo más polémico de este experimento era que, al tratarse *E. coli* de una bacteria que se encuentra en el tracto digestivo de los seres humanos, este proceder podría albergar el grave riesgo de crear un agente patógeno para el ser humano [...]. Este híbrido entre un simio y un humano, según se manifestó, podría resultar muy útil en determinadas investigaciones. Sin embargo,

<sup>10</sup> Hindmarsh Richard and Hebert Gottweis, *Recombinant Regulation: The Asilomar Legacy 30 Years On*, in *Science as Culture*, vol. 14, núm. 4, pp. 299-307, diciembre, 2005.

<sup>11</sup> Jósean Larrión, “Historia de las Reuniones de Asilomar. Éxitos y fracasos de la autorregulación en las comunidades tecnocientíficas”, *Sociología y Tecnociencia, Revista Digital de Sociología del Sistema Tecnocientífico*, Departamento de Sociología, Universidad Pública de Navarra, 2010.

este también podría escapar de las probetas del laboratorio e infiltrarse en el cuerpo de algún ser humano, dando lugar así con una alta probabilidad a algún nuevo tipo de problema o enfermedad.<sup>12</sup>

Como resultado de este cuestionamiento, se propuso una moratoria a la investigación sobre el ADN recombinante. También se encontraba la posición de los que consideraban que el desarrollo de la tecnología con riesgos, se podría compensar con los beneficios posibles. En la Conferencia de Asilomar de 1974 se llegó a los siguientes resultados: 1) se recomendaba que la investigación sobre el ADN recombinante debía continuar; 2) se dejaba al público la impresión de que sólo algunos temas esenciales en el desarrollo del ADN recombinante serían tratados como de bioseguridad en el laboratorio.<sup>13</sup>

A partir de esta técnica se pueden tener plantas, hongos, animales y microorganismos genéticamente modificados.

Para 1985 se inician los estudios sobre la secuenciación del genoma humano. En 1988 el Consejo Nacional de Investigación de Estados Unidos aprueba el programa del genoma humano y en el 2000, la compañía Celera Genomics comunica la secuenciación del genoma de *Drosophila*. Este proyecto tuvo tres etapas, la primera (de 1988 a 1992), fue el periodo de desarrollo e implementación, bajo el liderazgo de James Watson. La segunda etapa (de 1993 a 1998) la lideró Francis Collins y la tercera, (1998-2001), incluyó varios grupos de investigación que se dedicaron a secuenciar el genoma humano.<sup>14</sup>

## II.2 El Protocolo de Cartagena del Convenio de Diversidad Biológica y el Principio Precautorio

Ante el inusitado avance de la biotecnología moderna, y con la finalidad de regular el movimiento transfronterizo de los organismos genéticamente modificados, se estableció el Protocolo de Cartagena. El Protocolo de Cartagena del Convenio de Diversidad Biológica fue adoptado en México en el año 2000 con el fin de proteger el medio ambiente, la salud humana y animal, ante el rápido crecimiento de la industria biotecnológica.<sup>15</sup> En su artículo 1, éste protocolo establece que:

[...] el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización segura de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que pueden tener efectos adversos para la conser-

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>13</sup> J. Philip Regal, "A brief history of biotechnology risk debates and policies in the United States", Edmundo Institute, United States, julio, 1998.

<sup>14</sup> Zwart Hub, "Ney Genetics and Society", vol. 27, núm 4, diciembre, 2008, 353-376

<sup>15</sup> Cordonier *et al.*, "Legal Aspects of Implementing the Cartagena Protocol on Safety", *Asian Biotechnology and Development Review*, vol. 16, núm. 1, Research and Implementing System for Developing Countries, 2016.

vación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.<sup>16</sup>

El objetivo de este Protocolo nos hace entender que la manipulación y utilización de genes y productos de la biotecnología moderna pueden tener efectos adversos al ambiente, a la diversidad biológica y a la salud humana y animal. Pero, ¿cuáles son los riesgos de estos productos?

La Food and Agriculture Organization (FAO) reconoce actualmente los siguientes riesgos:

- 1) *Presencia de transgenes en poblaciones no objetivo.* Existe el riesgo de que genes modificados genéticamente insertados a un cultivo (si este cultivo se libera al ambiente), se transmitan a poblaciones silvestres con consecuencias potencialmente graves a la biodiversidad o contaminen los cultivos de los agricultores orgánicos.
- 2) *Características no deseadas.* Los transgenes para aumentar la resistencia a los herbicidas pueden aumentar el uso abusivo de herbicidas, mientras que los destinados a aumentar la resistencia a los insectos pueden generar resistencia en estos, lo que obliga al uso de productos más tóxicos para eliminarlos.
- 3) *Flujo de genes.* La FAO también ha reconocido como riesgo potencial el flujo de genes. El flujo de genes es posible mediante el cruzamiento de variedades de polinización libre con cultivos locales o parientes silvestres. El flujo de genes se ha producido durante milenios entre variedades nativas y los cultivos mejorados de manera convencional, cabe prever que es posible que suceda un cruzamiento entre cultivos nativos y los modificados genéticamente.<sup>17</sup>
- 4) *Riesgo para el consumo humano.* Los riesgos a la salud, en términos de ingerir productos de la ingeniería genética que son resistentes a insectos y tolerantes a herbicidas pueden tener efectos nocivos a la salud.<sup>18</sup>
- 5) *Tecnologías capaces de impedir que los agricultores reutilicen las semillas.* Estas tecnologías (asociadas a un sistema de propiedad Intelectual), requieren que los agricultores compren las semillas todas las temporadas y pueden impedir su adopción por pequeños agricultores y comunidades locales e indígenas con bajos recursos.<sup>19</sup>

Ante estos riesgos uno de los estatutos que se estableció dentro del Protocolo de Cartagena es el principio precautorio. El principio precautorio está incluido en el artículo 10, apartado 6 de este acuerdo y señala lo siguiente:

---

<sup>16</sup> United Nations Environment Programme (UNEP), “Cartagena Protocolo on Biosafety”, 2001-2005.

