ISSN 2007-6916

alegatos

Tercera Época
Septiembre - Diciembre 2018 $50.00

Edición Especial No. 100

División de Ciencias Sociales y Humanidades
DEPARTAMENTO DE DERECHO

Universidad Autónoma Metropolitana
Casa abierta al tiempo
Azcapotzalco

alegatos

Comité Editorial:

Dr. Carlos H. Durand Alcántara
Dr. Carlos Reynoso Castillo
Dr. David Chacón Hernández
Dr. Fernando Tenorio Tagle
Prof. Javier Huerta Jurado
Mtra.Diana M. Magaña Hernández
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
Estela Michel López Rondero

Traductora de abstracts
Lic. Soledad Patricia Álvarez León

Secretaria del Programa Editorial
Diana Mejia Salazar

www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/
http://kali.azc.uam.mx/alegatos/inicio.php
http://alegatos.azc.uam.mx/index..php/ra/index

alegatos

(Tercera Época)
Número 100 (septiembre-diciembre 2018)

División de Ciencias Sociales y Humanidades

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Universidad Autónoma Metropolitana
Casa abierta al tiempo Azcapotzalco

Alegatos, Tercera Época, Año 33, Número 100, septiembre-diciembre 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, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14387 México, Ciudad de México y Av. San Pablo 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200 México, Ciudad de México, Tels. 53 18 94 12 y 53 18 91 09, Página electrónica de la revista: www.http://alegatosenlinea.azc.uam.mx/ y dirección electrónica: alegatos@azc. uam.mx. Editora responsable: Mtra. Diana Margarita Magaña Hernández, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2002-112110394400-102, ISSN: 2007-6916, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Ing. Ramón Macías Baltazar; Sección de Desarrollo de Sistemas de la Coordinación de Servicios de Cómputo, Unidad Azcapotzalco, Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México, fecha última de modificación enero de 2019, tamaño del archivo 19,362 KB.

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.

Directorio

Rector General	*Dr. Eduardo Abel Peñalosa Castro*
Secretario General	*Dr. José Antonio de los Reyes Heredia*
Rectora en Funciones de la Unidad Azcapotzalco	Mtra. Verónica Arroyo Pedroza
Secretaria de Unidad	Mtra. Verónica Arroyo Pedroza
Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades	*Lic. Miguel Pérez López*
Secretario Académico de la División	*Lic. Gilberto Mendoza Martínez*
Jefe del Departamento de Derecho	*Mtro. José Guadalupe Zúñiga Alegría*
Coordinadora de Difusión y Publicaciones de la División	Mtra. Jazmín Sánchez Estrada

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
(Tercera Época)
Número 100 (septiembre - diciembre 2018)

Suscripciones y ventas:
Coordinación de Difusión y Publicaciones: publicacionesdcsh@azc.uam.mx, tel.: 5318-9109
Correspondencia: Departamento de Derecho: alegatos@correo.azc.uam.mx, tel.: 5818-9412
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.

Diseño editorial y de portada: Patricia Alejandra Ibáñez Álvarez

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.

Doctrina

La Constitución ausente ***457***
Alejandro del Palacio Díaz

El artículo 136 constitucional, interpretación y alcances. Las autoridades de hecho o gobiernos de facto (Primera parte) ***469***
Elisur Arteaga Nava

Constitución líquida. Anomia neoliberal generalizada ***499***
Arturo Berumen Campos

La disputa internacional por los recursos genéticos ***515***
Rafael Julio Pérez Miranda

Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano ***539***
Alicia Beatriz Azzolini Bincaz

Comunidad-Inmunidad. Entre los fines manifiestos de las políticas de la seguridad frente al delito y la lógica del sistema ***563***
Fernando Tenorio Tagle

Panorama y cambios de la concepción del Derecho ***583***
Liliana Fort Chávez

El artículo 123 Constitucional. Surgimiento, naturaleza, preceptos fundamentales y retrocesos en su esencia ***603***
Octavio Lóyzaga de la Cueva

Algunas repercusiones del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano ***625***
Susana Núñez Palacios

La teoría general del proceso. Algunas propuestas para su actualización ***651***
Antonio Salcedo Flores

Después de la biopolítica, la política de la muerte 671
Isaac González Ruiz

Investigación

Avances legislativos y de acciones en la atención a las víctimas del delito de violación. El caso de la Ciudad de México 693
Iris Rocio Santillán Ramírez

¿Que cuarenta años no es nada? Algunas consideraciones para el debate sobre la historia de la lucha contra la violencia de género en México 715
Gerardo González Ascencio

La interpretación jurídica: casos fáciles y casos difíciles 739
Gonzalo Carrasco González

La implementación de los juicios orales civiles en la Ciudad de México 765
Fermín Torres Zarate

La cuestión indígena, su paso por la revista Alegatos, en el contexto neoliberal 793
Carlos Humberto Durand Alcántara

¿Y que hay de los derechos humanos campesinos? 815
David Chacón Hernández

Una perspectiva de la investigación de la justicia alternativa en el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco 843
Luis Figueroa Díaz

El derecho ambiental en México. Evolución y situación actual 863
Miguel Ángel Cansino Aguilar

Cinco décadas de derecho y gestión ambientales en México 883
José Juan González Márquez e Ivette Montelongo Buenavista

El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. ¿El sistema UPOV vigente atenta contra los derechos de los agricultores y la seguridad alimentaria? **909**
Arcelia González Merino

Conagua y el derecho humano al agua 1989-2018: entre el despojo y la gobernanza **933**
Armando Sánchez Albarran, Santa I. Sierra Martínez y Guadalupe Urbina Martínez

Sindicalismo. Una visión desde la academia **959**
Carlos Reynoso Castillo

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en el sistema jurídico mexicano. A cinco años de la reforma energética del 20 de diciembre de 2013 **981**
Guadalupe Lorena Isidoro Cuevas

La evolución de la justicia de menores y adolescentes en México ha sido inadecuada a su contexto sociocultural **1007**
Juan Antonio Castillo López

Alternativas para la justicia penal: una perspectiva victimológica **1035**
Sofia Magdalena Cobo Téllez y José Zamora Grant

Reseñas y Documentos

Nuevo derecho energético mexicano **1057**
Ana Laura Silva López

Argumentación jurídica. Estudios prácticos **1063**
Jessica Elizeth Ventura González

La Constitución ausente

Alejandro del Palacio Díaz*

Resumen:

Breve panorama de las reformas constitucionales desde los gobiernos de José López Portillo hasta Enrique Peña Nieto, que han ido desarticulando la Constitución de 1917, e introducido en ella una contraconstitución liberal y dejando sin sujeto, objeto, ni atributos la propiedad de la Nación.

Abstract:

Brief overview of the constitutional reforms from the governments of José López Portillo to Enrique Peña Nieto who have been dismantling the Constitution of 1917 and introduced into it a liberal counter constitution and left without subject, object or attributes the property of the Nation.

Sumario: Introducción o la reivindicación del Estado / I. Los límites de la propiedad de la Nación / II. La desarticulación del Estado / III. Moderno retorno al pasado / Fuentes de consulta

* Lic. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Introducción o la reivindicación del Estado

El gobierno de Miguel de la Madrid marca el abandono definitivo del proyecto histórico de la nación producto de la Revolución de 1910, iniciado durante el periodo sexenal de José López Portillo. Desde el 1° de septiembre de 1982, cuando éste anuncia la nacionalización tardía de la banca, después de que, según la expresión presidencial ya habían saqueado al país, último acto reivindicatorio gubernamental basado en el espíritu de la Constitución de 1917, Miguel de la Madrid mostró su contrariedad por la decisión y a menos de tres meses inició la marcha atrás con la promulgación de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, cuyo artículo 10, pone a disposición de particulares hasta el 34% de Certificados de Aportación Patrimonial (acciones), cuya importancia radicó, no en su valor económico, sino en el anuncio de la cercana desnacionalización, realizada por Carlos Salinas de Gortari, en 1992, con la abrogación del entonces párrafo quinto del artículo 28 vigente hasta entonces, cuya adición culmina el proceso jurídico de la nacionalización.[1]

De la Madrid, también firma en 1986 el ingreso de México al *General Agreement on Tariffs and Trad* (GATT, por sus siglas en inglés, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en español), que prepara el camino para la supresión práctica de las facultades extraordinarias del Ejecutivo en materia económica, que con base en las del Congreso de la Unión quedan contenidas en el párrafo segundo del artículo 131, conforme al cual:

> El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación, importación expedidas por el Congreso y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del

[1] El párrafo cuarto abrogado del artículo 28 de la Constitución prescribía:

"Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y de crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares".

> país, la estabilidad de la producción, o de realizar cualquier otro propósito, en beneficio del país […].

Estas facultades y las concernientes a la rectoría del Estado en materia económica, que se precisan en el artículo 25 de la Constitución, e indisolublemente ligadas a los derechos sociales que caracterizan la revolución jurídica que el derecho mexicano aporta al mundo, para inaugurar una nueva concepción del derecho consignada en Europa dos años después en la Constitución de Weimar y materia de estudio y reflexión en la obra de Gustav Radbruch, casi diez años después y con referencia a la legislación mexicana, poco a poco han sido desplazadas y olvidadas por los mexicanos, por gobernantes y gobernados, debido al giro silencioso de orientación política dado a partir de las dos llamadas muertes de las ideologías. La primera, debida a las alianzas y convenios celebrados en los países europeos no socialistas entre gobiernos y empresarios privados para su reconstrucción económica y material, en los que fijan el origen de la economía mixta, que según ideólogos liberales estadounidenses, terminaba con la pugna entre capitalismo y socialismo y significar una tercera vía entre ellos, pero sin tener conocimiento, al parecer, de los párrafos primero y tercero del artículo 27 constitucional, vigente desde su promulgación en 1917, hasta ahora, que ya la habían establecido.

I. Los límites de la propiedad de la Nación

Los párrafos primero y tercero del artículo 27 Constitucional precisan:

> La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.
>
> La Nación, tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida […].

La segunda muerte de las ideologías fue decretada a consecuencia de la disolución de la URSS y el entierro del materialismo histórico, celebrado con el triunfo del neoliberalismo, que se apresura a proclamar la mala infinitud del fin de la historia.

Durante su gobierno, Miguel de la Madrid, al mismo tiempo que adopta los lineamientos neoliberales promovidos por la Primer Ministro de Gran Bretaña, Margaret Thatcher, al amparo de la consigna: "menos Estado y más dinero en el bolsillo", insiste en la necesidad de adelgazar al Estado y dar mayor espacio a la sociedad civil. Proscribe de los discursos y el lenguaje oficial las invocaciones a la Revolución mexicana y prepara las condiciones para la concertación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con USA y Canadá, y la desnacionalización de la Banca, reintegrándola a una nueva generación de banqueros mediante la venta de dieciocho bancos en $12 mil millones de dólares entre 1990 y 1991, rescatados por el gobierno, cuatro años después de su mala administración, con la compra de su cartera vencida en casi un billón de pesos y la creación del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA), que la convierte en deuda pública, con el argumento que de no hacerlo, los males para el país serían mayores.

La firma del TLC promovido por Carlos Salinas, además de obligar a reformar de manera inmediata, 29 leyes federales reglamentarias de la Constitución para eliminar la intervención del Estado en la materia, da principio a la desarticulación del Estado social por obra de un gobierno neoliberal, resuelta a favor de los principios del individualismo, introducidos poco a poco en la Constitución hasta desembocar en las reformas estructurales realizadas por Enrique Peña Nieto en 2013.[2]

Las reformas de Carlos Salinas, rompen con la tradición política del partido oficial y propicia su desmantelamiento, sustituyendo su estructura sectorial (obreros, campesino y organizaciones populares) por su organización territorial, continuado por la obra de Ernesto Zedillo y la reforma de Felipe Calderón, en el año 2007, del artículo 41 de la Constitución por la que, conforme al párrafo segundo de su fracción I: "Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan

[2] Entre las leyes reformadas a consecuencia del TLC se encuentran: Ley General de Bienes Nacionales, Ley de Competencia Económica, Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, Ley de Sociedades de Inversión, Ley de Instituciones de Crédito, Ley de Puertos, Ley Forestal, Ley de Navegación, Ley de Sociedades de Inversión.

prohibidas las intervenciones de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos políticos y cualquier forma de afiliación corporativa". Las reformas incluyen, además del abandono del mandato constitucional prescrito en el artículo 3° de destinarla al desarrollo armónico de todas las facultades humanas, para supeditarla a los intereses del desarrollo industrial privado, las de los artículos 27 y 130, que eliminan, virtualmente, al ejido al permitir la venta de las parcelas y otorgan nuevamente personalidad jurídica a las iglesias, para así ampliar su participación en la educación y favorecer el abandono de la educación pública, desde la básica hasta la superior, caída en el descrédito y el desprestigio internacionales, al punto en que, la Universidad Nacional Autónoma de México, después de haber figurado en la década de los sesenta entre las mejores cincuenta del mundo y la mejor de América Latina, caracterizada por la importancia política y social de sus actividades docentes, de investigación y difusión de la cultura, cayó por muchos años por debajo de las doscientas instituciones de educación superior del mundo y a su recuperación momentánea a principios del siglo, que la llevo a ser catalogada entre las ciento cincuenta mejores, ha vuelto a caer estrepitosamente por debajo de tres o cuatro universidades latinoamericanas y una o dos institutos nacionales, víctima de la complicidad entre autoridades gubernamentales y la mezquindad de la burocracia universitaria, que de ser dorada ha pasado a ser negra y conspirar contra la cultura desde los sótanos de la Rectoría y sus instalaciones.[3]

La reforma del artículo 27 se prolonga en la Ley de Expropiación de 1934, abrogada por la vigente de 1984, que reduce el plazo para el pago de la indemnización de diez a un año (artículo 20), con lo cual se vuelven prácticamente imposibles las grandes expropiaciones, y establece, artículo 10 por criterio pa-

[3] La importancia real que los gobiernos le han dado a la educación pública desde la década de los ochenta, queda de manifiesto en los escasos recursos económicos destinados a ella hasta hoy día (no más del 2% del PIB), en diligente obediencia a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que la considera un bien privado, sujeto a las leyes del mercado, cuya demanda se satisface mediante la fijación de su precio por sus principales consumidores: comerciantes, industriales y financieros y recomienda incrementar las colegiaturas, proporcionar préstamos financieros a los estudiantes, cuyo cobro sea encargado a empresas privadas e incluya los intereses comerciales generados, convertir a los profesores en empresarios que vendan sus cursos e investigaciones.

La situación real de la UNAM queda claramente ilustrada por la permanencia de casi cincuenta años de un grupo de vándalos en el auditorio de humanidades de Ciudad Universitaria, que lo han convertido en refugio de delincuentes, centro de distribución de drogas y de prostitución, con la complacencia y complicidad de rectores y presidentes de la República.

ra su monto, el valor comercial de los predios expropiados, en sustitución de su valor catastral, en contravención expresa del párrafo segundo de la fracción sexta de la norma constitucional.

La Suprema Corte de la Nación, adaptada a los nuevos vientos, contra su propia jurisprudencia, modifica la excepción al principio de audiencia previa en la misma materia, sentada con fundamento en que el artículo 27 no la exige como requisito para ejecutarla.[4]

La administración de Ernesto Zedillo marcada por la muerte y la traición, se desarrolla entre el odio al partido que lo lleva al poder y el desmantelamiento de la estructura constitucional del Estado, iniciado con la desintegración de la Suprema Corte de la Nación formada con veintiún ministros y su reinstalación con once, ya eliminada la sala laboral creada por Lázaro Cárdenas, divididos en dos salas, como en la Constitución de 1857 y agregando el Consejo Federal de la Judicatura, compuesto por siete miembros dedicados a las tareas administrativas antes competencia del Pleno de la Corte.

II. La desarticulación del Estado

La desarticulación entre la estructura del Estado y las funciones de gobierno, la continua, Ernesto Zedillo con una nueva mutilación de la zona económica exclusiva del Estado al excluir de ella las comunicaciones vía satélite y los ferrocarriles, trasladándolas al área prioritaria de la economía y sujetarlas al régimen de concesiones. La reforma del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución establece: "La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias […]. El Estado […] al otorgar concesiones o permisos

[4] El Pleno de la Suprema Corte determinó en 1965 y ratifico en 1988 que no hay violación de garantías en materia de expropiación en caso de no oír previamente al expropiado, dado que el artículo 27 de la Constitución no establece el requisito (tesis 468); pero en 2006 los ministros modificaron la jurisprudencia hasta entonces vigente según estos términos:

"[…] porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento […] En este sentido, tratándose de actos privativos como la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa […]. Sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece garantías sociales […], también lo es que la expropiación no es una garantía social en sentido estricto […]" (sic). Tesis 124/2006.

mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes en la materia.[5]

Congruente con su obra, en cumplimiento de su promesa de reformar la Constitución, ofrece a empresarios estadounidenses, en reunión celebrada en el hotel Palmer House de Chicago, convocada por el Firts Bank a instancias del entonces secretario de comercio mexicano, en funciones de agente de ventas:

22 puertos.

9 terminales portuarias.

58 aeropuertos.

26,000 kilómetros de vías férreas.

61 plantas petroquímicas.

III. Moderno retorno al pasado

Las reformas estructurales emprendidas por Enrique Peña Nieto, no son otra cosa que la culminación de la involución del Estado social a un Estado liberal dependiente, incluyen en materia de telecomunicaciones, la reforma del artículo 6° de la Constitución, que establecía desde el gobierno de José López Portillo el derecho a la información, entendido como un derecho social y no una garantía individual, totalmente desligado a la libertad de prensa, ya desvirtuado desde los gobiernos de Vicente Fox y Felipe Calderón, que lo reducen a su condiciones de derecho a obtener información pública de los organismos gubernamentales, subordinado a los intereses de la prensa escrita, la radio y la televisión, ahora prescribe en su párrafo tercero:

> El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido(s) el de banda ancha e internet. Para

[5] El artículo 12 de la Ley de Telecomunicaciones vigente en 1995, hoy abrogada, establecía:

"Las concesiones a que se refiere esta ley sólo se otorgarán a personas físicas o morales mexicanas. La participación de la inversión extranjera en ningún caso podrá exceder del 49 por ciento, excepto en tratándose del servicio de telefonía celular. En este caso, se requerirá resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor".