<sup>17</sup> FAO, “Repercusiones de los cultivos transgénicos en la salud y el medio ambiente”, Roma, Italia, 2005.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> FAO, “Agricultura Mundial: hacia los años 2015/2030, Informe Resumido”, [www.fao.org/docrep/004/y3557s/y3557s09.htm](http://www.fao.org/docrep/004/y3557s/y3557s09.htm).

El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud sobre los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una posición según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trata.<sup>20</sup>



El Protocolo de Cartagena del Convenio de Diversidad Biológica fue adoptado en México en el año 2000 con el fin de proteger el medio ambiente, la salud humana y animal, ante el rápido crecimiento de la industria biotecnológica.

La importancia de este concepto de “principio precautorio” es que expresa claramente —como se puede ver en este artículo 10 del Protocolo— que no se necesita una certidumbre científica de que haya riesgo en la liberación al ambiente y uso de un organismo modificado genéticamente (producto de la biotecnología moderna), para que se impida la liberación al ambiente, uso o importación de dicho organismo. Se trata, así, del primer acuerdo ambiental internacional que incluye

el principio precautorio dentro de sus disposiciones y que, al ser vinculante, obliga a los países firmantes a implementarlo en sus legislaciones nacionales.<sup>21</sup>

Una lectura rigurosa de este principio, nos dice, que ninguna persona debe usar una tecnología hasta que su inocuidad sea probada. Una lectura más laxa y débil de este principio, nos dice, que la ausencia de una completa certeza científica *per se* no es una justificación suficiente para prevenir una acción que puede ser perjudicial.<sup>22</sup>

Otro de los aspectos importantes que incluye el Protocolo de Cartagena es el socioeconómico. En su artículo 26 señala que:

Las partes, al adoptar una decisión sobre la importación con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán

<sup>20</sup> Secretaría de la Convención Biológica, *op cit.*, p. 8.

<sup>21</sup> González, *op cit.*, p. 109.

<sup>22</sup> Ahteensuu Marko, “The Precautionary Principle in the Risk Management of Modern Biotechnology”, in *Science Studies*, vol. 17, núm. 1, 2004, p. 57-65.

tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones nacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales.<sup>23</sup>

De este artículo, cabe enfatizar que cuando se aborda el tema de las consideraciones socioeconómicas, preocupan, de manera especial, los efectos que los organismos genéticamente modificados puedan tener para el valor de la diversidad biológica. Es decir, si se plantea una preocupación específica por las comunidades indígenas, es porque se ha reconocido en varios foros y acuerdos internacionales que son estas comunidades las que han conservado y mejorado, por cientos de años, los recursos genéticos que forman nuestra biodiversidad.

Desde esta perspectiva, el considerar los aspectos socioeconómicos preocupados por las comunidades indígenas es un gran acierto, sin embargo, a lo largo de las revisiones del Protocolo de Cartagena, los aspectos socioeconómicos han quedado fuera de los procesos de evaluación de riesgo “y no debe ser así debido a la imbricación entre los aspectos ambientales y los socioculturales.”<sup>24</sup>

Hasta aquí, lo que podemos comentar, es que ante el inusitado avance de la biotecnología moderna que tiene grandes beneficios en la salud como el desarrollo de alternativas para los enfermos de diabetes, inseminación artificial, prevenir enfermedades degenerativas, también tiene grandes riesgos por el propio uso de la ingeniería genética que permite manipular genes (clonar, introducir un gen de una especie (bacteria) a otra (un cultivo)).

Los riesgos potenciales al ambiente y a la salud humana y animal requieren de un marco regulatorio de bioseguridad internacional y nacional que nos permita implementar una tecnología inocua.

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de la Diversidad Biológica, constituye, así, el primer intento de la comunidad internacional para establecer un régimen global de bioseguridad para fomentar el uso inocuo de la biotecnología moderna.

Con este protocolo es posible informar previamente al país donde se intente exportar los productos de esta tecnología. A su vez, cada país debe desarrollar una legislación propia de bioseguridad, desde una perspectiva de cuidado de la diversidad biológica, salud y medio ambiente y que, incluso, consideraciones sociales y culturales como son los derechos de las comunidades indígenas sobre sus recursos genéticos, debieran ser considerados.

---

<sup>23</sup> Secretaría de la Convención Biológica, *op cit.*, p. 20.

<sup>24</sup> Michelle Chauvet, “Gattaca vs Tlayoli: la dimensión socioeconómica y biocultural del Protocolo de Cartagena”, en: *Revista Sociedades Rurales, Producción y Medio Ambiente*, vol. 9, núm. 17, 2009, p. 109.

## II.3 Regulación de Bioseguridad en Estados Unidos y la Unión Europea

### *La regulación de bioseguridad en Estados Unidos*

En Estados Unidos son tres agencias las que se encargan de regular los organismos genéticamente modificados. El Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS), la Food and Drug Administration (FDA) y la Environmental Protection Agency (EPA).

El APHIS ha estado regulando el uso de organismos genéticamente modificados en plantas, desde 1987. A través de su programa de Biotechnology Regulatory Services, la APHIS ha autorizado más de 38 mil permisos y notificaciones para la introducción segura —importación—, movimiento interestatal y liberación ambiental (pruebas de campo) de organismos genéticamente modificados.<sup>25</sup>

El sistema que regula la liberación y uso de organismos genéticamente modificados en Estados Unidos, se fundamenta en un sistema coordinado de tres autoridades. La FDA, la EPA y el Department of Agriculture (USDA).<sup>26</sup> La FDA tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad de los alimentos para los seres humanos y animales, así como el etiquetado y la seguridad de todos los alimentos de origen vegetal. La EPA regula los pesticidas y los residuos de estos en los alimentos para los seres humanos y animales.<sup>27</sup> El USDA sirve como el líder regulador de las tres instituciones y vigila que el organismo modificado genéticamente no tenga efectos nocivos al ambiente.<sup>28</sup>

El sistema de regulación en bioseguridad de Estados Unidos se centra en el funcionamiento de estas tres instituciones y no cuenta con una ley de bioseguridad como la mayoría de los países del mundo, incluido México.

Uno de los criterios para regular el consumo de alimentos que contengan organismos genéticamente modificados en Estados Unidos, es el de equivalencia sustancial.

El concepto de equivalencia sustancial se refiere a que si las características de un alimento que contiene algún organismo genéticamente modificado, son equivalentes —en términos químicos y nutricionales—, al tradicional o convencional, entonces, debe considerarse equivalente al mismo y no debe etiquetarse.

Este concepto fue introducido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y ha sido usado por varios países, entre ellos Estados Unidos, como herramienta para evaluar la seguridad en el consumo de los alimentos genéticamente modificados.<sup>29</sup> Este concepto no contempla los cambios en la expresi-

---

<sup>25</sup> USDA, “Strategic Plan FY2014-FY2018, Protecting plant health through the regulation of genetically engineered organisms”, [www.aphis.usda.gov/biotechnology/downloads/brs-srat\\_plan\\_15-18.pdf](http://www.aphis.usda.gov/biotechnology/downloads/brs-srat_plan_15-18.pdf).

<sup>26</sup> Jeffrey Wolt, *et al.*, “The Regulatory Status of Genome-edited Crops”, in *Plant Biotechnology Journal* núm. 14, pp. 510-518, 2016.

<sup>27</sup> USDA, *op cit.*,

<sup>28</sup> Jeffrey Wolt, *et al.*, *op cit.*, p. 512.

<sup>29</sup> Tomlinson, Nick, Food Standards Agency, United Kingdom, in FAO, Topic 1: “The Concept of Substantial Equivalence, its Historical Development and Current Use”, 2000, [www.fao.org/es/esn/food/Bio=3.pdf](http://www.fao.org/es/esn/food/Bio=3.pdf).

sión de los genes en los alimentos genéticamente modificados, ni tampoco el posible efecto adverso, a largo plazo, que puede ocasionar el consumo de organismos genéticamente modificados.<sup>30</sup>

Sin embargo, el consumo de alimentos, de millones de toneladas como la soya transgénica y la importación de maíz genéticamente modificado importado de Estados Unidos y que se ha consumido en México, pareciera fortalecer el concepto de equivalencia sustancial.

### *Regulación de bioseguridad en la Unión Europea*

La Unión Europea (UE) tiene una regulación en materia de bioseguridad muy diferente a la de Estados Unidos, ya que su legislación parte del principio precautorio y no del principio de equivalencia sustancial para evaluar los alimentos producto de la ingeniería genética. Es decir, para la Unión Europea un alimento producto de la ingeniería genética no es *per se* equivalente sustancial a un convencional sólo porque tenga similitudes nutricionales con el alimento convencional y deben tomarse las medidas de bioseguridad adecuadas que garanticen la inocuidad de los alimentos

Desde 1990, la Unión Europea adoptó la directiva 90/220 sobre la liberación de organismos genéticamente modificados. Posteriormente, en el año de 2002, adoptó la directiva 2001/18, la cual no sólo incluye disposiciones para regular la liberación al ambiente y el uso de organismos genéticamente modificados, sino también disposiciones para la información y participación públicas. Otra de las nuevas medidas que contiene esta última directiva es la obligatoriedad de requisitos de monitoreo, que incluya la evaluación de los efectos de los organismos genéticamente modificados a largo plazo, que incluye la interacción de otros organismos y el medio ambiente. Asimismo, el etiquetado de estos organismos genéticamente modificados tiene carácter obligatorio, aspecto que en Estados Unidos no existe.<sup>31</sup>

Actualmente, dentro de la Unión Europea se permite el cultivo de alimentos genéticamente modificados —implementando el principio precautorio—, en algunos países aunque también se observan disposiciones restrictivas para la comercialización de los mismos productos.<sup>32</sup>

## **III. Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados de México**

La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados se publica por primera vez el 18 de marzo de 2005. Tiene como objetivo:

<sup>30</sup> Ingeborg M.A. y Terje Travik, “Genetically Modified (GM) crops: Precautionary Science and Conflict of Interest”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, núm. 16, 3, 2003.

<sup>31</sup> Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 de marzo de 2001, en [www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=236455](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=236455).

<sup>32</sup> Wolt, *et al.*, *op cit.*, p. 513.

[...] regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola.<sup>33</sup>

México al ser parte del Protocolo de Cartagena del Convenio de Diversidad Biológica, estaba obligado a desarrollar una legislación a nivel nacional que atendiera las disposiciones en materia de bioseguridad, para regular los posibles efectos adversos de la biotecnología moderna, al ambiente y la salud humana y animal.

Otro de los principales criterios del porqué desarrollar una legislación específica en materia de bioseguridad en México es debido a su riqueza biológica, ya que ocupa el cuarto lugar a nivel mundial en esta riqueza. México, además, es centro de origen y de diversidad genética de especies y variedades que deben ser protegidas y aprovechadas desde una perspectiva de desarrollo sustentable.

Cabe señalar que la legislación mexicana tiene más similitud con la legislación de los Estados Unidos en el criterio de equivalencia sustancial, a pesar de que en nuestro país sí contamos con una ley y Estados Unidos no.

La Ley de Organismos Genéticamente Modificados señala en su artículo 101:

Los OGMs o productos que contengan organismos genéticamente modificados autorizados por la Secretaría de Salubridad y Asistencia (SSA) por su inocuidad en los términos de esta Ley y que sean para consumo humano directo, deberán garantizar la referencia explícita de organismos genéticamente modificados y señalar en la etiqueta la información de su composición alimenticia o de sus propiedades nutrimentales, en aquellos casos en que estas características sean *significativamente diferentes*<sup>34</sup> respecto de los productos convencionales, y además cumplir con los requisitos generales de etiquetado conforme a las normas oficiales mexicanas que expida la SSA, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Salud y sus disposiciones reglamentarias, con la participación de la Secretaría de Economía.<sup>35</sup>

Es decir, la Ley de Bioseguridad de México no exige el etiquetado para los productos de la ingeniería genética, únicamente cuando sean significativamente diferentes, en términos de su composición alimenticia o nutricional, tal como lo hace la legislación norteamericana.