> tales efectos el Estado establecerá condiciones de **competencia** efectiva en la prestación de dichos servicios.

El mismo artículo precisa en su Apartado B:

> II. Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de **competencia**, calidad, pluralidad […].
>
> III. La radiodifusión es un servicio público de interés general por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de **competencia** […].

Conforme al artículo quinto transitorio del Decreto de la misma reforma de 2013, relativa al desarrollo tecnológico del país:

> A la entrada en vigor del presente Decreto se permitirá la inversión directa hasta del cien por ciento en telecomunicaciones y comunicación vía satélite. Se permitirá la inversión extranjera directa hasta un máximo del cuarenta y nueve por ciento en radiodifusión.

La misma reforma de Peña Nieto, que también reforma los artículos 27 y 28 de la Constitución, priva al Ejecutivo de la facultad de otorgar concesiones en la materia para depositarla en el Instituto Federal de Telecomunicaciones, que sustituye a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, creada por Ernesto Zedillo y le da rango constitucional al que también se le dota de autoridad "en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará en forma asimétrica a los **mercados** con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la **competencia** y la libre concurrencia", conforme al más estricto apego a los principios liberales y la ley de la oferta y la demanda.[6]

[6] La Comisión Federal de Competencia Económica es fundada a imagen y semejanza de *The Federal Comision Act y de The Clayton Antitrust Act,* promulgadas en USA en la década de los cuarenta del siglo pasado. La Comisión tiene por objeto, "garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento del mercado".

El ciclo de desarticulación del régimen emprendido desde las oficinas de gobierno se cierra en el sexenio de Ernesto Zedillo, con la reforma del artículo 175 de la Ley del Seguro Social en 1995, por el que se crean las Administradoras de Fondos para el Retiro (afores*),* que convierten el derecho social para el retiro de los trabajadores, protegido por el artículo 123 de la Constitución, en un (dudoso) derecho individualizado administrado mediante contratos con los bancos, medida por la que, además de acrecentarse la descapitalización del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), agravada por el desempleo; los trabajadores advienen, sin paradoja de por medio, fuente financiera segura, cautivos del sistema bancario, presos de la incertidumbre por el monto de sus pensiones y la recuperación de sus aportaciones.

El arribo del PAN a la presidencia, pactado por Ernesto Zedillo, da lugar a la consolidación del viraje político hacia la introducción en la Constitución una contra constitución liberal, que la hace incompatible con los fines del Estado social, la propiedad originaria de la Nación y el cumplimiento de los derechos sociales.

La reforma del capítulo 1° de la Constitución, relativo a las garantías individuales transformado artificiosamente en "derechos humanos sus y garantías" al final de la administración de Felipe Calderón, representa el giro más radical que pudiera hacerse en contra de la Constitución de 1917 y la totalidad de los fundamentos filosóficos, jurídicos, políticos y económicos del Estado social, dado que la sustitución del párrafo inicial, conforme al cual: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que **otorga** esta Constitución […]", por el actualmente vigente: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos **reconocidos** en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección […]" significa un retorno a la concepción jusnaturalista que reconoce derechos anteriores y superiores al derecho positivo, producto de la voluntad divina o la Naturaleza, contra la cual se erige el régimen constitucional como fuente de los derechos consignados en él mismo.

El caso se agrava porque los llamados derechos humanos, cuya fundamentación, contenido y alcance son objeto actual entre los filósofos del derecho y además de los naturales, positivizados por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, derivada de la Revolución francesa, ahora

se mezclan con derechos que reclama la llamada sociedad civil, concernientes a derechos reclamados por grupos minoritarios considerados vulnerables y susceptibles de entrar en conflicto unos con otros, sin posibilidad de establecer jerarquía o preferencia entre ellos e incluyen derechos *supra* estatales, cuyo reconocimiento por el derecho y los tratados internacionales no implica su eficacia y, por el contrario, justifica el derecho de injerencia, del cual sólo pueden valerse las grandes potencias mundiales.[7]

El segundo párrafo del artículo 1° producto de la reforma, genera de manera inevitable una contradicción insoluble con el primer párrafo del artículo 27, pues al prescribir: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia **favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia**", violenta el derecho de propiedad originario de la Nación, de acuerdo al cual, según el artículo 1° anterior a la reforma, ella origina el derecho de propiedad de los particulares, entendido además, no como un derecho individual sino un **derecho social***,* subordinado al interés público. También significa una renuncia a la soberanía.

El problema desborda la simple contradicción normativa, atañe los límites de las reformas a las constituciones por los órganos revisores, establecido en la nuestra en el artículo 135 y conocido, por una desafortunada expresión como constituyente permanente y abre la posibilidad de conflictos inmediatos por los contratos de particulares nacionales o extranjeros con Petróleos Mexicanos (PEMEX), más delicados y peligros por la eliminación de PEMEX de la Administración Pública y perder sus estatus de organismo paraestatal y quedar en la indefinición jurídica como Empresa Productiva, sujeta a las normas de competencia económica, medida con la que se burla la norma, todavía vigente del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución, que con toda claridad prescribe: "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas

[7] Los teóricos del derecho, a pesar de sus diferencias y a las paradojas que la identifican, reconocen en general tres generaciones de derechos humanos: la primera, integrada por los derechos naturales, de carácter individual; los derechos sociales, entre los cuales quedan comprendidos los relativos a la educación, la salud y el trabajo y finalmente los derechos de la humanidad; que abarcan lo mismo el derecho de los pueblos a vivir sin amenazas de invasiones o conquistas, a la democracia, a la conservación del ambiente, a la no contaminación, a la defensa de especies animales, etcétera, llevada a cabo en cualquier parte del mundo, por cualquier autoridad y contra cualquier gobierno.

estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear […]".

Problemas semejantes se podrán presentar con motivo de los contratos para la prestación del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, posibles ahora, igual que los celebrados por la explotación del petróleo por la abrogación del párrafo del artículo 27 constitucional, debido a Adolfo López Mateos, que los prohibía.[8]

Lo mismo puede suceder por futuros contratos para la explotación de los ricos yacimientos de uranio para la generación de energía nuclear y las concesiones de aprovechamiento del agua que actualmente explotan las compañías refresqueras y embotelladoras, de manera exhaustiva aprovechando la nueva legislación en la materia, que abroga la vigente desde 1973 por la promulgada en diciembre de 2012, a pesar de saberse los problemas nacionales e internacionales en aumento a causa de su escasez.[9]

En conjunto, las reformas estructurales emprendidas por Enrique Peña Nieto, aunadas a la reforma del artículo 1° de la Constitución han significado, además del caos de nuestro régimen constitucional, lleno de contradicciones y renuncias al ejercicio del poder legítimo, el abandono del programa histórico de la Nación, la subordinación del Estado mexicano y la ausencia de su Constitución, avasallada por el dominio imperial.

[8] El párrafo sexto del artículo 27 prescribía: "[…] tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos**, no se otorgarán concesiones ni contratos,** ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado".

[9] El artículo 11 de la Ley de Aguas Nacionales de 1973 prescribía:

"Sólo podrán obtener las concesiones a que se refiere esta Ley, las personas físicas mexicanas, los ejidos, las comunidades agrarias, las sociedades cooperativas de producción minera y […] las sociedades mercantiles mexicanas". De acuerdo con su artículo 12, las sociedades mercantiles mexicanas susceptibles de ser concesionarias, deberían tener cuando menos el 51% de capital mexicano, según su artículo 15 las concesiones de explotación eran por seis años improrrogables y por su artículo 48, la duración definitiva máxima no podía ser aumentada.

En cambio, el artículo 14 de la ley vigente establece.

"[…] el término de la concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales no será menor de cinco años ni mayor de treinta […]", podrá ser prorrogable y la fracción III de su artículo 21 permite la participación de inversionistas extranjeros y de acuerdo con el artículo 28 los concesionarios "pueden transmitir los derechos de los títulos que tengan".

Fuentes de consulta

Del Palacio Díaz, Alejandro. *Agonía y muerte de la Revolución Mexicana*. 4ª edición, México, Ceid, 2010

Neoliberalismo y Revolución, Claves Latinoamericanas, 2ª edición, México 1996.

Hernández Haddad, Humberto. *El Asalto a la Constitución*. México, Ceid, 2015.

Nuevo Constitucionalismo, México, Ceid, 2017.

El artículo 136 constitucional, interpretación y alcances.

Las autoridades de hecho o gobiernos *de facto*

(Primera parte)

Elisur Arteaga Nava*

Resumen:

En el presente estudio se intenta sentar las bases para la interpretación del artículo 136 constitucional, ello implica el análisis del texto en sí y en su contexto; estudiar el tema de la permanencia y vigencia de los textos fundamentales, la negativa formal del derecho a la revolución y las diferentes formas en que se ha manifestado la violencia política en México.

Abstract:

In the present study it is tried to lay the foundations for the interpretation of the constitutional article 136, this implies the analysis of the text itself and in its context; study the issue of the permanence and validity of the fundamental texts, the formal refusal of the right to revolution and the different ways in which political violence has manifested itself in Mexico.

Sumario: Presentación / I. Antecedentes / II. Vigencia permanente de la Constitución, leyes y tratados / III. Derecho a la rebelión o revolución / IV. Artículo 136, legalidad y autoridades de hecho / V. ¿Qué autoridad es competente para juzgar respecto de la legalidad de los actos de una autoridad de hecho que triunfa? / VI. ¿Los estados que son miembros de la Unión pueden juzgar de la legalidad de las autoridades del centro? / VII. ¿Cuáles son las leyes aplicables para juzgar a los rebeldes? / VIII. ¿Qué debe entenderse por leyes que en su virtud se hubieren expedido? / IX. Administración Juárez / X. Derecho vigente / XI. Autoridades de hecho. Generalidades / XII. Algunas cuestiones por considerar / XIII. Autoridades legítimas y de hecho / XIV. Autoridades legítimas / XV. Autoridades de hecho / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Presentación

El artículo 136 de la Constitución es un precepto ignorado por la doctrina y la jurisprudencia;[1] establece diferentes instituciones políticas; algunas de ellas de naturaleza fundamental; lo hace de manera explícita y también implícita; entre otras se anotan las siguientes:

La vigencia permanente del texto constitucional y de las leyes que de ella emanan; en este caso, de conformidad con su contexto y en especial con los artículos 1° y 133, está comprendido todo el orden normativo vigente: constituciones locales, tratados, convenciones internacionales y leyes ordinarias, tanto federales como locales. La negación del derecho a la revolución o del uso de la fuerza como medio para cambiar las instituciones políticas, en la forma en que están definidas y desarrolladas por la Carta Magna; el precepto traslada a la materia política el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar un derecho establecido en el artículo 17.

La responsabilidad en que incurren quienes mediante la violencia pretenden establecer un gobierno al margen de los sistemas previstos en la constitución y al intentarlo fracasen; el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades, con las leyes penales, están facultadas para establecer tipos y prever castigos a quienes incurran en actos violentos contra el Estado o los particulares (art. 73, frac. XXI y art. 124); y que es la constitución política la que garantiza la libertad de los mexicanos; dado el contexto, debe entenderse que ella también asegura los principios democráticos, las instituciones políticas y los sistemas de pesos y contrapesos (arts. 39 a 41, 49 y 116). Es la Constitución la que establece las vías para hacer cambios, superficiales o radicales, a ella (arts. 39 y 135).

El precepto, de manera explícita, no dispone nada respecto de las autoridades de hecho; tampoco se pronuncia en relación con el valor o nulidad de los actos realizados por ellas; hasta ahora ha sido la doctrina la responsable de hacerlo. La jurisprudencia mexicana ha sido ajena a esa labor.

[1] "Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que, por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así como los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

En los hechos han sido la fuerza y el triunfo los que, a la fecha, han determinado la permanencia e irresponsabilidad de quienes encabezaron e intervinieron en revoluciones, motines o sublevaciones que alcanzaron éxito.

En esta materia, como en pocas, se pone en evidencia la importancia que la fuerza tiene en las relaciones que regula el derecho público; finalmente es ella la que determina si alguien, en determinado momento, puede actuar al margen y aun en contra de lo dispuesto por la ley y, eventualmente, es castigado o no conforme a ella.

La aplicación del artículo 136 tiene que ver con la naturaleza y la esencia del poder, del valor secundario de la ley. En determinados momentos, por razones políticas, se prescinde de ella, se ignora su existencia y termina por prevalecer la fuerza y, en el mejor de los casos, la conveniencia u oportunidad. No es una novedad, desde la Antigüedad quedó definida esta materia:

> Supo esto Anacarsis y se río del cuidado de Sólón y de que pudiera pensar que contendría la injusticia y codicia de los ciudadanos con leyes escritas, que decían no se diferenciaban de las telas de arañas, sino que, como éstas, enredaban y detenían a los débiles y flacos que con ellas chocaban, pero eran despedazadas por los poderosos y los ricos.[2] […] en las cuestiones humanas las razones de derecho intervienen cuando se parte de una igualdad de fuerzas, mientras que, en caso contrario, los más fuertes determinan lo posible y los débiles lo aceptan.[3]

Por lo anterior, habrá que reconocer con Calicles que

> […] los que establecen las leyes son los débiles y la multitud. En efecto, mirando a sí mismos y a su propia utilidad establecen las leyes, disponen las alabanzas y determinan las censuras. Tratando de atemorizar a los hombres más fuertes y a los capaces de poseer mucho, para que no tengan más que ellos, dicen que adquirir mucho es feo e injusto, y que eso es cometer injusticia: tratar de poseer más que los otros. En efecto, se sienten satisfechos, según creo, con poseer lo mismo siendo inferiores.[4]

[2] Plutarco, *Vidas paralelas, Sólón*, Editorial Barcelona, Planeta, 1990, p. 86.

[3] Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Madrid, Gredos, 1992, libro V, núm. 89, p. 143.

[4] Platón, *Diálogos, Gorgias*, 483b, Madrid, Gredos, 2008, p. 80.

De esa manera, en lo relativo al poder, la autoridad, los castigos, las rebeliones, revoluciones y revueltas, más se debe estar al resultado, que a lo que determine la ley.

I. Antecedentes

El artículo 136 reconoce como antecedente el artículo 128 de la Constitución de 1857. Este es el único precepto que no ha sufrido cambio en ciento sesenta y un años.[5]

El texto del artículo 136 es deficiente, alude a "[…] se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, […]" Al parecer el Constituyente de ese año partía del supuesto de que el sistema monárquico era lo contrario a uno republicano, por el que se había pronunciado (artículo 40).

El artículo 136 dejó fuera de su sanción aquellos gobiernos que se llegaran establecer sin respetar las normas que prevén los principios que se deben observar para acceder al poder: la consulta periódica a la ciudadanía mediante el voto universal. Para sancionar a los autores de ese tipo de violaciones está el delito de usurpación de funciones y para neutralizar los actos, en teoría, existe el juicio de amparo

El precepto toma como genérico el término "rebelión"; éste carece de la generalidad que sus autores pretendieron darle. Rebelarse, en español, en una primera acepción, es "Negarse una persona a obedecer a quien tiene autoridad sobre ella […]."[6] Desconocer a una autoridad e intentar imponer un gobierno contrario a lo que establece la constitución es más que desobedecer.

En un Estado federal, la acción usurpadora ha tenido por objetivo el Poder Ejecutivo central, preferentemente en su aspecto político. El aparato burocrático no es alterado en una etapa inicial, salvo que exista cierta oposición de parte de sus integrantes. Ello no implica que la acción de las autoridades de hecho no incida en la función administrativa. Para algunos, ella es el objetivo que persiguen quienes pretenden alcanzar el poder.

[5] El proyecto original del artículo 126, del que derivó el artículo 128 de la Constitución de 1857, fue aprobado en los mismos términos en que fue presentado salvo que se eliminó el término *jamás* que aparecía: "*Esta Constitución jamás perderá su fuerza y vigor* […] "Francisco Zarco, *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1956, sesión de 28 de noviembre de 1856, pp. 344 y 1034.

[6] María Moliner, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 1984, tomo II, p. 944.

Dado los términos del artículo 136 y de que las "rebeliones" se han enderezado a alcanzar, preferentemente las funciones políticas, cabe apuntar una premisa inicial: la figura autoridades de hecho o *facto*, cuando menos en México, pertenece al derecho constitucional y ello a despecho de que cierta doctrina sostenga que se trata de una figura administrativa:

> La expresión de *facto* proviene en principio del derecho administrativo, y en ese ámbito se habla de funcionarios que no han sido investidos regularmente para realizar sus funciones. Indebidamente se ha trasladado esa expresión al terreno del derecho constitucional o político, donde adquiere matices y significados muy diferentes. La denominada 'doctrina de *facto*' es aplicable realmente, y en principio, solo a los funcionarios administrativos.[7]

II. Vigencia permanente de la Constitución, leyes y tratados

El orden normativo tiene la característica de ser permanente. Por seguridad jurídica ese es un principio de observancia general. Por orden normativo debe entenderse algo genérico: constitución política, leyes y reglamentos. Los tratados y convenciones internacionales, si bien son parte del orden normativo, en cuanto a su vigencia están sujetos a una regulación particular.

Las leyes, por serlo, reclaman para sí el atributo de ser eternas; están llamadas a ser permanentes. Eso es lo que va con su naturaleza. Esto no implica que sean intangibles, que no se puedan reformar.

Permanencia y reformabilidad son conceptos complementarios; siempre van unidos. No pueden existir separados. Si una ley no admite reformas será desconocida o abrogada; al no existir una ley la acción reformadora no es posible.

El concepto de constituciones o leyes pétreas o no reformables no tiene lugar en la nueva teoría de la Constitución o de la ley. El legislador, como ser humano, acepta el hecho cierto de que es falible, de que toda ley es perfectible y de que no le es dable vincular normativamente a las generaciones venideras.

[7] Andrés Fink, *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 7.

Hay documentos normativos que ordinariamente no son reformados; esto es así por que su autor fijó una vigencia temporal breve. El presupuesto y la ley de ingresos, que tienen una vigencia no superior a un año, normalmente no son reformados. Los reglamentos, por ser particulares y concretos, por lo general no son reformados. Hay excepciones.