---

<sup>33</sup> Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, “Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados”, en [www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ley180305.html](http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ley180305.html), México, 18 de marzo de 2005.

<sup>34</sup> El subrayado es mío.

<sup>35</sup> Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *op cit.*,

Al respecto, se han dado diferentes cuestionamientos, especialmente de organizaciones no gubernamentales como Greenpeace, señalando que es un derecho de los consumidores saber qué es lo que consume, por lo que debe etiquetarse todo organismo genéticamente modificado, y dejar a elección del consumidor si lo consume o no.

Evidentemente, las empresas biotecnológicas no están de acuerdo en etiquetar.

## IV. Edición de genes y su impacto social para México

Como se señaló en el apartado 2, la era de la ingeniería genética, la era del ADN recombinante, con la posibilidad de modificar genes, proporcionando características que no se hubieran obtenido por la simple cruce natural, comienza en los años setenta, más exactamente en 1973.

Sin embargo, el desarrollo de la técnica en aquella época no era precisa, además de ser costosa.

A principios del siglo XXI, el desarrollo del Proyecto del Genoma Humano, implicó el abaratamiento en mil veces el secuenciamiento del ADN. Pocas tecnologías se han abaratado tanto en tanto poco tiempo. Este abaratamiento, junto con el propio desarrollo de la biotecnología moderna, generó el desarrollo insólito de una de las técnicas más controvertidas hasta el momento y que es la edición de genes.

La edición de genes consiste en utilizar un sistema, llamado CRISPR-Cas9,<sup>36</sup> possibilitando cambiar una secuencia de ADN de una forma más fácil, rápida y precisa en diferentes puntos concretos del genoma de un organismo vivo. Esta tecnología implica también el abaratamiento en el secuenciamiento del ADN.<sup>37</sup> Existen además otras herramientas para editar genes, como las llamadas dedos de Zinc y las activadoras de transcripción TALEN. Estas están basadas en proteínas y una región guía que reconoce el gen que se quiere manipular, sin embargo, ambas resultan difíciles de administrar en las células debido a su tamaño, complicando la capacidad de generar múltiples cambios genéticos simultáneos. Con el sistema CRISPR-Cas9 se logra la precisión y obtención simultánea requerida.<sup>38</sup>

La creadora de esta técnica, Jennifer Doudna, junto con Emmanuelle Charpentier, han definido a CRISPR-Cas9, como una manera para que los científicos elimi-

---

<sup>36</sup> CRIPR-CAS9, significa Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats (en español, Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Interespaciadas) y CAS9 es el nombre de una serie de proteínas que permite cortar el ADN, juntas constituyen el sistema que permiten cortar el ADN de manera más precisa.

<sup>37</sup> Xavier Soberón, "Edición de Genes de CRISPR-Cas9", Conferencia impartida en CIBIOGEM, el 15 de junio de 2017.

<sup>38</sup> Consultar *Revista Genética Médica*, en [www.revistageneticamedica.com/crispr/](http://www.revistageneticamedica.com/crispr/).

nen o inserten pedazos específicos de ADN en células con una precisión no lograda anteriormente.<sup>39</sup>

En México ya existen laboratorios que están empezando a utilizar esta técnica. En el Instituto Nacional de Medicina Genómica (INMEGEN) ya se utilizan estos procedimientos. Existen grupos de investigación que están trabajando con organismos como rata, pez, cebra o mosca. El director del INMEGEN, considera que el sector agrícola es el que más se verá beneficiado ya que uno de los argumentos de los que se señalaban para rechazar los organismos genéticamente modificados era la imprecisión cuando se insertaban los genes exógenos. Con la edición de genes —con la técnica CRISPR-Cas9—, sin embargo, se podrán transferir a una planta características, por ejemplo, de resistencia a sequía, y no sería transgénico en el sentido estricto, porque el gen se transfiere de la misma planta, simplemente se realiza más rápido.<sup>40</sup>

La edición de genes, promete atender muchas enfermedades como: fibrosis quística, distrofia muscular, VIH, etcétera, sin embargo, la utilización de esta técnica en humanos ha despertado alarmas e incluso en el 2015 se suspendió un experimento que hasta la fecha no se ha publicado ya que no salió bien.<sup>41</sup>

El director de INMEGEN, Xavier Soberón ha señalado que en el ámbito reproductivo hay importantes implicaciones bioéticas e incluso en la Cumbre Internacional en Edición Genética Humana, que se llevó a cabo en Washington en diciembre de 2015, se propuso que no se realicen modificaciones con fines reproductivos.<sup>42</sup>

## V. Conclusiones

El desarrollo de la biotecnología moderna promete grandes beneficios y ha tenido ya grandes beneficios en el sector salud.

La edición de genes, en especial la técnica CRISPR-Cas9 como una de sus técnicas más recientes, siendo una tecnología de las más precisas y de bajo costo, también promete atender muchos problemas de salud.

La edición de genes, sin embargo, no está incluida dentro de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados en México.

Algunos biotecnólogos o expertos científicos en la materia consideran que la edición de genes no es transgénesis (porque no se inserta un gen externo), sin embargo, los posibles riesgos a la salud y al ambiente, existen, dado que se da una modificación genética que no existía en la naturaleza.

---

<sup>39</sup> Academia Mexicana de Ciencias, “Edición Genética con la técnica CRISPR-Cas9”, en *Boletín Informativo de la Academia Mexicana de Ciencias*, núm. 55, mayo 2016.

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>41</sup> Bernal Gamboa, “La Edición de Genes a estudio. Los problemas bioéticos que puede tener esta tecnología”, en: *Persona y Bioética*, vol. 20, núm. 2, pp. 125-131, 2016.

<sup>42</sup> Academia de Ciencias, *op. cit.*, p. 9.