El principio de permanencia legal está referido a un acto de naturaleza formal, a una entelequia. La Constitución de 1917 sigue siendo la misma a pesar de los cientos de reformas que se le han hecho y de que en la actualidad no queda ni el diez por ciento del texto original. El caso es el concepto formal y no su contenido el que es permanente. Lo sería aún en el caso de que un Constituyente decidiera cambiarle su nombre, pero siguiera previendo la existencia del Estado mexicano y continuara regulando su organización política, la de sus poderes y autoridades y reconozca la existencia de derechos y garantías.

Sobre la vigencia permanente del orden normativo, son aplicables los siguientes principios:

Por orden normativo debe entenderse algo genérico: la Constitución, los tratados, las convenciones internacionales, las constituciones de las entidades, las leyes, federales y locales, normatividad reglamentaria, la jurisprudencia y los criterios de los tribunales.

La permanencia de eso que, de manera genérica, se ha denominado orden normativo, en el ámbito federal se desprende de dos preceptos: el artículo 136 y el inciso F del artículo 72; éste, dispone lo siguiente:

"F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, su observarán los mismos trámites establecidos para su formación […]".

Mientras no se agote el proceso legislativo para reformar o derogar una ley, ella sigue en vigor.

Ese precepto, por virtud del contexto constitucional, tiene excepciones.

El *código civil federal* reitera el principio de permanencia y hace precisiones, dispone: "Artículo 9o. La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior".

Complementa la norma anterior la siguiente disposición: "Artículo 10. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

En los casos restantes, habrá que estarse a la naturaleza del cuerpo normativo o a lo que al respecto disponga su texto.

La regla anterior es válida salvo que en el documento normativo se disponga un tiempo de vigencia.

La regla general para abrogar, derogar o reformar normas la establece el inciso F del artículo 72, por lo que toca a las leyes y decretos que emite el Congreso de la Unión; hay excepciones:

Una ley posterior deroga a la anterior.

La jurisprudencia de los tribunales en amparo puede derogar implícitamente una ley (artículo 103, fracciones II y III y art. 107);

Una sentencia dictada por la Corte en una controversia constitucional tiene los mismos efectos derogatorios (artículo 105, frac I, inciso L).

Una sentencia dictada por el pleno de la Corte en una acción de inconstitucionalidad también puede derogar una ley (artículo 105, frac. II, último párrafo).

Las leyes hacendarias y el presupuesto de gastos tienen una vigencia temporal: un año (artículo 73 fracciones VII y VIII y art. 74, frac. IV); lo mismo puede afirmarse respecto de las disposiciones que en materia de comercio exterior emita el presidente de la república en términos del artículo 131.

Los actos realizados por particulares o autoridades en aplicación de las leyes abrogadas, derogadas o reformadas son válidos; esa regla general es válida salvo que se demuestre que las partes en un acto estaban enterados de la existencia del vicio que motivó la anulación de la ley.

En un sistema federal respecto a la permanencia y reformabilidad del orden normativo local, habría que estarse a lo que dispongan las leyes de las entidades.

Los tratados y convenciones internacionales, en cuanto a su vigencia y rescisión, deberán estarse a lo que al respecto dispongan ellos; a falta de prevención al respecto las partes deben observar los principios de derecho internacional público que regulan la materia.

Existen ciertas formas especiales de derogar cuerpos normativos específicos: una jurisprudencia se deroga o pierde vigencia por otra dictada con posterioridad por una autoridad competente para hacerlo.

Los reglamentos que emite el presidente de la república en ejercicio de la facultad que para él deriva del artículo 89, fracción I, pueden ser derogados o abrogados por él en forma expresa cuando así lo dispone; implícita, cuando emite un nuevo reglamento que contradice el anterior.

Un reglamento queda derogado al momento de abrogarse la ley a la que lleva al detalle; una ley que es reformada repercute en la anulación de la parte del reglamento en su parte relativa.

Las leyes y disposiciones administrativas que emitan el Congreso de la Unión y el presidente de la república cuando existe una suspensión de derechos y garantías en los términos del artículo 29, quedarán sin efecto al momento en que cese el Estado de excepción.

Se impone hacer ciertas precisiones:

El Congreso de la Unión, en el caso previsto en el artículo 29, no declina, de manera temporal, al total de facultades legislativas que tiene conferidas; únicamente lo hace respecto de aquellas materias que confía temporalmente al presidente de la república que pudieran ayudar a hacer frente a las causas que motivaron recurrir a ese expediente extraordinario.

Las facultades y atribuciones que tiene conferidas en materias administrativas y jurisdiccional no pueden ser delegadas.

Las leyes que eventualmente pudiera emitir el presidente de la república en ejercicio de facultades extraordinarias dejan de tener vigencia al momento en que cese el estado de excepción.

Los actos realizados al amparo de leyes o disposiciones administrativas que emita el presidente de la república en ejercicio de facultades extraordinarias, serán válidos una vez que cese el estado de excepción.

Los derechos adquiridos al amparo de esas leyes o actos, son válidos y surtirán sus efectos plenos a pesar de que cese la suspensión de derechos y garantías.

La derogación de las leyes de las entidades federativas se regulan siguiendo el procedimiento que establecen las constituciones y leyes locales; éstos, detalles más o detalles menos, coinciden con el procedimiento previsto en el artículo 72, inciso F.

III. Derecho a la rebelión o revolución

La Constitución niega el derecho a rebelarse. Quien procura la organización política del país, no puede, en forma simultánea, regular su destrucción mediante la violencia. Cumple con su deber cuando establece instituciones que juzgan y castigan a los responsables de hacer violencia, expide leyes que prevean los delitos y procedimientos para que se haga y establece un sistema para introducir reformas.

Por su parte, quienes están inconformes con el estado de cosas políticas existentes y consideran que las vías para introducir cambios no responden a sus expectativas o tiempos, no necesitan autorización legal alguna para rebelarse e intentar reformas al margen de la vía previstas en la ley; únicamente toma en consideración las dificultades a las que se enfrentaran y las posibilidades de triunfo. La legalidad no es un tema por considerar y el castigo un motivo que impida actuar.

Bajo el concepto rebelión, el Constituyente englobó cualquier forma de resistencia a las autoridades o desconocimiento del orden normativo con vista a cambiar el estado de cosas existente o forzar a las autoridades a actuar en tal o cual sentido. El concepto comprende las rebeliones propiamente dichas, las revoluciones, motines, cuartelazos y toda forma de violencia no institucional.

El negar al derecho a la rebelión y permitir reformas a la constitución sin importar si ellas son de fondo o forma, son dos caras de una misma moneda. La acción reformadora comprende todo el orden normativo.

Cuando está de por medio únicamente el orden normativo, en teoría, si existe una vía para cambiarlo, no hay motivo para rebelarse; así lo declaró Francisco Zarco al concluir sus actividades el Constituyente de 1857:

> Por esto ha dejado expedito el camino a la reforma del Código político, sin más precaución que la seguridad de los cambios sean reclamados y aceptados por el pueblo. Siendo tan fácil la reforma para satisfacer las necesidades del país, ¿para qué recurrir a nuevos trastornos, para que devorarnos en la guerra civil, si los medios legales no cuestan sangre, ni aniquilan a la República, ni la deshonran, ni ponen en peligro sus libertades y su existencia de nación soberana?[8]

[8] Francisco Zarco, *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1956, p. 1293.

Reformar es una acción que está referida a toda clase de leyes, no importa que sean fundamentales o secundarias; está relacionada también con los tratados internacionales, la jurisprudencia, los usos y las costumbres.

A pesar de que existe la posibilidad de reformar todo, las rebeliones se explican en función de que: se considera lento el proceso de reformas y hay impaciencia en ciertos sectores de la población; no se controla el aparato que produce las reformas o no se tiene acceso a él; se considera que habrá oposición a las reformas; y un sector de la población está interesada en que no se hagan ciertas reformas y recurre a la violencia para impedirlas.

En teoría del poder, las dificultades se presentan cuando se considera que la vía legal y pacífica no está expedita para renovar las élites; para hacer funcionar de manera adecuada las instituciones públicas; cuando el aparato represivo del Estado hace violencia sobre ciertos sectores de la población más allá de lo admisible; en los supuestos en que se falla en las expectativas que se habían ofrecido a la sociedad; y también cuando existe una injerencia extranjera que recurre a una minoría sometida o inconforme para lograr su política de expansión o sometimiento.[9]

IV. Artículo 136, legalidad y autoridades de hecho

Independientemente de los temas que se estudian a continuación, el artículo 136, a pesar de ser un texto legal, plantea problemas políticos de imposible solución.

Ante un movimiento armado que triunfa ¿qué autoridad tendría competencia para juzgar respecto de su ilegalidad?; en un Estado federal ¿un Estado miembro puede juzgar de la legalidad de las autoridades centrales?; ¿qué leyes son aplicables para juzgar a quienes se rebelan contra el gobierno legalmente electo? y ¿qué debe entenderse por "[…] leyes que en su virtud se hubieren expedido […]"? fórmula que aparece en el artículo 136.

[9] Stathis N. Kalivas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Madrid, Ediciones Akal, 2010; Peter Waldmann y Fernando Reinares, *Sociedades en guerra civil*, Buenos Aires, Paidós, 1999; Vicenzo Ruggiero, *La violencia política*, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2009; Michael Walzer, *Guerras justas e injustas*, Buenos Aires, Paidós, 2001; y Ted Robert Gurr, *El porqué de las rebeliones*, México, Editores Asociados, 1974.

V. ¿Qué autoridad es competente para juzgar respecto de la legalidad de los actos de una autoridad de hecho que triunfa?

Para evitar pérdida de tiempo se anticipa una respuesta: son los vencedores quienes juzgan a los derrotados; lo hacen con base en un principio elemental: contar con la fuerza. Para el caso no importa que sean las autoridades legítimas, las constituidas, o el "gobierno" los que se levanten con el triunfo. También lo pueden ser los rebeldes, revoltosos, revolucionarios, sediciosos o "alzados", a condición de que se alcen con el triunfo.

Ante una revuelta, si sus autores fracasan, ellos serán juzgados por los tribunales de las autoridades constituidas. Los revolucionarios triunfantes han juzgado a los derrotados. Se han creado cortes militares que los han juzgado en forma sumaria. Se salvaron de ser juzgado los que huyeron al destierro, como Sebastián Lerdo de Tejada.[10]

VI. ¿Los estados que son miembros de la Unión pueden juzgar de la legalidad de las autoridades del centro?

Legalmente, a los poderes de los estados no les es dado juzgar a los poderes federales o a sus actos. No existen instancias procesales ni vías para que lo hagan. Dado los antecedentes del federalismo, no es válido afirmar que los estados, en algún tiempo, hayan sido soberanos y que hayan renunciado a ella por virtud del pacto federal.

En el sistema estadounidense existe el principio de que la Unión es una unión indestructible, formada por estados indestructibles. En la guerra civil, los estados secesionistas fueron obligados a permanecer en la Unión por las armas y por su derrota.

En México, las veces en que alguna parte de lo que fue el territorio nacional han intentado separarse lo han logrado. El imperio de Iturbide fue incapaz de retener a lo que actualmente es parte de Centro América. Santa Anna fue derrotado y apresado al intentar impedir la separación de Texas.

[10] Adolfo Carrillo, *Memorias de Sebastián Lerdo de Tejada*, México, Suma Veracruzana, 1959, p. 3 y siguientes.

En contra de lo dispuesto por la Constitución, los poderes de los estados han emitido los siguientes actos:

El estado de Oaxaca, con fecha 18 de septiembre de 1861, ante el conflicto planteado con motivo de que algunos diputados al Congreso de la Unión solicitaron su renuncia al presidente de la república, expidió un decreto que en su parte relativa disponía lo siguiente:

> Decreto número 2.
>
> Artículo 1º. El Congreso del Estado, en representación legítima del pueblo oaxaqueño, solemnemente declara:
>
> *Primero.* Que no reconocerá como legal y que protesta contra el establecimiento en la República, de toda autoridad cualquiera que sea su denominación, extraña al orden constitucional.
>
> *Segundo.* Que si tal autoridad, evidentemente revolucionaria, llegare a establecerse, el Estado considerará disuelto el vínculo de unión con el poder que se levante y desde ese momento reasumirá su soberanía.
>
> Artículo 2º. El estado de Oaxaca protesta sostener el voto de sus ciudadanos y de la mayoría de la Nación, emitido en favor del ciudadano Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.
>
> Artículo 3º. Esta protesta se imprimirá y circulará, elevándose al Gobierno Supremo, al Soberano Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los estados.[11]

En el siglo veinte, Venustiano Carranza, gobernador del estado de Coahuila, ante el golpe de Estado de Victoriano Huerta, emitió el Plan de Guadalupe, en su proemio se manifiesta:

> Considerando que el general Victoriano Huerta, a quien el Presidente Constitucional don Francisco I. Madero había confiado la defensa de las instituciones y legalidad de su Gobierno, al unirse a sus enemigos rebelados en contra de ese mismo Gobierno, para restaurar la última dictadura, cometió el delito de traición para escalar el poder

[11] Benito Juárez, *Documentos, discursos y correspondencia*, México, Secretaría de patrimonio nacional, 1965, tomo 5, p. 14.

> […] Considerando que los Poderes Legislativos y Judicial han reconocido y amparado en contra de las leyes y preceptos constitucionales al general Huerta y sus ilegales y antipatrióticos procedimientos, y considerando, por último, que algunos Gobiernos de los estados de la Unión han reconocido al Gobierno ilegítimo impuesto por parte del Ejército que consumó la traición […].

Cuando cayó Victoriano Huerta, sus cómplices y partidarios fueron perseguidos; unos se escondieron, otros fueron juzgados por los vencedores; algunos de los depuestos fueron fusilados; muchos salieron al destierro para no volver más.[12]

En esta materia ha sido aplicable el mismo principio: son los vencedores los que juzgan a los derrotados y conforme a las leyes que ellos determinan, para el caso no importa que se hayan dado durante la lucha.

VII. ¿Cuáles son las leyes aplicables para juzgar a los rebeldes?

En artículo 136, en su parte relativa, dispone "[…] y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados […]" En la aplicación del precepto pudieran presentarse diversos supuestos:

Primer supuesto: el triunfo asiste a las autoridades constituidas:

Los titulares del poder que han sido cuestionados por una rebelión, se alzan con la victoria y que los autores del trastorno público son derrotados; de conformidad con el precepto: el pueblo, por virtud de una rebelión, siempre pierde su libertad; la Constitución política y las leyes, en especial, las penales, siguen en vigor.

No es admisible que las autoridades constituidas, una vez iniciada una rebelión, emitan leyes para castigar a los rebeldes; hacerlo sería atentar contra el

[12] Aureliano Urrutia, médico de Victoriano Huerta y su secretario de gobernación salió al destierro en 1914, si bien en 1941 regresó a la Ciudad de México, tuvo que salir de manera precipitada ante el temor de ser detenido para que respondiera por su complicidad en los crímenes de su jefe y por los propios. Ver a Cristina Urrutia Martínez, *Aureliano Urrutia, del crimen político al exilio*, México, Tusquets Editores, 2008, p. 271. Rodolfo Reyes, que intervino en la caída del presidente Madero y que promovió y redactó el llamado *pacto e la embajada*, por el que se depuso a éste, salió al destierro. Lo mismo hicieron sus cómplices Félix Díaz, Manuel Mondragón, Aureliano Blanquet y el propio Victoriano Huerta. Ver Rodolfo Reyes, *De mi vida*, Madrid, Biblioteca Nueva, tomo II, 1930.

precepto y el artículo 14. Los abogados de Maximiliano, el 6 de junio de 1867, alegaron que su cliente no podía ser juzgado conforme a la ley del 25 de enero de 1862, en razón de que no había sido expedida en los términos del artículo 128 de la Constitución de 1857, idéntico al actual artículo 136, ya que era una ley privativa y el tribunal que juzgaba a su cliente era un tribunal especial, lo que era contrario al artículo 13 de la Constitución de 1857.[13]

Los rebeldes deben ser juzgados conforme a las leyes expedidas con anterioridad. A pesar de lo que dispone el precepto: "[…] y con arreglo a ella […]" en el caso con arreglo a la Constitución no se puede juzgar a nadie; ordinariamente los jueces penales no juzgan con base en la Carta Magna;

En la ley de suspensión de garantías del 13 de marzo de 1911, la administración Díaz, se establecieron principios y procedimientos especiales para juzgar de la responsabilidad de ciertos delincuentes.[14]

[13] Benito Juárez, *Documentos, discursos y correspondencia*, México, Secretaría de Patrimonio Nacional, 1965, tomo 2, p. 112 y siguientes.

[14] "Artículo 1º. Quedan suspensas exclusivamente para los responsables de los delitos que se enumeran en el artículo 2º. de esta ley, las garantías otorgadas en la primera parte del artículo 13, en la primera parte del artículo 19 y en los artículos 20 y 21 de la Constitución Federal.

Artículo 2º. Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:

I.- Los salteadores de caminos, comprendiéndose entre ellos los que sin derecho detengan o descarrilen los trenes de las líneas férreas; los que quiten, destruyan o dañen los rieles, durmientes, clavos, tornillos, planchas que los sujetan, cambiavías, puentes, túneles, terraplenes o cualquiera otra parte de una vía férrea; los que pongan en ella obstáculos que puedan producir accidentes; los que separen, inutilicen o dañen las locomotoras, carros o vehículos del servicio; los que cambien las señales; los que disparen armas de fuego, lancen piedras u otros objetos sobre los trenes, o pongan explosivos destinados a destruirlos, y en general, los que ejecuten cualquier acto contra la seguridad o integridad de las vías férreas o contra su explotación.

II.- Los que sin derecho corten o interrumpan las comunicaciones, destruyendo o inutilizando los postes, alambres, aparatos o cualquiera parte o accesorio de una línea telegráfica, o de transmisión de energía eléctrica, o que ejecuten cualquier acto contrario a la seguridad e integridad de las instalaciones destinadas a producir esa energía, o que impidan su explotación.

III.- Los que bajo cualquiera forma cometan el delito de plagio, definido en el artículo 626 del Código Penal del Distrito Federal.

IV.- Los que cometan el delito de robo con violencia a las personas en despoblado, o mediante ataque a una población o finca rústica.

Artículo 3º. Serán castigados con la pena de muerte los culpables de los hechos enumerados en las fracciones I y III del artículo anterior, resulte o no de ellos muerte o lesión, así como los culpables de los delitos enumerados en las fracciones II y IV del mismo artículo, siempre que sean ejecutados en camino público, sea o no de hierro y vayan precedidos, acompañados o seguidos del delito de homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, o a traición, o del delito de incendio.

Si eventualmente una ley penal es inconstitucional y se demuestra el vicio, ellas no pueden servir de base para juzgar a los rebeldes; hacerlo sería actuar en contra de lo dispuesto por los artículos 103, 107 y, en especial, contra esa parte del artículo 136 que dispone: "[…] y a las leyes que su virtud se hubieren expedido […]".

Segundo supuesto: El triunfo asista a los rebeldes.

Quienes encabezan una rebelión tienen materias importantes de las que ocuparse; no están en ellas las relativas a la constitucionalidad o legalidad de su actuación. Actuarán con vista a alcanzar el poder, sólo cuidando no provocar a la comunidad internacional y no radicalizar a ciertos sectores de la población.

Juzgarán a los depuestos conforme a las leyes vigentes o a las que emitan durante la rebelión o con posterioridad a haber alcanzado el triunfo.

Eventualmente, a pesar de la prohibición contenida en el artículo 13, establecieron tribunales especiales que juzgaron a los derrotados; esta es una de las características del derecho de la revolución.

> Los demás hechos comprendidos en el artículo 2º. de esta ley, serán castigados con la pena de cinco a doce años de prisión, según las circunstancias.
>
> Artículo 4º. A los culpables sorprendidos *in fraganti* delito y que tengan señalada la pena capital, se les aplicará ésta sin más requisitos que el levantamiento de un acta por el Jefe de la fuerza aprehensora, en que se hará constar la comprobación del cuerpo del delito, el hecho de la aprehensión *in fraganti* y la identificación de las personas culpables.
>
> Artículo 5º. Los culpables que no fueren aprehendidos *in fraganti* y los que no tengan señalada como pena la capital, serán juzgados sumaria y verbalmente por las autoridades cuyos agentes hayan hecho la aprehensión, bien sean las autoridades políticas o los jefes militares de la Federación o de los Estados.
>
> El término para la averiguación será de ocho días, improrrogables, contados desde que el inculpado esté a disposición de la autoridad que lo juzgue. Durante los siete primeros días podrán los procesados presentar las pruebas y defensas que a su derecho convengan.
>
> El octavo día se pronunciará sentencia, imponiendo, en caso de condenación, la pena que corresponda, conforme al artículo 3º.
>
> Las actas levantadas por las autoridades políticas o las militares, en su caso, se publicarán en el periódico del Estado, Distrito o Territorio en que se cometió el delito.
>
> Artículo 6º. Las sentencias pronunciadas en virtud de esta ley, siempre que los culpables no sean aprehendidos *in fraganti*, se ejecutarán sin más recurso que el indulto. Interpuesto el recurso, se suspenderá la ejecución de la sentencia, y se remitirá el proceso, original o en copia, por el conducto más seguro y rápido, al Presidente de la República, para su resolución. Concedido el indulto, el Presidente podrá conmutar o reducir la pena.
>
> Artículo 7º. La suspensión a que refiere el artículo 1º. de la presente ley, durará seis meses, contados desde la fecha en que sea promulgada.

La vigencia de una Constitución existente al momento de iniciar una rebelión dependerá de diversos factores.

El alcance del triunfo, si éste es total, la facción depuesta queda totalmente derrotada o es aconsejable dar un giro total a la organización política, en esos supuestos no existe inconveniente en que se desconozca la Constitución vigente y se convoque a un nuevo Constituyente. Así lo hizo la Revolución de Ayutla.[15]

Carranza, a pesar de su triunfo, consideró impolítico desechar la Constitución de 1857, que ya gozaba del crédito y aceptación dentro de la población; a pesar de que la Carta Magna de 1917 fue obra de una asamblea constituyente no prevista en la Constitución de 1857, se limitó a disponer: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857".

Es evidente que los rebeldes o revolucionarios se cuidarán de afirmar que por virtud de su movimiento armado el pueblo recobró su libertad y que están en su derecho de juzgar a los opresores.

VIII. *¿Qué debe entenderse por leyes que en su virtud se hubieren expedido?*

Como se ha afirmado, cuando está de por medio una autoridad que se ha alzado con el triunfo sobre los rebeldes, puede juzgarlos únicamente con base en las leyes vigentes antes del inicio de la rebelión. Ese debería ser el principio general. La administración Juárez procedió de diferente manera.

Con relación a los problemas anteriores, por más que se busque una solución jurídica, es preciso reconocer que respecto de ellas, como dice Maquiavelo, no hay tribunal al que recurrir ni norma con base en la cual se resuelvan los conflictos;[16] por lo mismo, quien emite esos actos y recurre a la fuerza

Artículo 8º. Se autoriza al Ejecutivo para que, dentro de los límites que marca esta ley, dicte todas las medidas reglamentarias que juzgue convenientes para su exacta aplicación".

15 "5º. A los quince días de haber entrado en sus funciones el Presidente Interino, convocará el Congreso extraordinario, conforme a las bases de la ley que fue expedida con igual objeto en el año de 1841, el cual se ocupe exclusivamente de constituir a la Nación bajo la forma de República representativa popular, y de revisar los actos del Ejecutivo Provisional de que se habla en el artículo 2º".

16 N. Maquiavelo, *De principatibus*: "[…] en las acciones de los hombres, y máxime de los príncipes, donde no hay tribunal de apelación, se atiende al resultado", cap. XVIII, 23, p. 251.

para sacar adelante su punto de vista, no espera que una instancia judicial juzgue de su legalidad ni desea la aprobación de parte de los poderosos; lo hace con base en un derecho negado por el artículo 136: el derecho a la rebelión; éste, en algunos casos, es una manifestación del derecho a la legítima defensa.

IX Administración Juárez

Ante la inminente invasión francesa, el presidente Juárez, con fecha 25 de enero de 1862, en uso de las amplias facultades con las que se hallaba investido, emitió la Ley para Castigar los Delitos contra la Nación, el Orden, la Paz Pública y las Garantías Individuales, en ella, entre otras materias, se dispuso:

> 12. La invasión hecha al territorio de la República de la que habla la fracción 1a del artículo 1º de esta ley y el servicio de mexicanos en tropas extranjeras, de que habla la fracción II, será castigada con pena de muerte.
>
> 13. La invitación hecha para invadir el territorio, de que hablan las fracciones III y IV del artículo 1º se castigará con pena de muerte.
>
> 16. Los que atentaren a la vida del Supremo Jefe de la Nación, hiriéndolo de cualquier modo o sólo amagándolo con armas, sufrirá la pena de muerte. Si el amago es sin armas y se verifica en público, la pena será de ocho años de prisión; si se verifica en actos privados, la pena será de reclusión por cuatro años.
>
> 21. Los que preparen las asonadas y alborotos públicos, de que habla la fracción VII del artículo 3º y los que concurran a ellos en los términos expresados en dicha fracción u otros semejantes, sufrirán la pena de 10 años de presidio o la muerte, si concurren las circunstancias agravantes referidas al final de dicha fracción, sin perjuicio de responder con sus bienes por los daños que individualmente causaren.[17]

El problema por resolver es: la ley del 25 de enero de 1862 estaba comprendida en la fórmula "[…] y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, […]".

[17] Benito Juárez, *Documentos, discursos y correspondencia*, Secretaría de patrimonio nacional, México, 1965, tomo 5, pp. 605 a 611.

En el caso, formalmente el presidente Juárez había sido dotado de facultades extraordinarias en los términos exigidos por el artículo 29 de la Constitución.

La ley fue expedida cinco años antes de que se celebraran los juicios que se ventilaron contra Maximiliano y sus jefes militares; ella misma gozaba de generalidad y abstracción, por lo mismo no podía alegarse, como lo hicieron los abogados de los procesados, que se tratara de una ley especial.

En el caso, terminó por imponerse el principio de que la legalidad aplicable es la que emiten los vencedores. Difícilmente el presidente Juárez hubiera salido con vida de haber caído en poder de Maximiliano o de sus generales. Los generales republicanos José M. Arteaga y Salazar que cayeron en poder de Méndez, general de Maximiliano, fueron fusilados sin cubrirse mayores formalidades.

X. Derecho vigente

En el caso, por lo que toca a sus autores, es aplicable la prevención contenida en el artículo 136. La legislación secundaria aplicable es el Código Penal Federal, cuando están de por medio delitos federales.

Eventualmente, pudieran ser aplicables las leyes penales locales. Esto puede ser así cuando el conflicto se endereza contra autoridades locales, se circunscribe el territorio de una entidad y no se incide en algún delito federal.

XI. Autoridades de hecho. Generalidades

Sin declararlo expresamente, el artículo 136 prohíbe las autoridades de hecho; establece las bases para sancionar a quienes actúan como tales.

A pesar de lo anterior, han existido y existen personas, agrupaciones o corporaciones que han asumido y asumen funciones de naturaleza pública, cuyo ejercicio, ordinariamente, se ha confiado o confía poderes y autoridades públicos; que han emitido y emiten actos de naturaleza legislativa, ejecutiva y jurisdiccional; que han gozado y gozan del poder para hacerse obedecer por los particulares y, frecuentemente, con base en corromper o atemorizar, también lo son por los agentes de las autoridades legítimamente constituidas. Han gozado de "dominio", en una de las acepciones que maneja la teoría del Estado.

Maquiavelo destinó gran parte de su obra al estudio de las autoridades de hecho; lo hizo bajo los rubros: "De los principados nuevos"; a su estudio dedica los capítulos 4 a 8.[18]

A esas manifestaciones, no a todas, generalmente *a posteriori*, se les denomina autoridades de hecho. La Constitución de 1917 actualmente en vigor, en su texto original, fue obra de una autoridad de hecho: la facción revolucionaria que resultó triunfadora, la denominada constitucionalista que encabezó el primer jefe Venustiano Carranza. Las siete leyes de 1836, con las que se desconoció y suplantó a la de 1824, derivó de una rebelión conservadora. La Carta Magna de 1857 fue aprobada por un Constituyente convocado por la Revolución de Ayutla; ésta derrocó al presidente en ejercicio, Antonio López de Santa Anna, y desconoció al triunvirato que lo sucedió.

Con vista a la historia, se puede formular una premisa preliminar: las constituciones que han estado en vigor en México, han derivado de autoridades de hecho que han alcanzado el triunfo; lo hicieron por cuanto a que contaron con los elementos armados y civiles para imponer su legalidad. De ese pecado de origen no están a salvo el Acta Constitucional de la Federación del 31 de enero de 1824 y la Constitución de octubre de ese mismo año, documentos que, por primera vez en la historia, regularon la organización política del país como nación independiente y con un gobierno republicano, democrático y federal.

Los hechos referidos llevan a considerar tres materias: una, la importancia que las autoridades de hecho han tenido en México; dos, la forma en que se han manifestado a lo largo de la historia, aunque sea someramente; y tres, tratar de precisar si en el momento actual, en los grupos que cuestionan la hegemonía del Estado mexicano, en especial la delincuencia organizada, se presentan algunos de los elementos que definen a las autoridades de hecho y, si ello fuera posible, formular un intento de diagnóstico de lo que pudiera esperarse respecto de sus actos.

Existen entes, organizaciones, corporaciones o personas, que si bien se han constituido y funcionan legalmente, hay momentos en que, ante los vacíos que deja la autoridad legítima, han asumido funciones que son propias del Estado: los partidos políticos, sindicatos, compañías trasnacionales, monopolios y otras; también existen entes de hecho, como la delincuencia organizada, que asume para sí una parte considerable de los negocios públicos. Ha habido al-

[18] Ver, *El Príncipe* o *De principatibus*, México, Editorial Trillas, 2010.

go más, algunos expresidentes han suplantado a las autoridades formalmente electas o pretendido distorsionar el ejercicio del poder público. Uno recibió una lección que lo inhabilitó definitivamente: Plutarco Elías Calles; otros, enseñanzas que los neutralizaron o excluyeron de manera temporal.

Los teóricos del Estado, ven en esas manifestaciones de autoridad una prueba de la descomposición o degradación del Estado; los juristas juzgan que su existencia y funcionamiento, denota una crisis del estado de derecho; los estudiosos del poder, sin alarmarse, se limitan a contemplarlas como una de las tantas formas que el dominio tiene o puede tener. Se trata de expresiones atípicas del poder público que, si bien no son legalmente admisibles, sí explicables. Los vacíos de autoridad, creados deliberadamente o espontáneos, se han cubierto y se cubren.

XII. Algunas cuestiones por considerar

Con relación a las autoridades de hecho se presenta un cúmulo crecido de problemas; algunos de ellos se contemplan en este estudio:

- Definición de autoridades de hecho,
- Características comunes de las autoridades de hecho,
- Causas, razones o pretextos que las propician,
- Formas en que se manifiestan las autoridades de hecho.

Casos en que poderes legalmente constituidos, excediendo sus facultades, destituyeron a otros poderes, declararon nulos sus actos y desterraron a titulares de poderes.

Supuestos en que revolucionarios o rebeldes, que sin haber triunfado, desconocieron a las autoridades constituidas y el orden normativo vigente, emitieron e impusieron una nueva normatividad.

Casos en que las autoridades de hecho derivadas de una revolución, rebelión o golpe militar han triunfado, asumen el poder formal e imponen una nueva normatividad o modifican la existente o la anulan.

Efectos, validez, reconocimiento, inaplicabilidad, anulabilidad o desconocimiento de la actuación de las autoridades de hecho de parte de las autoridades legítimamente constituidas e, incluso, la anulación de ciertos actos de éstas.

El desarrollo de algunos de esos temas es esquemático. Son ideas generales a las que no se ha dado el desarrollo que razonablemente les corresponde.

XIII. Autoridades legítimas y de hecho

La Constitución y la doctrina distinguen entre gobiernos legítimos y gobiernos de *facto* o de hecho.

Para los efectos de este estudio, los términos gobierno o autoridad son utilizados en su acepción política y referidos al poder político.[19]

XIV. Autoridades legítimas

Una autoridad legítima se caracteriza por cuanto a que:

- Tiene existencia formal, esto es, está prevista por la ley o la costumbre,
- Su ascenso al cargo es legítimo: su titular reúne los requisitos previstos por la ley o la costumbre y observó el procedimiento que ella establece,
- Su actuación se apega a los principios establecidos para el ejercicio de la autoridad,
- La organización es horizontal y su actuación está sujeta a pesos y contrapesos, de división de poderes y respeto de los derechos y libertades,
- Ejerce su imperio en forma pública y notoria.

Con relación a cuestiones de legalidad, se presentan dos supuestos:

Uno, el caso de una autoridad ilegal. Lo será aquella cuyo titular no reúne los requisitos previstos por la ley y, a pesar de ello, acceda al cargo con observancia formal de los procedimientos exigidos y que ejerza la autoridad en forma pública y continua.

Otra forma en que se puede manifestar ese supuesto, es cuando estando alguien en ejercicio de un cargo público, se presenten circunstancias que inhabilitan a un servidor público para ejercerlo, a pesar de que originalmente

[19] Andrés Fink, en su obra *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, proporciona las opiniones más representativas de lo que es una autoridad *de facto* o de hecho que hay en la doctrina, esa es la razón de que en este apartado se prescinde de intentar hacerlo.

cumplía con lo dispuesto por la ley: un ministro de la Suprema Corte cumple los quince años para los que fue electo y pretenda continuar en el cargo; un presidente de la república que concluye el período de seis años y no haga entrega del poder a su sucesor; existen otros.

En estos supuestos, las leyes establecen los procedimientos para cuestionar la permanencia en el cargo; en el caso es aplicable la teoría de la incompetencia de origen, en una de sus manifestaciones.

Otros supuestos: una autoridad que actúa careciendo de facultades o atribuciones; invade la competencia de otra; o realiza actos en contra de lo dispuesto por la ley. Para estos supuestos las leyes establecen juicios para no aplicarlos, recursos e instancias para revocarlos o anularlos.

En estos supuestos no se puede hablar de que se está frente a autoridades de hecho.

XV. Autoridades de hecho

Por oposición, una autoridad de hecho: "Es todo gobierno que no es de derecho, es decir, que no tiene derechos consagrados y reconocidos por una ley positiva. Por el contrario un gobierno de derecho es el que vive bajo el imperio de una constitución consuetudinaria o escrita que regula su organización y funcionamiento".[20]

Dentro de un Estado ejerce parte del poder político al margen de lo que disponen la ley y, aún más, en contra de lo que dispone su texto.

Recurre a la fuerza antes de su ascenso al poder, durante su permanencia en él e, incluso, para evitar se finque responsabilidad a sus dirigentes o cómplices.

No existen vías para cuestionar o impugnar sus resoluciones ni instancias capaces de hacerlo; en una palabra no reconoce más controles que su voluntad o su incapacidad para imponerse.

[20] Andrés Fink, *ob., cit*. p. 9. Ese mismo autor cita una definición de Albert Constantineau: "un gobierno *de facto* en el estricto sentido jurídico, es un gobierno que ilegalmente obtiene la posesión y control de un estado o país, desapoderando al legítimo gobierno legal (*sic*) y manteniéndose por la fuerza y las armas contra la voluntad del legítimo gobierno legal (*sic*), cuyos poderes declara ejercer".

Su existencia no está prevista por la ley; lo que es más, está al margen de la ley o en contra de lo dispuesto por ella.

No se siente sometida a las leyes o derecho emitido por las autoridades legítimamente constituidas; por lo mismo su actuación y duración no está sujeta a la ley.

El ascenso al cargo de quien hace cabeza dentro de la organización es por sometimiento o imposición.

Ordinariamente, una autoridad de hecho se limita a incursionar en el ámbito del derecho público; no es frecuente que su acción esté referida a cambiar las relaciones que regula en derecho civil. Esa es la regla general, salvo el caso de revoluciones radicales que han alterado la normatividad relativa a la familia, a la propiedad o al crédito, como acto de agresión contra el clero de una religión, los latifundios o los sistemas de endeudamiento; o el caso de que las normas de derecho privado impidan el ejercicio del poder.