Desde la perspectiva de la sociedad reflexiva en términos de evaluación del riesgo, debe existir una participación plural en el desarrollo de la técnica, que incluya la opinión de los consumidores y su derecho a elegir, si quieren consumir productos transgénicos y/o, productos de la edición de genes o no.

Si no se tienen las disposiciones esenciales para la regulación de la técnica de edición de genes, desde una perspectiva de principio precautorio, los riesgos potenciales para la conservación de la enorme diversidad biológica de México, así como para la salud humana y la seguridad alimentaria, pueden ser irreversibles.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Beck, Ulrich. "Risk Society. Towards a New Modernity". *Sage Publications*. Newbury Park, California, 2002.
- González, Arcelia. "Políticas de Propiedad Intelectual y Bioseguridad en Biotecnología. Una propuesta Regional dentro del Marco Internacional", Tesis para obtener el grado de Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, FCPYS, 2006.
- Larrión, Jósean. "Historia de las Reuniones de Asilomar. Éxitos y fracasos de la autorregulación en las comunidades tecnocientíficas". *Sociología y Tecnociencia*. 2010.
- Regal, Philip, J. "A brief history of biotechnology risk debates and policies in the United States". Edmundo Institute, United States, July, 1998.
- Soberón, Xavier. "Edición de Genes de CRISPR-Cas9". Conferencia impartida en CI-BIOGEM, el 15 de junio de 2017.
- United Nations Environment Programme (UNEP). "Cartagena Protocolo on Biosafety". 2005.

### *Electrónicas*

- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. "Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados". En: [www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/comp/ley180305.html](http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/comp/ley180305.html), México, 18 de marzo de 2005.
- Huang, Teng. "Reflexive Risk-Education and Cosmopolitanism in the Risk Society". En *Globalizations*. Vol. 12, núm. 5, pp. 744-757, 2015, <http://dx.doi.org/10.1080/14747731.2015.1011824>.
- Tomlinson, Nick, Food Standards Agency, United Kingdom, in FAO, Topic 1: "The Concept of Substantial Equivalence, its Historical Development and Current Use". 2000, [www.fao.org/es/esn/food/Bio-=3.pdf](http://www.fao.org/es/esn/food/Bio-=3.pdf).
- USDA. "Strategic Plan FY2014-FY2018, Protecting plant health through the regulation of genetically engineered organisms". [www.aphis.usda.gov/biotechnology/downloads/brs-srat\\_plan\\_15-18.pdf](http://www.aphis.usda.gov/biotechnology/downloads/brs-srat_plan_15-18.pdf), revisada el 24 de septiembre de 2017.
- [www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=236455](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=236455).
- [www.revistageneticamedica.com/crispr/](http://www.revistageneticamedica.com/crispr/).

### Hemerográficas

- Academia Mexicana de Ciencias. “Edición Genética con la técnica CRISP-Cas9”. En: *Boletín Informativo de la Academia Mexicana de Ciencias*, núm. 55, mayo 2016.
- Ahteensuu Marko. “The Precautionary Principle in the Risk Management of Modern Biotechnology”. En: *Science Studies*, vol. 17, núm. 1, 2004.
- Gamboa-Bernal. “La Edición de Genes a estudio. Los problemas bioéticos que puede tener esta tecnología”. En: *Persona y Bioética*. vol. 20, núm. 2, pp. 125-131, 2016.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios. “Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados”, Nueva Ley *DOF* 18 de marzo de 2005.
- Chauvet, Michelle. “Gattaca vs Tlayoli: la dimensión socioeconómica y biocultural del Protocolo de Cartagena”. En: *Revista Sociedades Rurales, Producción y Medio Ambiente*, vol. 9, núm. 17, 2009.
- Cordonier Marie-Claire, Frederic Perron-Welch y Christine Frison. “Legal Aspects of Implementing the Cartagena Protocol on Safety”. *Asian Biotechnology and Development Review*, Vol. 16, núm. 1, Research and Implementing System for Developing Countries, 2016.
- FAO. “Agricultura Mundial: hacia los años 2015/2030. Informe Resumido”. [www.fao.org/docrep/004/y3557s/y3557s09.htm](http://www.fao.org/docrep/004/y3557s/y3557s09.htm).
- Hindmarsh Richard and Hebert Gottweis, Recombinant Regulation: The Asilomar Legacy 30 Years On”, En: *Science as Culture*, Vol. 14, No. 4, 299-307, december 2005.
- Ingeborg M.A. y Terje Travik. “Genetically Modified (GM) crops: Precautionary Science and Conflict of Interest”. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*; vol. 16, núm. 3, 2003.
- Ortiz, Carlos. “Encontramos el secreto de la vida”. 50 años del descubrimiento de la estructura del ADN”. En: *Historia y Filosofía de la Medicina*. Vol. 48, núm 3, jul-sep 2003, México.
- Portin, P. “The birth and development of DNA theory of inheritance: sixty years since the discovery of the structure of DNA”. *Genet* núm. 93, pp. 293-302, 2014.
- Wolt, Jeffrey, Kan Wang and Bing Yang. “The Regulatory Status of Genome-edited Crops”. En: *Plant Biotechnology Journal*. núm. 14, pp. 510-518, 2016.
- Zwart Hub. “Ney Genetics and Society”. Vol. 27, núm. 4, diciembre, 2008, pp. 353-376.

### Otras fuentes

- FAO. “Repercusiones de los cultivos transgénicos en la salud y el medio ambiente”. Roma, Italia, 2005
- Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000). “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”. Montreal.