Quien asume el poder como autoridad de hecho frecuentemente impone castigos ejemplares o drásticos a alguno de los súbditos; el peso de la autoridad, por lo general, recae en los miembros de la clase baja o media. Se afecta a los miembros más distinguidos del estrato gobernante desplazado o a los opulentos en los supuestos en que se hace necesario demostrar poder o infundir temor para evitar brotes de rebeldía; en estos supuestos, por lo general, se hace al margen de la ley; esto es lo que aconseja Maquiavelo:

> De donde se debe observar que, al apoderarse de un Estado, el que lo ocupe debe examinar todas aquellas ofensas que le es necesario hacer, y todas hacerlas de una vez, para no tener que renovarlas cada día y poder, al no renovarlas, asegurar a los hombres y ganárselos con beneficios. Quien hace otra cosa, por timidez o mal consejo, está siempre necesitado de tener el cuchillo en la mano; no puede jamás apoyarse en sus súbditos, al no poder éstos, por las recientes y continuas injurias, estar seguros de él. Porque las injurias se deben hacer todas juntas, de manera que, saboreándose menos, ofendan menos y los beneficios se deben hacer poco a poco, de manera que se saboreen mejor.[21]

[21] Ver, Nicolás Maquiavelo, *De principatibus*, VIII, 26 a 28, p. 159.

Los usurpadores que saben de técnica del poder, lo han hecho hasta que han eliminado o neutralizado a los elementos desplazados más representativos; también lo han hacho respecto de los autores de los delitos ordinarios; lo han hecho con el fin de demostrar que se está dispuesto a poner orden en la sociedad: buscar la colaboración de los desposeídos y marginados al inicio de la toma del poder; una vez que se consolida en él debe cesar de hacerlo.

Los revolucionarios que enarbolaron el Plan de Ayutla, en 1854, una vez que desplazaron del poder a Antonio López de Santa Anna, se limitaron a disponer su destierro. Les fue posible hacerlo porque la resistencia del bando desplazado fue mínima.

En cambio, parte del mismo grupo liberal, en 1867, para acabar en forma definitiva con sus adversarios, dispuso el fusilamiento de Maximiliano y de sus generales Miguel Miramón, Ignacio Mejía y Ramón Méndez, éste fue quien había ordenado el fusilamiento de los generales José María Arteaga y Carlos Salazar, en Uruapan, Michoacán.[22]

Las autoridades de *facto* buscan el reconocimiento de la comunidad internacional otorgando concesiones que serían inadmisibles en condiciones normales.

Al inicio manifiesta que su presencia en el poder será transitoria y mientras se restablece el orden en la sociedad; lo transitorio puede durar años o

[22] "Durante la noche anterior, el general Méndez había sido apresado en su casa y, por dinero, entregado por su propio criado. Escobedo se alegró bastante de aplicarla la regla que había asentado en su notificación. En cualquier circunstancia se hubiera mandado fusilar a Méndez, pues él había mandado fusilar en una ocasión a los generales liberales, Arteaga y Salazar. A los demás que fueron apresados más tarde no se les aplicó esta orden, por lo menos hasta donde yo he sabido.

La mañana siguiente, me hallaba en compañía de otros cerca de la ventana cuando por el pasillo, frente a nosotros, fue conducido Méndez. Iba con paso acelerado como de costumbre y fumando un puro. Cuando nos vio se sonrió y nos dijo adiós con la mano. Fue conducido a la muralla externa de la plaza de toros, cerca de la Alameda, donde se le debía fusilar por un destacamento de Cazadores de Galeana.

Es costumbre en México fusilar por la espalda a aquellos que se considera como traidores por el partido opuesto, en cuyas manos haya caído. Méndez no quería someterse a aquel insulto, y cuando lo obligaron a hincarse, con la espalda hacia los fusiles, dio vuelta en una rodilla en el momento que iban los soldados a disparar, se quitó el sombreo y gritó '¡Viva México!' Cayó bocabajo, herido, pero no muerto, aún estando en sus cinco sentidos, pues con el dedo pulgar apuntó tras la oreja, suplicando de esa manera que le tiraran allí, a lo que accedió uno de los Cazadores […]". Felix Salm Salm, *Mis memorias sobre Querétaro y Maximiliano, Memorias mexicanas,* México, 2016, p. 147.

décadas: finalmente es su voluntad la que determina la permanencia o no en el poder.

Instala mesas de trabajo para oír quejas y atender problemas.

Tiene que enfrentar la posibilidad de una intromisión de parte de una potencia extranjera bajo el pretexto de proteger a sus conciudadanos o de poner a salvo las libertades y derechos de los habitantes del país.

Todo lo anterior varía en función del origen de las autoridades de hecho: un golpe de estado o una revolución popular. Cuando lo hace la clase que se considera alta, económicamente pudiente o el alto clero, recurre a los altos jefes del ejército; estos, al inicio aparentan hacer el juego de aquellos y finalmente se hacen del control de la situación y del poder.

Los líderes de las revoluciones populares elaboran programas sociales y económicos con el fin de beneficiar a la población; con ello buscan afianzarse en el poder. Los que encabezan una revolución, nunca considerarán que ha llegado el momento de cumplir sus promesas.

La usurpación del poder de parte de una autoridad de hecho puede ser que comprenda todo el poder público, en la medida en que ello sea posible y en todo el territorio nacional o que, de inicio, se limite. En esta materia es preciso tomar una consideración y algunas circunstancias: si existe un principio de división de poderes firme, un sistema federal efectivo, partidos políticos reales, lo extenso del territorio nacional y las difíciles vías de comunicación.

Todo lo anterior lleva a tener que distinguir, Victoriano Huerta, en un principio, sólo pretendió asumir el poder ejecutivo; posteriormente extendió su acción al Legislativo. El Judicial se dejó al margen. Huerta no intentó seriamente poner bajo su control a los estados; lo intentó con los más importantes. Tampoco pretendió dominar todo el territorio nacional.

Iturbide no alcanzó a dominar todo el territorio de su supuesto Imperio: Guatemala y los países de Centro América se separaron; él no tuvo la fuerza necesaria para retenerlos. Chiapas se declaró independiente. Con posterioridad, a la caída del Imperio, regresó para ser parte integrante de la naciente federación.

La revolución iniciada por Venustiano Carranza se enderezó contra una autoridad formalmente legítima, que había recurrido a un golpe de Estado

para deponer a Francisco I. Madero; ésta era una autoridad legalmente electa. La ciudadanía que apoyó al movimiento constitucionalista, no aceptó como autoridad a Victoriano Huerta.

Al crimen organizado no le interesa controlar el grueso de la actividad política y administrativa; se limita a controlar las áreas de seguridad pública y, dentro de éstas, sólo ciertas posiciones clave.

En un sistema federal, las autoridades de hecho buscan la complicidad, colaboración y apoyo de los gobernadores de los estados más poderosos; de no darse la colaboración procuran eliminarlos; es por ello que esos gobernadores consideran que un atentado contra los poderes de la Unión es una acción enderezada contra ellos mismos, por lo que procuran unirse a otros gobernadores para enfrentar a lo que denominan usurpador.

En lo que les conviene utilizan la constitución y las leyes para afianzarse en el poder; recurren a los sistemas de excepción que existen: suspenden derechos y asumen facultades extraordinarias.

Definición de autoridades de hecho

Para los efectos de este estudio se parte del supuesto de que, en términos generales, existen dos clases de autoridad:

Una, cuya existencia está prevista en las leyes, sus titulares acceden al cargo y a su ejercicio por virtud de observar los sistemas de sustitución establecidos y cubren los requisitos previstos y exigidos por ellas, que formalmente son las titulares del poder o función, en alguna de sus manifestaciones; dada la protesta que han rendido, que ajustan su actuación a lo que disponen las leyes; por virtud de éstas y con base en ellas en forma notoria o pública mandan, prohíben, sancionan y castigan válidamente.

En el caso de México, legalmente, son autoridades los titulares de los poderes federales, locales, los servidores públicos municipales y todos aquellos previstos en las leyes, a los que ésta dota de una porción del poder público. Es respecto de ellas y de sus actos que los particulares deben obediencia legal y en relación con los cuales se hace operante la obligación de hacer cumplir las leyes (arts. 87, 89, frac. I y art. 128 de la Constitución).

Las autoridades de hecho es aquella cuya existencia no está prevista en las leyes, que detentan o ejercen una cuota del poder público que ordinariamente

corresponde a una autoridad y que en su ascenso, permanencia y actuación poco o nada tienen que ver la Constitución y las leyes. Son aquellas que no se encuentran en los supuestos mencionados, que no están previstas en las leyes y que, incluso, actúan en contra de lo dispuesto por ellas.

También se les conoce como autoridades de *facto* o gobierno de facto. Existen intentos de definición:

> Para Fueyo Álvarez 'se entiende por gobierno de facto aquel que ejerce los poderes públicos con infracción de la superlegalidad (formal o material) constitucional. Entran en el concepto no sólo los casos en que los poderes públicos se asumen con infracción de los procedimientos legales previstos para la investidura, sino aquellos otros que se ejercen con infracción constitucional, no obstante la legitimidad de origen.[23]

Autoridad de hecho: Dominio transitorio que surge a partir del proceso natural de derrocamiento y transición de potestad, secundado por los cambios inminentes e inevitables en las circunstancias político–económico–sociales, tendentes a permutar y legitimar dicho movimiento con la estipulación–consolidación legal.[24]

De manera preliminar y con vista a los elementos que caracterizan, a las autoridades de hecho, se les puede definir como grupos de personas que acceden a la titularidad y ejercicio del poder o a parte de él, por vías no previstas en las leyes o la costumbre, que lo hacen en forma transitoria; frecuentemente actúan temporalmente de manera simultánea o paralela a las autoridades legalmente constituidas. La existencia de algunas está prevista por las leyes; su actuación ilegal se da sobre la marcha; otras tienen existencia a pesar de estar prohibidas.

En teoría, una autoridad legal circunscribe su actuación a lo que dispone la ley o la costumbre; éstas atribuyen, limitan y niegan. Una autoridad de hecho reconoce como límites de su actuación el alcance de su poder y la oposición o resistencia que encuentra en quienes somete o de parte de la autoridad legítima.

[23] Citado por Andrés Fink, *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 3.

[24] Soo Jung Koh Yoo, en su monografía inédita: *Autoridades de hecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2015.

Es factible que una autoridad legítima se convierta, en cierto momento, en una autoridad de hecho. Esto pasa cuando se prolonga más allá de lo previsto por la ley o la costumbre o actúa de manera sistemática y general al margen o en contra de lo que dispone la ley.

Cuando un particular, por su riqueza, ascendiente posición social, ejerce sobre pocos o muchos su influencia y puede sancionar, si no es una facultad o atribución reservada a los poderes, entes y órganos públicos, aunque ella es una forma de autoridad, no deja de ser privada; de esa manera lo son los patrones, respecto de sus trabajadores, los padres y profesores en relación con sus hijos o alumnos, respectivamente. No será autoridad pública a pesar de que las leyes acepten y regulen esas formas de dominación y eventualmente los poderes públicos los auxilien para que se hagan obedecer o para hacer efectivas las sanciones que pudieran llegar a imponer.

Tampoco son autoridades de hecho los titulares formales de los poderes o sus subalternos, cuando acceden al cargo de forma viciada, actúan excediendo sus facultades o atribuciones o realizan actos contrarios a la ley. En el primer caso, se tratará de autoridades ilegítimas; en los otros dos supuestos, se estará frente a actos susceptibles de ser declarados inaplicables o, excepcionalmente, anulados.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Adolfo Carrillo. *Memorias de Sebastián Lerdo de Tejada*. México, Suma Veracruzana, 1959.

Andrés Fink, en su obra *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.

Dublán y Lozano. *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas*. Tomo X, México, imprenta del comercio de Dublán y Chávez, a cargo de M. Lara, 1878.

Hermann Heller. *Teoría del estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1968.

José Aguilar y Maya. *La suspensión de garantías*. México, 1960.

Juárez, Benito. *Documentos, discursos y correspondencia*. Tomo 5, México, Secretaría de Patrimonio Nacional, 1965,

María Moliner. *Diccionario de uso del español*. Madrid, Gredos, 1984.

Nicolás Maquiavelo. *De principatibus*. México, Editorial Trillas, 2010.

Platón. *Diálogos, Gorgias*. 483b, Madrid, Gredos, 2008.

Plutarco. *Vidas paralelas, Sólón*. Barcelona, Editorial Planeta, 1990.

Reyes, Rodolfo. *De mi vida*. Tomo II, Madrid, Biblioteca Nueva, 1930.

Salm Salm, Felix. *Mis memorias sobre Querétaro y Maximiliano, Memorias mexicanas.* México, 2016.

Stathis N. Kalivas. *La lógica de la violencia en la guerra civil*. Madrid, Ediciones Akal, 2010.

Soo Jung Koh Yoo en su monografía inédita: *Autoridades de hecho*. México, Escuela Libre de Derecho, 2015.

Ted Robert Gurr. *El porqué de las rebeliones*. México, Editores Asociados, 1974.

Tena Ramírez, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-1989.* México, Editorial Porrúa, 1989.

Tucídides. *Historia de la guerra del Peloponeso*. Madrid, Gredos, 1992.

Urrutia Martínez, Cristina. *Aureliano Urrutia, del crimen político al exilio*. México, Tusquets Editores, 2008.

Vicenzo Ruggiero. *La violencia política*. Barcelona, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

Waldmann Peter y Reinares, Fernando. *Sociedades en guerra civil*. Buenos Aires, Paidós, 1999.

Walzer, Michael. *Guerras justas e injustas*. Buenos Aires, Paidós, 2001.

Zarco, Francisco. *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*. México, El Colegio de México, 1956.

Fuentes varias

Autores varios. *Documentos de la guerra de independencia, Biblioteca enciclopédica popular*, 74. México, Secretaría de Educación Pública, 1945.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

El constitucionalista, correspondiente al 2 de diciembre de 1913.

Constitución líquida. Anomia neoliberal generalizada

Arturo Berumen Campos*

Resumen:

En el modelo neoliberal, el valor absoluto de la competencia económica es el que predomina en la sociedad, lo cual lleva a una anomia social generalizada y a que la constitución se haga líquida, es decir, a que se generalice la corrupción política, la impunidad jurídica, la violencia criminal y los fraudes electorales. El impulso cultural al principio de la solidaridad social puede ser el contrapeso que solidifique a la constitución que contenga esta anomia neoliberal generalizada.

Abstract:

In the neoliberal model, the absolute value of economic competition is the one that predominates in society, which leads to a generalized social anomie and the constitution becomes liquid, that is, to generalize political corruption, legal impunity , criminal violence and electoral fraud. The cultural impulse to the principle of social solidarity can be the counterweight that solidifies the constitution that contains this generalized neoliberal anomie.

Sumario: Introducción / I. Reformas sólidas / II. Reformas líquidas / III. Las reformas liquidadoras de la Constitución / IV. Anomia sistémica constitucional / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

En "el paso de la fase 'sólida' de la modernidad a la 'líquida'… las formas sociales… se descomponen y se derriten antes de que… cuenten con el tiempo para solidificarse".

(Bauman: Tiempos líquidos).

Introducción

Mucho antes de que Bauman popularizara el adjetivo, los gobiernos neoliberales mexicanos ya habían hecho de la Constitución de 1917, una constitución líquida. En primer lugar, en sentido cuantitativo: de las casi quinientas reformas de la Constitución en cien años, el 70 por ciento han sido bajo gobiernos neoliberales, es decir, de los presidentes Miguel de la Madrid, Carlos Salinas, Ernesto Zedillo, Vicente Fox, Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto.[1]

I. Reformas sólidas

Y no es que antes de 1982, no haya habido reformas constitucionales, sino que tales reformas expresaban, conducían y equilibraban la lucha de clases y la lucha por la hegemonía que se daba en el país. Pensemos en tres ejemplos característicos. La reforma para que se reeligiera Obregón en el año de 1927, diez años después de la promulgación de la Constitución que prohibía la reelección presidencial. La muerte del caudillo impidió la liquefacción de la Constitución desde entonces. Las fuerzas motrices de la revolución que lucharon por la no reelección estaban todavía muy vigorosas que, de manera indirecta, no tan sólo impidieron la reelección sino que la hicieron absoluta. En una típica dialéctica negativa, la reelección de Obregón llevó a la no reelección absoluta.[2]

Otra reforma sólida de la Constitución fue cuando Cárdenas impulsó en 1937, veinte años después de la Constitución, la negación del amparo agrario que le impedía repartir las tierras a los campesinos, pues los propietarios

[1] Ruy Alfonso Rebolledo, ¿Cuánto a cambiado la Constitución desde 1917?, *El Economista*, 10 de febrero de 2017.

[2] Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1991, p. 55 y ss.

afectados se amparaban contra las dotaciones de ejidos, y así pudo realizar su obra agrarista que lo caracteriza. Sin embargo, con Alemán se restringieron los alcances de la improcedencia del amparo en materia agraria con la expedición de los certificados de inafectabilidad cuyo efecto más importante era que sus poseedores sí podían interponer el amparo contra las resoluciones agrarias de dotación y de ampliación de ejidos. De esta manera en la constitución se reestablece el inestable equilibrio entre la propiedad privada y la propiedad ejidal que caracterizó durante muchas décadas al sistema constitucional mexicano.[3]

Un tercer ejemplo que solidificó el equilibrio político constitucional, después de los trágicos acontecimiento de octubre de 1968, cuya represión llevó a muchos jóvenes y ciudadanos a buscar una salida democrática en la lucha guerrillera, es la reforma política de López Portillo, en 1977, a sesenta años de la Constitución. Con esta reforma se abrieron canales políticos de participación institucional a los descontentos, con la legalización del Partido Comunista y otras formaciones políticas de izquierda.[4]

Aunque esta reforma política de 1977 reestableció la solidez del sistema político mexicano, las subsiguientes reformas fueron haciendo líquidas las conquistas democráticas al domesticar a la izquierda que se manifestó impotente ante los fraudes electorales de 1988, 2006 y 2012. Con lo cual la Constitución ya no conducía ni la lucha de clases ni las luchas por la hegemonía, dejó de ser sólida, se hizo líquida.