**Carlos Humberto  
Durand Alcántara\***

## *Remembranzas y avatares del pensamiento sociológico, un enmarque desde la teoría de sistemas<sup>1</sup>*

*Al Doctor Raffaele di Giorgi<sup>2</sup> por sus  
aportaciones teóricas y su amistad*

### El contexto

**E**n el caso que aquí nos ocupa y en el marco del Congreso al cual tuve la amabilidad de ser invitado como conferencista magistral, celebramos el cuadragésimo aniversario del decanato de nuestro amigo el Dr. Raffaele Di Giorgi, quien creó junto con Niklas Luhmann el Instituto de Estudios del Riesgo y además, como sabemos contribuyó de manera significativa en la construcción de la ya mundialmente famosa “teoría de sistemas”. El tema que desarrollaré se intitula: *El modo de no saber en la ecología*, aspecto evidentemente complejo, sin embargo, si me lo permiten, iniciaré esta intervención expresando mi sentimiento al quehacer que me ha vinculado con Raffaele.



<http://www.humanitas.it/news>

Dr. Raffaele Di Giorgi, quien creó junto con Niklas Luhmann el Instituto de Estudios del Riesgo y además, como sabemos contribuyó de manera significativa en la construcción de la ya mundialmente famosa “teoría de sistemas”.

\* Dr. en Antropología, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, Coordinador de la Maestría en Derecho, UAM-A., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

<sup>1</sup> Palabras del Dr. Carlos Humberto Durand Alcántara en el Rectorado de la Universidad de Lecce, Italia, en el marco de la clausura relativa a la celebración del 40 aniversario de las actividades intelectuales, desarrolladas por el Dr. Raffaele Di Giorgi y que tuvo como marco de referencia el *Convegno Internazionale Ecologia del Non Sapere* que se verificó el 28 de febrero de 2018.

<sup>2</sup> Actualmente, febrero de 2018, director del Instituto de Estudios del Riesgo de la Universidad de Lecce, Italia, quien es reconocido mundialmente por sus aportaciones en la conformación de la llamada Teoría de sistemas, al lado de Niklas Luhmann.

## I

Hace décadas resultaba insólito pensar en la debacle mundial, hoy el aserto de la crisis generalizada es un hecho. Este proceso nos ha ligado a cierta corriente de pensadores europeos que han creado toda una formulación teórica acerca de la denominada *sociedad del riesgo*, cuyos principios sustentan, entre otros diversos aspectos, la catástrofe hacia donde nos está llevando el actual esquema neoliberal y lo cual amerita un profundo debate.

Parafraseando al Dr. Raffaele di Giorgi: “la fase de desarrollo de la sociedad moderna implica riesgos sociales, políticos, económicos e industriales, que tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial”.

En particular este ha sido el eslabón que nos vinculó con el Centro de Estudios del Riesgo de la Universidad de Salento, Lecce, Italia, que preside desde la década de los años noventa del siglo XX, el Dr. Raffaele Di Giorgi, compañero entrañable del teórico más importante sobre la teoría de sistemas, el Dr. Niklas Luhmann, y quienes desde hace más de tres décadas, predijeron de qué manera las sociedades altamente tecnológicas e industrializadas estaban cavando su propia destrucción.

Por mencionar sólo un dato, según las cifras de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se prevé que la temperatura media de la superficie del planeta aumente entre 1.4 y 5.8 grados celsius de la actualidad al año 2010; a pesar que los inviernos son más fríos y violentos. Esto se conoce como calentamiento global. “Estos cambios repercutirán gravemente en los ecosistemas y en nuestras economías”, señala la Comisión Europea sobre Kyoto.

## II

Las graves contradicciones en que se enmarca el planeta, han determinado construcciones teóricas, que bien podemos denominar no solamente como epistemológicas, sino como sustentadoras de una nueva *praxis* social, en términos del cambio de paradigma, es en esta óptica que ubicamos un eslabonamiento entre el pensamiento elaborado por la teoría de la sociedad del riesgo y el advenimiento de ciertos movimientos sociales, y en cuyas aportaciones indudablemente el Dr. Di Giorgi ha jugado un papel protagónico a nivel mundial.

Pero es evidente que el pensamiento fundado por Raffaele no se ciñe, como un *factótum*, tan sólo al campo de la teoría sociológica, por el contrario, se sustenta también en espacios que transitan por la ciencia política, la crítica al derecho, la economía política, la sociología en general y en particular la sociología jurídica, así como la etnología e incluso la antropología social y política, bajo esta tesitura el engranaje de la Teoría de la sociedad fundada por Niklas Luhmann y por Raffaele Di Giorgi se encuentra en el ámbito del pensamiento transdisciplinario, muy cercano a la co-

riente de pensadores que han desarrollado el pensamiento complejo, como es el caso de Edgar Morin.

Al decir del propio Raffaele di Giorgi encontramos:

Al principio de los años sesenta el debate sobre la epistemología se presentaba bloqueado por una alternativa no resuelta, resumida en la polaridad de la epistemología analítica y dialéctica. Esta polaridad concluía en si los esfuerzos de la epistemología moderna y, en su variedad de modulaciones se agotaba. Pero ya al inicio de la siguiente década se delinea en el campo de la epistemología alemana una situación nueva en la cual convergen la crisis de aquella polaridad, y por tanto el agotamiento de las formas en las que el debate se había cristalizado, existiendo el despliegue de un proyecto epistemológico complejo [...].

### III

Han transcurrido más de tres lustros, desde que por primera vez tuve la oportunidad de vincularme con Raffaele Di Giorgi, de quien tenía conocimiento décadas atrás, por sus aportaciones en torno a la teoría de sistemas y fundamentalmente por sus aportaciones a la sociología del riesgo.

Mi primer encuentro con Raffaele me dotó de un ambiente afable, solidario y cordial, allá en su entrañable Lecce, Italia, el maestro con su actuar siempre sencillo y solidario daba cuenta de su vínculo y gratitud con México, pero en nuestra interacción académica e intelectual, comentábamos de sus afinidades con la idea de la diversidad social, el multiculturalismo, el nuevo papel de los pueblos indígenas a nivel latinoamericano y la crítica a la modernización.

Enfundado en una visión analítica el maestro señalaba los avatares del momento actual vivido, de su crisis y nos dábamos la posibilidad de intercambiar opiniones, entre otros aspectos, acerca del movimiento indígena de Chiapas, el que simultáneamente vivió en alguna de sus estancias en la década de los años noventa en México.