II. Reformas líquidas

La fuerza de la izquierda mexicana institucional ha sido insuficiente para conquistar el poder nacional, aunque tenga enclaves regionales; pero sí fue lo suficiente para generar el miedo con el que los partidos de derecha, el PRI y el PAN, han llevado una alianza estratégica con un PRD domesticado, que ha hecho inevitable las reformas que han llevado a la liquidez de las instituciones constitucionales y, por tanto, a la liquidez de la Constitución misma.

[3] Eduardo Valle, "Introducción general" a *El nuevo artículo 27. Cuestiones agrarias de Venustiano Carranza a Carlos Salinas,* México, Editorial Nuestra, 1992, pp. 12 y 13.

[4] Javier López Moreno, ¿Qué es la reforma política?, México, UNAM, 1980, pp. 5 y 6. Según José López Portillo, el 68 fue una crisis de conciencia, y la reforma política es la conciencia de la crisis.

El primer gran ejemplo de una reforma líquida de la Constitución lo fue la reforma de Carlos Salinas en 1992 que dio por terminado el reparto agrario y desnaturalizó jurídicamente al ejido, al permitir, mediante ciertos requisitos, su privatización. Aunque el PRD protestó contra ello, la contrarreforma salinista siguió adelante, pero encontró una resistencia inesperada en la rebelión neozapatista en Chiapas en 1994,[5] que tras muchas negociaciones, diálogos y luchas políticas, concluyó en la reforma del año 2000 con Vicente Fox que reconoce, relativamente, la autonomía de los pueblos indígenas que no reestablece el equilibrio que existía antes de la reforma salinista, ya que la autonomía no es lo mismo que la propiedad ejidal o comunal y esa ha quedado semiabolida en la Constitución. Y no es, que no sea importante la autonomía indígena como conquista constitucional, pero es demasiado endeble para garantizar la libertad y el desarrollo de los indígenas, pues, como dice Hegel, la propiedad en la garantía de la libertad,[6] por eso el resguardo de la autonomía indígena lo es la propiedad ejidal o comunal.

La reforma delamadridista de 1984 que distingue las empresas públicas en estratégicas y prioritarias es la madre de todas las privatizaciones que llevaron a cabo Salinas, Zedillo, Fox, Calderón y Peña Nieto, que no tan sólo han hecho líquida a la Constitución sino a la Nación misma al crear el marco jurídico para el predominio casi absoluto del valor del marcado sobre todos los demás valores del mundo de la vida de la sociedad civil.[7]

Tan líquida ha quedado la Constitución con las reformas privatizadoras que ha sido subordinada al Tratado de Libre Comercio (TLC) desde 1993, en

[5] Los liberales del siglo XIX, cuando menos, tenían la disculpa de su inexperiencia histórica, pero los neoliberales del siglo XX, al parecer, nada aprendieron de la historia, pues sembraron el mismo error y cosecharon la rebelión zapatista de 1994. La labor de los zapatistas en Chiapas no había tenido mucho eco entre los indígenas hasta la contrarreforma del artículo 27 en materia agraria de 1994. El mismo subcomandante Marcos dijo al respecto:

> "Hubo un estancamiento hasta que el supremo gobierno tuvo la brillante idea de reformar el 27 y ése fue un poderoso catalizador en las comunidades. Esas reformas cancelaron toda posibilidad legal de tener tierra, que era lo que finalmente los mantenía como grupo paramilitar de autodefensa […] lo que más radicalizó a los compañeros fue la reforma al artículo 27, eso fue la puerta que se les cerró a los indígenas para sobrevivir de manera legal y pacífica. Por eso se alzaron en armas, para que se les oyera, porque ya estaban cansados de pagar una cuota de sangre tan alta".

[6] Hegel, Hegel, *Filosofía del derecho*, (trad.), Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, par. 45, p. 126: "desde el punto de vista de la libertad, la propiedad, como la primera existencia empírica de la libertad, es finalidad esencial para sí".

[7] Miguel De la Madrid Hurtado, *El régimen constitucional de la economía mexicana*, pp. 460 y 461. En https://archivos.jurídicos.unam.mx.

la época de Salinas, que fue aprobado sin mayor oposición que la de Porfirio Muñoz Ledo, dirigente nacionalista. El TLC se ha convertido en la verdadera Constitución del país. Es mucho más sólida que la Constitución líquida de 1917.[8]

Para hacer posible al TLC, se privatizaron los puertos y las aduanas, los transportes públicos como los ferrocarriles, se hizo agua el salario de los trabajadores, y quebraron miles de empresas pequeñas y medianas, se reprivatizaron y se financiaron los bancos, la mayoría, en manos extranjeras.[9]

Pero lo más grave de todo es que la "libertad económica absoluta" ha hecho añicos la seguridad pública y ha generado el terror de la anomia social generalizada.[10] Todo mundo quiere enriquecerse a cualquier costo, más allá de los medios legales para hacerlo. Todo el derecho, con la constitución a la cabeza, hace aguas por todos sus flancos, es la liquidez jurídica absoluta. La corrupción de los funcionarios públicos, la voracidad de los empresarios privados, la devastación de los derechos humanos más elementales (asesinatos, secuestros, desapariciones forzosas, amenazas, robos, asaltos), la impunidad de la delincuencia, organizada o no organizada, la violencia contagia todas las relaciones sociales.[11]

8 Aunque ahora Trump lo está haciendo un licuado, pues ya no le bastan los licuados constitucionales.

9 Tony Payán, Prólogo a "Dos décadas del TLCAN México, Canadá y Estados Unidos en el espacio norteamericano", de Mathieu Aré, en *Cuadernos de Conflicto y Paz*- vol. 1, núm. 3, Edición especial, Universidad de Monterrey, abril - junio 2015: "El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN) se acerca ya al vigésimo segundo aniversario de haber entrado en vigor. El éxito del tratado se mide en muchos foros y audiencias con base al abultamiento del volumen de comercio entre sus socios, el cual entre México y Estados Unidos ha crecido de 81.5 mil millones de dólares estadounidenses (USD); en 1993 a USD 534.5 mil millones en el 2014. Los defensores del tratado, citando estos números, declaran la victoria del acuerdo. Sus detractores se enfocan en la fuga de empleos de Estados Unidos a México; el desplazamiento de los campesinos mexicanos, la erosión del poder adquisitivo de los salarios en ambos lados de la frontera, y los efectos sobre el medio ambiente y la infraestructura. La evidencia empírica muestra que hay contundencia en los argumentos de ambos lados".

10 Robert Merton, *Teoría y estructura sociales*, (trad.), Florentino M. Torner y Rufina Borques, México, FCE, 1995, p. 241: "La anomia es concebida entonces, como la quiebra de la estructura cultural, que tiene lugar en particular cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquéllos. En este concepto, los valores culturales pueden ayudar a producir una conducta que se contrapone a los mandatos de los valores mismos".

11 La situación actual de anomia generalizada es muy semejante a la situación de México a mediados del siglo XIX, descrita magistral mente por Manuel Payno en *Los bandidos de Río Frío*. Véase Arturo Berumen Campos, "La novelística mexicana y la criminología crítica", en *Conocimiento y cultura jurídica*, *Revista Internacional de Derecho*, Filosofía del Derecho y Política, Universidad

III. Las reformas liquidadoras de la Constitución

Las malhadadas reformas constitucionales estructurales no son otra cosa que el derretimiento de lo que quedaba de solidez en la Constitución: los recursos energéticos, la administración pública, la educación y el sistema jurídico. Es decir, los cuatro sistemas sociales básicos de la sociedad, según Parsons: el económico, el político, el jurídico y el cultural,[12] no tan sólo se están haciendo líquidos sino, incluso, se están evaporando.

La privatización exógena y la privatización endógena ocultadas con "las políticas públicas",[13] está evaporando la administración pública como elemento universal del Estado. De acuerdo con Hegel, el Estado ético, además de las clases particulares, requiere de una clase universal que vele por los intereses universales de la sociedad, es decir, de una clase que no tenga intereses particulares. Cuando la burocracia se corrompe destina los recursos públicos a satisfacer sus intereses particulares, de modo que desaparece el Estado, y se vuelve otra clase particular.[14] Con la privatización externa e interna del petróleo y de la electricidad se legaliza la corrupción de la universalidad del Estado ético y se derrite el estado de derecho.

De modo parecido, las diversas reformas políticas lo único que hacen es legalizar la privatización de las elecciones. Los electores no son considerados

Autónoma de Nuevo León, año 5, núm. 9, enero-junio 2011, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México, p. 83: "En una época de anomia generalizada, la consecuencia inevitable es la exacerbación de la inseguridad pública, privada y social. Inseguridad pública en la ciudad, en los caminos, en los tribunales, en las instituciones de asistencia social. Todas ellas están descritas, en la novela, con tan vivísimo realismo que algunas de sus expresiones han quedado como arquetipos del habla cotidiana, como la de "Pasos en la azotea".

12 Ver, Arturo Berumen Campos, *El búho de Minerva. Apuntes de filosofía del derecho*, México, UAM-A, 2016, p. 118.

13 Omar Guerrero, *La nueva gerencia pública. Neoliberalismo en Administración Pública*, México, Fontamara, 2004, p. 55: "La nueva gerencia pública propone una renovada esencia empresarial dentro del gobierno, en reemplazo de la supuestamente agotada naturaleza burocrática. Esa gerencia es el resultado de un proceso constituido por dos etapas de privatización de los espacios públicos. La primera fase entraña la *exoprivatización* del Estado y consiste en el procedimiento por el cual la administración pública transfiere la producción de bienes y servicios a la administración privada, moviendo al Estado hacia *fuera* del mercado. La segunda etapa consiste en la *endoprivatización* del Estado, es decir, la sustitución de la administración pública de los asuntos nacionales, por la idea, la metodología y la técnica de la gerencia privada, moviendo el mercado hacia *dentro* del Estado. En la exoprivatización la gerencia pública fungió como el sujeto de la transacción de cosas hacia el mercado; en la endoprivatización esa gerencia se convierte en el objeto de la transacción mercantil".

14 Ver, Arturo Berumen, *et al*., *Curso permanente de Ética*, México, Porrúa, 2017, p. 263 y ss.

como un auditorio, dicho en términos de Habermas,[15] sino como un mercado, al que hay que comprar con "spots" publicitarios como si fueran una mercancía política,[16] con encuestas "performativas" que realizan lo que dicen, o "contra-performativas" que realizan lo contrario de lo que dicen[17] y con la privatización clientelar de los servicios públicos cuya prestación democrática es, según Duguit,[18] la única manera de justificar el poder del Estado.

La tan alabada reforma judicial de los juicios orales, está resultando un desastre en la seguridad pública y en la seguridad jurídica (v.g. la violación masiva de los derechos humanos de todas las generaciones), no por ser garantista, sino por "eficientista", es decir, porque privilegia la rapidez de los procesos judiciales por sobre la justicia y la calidad argumentativa de los procesos.[19] Importan más los criterios cuantitativos que los cualitativos lo cual no tiene nada de raro en un mercado capitalista donde lo que importa es la magnitud de la forma del valor capitalista, es decir, el dinero.[20]

Este individualismo eficientista que informa todos los sistemas sociales, se pretende introyectarlo como el valor predominante en la mente de la gente mediante la reforma educativa hecha a imagen de los medios de comunicación. La reproducción de los estereotipos de competitividad y el olvido de la solidaridad social son las verdaderas finalidades de las reformas educativa y de los medios de comunicación, para la consolidación ideológica del indivi-

15 Habermas, "Medios, mercados y consumidores", en ¡*Ay Europa*!, (trad.), Francisco Gabriel, Gil Martín, Madrid, Trotta, 2009, p. 131 y ss.

16 Arturo Berumen, "Deliberación de la constitución y constitución de la deliberación", en *Alegatos coyuntural*, núm. 4, México, UAM-A, pp. 28 y 29: "El gran mal de la democracia representativa es que considera a los votantes como un mercado y no como un auditorio. La famosa mercadotecnia electoral, tan de moda, es la enfermedad comunicativa que corroe a la democracia moderna. Considera a los candidatos como una mercancía a la que hay que vender a los votantes como si fueran un mercado y no personas deliberantes, a los que se trata sólo de persuadir y no de convencer. Persuadir es apelar a las pasiones y convencer es apelar a la razón del auditorio […] La propaganda política se convierte en publicidad mercantil. Los "spots" o promocionales electorales pretende impactar al auditorio y en nada se distinguen de los anuncios para vender cualquier mercancía. En lugar de ejercer acción comunicativa que considera a las personas como dignas de ser convencidas racionalmente, se ejercen acciones instrumentales o estratégicas, que impresionan la sensibilidad de las personas para moverlos a actuar como si no tuvieran capacidad discursiva".

17 Arturo Berumen, *El derecho como sistema de actos de habla*, México, Porrúa, 2010, pp. 32 y 33.

18 Apud Duguit, Arturo Berumen, *Curso permanente de ética*, p. 145 y ss.

19 Angel Arturo, "Ni pronto ni expedito: nuevo sistema de justicia penal tiene el 63% de los casos abiertos", en *Animal Político*, 24 agosto de 2017. En www.animalpolitico.com.

20 Rubin, Isaac Illich, *Ensayo sobre la teoría marxista del valor*, (trad.), Néstor Míguez, México, Siglo XXI, 1987, p. 172 y ss.

dualismo como medio de integración sistémica de la sociedad,[21] lo cual no hace sino recrear las condiciones propicias de lo que Merton llama la anomia social, es decir, hace más profunda la distancia entre los fines sociales consumistas y los medios legales para alcanzarlos.[22]

IV. Anomia sistémica constitucional

Todos los subsistemas sociales están siendo asediados por valores del éxito económico personal, a cualquier costo. La corrupción de la administración pública, la impunidad en la impartición y procuración de justicia, y la violación de los derechos humanos; las elecciones como mercado, la cultura como mero medio de éxito personal, son el resultado de los valores del libre mercado extendidos a todo el sistema social.

Podemos ver, más claramente, esta licuefacción de las relaciones sociales y constitucionales, si utilizamos el esquema de sistema social de Parsons. Digamos que en tiempos normales el sistema social funciona como lo ilustra el Cuadro 1.

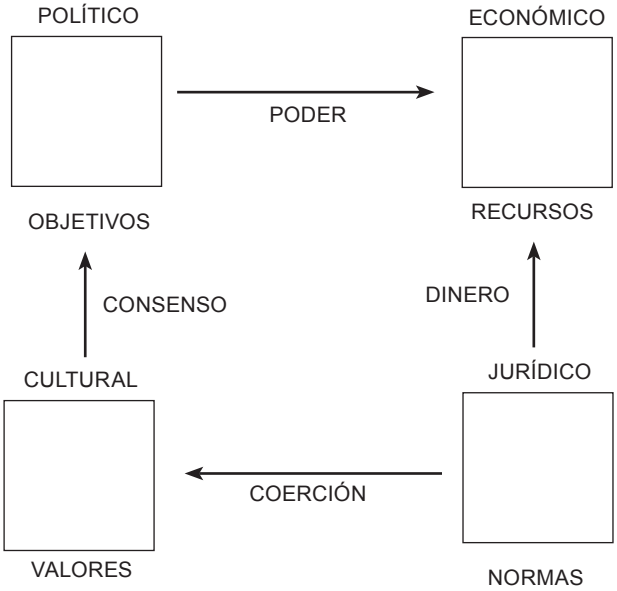
El modelo del sistema de la acción social de Parsons es un modelo de sistema abierto, pues considera a la sociedad como "el equilibrio dinámico" de cuatro subsistemas: político, económico, jurídico o normativo y el subsistema cultural, que a su vez, constituyen al sistema de la personalidad de los miembros de la sociedad de que se trata.[23]

[21] Jorge Abel Rosales Saldaña, "La reforma educativa de Peña Nieto y Televisa", en *Contextualizaciones latinoamericanas*, núm. 14, enero-junio 2016, p. 14: "Con las medidas privatizadoras que introduce la reforma no se pretende vender a los empresarios las escuelas ni los estos están interesados en comprarlas, de lo que se trata es de poner un bien público en la lógica del mercado, y allanar el camino para la subrogación de los servicios y transferir parte de los subsidios y el presupuesto educativo al sector privado". En www.contextualizacioneslatinoamericanas.com.mx.

[22] Merton, *op cit*., p. 258: "esta teoría no sostiene que la conducta desviada resultante sea racionalmente calculada y utilitaria. Por el contrario, se centra sobre las agudas presiones creadas por la discrepancia entre metas culturalmente inducidas y oportunidades socialmente estructuradas"; p. 260: "Una frecuencia creciente de conducta desviada pero "con buen éxito" tiende a disminuir y, como potencialidad extrema, a eliminar la legitimidad de las normas institucionales para los demás individuos del sistema. El proceso, pues, amplía la extensión de la anomia dentro del sistema, de suerte que los demás, que no respondían en forma de conducta desviada a la anomia relativamente ligera que primero prevalecía, llegan a hacerlo al difundirse e intensificar la anomia".

[23] Ver la exposición que hace Habermas de la teoría del sistema social de Parsons, *en Teoría de la acción comunicativa*, II, Capítulo VII, pp. 281-425.

Cuadro 1. Modelo del sistema social de Parsons



La función de cada subsistema es esencial para el funcionamiento normal del sistema social en su conjunto. Así, la función del subsistema político es la determinación de los objetivos del sistema; la función del subsistema económico es el acopio de los recursos del sistema; el subsistema cultural tiene por cometido la constitución de los valores en que se basa el consenso que estabiliza al sistema y el subsistema normativo o jurídico, se encarga de la elaboración de las normas que determinan la conducta de los miembros del sistema. Ninguno de ellos es más importante que los otros, aunque cada uno tiene su medio específico de operación. El subsistema político opera con el medio "poder" que consiste en la organización de los estratos sociales; el económico opera con el medio "dinero" como medio de pago, medida del valor y medio de acumulación; el cultural opera con el medio "consenso" o ideológico, dirían los marxistas y subsistema jurídico opera con el medio "coerción" o amenaza de la violencia.

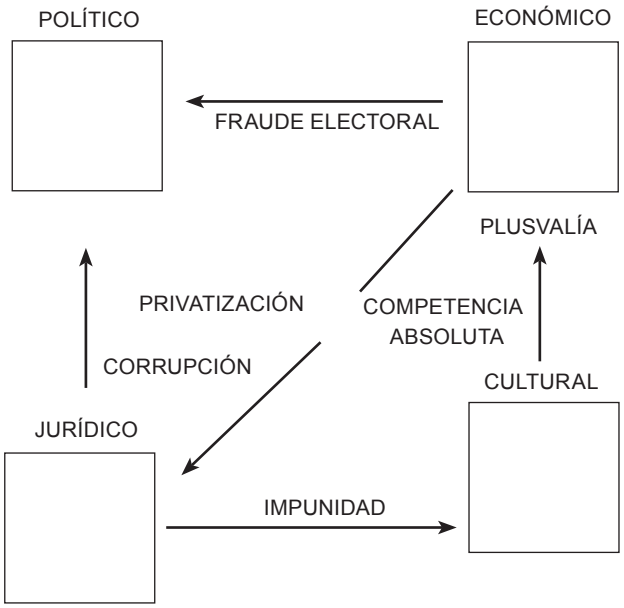
Digamos que este es el modo normal de operación del sistema social: los sistemas se cierran a su entorno para operar y se abren a su contexto para evolucionar armónicamente, no sin conflictos. Pero de este modo, se conserva la

estabilidad del sistema y, a la vez, se supera la rigidez del mismo. Pero, lo que está pasando bajo el dominio del neoliberalismo, y no sólo en nuestro país; es que sólo uno de los valores, la competitividad por la obtención de riqueza, se ha convertido, en el punto de partida, el medio y el objetivo de todos los subsistemas de la sociedad (ver Cuadro 2).

En el neoliberalismo, el sistema económico no tan sólo privilegia el valor de la competitividad por encima de la solidaridad, sino que lo trasmite a los demás subsistemas sociales, lo cual ocasiona que, en el subsistema político, los electores sean considerados como un mercado y no como un auditorio. Es decir, los votantes son compradores y los candidatos como mercancías, los cuales se anuncian como tales, con la propaganda política, como si fueran comerciales, donde no hay deliberación posible, sino sólo impacto mediático.

Ese mismo principio de competitividad ha llevado a la privatización de los servicios públicos, no como una manera de mejorarlos sino como un medio de compensar la caída de la tasa de ganancia, diagnosticada por Marx, en las

Cuadro 2. Sistema social anómico neoliberal



crisis capitalistas.[24] La privatización puede ser, como hemos visto, endógena y exógena, es decir, no necesariamente cambia el propietario de los bienes públicos, sino que también pueden administrarse como si fueran privados, es decir, por obtener la máxima ganancia, poniendo en segundo lugar, la función social y pública que establece la Constitución.

La privatización trae como consecuencia la institucionalización de la corrupción, pues ésta no es otra cosa sino la privatización de la universalidad del Estado, es decir, todas las funciones generales que la Constitución le atribuye al Estado que expresan los intereses colectivos se están poniendo a remate, al mejor postor. El Estado deja de ser un estado ético, en sentido hegeliano,[25] en el cual los intereses públicos equilibran a los privados y viceversa, y todos se vuelven privados, es decir, un Estado en el que sus miembros, incluidos los funcionarios, sólo buscan su interés particular, que "en salvaje orgía, se lanzan unas contra otras con loca furia destructora",[26] donde el derecho "es el precario valladar y el terreno de su tumulto".[27] Cuando todos sólo buscan su interés particular, todo el derecho, no sólo la Constitución se hacen líquido, es decir, es incapaz de regular nada ni logra institucionalizar los comportamientos, que estabilicen las expectativas sociales.[28]

Por eso, el subsistema jurídico se hace tan ineficaz que parece como si no existiera, pues también los operadores del derecho sólo buscan su interés y la persona jurídica honesta sólo es la expresión del desprecio.[29] La impunidad no tan sólo se da en derecho penal (sobre todo con la liquidación de los derechos humanos), aunque sea la más grave, sino también en derecho fiscal, electoral, laboral, administrativo y en derecho privado, entre otros.

La anomia social es la dialéctica negativa de la absoluta libertad de comercio. Incluso podríamos decir, con Hegel, que la libertad absoluta del neo-

[24] Marx, *El capital*, III, (trad.), Wenceslao Roces, México, FCE, 1979, p. 214: "este aumento gradual del capital constante en proporción al variable, tiene como resultado un descenso gradual de la cuota general de ganancia, siempre y cuando permanezca invariable la cuota de plusvalía o sea el grado de explotación del trabajo por el capital".

[25] Hegel, *Filosofía del derecho,* (trad.), Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 289.

[26] Hegel, *Fenomenología del espíritu*, (trad.), Wenceslao Roces, México, FCE, 1985, p. 285.

[27] *Idem*. p. 285.

[28] Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos*, (trad.), Carmen Corral, México, Tusquets, 2008, p. 7.

[29] *Idem*. p. 285.

liberalismo nos ha llevado al terror de la delincuencia organizada.[30] Que no es sino una consecuencia de la dialéctica negativa del concepto: cuando un principio ha sido llevado hasta lo absoluto, se transforma inmediatamente en su contrario, en nuestras manos.[31]

Y no contentos con eso, los cultores de la libertad competitiva pretenden reproducirla, culturalmente, en el sistema educativo y en los medios de comunicación. Y no es que el principio de la competencia sea malo, al contrario, es necesario para el estímulo y el desarrollo de los individuos y de las sociedades. Lo malo es que se absolutiza y se anula o se deja en segundo lugar, el otro gran principio del estado ético: la solidaridad social, que se encuentra también en la constitución, pero ya en un estado de liquidez absoluta.

Los constituyentes mexicanos tomaron de León Duguit, discípulo de Durkheim[32] los principios de la solidaridad social: la función social de la propiedad y el servicio público como fundamento del poder del Estado.[33] Y ambas están ahora bajo ataque, han cedido terreno ante la rentabilidad de los capitales nacionales y extranjeros, que requieren extremar el trabajo enaje-

30 *Idem*. p. 343 y ss.

31 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, (trad.), Augusta y Rodolfo Mondolfo, Buenos Aires, Solar, 1982, p. 68: "Cuando algo ha sido determinado como positivo, si se prosigue a partir de ese fundamento, se nos convierte en negativo de inmediato, entre las manos, y viceversa lo que ha sido determinado como negativo, se convierte en positivo, de manera que el pensamiento reflexivo se enreda en estas determinaciones y se contradice a sí mismo".

32 Miguel De la Madrid Hurtado, (sic) *El régimen constitucional de la economía mexicana*", p. 452: "Rafael Rojina Villegas afirma que el nuevo concepto de propiedad que adoptó el constituyente de 1917 y su legislación derivada proviene de las ideas de León Duguit, el jurista francés, quien consideró, desde 1911, que el derecho de propiedad no puede ser innato en el hombre y anterior a la sociedad, que los derechos no pueden ser anteriores a la sociedad, ni sociológicamente ni jurídicamente el derecho no se concibe sino implicando una relación social y que tampoco puede considerarse que el Estado o la sociedad, por medio de la ley, estén impedidos para limitar, organizar o restringir la propiedad. Para Duguit esta tesis se funda en la solidaridad social".

33 León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, (trad.), Carlos G. Posada, México, Coyoacán, 2007, p. 29: "Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de la riqueza tiene, por el hecho de poseer esa riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta función sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino."; Duguit León, *Las transformaciones del derecho público*, (trad.) Francisco Beltrán, Madrid, Librería española y extranjera, 1926, p. 109: "Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes".

nado en sus cuatro aspectos, según Marx: la cosificación de la conciencia, la personificación del capital, el deterioro de la naturaleza y la plusvalía.[34]

La solidaridad social, tanto como propiedad y como servicios públicos sociales, limitaba a la cosificación de las personas y a la personalización de las cosas, también limitaba la explotación de la naturaleza en vista de los derechos de las generaciones futuras y relativizaba a la plusvalía. Podríamos decir qué si predominaba el principio de solidaridad, la "solidez" de la constitución lograba limitar y controlar la anomia social, aunque pudiera llegar a una rigidez del sistema constitucional, si limitaba demasiado el principio de la competencia capitalista.

Ahora que predomina la competencia, es la liquidez constitucional la que nos ahoga con la anomia social. La plusvalía absoluta, nos lleva a una ideología competitiva absoluta, la cual corrompe, de una manera absoluta la democracia y la administración de justicia, por un lado; por otro la misma ideología nos lleva a una impunidad jurídica absoluta con la violación absoluta de los derechos humanos, es decir, a una constitución líquida absoluta, la cual reproduce, nuevamente, la plusvalía absoluta y así sucesivamente.

En cien años, nuestra constitución se ha hecho líquida porque no ha podido limitar el deseo mimético (Girard) de riqueza, y cualquiera puede emular a los jueces de la novela *Los bandidos de "Río frío"* de Manuel Payno: "México es un país de hecho".

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Bauman, Zygmunt. *Tiempos líquidos*. (trad.) Carmen Corral, México, Tusquets, 2008.

Berumen Arturo. *et. al. Curso permanente de Ética*. México, Porrúa, 2017.

_____. *El búho de Minerva. Apuntes de filosofía del derecho*. México, UAM-A., 2016.

_____. *El derecho como sistema de actos de habla*. México, Porrúa, 2010.

Carpizo, Jorge. *El presidencialismo mexicano*. México, Siglo XXI, 1991.

[34] Marx, *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*, (trad.), Wenceslao Roces, México, Grijalbo, 1985, pp. 75, 78, 80.

Duguit, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. (Trad.) Carlos G. Posada, México, Coyoacán, 2007.

Guerrero, Omar. *La nueva gerencia pública. Neoliberalismo en Administración Pública*. México, Fontamara, 2004.

Habermas. "Medios, mercados y consumidores". En *¡Ay Europa!*, (Trad.) Francisco Gabriel, Gil Martín, Madrid, Trotta, 2009.

_____. *Teoría de la acción_comunicativa* II. (Trad.), Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1999.

Hegel. *Ciencia de la lógica* II. (Trad.), Augusta y Rodolfo Mondolfo, Buenos Aires, Solar, 1982.

_____. *Fenomenología del espíritu*. (Trad.), Wenceslao Roces, México, FCE, 1985.

_____. *Filosofía del derecho*. (Trad.), Eduardo Vásquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

López Moreno, Javier. *¿Qué es la reforma política*?, México, UNAM, 1980.

Marx. *El capital*, III. (Trad.), Wenceslao Roces, México, FCE, 1979.

_____. *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*. (Trad.), Wenceslao Roces, México, Grijalbo, 1985.

Merton, Robert. *Teoría y estructura sociales*. (trad.), Florentino M. Torner y Rufina Borques, México, FCE, 1995.

Rhina Roux. "México: crisis de forma de estado". En *México: el poder, el dinero y la sangre.* de Adolfo Gilly, México, Aguilar, 1996.

Rubin, Isaac Illich. *Ensayo sobre la teoría marxista del valor.* (trad.), Néstor Míguez, México, Siglo XXI, 1987.

Valle, Eduardo. "Introducción general" a *El nuevo artículo 27. Cuestiones agrarias de Venustiano Carranza a Carlos Salinas.* México, Editorial Nuestra, 1992.

Electrónicas

Angel Arturo. "Ni pronto ni expedito: nuevo sistema de justicia penal tiene el 63% de los casos abiertos". En *Animal Político*, 24 agosto de 2017. En www.animalpolitico.com.

De la Madrid Hurtado, Miguel. *El régimen constitucional de la economía mexicana*. En https://archivos.jurídicos.unam.mx.

Rosales Saldaña, Jorge Abel. "La reforma educativa de Peña Nieto y Televisa". En *Contextualizaciones latinoamericanas*. núm. 14, enero-junio 2016. En www.contextualizacioneslatinoamericanas.com.mx.

Hemerográficas

Berumen Arturo. *et. al*. "Deliberación de la constitución y constitución de la deliberación". En *Alegatos coyuntural*. núm. 4, México, UAM-A, 2016.

_____. "La novelística mexicana y la criminología crítica". En *Conocimiento y cultura jurídica*, *Revista Internacional de Derecho, Filosofía del Derecho y Política*, Universidad Autónoma de Nuevo León, año 5, núm. 9, enero-junio 2011, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Payán, Tony. Prólogo a "Dos décadas del TLCAN México, Cánada y Estados Unidos en el espacio norteamericano". Mathieu Aré, en *Cuadernos de Conflicto y Paz*, vol. 1, núm. 3, Edición especial, Universidad de Monterrey, abril-junio 2015.

Rebolledo, Ruy Alfonso. "¿Cuánto ha cambiado la Constitución desde 1917?". *El Economista*, 10 de febrero de 2017.

La disputa internacional por los recursos genéticos

Rafael Julio Pérez Miranda*

Resumen:

Las revoluciones tecnológicas, en materia fitogenética y en biología molecular estimularon una disputa internacional intensa por los recursos genéticos silvestres y cultivados. La tendencia ha sido promover que se aprueben tratados internacionales en los que consideren a los recursos genéticos *res nullius,* y que sea obligatorio otorgar acceso a los mismos, con requisitos establecidos por los países sedes. A *posteriori*, esos recursos a los que se accedió gratuitamente o a precios ínfimos son apropiados conforme al nuevo derecho internacional de la propiedad intelectual que amplió la materia patentable o registrable.

***Abstract*:**

The technological revolutions in matters of phytogenetics and molecular biology stimulated an international dispute over wild and cultivated genetic resources. The tendency has been to promote the approval of international treaties that consider genetic resources res nullius and that it is mandatory to grant access to them, with requirements established by the host countries. Subsequently, those resources that were accessed free of charge or at discounted prices are appropriate in accordance with the new international intellectual property law that broadens the patentable or recordable subject matter.

Sumario: Presentación / I. La materia genética como bien común / II. El acceso a los recursos genéticos / III. Régimen jurídico internacional de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales / IV. El Protocolo de Nagoya / V. Recursos genéticos oceánicos que se encuentran más allá de las jurisdicciones nacionales / VI. Las modificaciones en el sistema de propiedad intelectual y la posibilidad de apropiación privada de los bienes comunes de la naturaleza / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho y Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco. Profesor invitado de CEIDIE, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

A Martín Díaz Díaz, in memorian[1]

Presentación

Durante miles de años la evolución genética inducida mediante selección de semillas e injertos de vegetales y cruza de animales, se basaba en la utilización de recursos genéticos considerados bienes comunes y el resultado de las mejoras de ellos, semillas y material de propagación de nuevos y mejores vegetales y pie de cría de nuevos animales domésticos, también se consideraban bienes comunes. La evolución inducida del maíz comenzó en nuestra región hace aproximadamente 10 mil años, y en épocas similares inició el proceso evolutivo orientado del trigo y otros granos y cereales; también el consumo selectivo de determinados recursos genéticos provocó la extinción irrecuperable de componentes de la biodiversidad.[2]

Ciertas calidades especiales de estos recursos motivaron que en muchos casos los gobiernos establecieran límites a la exportación y al aprovechamiento de recursos endémicos, como el caucho o el barbasco. Pero es a partir de la dilucidación de la estructura del genoma y de la revolución verde que se desata una feroz y ordenada disputa internacional por el acceso y apropiación de los recursos genéticos, mediante diversos instrumentos jurídicos; en unos casos generando una transición de los bienes comunes a *res nullius* y en otros creando instituciones jurídicas que permiten la apropiación de los recursos genéticos que fueron producto de alguna modificación. La biología molecular moderna permite obtener nuevos organismos vivos mejorados disponiendo de un número reducido de ejemplares; la revolución verde mostró la importancia social y económica de las modificaciones genéticas en vegetales culturales que se pueden lograr mediante fitomejoras.

Es conveniente aclarar que cuando hablamos de los bienes comunes no nos referimos a bienes que por carecer de propietarios individuales son susceptibles de un aprovechamiento libre e indiscriminado de los individuos, como

[1] En 1986 fui invitado a presentar el núm. 2 de la revista *Alegatos* en la Librería "El Ágora", destaqué la participación de un joven jurista mexicano, Martín Díaz Díaz, quién efectivamente fue uno de los grandes juristas mexicanos de los últimos años del siglo XX.

[2] "La Genómica demostró que el teosinte es el tatarabuelo del maíz". Esther Orozco. *Así estamos hechos. ¿cómo somos? De la lectura del genoma a la clonación humana*, México, Ed. Fondo de Cultura económica, 2008, p. 161.

ejemplifica Hardim, al presentar la denominada "tragedia de los comunes", con el pastizal al que tienen libre acceso los pastores; siguiendo con los ejemplos hardianos, tampoco nos limitamos a los bienes públicos de uso común, como los posibles espacios de estacionamiento en la vía pública, con o sin parquímetros.[3] Es decir, intentamos evitar la idea de que el sistema jurídico se refiere exclusivamente a sujetos jurídicos individuales que poseen, y a bienes, productos, individualizables que son poseídos por ellos, coexistiendo con bienes comunes públicos de uso común y bienes caracterizados como *res nullius*, sujetos al irracional uso o explotación masiva y que fue interpretada intencionadamente como una demostración de la necesidad de privatizar los bienes comunes, criticada por Ostrom.[4]

Los recursos genéticos, integran una parte importante de bienes que se caracterizan por tener la virtud de que cada uno de ellos puede ser poseído, apropiado, por los particulares, pero que además tienen un contenido, la información genética, que hace a su valor esencial, que es ajeno a ese derecho de propiedad sobre el bien individualizado. Así, en el proceso de mejora genética del maíz, las comunidades, sus miembros; tenían derechos sobre los productos individualizados, sobre determinadas semillas, pero las comunidades tenían derechos sobre las nuevas variedades genéticas vegetales y animales, generadas por la misma comunidad.

Presentaremos en este ensayo sobre la disputa internacional por los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales a ellos vinculados, la tendencia a transferirlos del campo de los bienes comunes al campo de las *res nullius*, por una parte, y del campo de las *res nullius*, o de los bienes comunes, al campo de los bienes propiedad de sujetos individuales, sin considerar la utilidad social de los mismos y sin retribución.