Como parte de esta plática le asaltó con sumo interés mi vínculo con los neo zapatistas y de manera particular que me hayan nombrado como uno de sus asesores. Más allá de la ideología que podría campea en ese contexto, el maestro Di Giorgi, nunca colocó de lado el significado simbólico y social desarrollado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, ahora recuerdo su comentario acerca de cómo era posible que los indígenas, sin mayor atuendo que su ropa de manta y muchos de ellos descalzos esperaran horas bajo la lluvia y el frío invernal de San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, a su líderes que celebraban diálogos con el gobierno.

De particular importancia resultaría este primer intercambio acerca del problema indígena en México y en el que dadas sus coincidencias Raffaele me habría propuesto la edición de mi obra *Derecho Indígena* en Italia, circunstancia que devendría

tiempo después, como parte de la importante colección que preside el Dr. Di Giorgi, a través de una profunda revisión del manuscrito surgiendo, gracias a su solidaridad: *Diritto Indigeno la Lotta degli indios del Messico per il riconoscimento.*

## IV

Este acercamiento también nos dotaría meses después del Convenio que nuestra Universidad la Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, sostuvo con su actual Universidad, la del Salento en Lecce, Italia. Este fue el inicio de una serie de encuentros, estancias, intercambios que me han permitido acercarme al ser humano, a su pensamiento y a la obra de Raffaele di Giorgi.

Ahora, viene a mi memoria su impresionante peculio cultural en su *masería* (su casona antigua en Lecce) a la que amablemente nos invitó Raffaele y como anécdota dos imágenes que permean el contexto de su biblioteca [...] Refiere Raffaele, con un halo de orgullo, de alegría [...] pero fundamentalmente de vindicación política, así lo pensé [...] “Carlos estos son mis íconos [...] mis padres intelectuales”, mostrándome dos pinturas monumentales que entornan su acervo, se trataba de Carlos Marx y Niklas Luhmann, esta afirmación sería para mi lapidaria, ante sustentaciones que invocan en la teoría de sistemas, el simplismo de un “neo estructuralismo anquilosado”, lo implorado por Raffaele denotaba en el fondo, la vindicación de su pensamiento a partir de la crítica al capitalismo.

La visión que del Derecho y del Estado, sostiene Raffaele, rompe cánones en el marco de la sociología jurídica positivista, y por supuesto le acerca más al realismo sociológico, como una construcción teórica que enfatiza la importancia del contexto histórico en que se enfunda aquello que manifiesta la juridicidad, de ahí que *su herencia desde el marxismo no deja de ser un elemento trascendente en su comprensión teórica, la cual saludamos.*

Es indudable que las aportaciones del Dr. Raffaele Di Giorgi han trascendido, no tan sólo como una nueva visión teórica del entorno social, sino como una fundamentación que advierte una nueva epistemología, guiada, desde nuestra óptica, por el principio de que *otro Mundo es posible.*

Para finalizar, no quisiera dejar de lado el perfil ético de Raffaele que recoge desde la visión de occidente los principios fundamentales que nos dotó el humanismo y que han configurado la gran corriente de pensamiento que cuestiona la severidad capitalista.

Muchas gracias  
Febrero de 2018.

Síntesis de las reglas de funcionamiento interno  
para la presentación y corrección de originales de la revista *Alegatos*

## **alegatos**

### ***A. La revista tiene como objetivos***

Publicar los avances de investigación y aportaciones al conocimiento científico-humanístico, relacionados con problemas jurídicos y políticos nacionales e internacionales.

Las fechas para la publicación de la convocatoria serán fijas para todo el año.  
Procurar la presentación de un número monográfico al menos una vez al año.

<b>Fecha para publicar la convocatoria</b>	<b>Para el número</b>
Último día de enero	mayo/agosto
Último día de mayo	septiembre/diciembre
Último día de septiembre	enero/abril

### ***B. La revista organiza su contenido en las siguientes secciones:***

- Doctrina
- Artículos especializados de investigación
- Notas críticas sobre jurisdicción, legislación y jurisprudencia
- Reseñas críticas sobre libros y documentos

### ***C. Lineamientos para la presentación y corrección de originales***

**Extensión.** La extensión de los trabajos para la sección doctrina, así como para los artículos especializados de investigación, será de 10 a 25 cuartillas; para notas críticas, reseñas y documentos será de un máximo de 6 y mínimo 4 cuartillas. En todos los casos deberá presentarse a doble espacio, con letra tipo Arial número 12. Finalmente deberán incluir 5 palabras claves de identificación del texto o artículo.

**Aparato bibliográfico y hemerográfico.** La bibliografía y la hemerografía se presentarán en la parte final del artículo, una seguida de la otra.

**Sistema de notas.** Éstas serán a pie de página conforme al estilo tradicional.

**Forma de entrega.** Los autores deberán presentar sus trabajos en CD, por correo electrónico a la dirección del PEA, acompañado con una impresión, señalando la versión y el programa, anexando sumario, resumen máximo de 10 renglones y bibliografía.

#### ***D. Del proceso de dictamen***

El Comité Editorial deberá verificar que los artículos cumplan con los requisitos formales y de contenido, así como de aquellos que se ajusten a las prioridades temáticas de la publicación.

Una vez integrado el índice preliminar de artículos, el Comité Editorial designará a 2 dictaminadores: 1 externo y 1 interno.

Los artículos serán enviados a dictamen, omitiendo el nombre de los autores respectivos. El Comité Editorial informará a los autores sobre los resultados de los dictámenes, garantizando la secrecía de los dictaminadores.

El Comité Editorial dará a conocer la aceptación, rechazo o sugerencias de los dictaminadores sobre los proyectos de artículos, tomando como base las evaluaciones de los mismos. Cada artículo deberá contar con mínimo 2 dictámenes favorables para su publicación. Cuando el artículo cuente con 1 solo dictamen favorable, no será publicado.

El Comité Editorial tomará en cuenta que los dictámenes consideren el desarrollo sistemático del trabajo, la contribución al conocimiento en el campo respectivo, la aportación novedosa a la ciencia jurídica o a las disciplinas relacionadas con el derecho, la importancia de los problemas que se abordan y las expectativas de desarrollo de alguna o diversas líneas de investigación.

Para consultar los lineamientos completos dirigirse a la dirección electrónica:

<http://alegatosenlinea.azc.uam.mx/images/sampled/PDF/CAPTULO%203.%20ALEGATOS%20IMPRESA.pdf>

# alegatos

Suscríbese a la revista semestral **alegatos**  
por:

- \$140.00 En el D.F.
- \$150.00 En el interior de la república.
- \$25.00 USD En América Latina.
- \$30.00 USD En el resto del mundo.



Formas de pago: - Cheque certificado a nombre de la Universidad autónoma Metropolitana  
- Efectivo

Información y ventas:



Apartado postal 32-031, C.P. 06031, México, D.F.



## SUSCRIPCIONES

Fecha: \_\_\_\_\_

Adjunto cheque certificado por la cantidad de: \_\_\_\_\_ a favor de la  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, por concepto de suscripción y/o pago de ( \_\_\_\_\_ )  
ejemplares de la revista a partir del número ( \_\_\_\_\_ ).

Nombre: \_\_\_\_\_

Calle y número: \_\_\_\_\_

Colonia: \_\_\_\_\_ Código postal: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_ Estado: \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_.

- Si requiere factura, favor de enviar fotocopia de su cédula fiscal

Datos fiscales:

Nombre: \_\_\_\_\_ RFC: \_\_\_\_\_

Calle y número: \_\_\_\_\_

Colonia: \_\_\_\_\_ Delegación o Municipio: \_\_\_\_\_

Código postal: \_\_\_\_\_ Ciudad: \_\_\_\_\_

Estado: \_\_\_\_\_.



## **Alegatos**

Número 98

En su formación se utilizaron tipos:

Times New Roman, Bold, Italic y Stacato de 8, 10 y 11 puntos.

Impresión en offset, medida final 17 x 23 cm.

Interior: 220 páginas a 1/1 tintas sobre papel cultural de 75 gr.

Forro en cartulina sulfatada 1 cara de 12 pts.

Encuadernación rústica cosida.

### ***K edición e impresos***

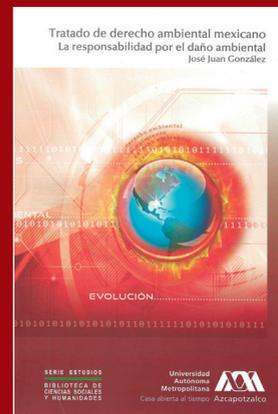
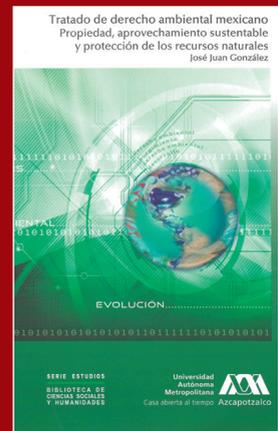
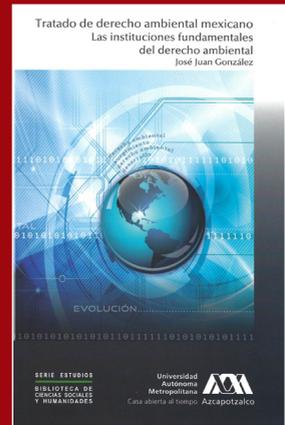
Arucos sur 15, Col. Izcalli jardines  
Ecatepec de Morelos, Edo. de México,  
CP 55050, México.

La edición consta de 1 000 ejemplares

**mayo de 2018**



# PUBLICACIONES DE LA UAM



# alegatos 98

(Segunda Época)  
(enero - abril 2018)

## Sección Doctrina

- |  |     |  |
|--|-----|--|
| Las distinciones analíticas de la seguridad interior   | 7   | <i>Jaime Cárdenas Gracia</i>                                     |
| La prisión preventiva, ¿condena anticipada?  | 33  | <i>Antonio Salcedo Flores</i>                                    |
| Estabilidad productiva   | 57  | <i>Carlos Reynoso Castillo</i>                                   |
| Contexto, criminalización y genocidio  | 73  | <i>Isaac González Ruiz</i>                                       |
| Límites a las fuentes de derechos humanos en México  | 89  | <i>Arturo H. Sanabria Pedraza</i>                                |
| La inaplicación del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia, adolece límites constitucionales y vulnera derechos humanos             | 111 | <i>Cielo Dafne Vargas Meza</i>                                   |
| Entre la protección de derechos políticos y el control judicial: La judicialización de los procesos internos de los partidos políticos en México | 129 | <i>Jesús C. Morales Guzmán</i><br><i>Carlos R. Meza Martínez</i> |

## Sección Artículos de Investigación

- |   |     |                                  |
|---|-----|----------------------------------|
| El control social de las mujeres a través de las leyes. La Colonia en México  | 143 | <i>Iris R. Santillán Ramírez</i> |
| ¿Islamofobia o antimusulmanismo?  | 157 | <i>Jazmín Sánchez Estrada</i>    |
| La crisis permanente del Estado mexicano vista a la luz de los sismos recientes del 19/S y sus principales consecuencias en la Ciudad de México | 171 | <i>Gerardo González Ascencio</i> |
| La regulación jurídica de la tecnología financiera en México  | 181 | <i>Luis Figueroa Díaz</i>        |
| Desafíos en la regulación de la biotecnología agrícola moderna en México: el caso de la edición de genes  | 195 | <i>Arcelia González Merino</i>   |

## Sección Reseñas y Documentos

- |  |     |                                   |
|--|-----|-----------------------------------|
| Remembranzas y avatares del pensamiento sociológico, un enmarque desde la teoría de sistemas | 211 | <i>Carlos H. Durand Alcántara</i> |
|--|-----|-----------------------------------|