[3] Garrett Hardim, "La tragedia de los comunes", *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. En http://www.ine.gob.mx/ Artículo publicado originalmente bajo el título "The Tragedy of Commons" en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. (Trad.) de Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta*.

[4] Ostrom analiza críticamente las salidas propuestas a "la tragedia de los comunes", en especial la administración estatal autoritaria "el Leviatán como la única vía" y la más aceptada, la privatización; en general utiliza como ejemplo de bienes comunes, a los que no define, los recursos naturales. Ver en especial Elinor Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 35 y ss.

I. La materia genética como bien común

Destacamos *supra,* cómo se incrementó la importancia de los recursos genéticos en las últimas décadas y cómo la disputa se tradujo en una dinámica internacional que se manifestó en tratados internacionales acerca de su acceso, pero también en demoras no justificadas en la negociación de otros acuerdos mediando, en el diferente trato, intereses crematísticos importantes. El proceso se manifestó de diversa manera en el campo del acceso a los recursos genéticos silvestres y en el de los recursos genéticos culturales, domesticados. Pero en ambos, se pretendió obtener, con éxito relativo, un acceso libre y gratuito a los recursos y a los conocimientos tradicionales vinculados a los mismos.

El debate cobró especial importancia a partir de los descubrimientos científicos y tecnológicos en materia de biología molecular en el período que transcurre de la segunda posguerra hasta nuestros días; desde que Watson y Crick dilucidaron la estructura del ADN, presentaron la doble hélice, hasta el gran avance biotecnológico del CRISP Cas 9, la denominada tijera biológica, que permite en principio, realizar procedimientos de transgénesis con gran precisión, editar genes. Es decir, a partir de los conocimientos científicos aportados por la biología molecular y los avances de la biotecnología, que permiten realizar ediciones de genes, potenciar los efectos benéficos de recursos genéticos y eliminar los nocivos; también incorporar memorias genéticas ajenas a un ADN de otra especie, en una modificación que nunca se hubiera realizado naturalmente.

Estos descubrimientos científicos y los avances tecnológicos permiten obtener nuevos fármacos y cosméticos a partir de recursos genéticos silvestres; modificar las variedades vegetales mediante modificaciones genéticas o transgénesis; realizar diagnósticos individualizados de enfermedades. En todos estos casos es necesario disponer del recurso genético a modificar para luego obtener un "nuevo" recurso genético que es susceptible de multiplicación. Es decir, se requiere un número limitado de recursos genéticos para lograr un producto que, precisamente por ser un organismo vivo, se reproducirá duplicando, reproduciendo, la memoria anterior en la nueva memoria genética.

I.1. La materia genética como bien intangible

La biodiversidad como objeto, es un conjunto de cosas a las que se analiza y se puede conocer y llegar a modificar mediante el conocimiento, el acceso a la información de sus componentes.[5] Es así que un componente de la biodiversidad como conjunto de elementos corpóreos es su aspecto intangible, la información sobre el orden de los nucleótidos de los diversos organismos vivos que la conforman.[6] En razón de ello podemos definir que el objetivo del acceso es un producto material, pero la importancia sustancial del acceso es que ese bien material da acceso a un bien intangible, la información genética de ese producto. En este sentido, avanzamos en la caracterización de la naturaleza jurídica del organismo vivo al que se tiene acceso, que generalmente es propiedad individual de una persona jurídica particular, y en la naturaleza jurídica de la información genética sobre dicho recurso como bien intangible para cuyo acceso se requiere la autorización estatal.

El derecho soberano del Estado de regular la explotación de sus propios recursos implica, en las sociedades capitalistas, el respeto de la propiedad individual del bien corpóreo "recurso genético", pero también asumir su titularidad sobre la información genética que se puede obtener de ese recurso, en algunos casos, o la obligación de que se respete la titularidad de una comunidad local sobre la información. Es decir, el derecho soberano reconocido por la CDB, parte del supuesto de que la materia genética y los recursos genéticos, en especial el bien intangible "información genética", no es *res nullius,* es un bien común sobre el cual el Estado tiene un derecho regulatorio; derecho regulatorio que se debe traducir en garantizar que se respete su titularidad en la cabeza de una comunidad, de un conjunto de comunidades o del Estado, según se interprete en cada caso.

Se recurre a un bien común en tanto bien intangible, la memoria genética de un producto silvestre o de un producto cultivado cuya evolución hasta su estado actual, hasta su memoria genética actual, se logró durante milenios, para obtener un nuevo producto "genéticamente modificado" que será susceptible de apropiación por quién realizó la modificación genética.

[5] Martín Mahner y Mario Bunge, *Fundamentos de Biofilosofía*, México, Ed. Siglo XXI, año 2000, p. 19 y ss.

[6] Joseph Henry Vogel, From the "Tragedy of the Commons" to the "Tragedy of the Commonplace": Analysis and Synthesis through the Lens of Economic Theory". En McManis, Charles (editor), *Biodiversity and the law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Londres, Ed. Earthscan, 2007, p. 115 y ss.

Es por ello que se verifica esta dual y sólo en apariencias contradictoria tendencia en la disputa internacional sobre los recursos genéticos: hacer más ágil, y en la medida de lo posible gratuito o de bajo costo, el acceso a los recursos y permitir la apropiación de los nuevos productos derivados de su modificación genética y su comercialización a precios monopólicos. Así, la tradicional prospección de variedades vegetales y animales con objetivos científicos básicos, vio crecer a su lado a la bioprospección, la colecta y estudio de nuevos recursos genéticos con objetivos crematísticos, para cuya detección y orientación de probables beneficios es necesario recurrir también a la colecta informativa de "conocimientos tradicionales".

Esta línea tendencial es similar a la que se aplica en materia de conocimientos científicos y tecnológicos; por una parte, la humanidad dispone de un bien común: los conocimientos científicos y tecnológicos acumulados durante miles de años y sobre los cuales tienen derechos el total de los seres humanos, en su organización actual la comunidad de naciones. Esos conocimientos, reiteramos de bienes comunes de la humanidad, son de libre utilización por los tecnólogos y si en uso de ellos elaboran un producto nuevo y útil, pueden apropiarse de él, y en gran medida del conocimiento científico que utilizaron gratuitamente. Sin embargo, si un científico o un equipo de investigación aporta conocimientos científicos nuevos, teorías científicas revolucionarias, no se pueden apropiar de ellas, van al bolso de los bienes comunes, que en este caso coincide con el bolso de las *res nullius*. Es decir, quien accede a los nuevos conocimientos científicos que pueden derivar en una invención patentable no sólo se beneficia gratuitamente del producto "conocimiento científico básico", afecta a quien lo produjo y no recibe retribución por él y lo disuade a él y a la comunidad científica de continuar en una línea de investigación cuyos avances van a ser utilizados por terceros.

En ambos casos se genera un fenómeno económico singular: el sistema legal permite que sujetos individuales puedan utilizar bienes intangibles sin pagar ningún precio, como se expusiera, sin tener siquiera que retribuir el costo de producción del bien a utilizar; y a *posteriori*, luego de lograr un nuevo producto o proceso, se apropia de él y puede definir monopólicamente el precio de ese producto.[7]

[7] Ver: Rongstad, Ole-Andreas. *Property Aspects of Intellectual Property*. Gran Bretaña, Ed. Cambridge University Press, 2018, p. 15 y ss.

I.2. El acceso implica apropiación

Los recursos genéticos en tanto productos silvestres, semillas cultivadas, células o miembros de animales o seres humanos, como se expuso *supra*, tienen generalmente un propietario o titular de derechos sobre ellos; sin embargo, en tanto organismos vivos, recursos genéticos, tienen un genoma específico, una memoria genética especial, que trasmiten al reproducirse. Están sujetos a la jurisdicción soberana del Estado, son bienes comunes y por tanto ajenos a la propiedad individual. Es esa conceptualización jurídica la que en gran medida se debate en el ámbito internacional.

Es por ello que "autorizar el acceso" da una idea falsa, da la idea de que se puede acceder a un recurso, llegar a él, pero en realidad lo que se regula no es sólo la autorización a una persona jurídica para que "llegue al recurso", se le autoriza a que tenga acceso al recurso y a que se apropie del bien material, a que se apropie de muestras que por ser organismos vivos se pueden multiplicar; les permite en razón de ello tener acceso a un bien intangible, la información genética del material genético específico. Esa información genética hasta ese momento era un "bien común", pero si quién tuvo acceso a ella la modifica y obtiene una patente o un derecho de obtentor, pasará a ser de su exclusiva propiedad.

II. El acceso a los recursos genéticos

La prospección de recursos biológicos, es una de las actividades científicas más antigua que ha brindado y brinda resultados relevantes; es razonable, en consecuencia, que la comunidad científica internacional se preocupe por impulsar acuerdos internacionales que faciliten la realización de estas acciones, sin distinguir, en la medida de lo posible, la nacionalidad o residencia de quienes la realizan, en tanto el solicitante reconozca la soberanía estatal sobre los recursos, informe previamente de las acciones que realizará y se comprometa a otorgar al país en cuestión y a sus comunidades indígenas o locales, una retribución equitativa. Los resultados de las investigaciones se incorporarán al cajón de los bienes comunes de la humanidad.

Los posibles beneficios de la bioprospección se resumen a continuación:

Tipos de beneficios que pueden surgir de los programas de bioprospección

Beneficios públicos

- *Efecto positivo en la salud humana (directo).*
- *Promoción de la investigación (indirecta).*
- *Promoción de la conservación (indirecta).*

Beneficios a largo plazo

- *Regalías (directas).*
- *Pago de hitos (directo).*
- *Ingresos por cultivo y suministro de material vegetal (directo).*

Beneficios a corto plazo

- *Pagos iniciales (directos).*
- *Oportunidades de investigación compartidas (directa e indirecta).*
- *Intercambio y reparto de datos biológicos (directo e indirecto).*
- *Entrenamiento (directo e indirecto).*
- *Mejora de la capacidad institucional (directa e indirecta).*
- *Transferencia de tecnología (directa e indirecta).*[8]

El motivo por el cual los países, en especial los megadiversos, aceptan negociar internacionalmente su derecho soberano a regular el acceso, es la pretensión de evitar así la biopiratería, el aprovechamiento clandestino de sus recursos genéticos, objetivo que, como se verá en las páginas siguientes, no se ha logrado.

III. Régimen jurídico internacional de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales

Poco tiempo después de los descubrimientos de Watson y Cricks sobre la estructura del genoma y de la difusión de la potencialidad del trigo enano y de la revolución verde, la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

[8] James S. Miller, "Impact of the Convention on Biological Diversity: The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits". En McManis, Charles R. (Ed) *Biodiversity and the Law. Intelectual Property Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres, Ed. Earthscan, 207, p. 60.

dio un primer paso para establecer coincidencias entre las naciones sobre los recursos naturales en general. En la Declaración de 1962, destaca esta intención en los dos primeros artículos:

> La Asamblea General […]
>
> I. Declara lo siguiente: […]
>
> 1. El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado.
>
> 2. La exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades […].[9]

Otro detonante sobre la naturaleza jurídica de los recursos genéticos derivó de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que interpretó que en tanto los recursos genéticos eran patrimonio de la humanidad, los países en que se encontraban estaban obligados a otorgar libre acceso a ellos, y emitió una Resolución al respecto (no vinculante), que en el tema que nos interesa expresa:

> La Conferencia […] Recordando […] Reconociendo que: a) Los recursos fitogenéticos son patrimonio de la humanidad […] *que deben estar libremente disponibles para su utilización*, en beneficio de la generación presente y las futuras […] Art. 5. Disponibilidad de los recursos fitogenéticos. *Los Gobiernos e instituciones adherentes que controlen recursos genéticos seguirán la política de permitir el acceso a muestras de dichos recursos y autorizar su exportación*, cuando se les pidan con fines de investigación científica, mejoramiento de las plantas o conservación de recursos genéticos. Las muestras se

[9] Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales". Aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVII) 14 de diciembre de 1962.

proporcionarán gratuitamente a título de intercambio mutuo, o en las condiciones que mutuamente se convengan.[10]

A *posteriori* de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB), la misma FAO organizó grupos de trabajo para reformular la resolución citada y el proceso culminó con la Convención sobre Recursos Genéticos que comentaremos *infra*.

III.1. Los recursos genéticos en la CDB

Las bases sustantivas sobre acceso se regularon en el Convenio sobre Diversidad Biológica,[11] sus protocolos, en especial para el tema analizado, el Protocolo de Nagoya,[12] el Tratado Internacional sobre recursos Fitogenéticos;[13] a este marco jurídico se agregará el Convenio Internacional que se está negociando sobre el acceso a los recursos genéticos en aguas oceánicas más allá de las jurisdicciones nacionales.

La CDB dio un paso fundamental al reconocer el derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos;[14] y el derecho a regular y facilitar el acceso a ellos no estableciendo excesivas restricciones, es decir, sólo las que no vayan más allá de los objetivos previstos en el Convenio. Como principio general, todo aquel que pretenda realizar actividades de prospección científica o de bioprospección será sometido al sistema del permiso fundamentado previo. Ahora bien, el país de origen de los recursos debe suministrar al país parte que lo solicite y cumpla con los requisitos, o a los residentes de un país parte, los recursos que tenga en su poder, y si los mismos se encuentran en manos de personas particulares deberá exigirles que lo suministres (art. 19), acordando el acceso a las tecnologías o a sus beneficios.

Estas previsiones del CDB solucionaban, en principio, dos problemas importantes: *a*) Los Estados tienen el derecho soberano a regular la prospección

[10] FAO. Resolución 8/83 de noviembre de 1983.

[11] Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

[12] Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010).

[13] Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. FAO.

[14] Artículo 3. Principio de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

científica y la bioprospección en materia de recursos genéticos; *b*) El acceso está sometido al permiso fundamentado previo y un acuerdo sobre distribución equitativa de utilidades; *c*) El país en que se encuentran los recursos genéticos debe dar acceso preferente a los países partes de la Convención.

Ahora bien, la regulación internacional no afecta la posibilidad de la biopiratería, ni impide que los recursos genéticos aportados por el país de origen no se modifiquen y que se los proteja con derechos de propiedad intelectual.

III.2. Importancia del acceso

La autorización para realizar tareas de bioprospección y el derecho de acceso, otorgan al beneficiario el derecho de apropiarse de un número limitado de ejemplares del recurso en cuestión; se trata de ejemplares de un organismo vivo con capacidad de multiplicarse en un número suficiente como para realizar las investigaciones necesarias para verificar las potencialidades de su aprovechamiento. En el caso de los recursos genéticos cultivados, los ejemplares tienen las mismas características de multiplicación, por tanto, con un número reducido de ejemplares, de plantas o semillas, se pueden obtener las cantidades necesarias para nuevas variedades derivadas del ejemplar accesado mediante tecnologías fitogenéticas o la misma variedad con nuevos atributos, como la resistencia a herbicidas o con pesticidas incorporados a su genoma.

Es decir, el centro de interés no es el inicial, la apropiación de unos pocos organismos vivos, vegetales o animales, sino la utilización de ese ejemplar, su modificación genética mediante fitomejora o transgénesis, y la "apropiación" del nuevo producto, que al multiplicarse lleva en sí, como un componente de la variedad, el gene modificado.

III.3. Efectos económicos

Si el resultado de la investigación y experimentación con el recurso genético silvestre es un nuevo fármaco importante, el derecho nacional e internacional de la propiedad intelectual le permitirá a quien accedió al recurso, apropiarse temporalmente del producto; los beneficios que obtendrá pueden ser significativos y, como se expuso en el punto anterior, el valor del recurso genético original, en tanto tal, es mínimo; es por ello que el Estado tiene el derecho de regular soberanamente sobre un "bien común" diferente al

recurso en sí, que es el ADN del organismo vivo que lo define como tal en su taxonomía, en su descripción científica; una pequeña, aunque quizás sustantiva, modificación genética en su ADN le otorgará propiedades curativas nuevas o potenciará las que tenía originariamente. Este bien debe ser preservado por el Estado, permitiendo el acceso pero condicionándolo.

La investigación y experimentación con un vegetal cultivado, si es exitosa, derivará en un nuevo producto, una nueva semilla, por ejemplo, que tendrá todas las propiedades originales que hicieron que se solicitara al país o a la FAO ejemplares, pero con nuevas propiedades originadas de la modificación de su fenotipo y/o genotipo mediante acciones de fitomejoras o de ingeniería genética. El proceso evolutivo orientado de miles de años fue entregado gratuitamente y quien realizó una alteración mínima, aunque quizás relevante, en su genoma se apropiará del nuevo producto recurriendo a la protección nacional e internacional del derecho de propiedad intelectual.

Estas descripciones ejemplifican lo expuesto en el punto anterior, los productos materiales, organismos vivos silvestres o cultivados, son importantes en tanto son portadores de la información del material genético y en tanto están vivos. No se puede, por ejemplo, garantizar la explotación exclusiva de una planta mediante su visualización fenoménica, ni mediante su descripción fenoménica, es necesario recurrir a la información de su genoma para saber si es la misma planta protegida como variedad, o si contiene el gen modificado que se le insertó. Quien tuvo "acceso" al ejemplar original puede multiplicarlo tantas veces como quiera y modificar su genoma; sólo necesitó de unos pocos ejemplares para generar millones de semillas; se habrá apropiado de una nueva memoria genética compuesta de: información (memoria) genética a la que acceso + modificación genética que se le incorporó = semilla transgénica patentada. Lo que buscará el "nuevo propietario" cuando sospeche uso sin autorización no será identificar fenotipos, sino detectar en los genotipos si se encuentra el gene que el modificó. Así, se puede ver en una solicitud de patente:

> Un evento transgénico MON87701 de soja, que comprende un gen que codifica harina e insecto y células, semillas y plantas que comprenden un ADN diagnostico del evento de soja. También se provee composiciones que comprenden secuencias de nucleótidos que son diagnósticos para dicho evento de soja en una muestra biológica, sondas y cebadores para su uso en la detección de secuencias de nu-

> cleótidos que son diagnósticos de la presencia de dicho evento de soja en una muestra biológica, y métodos para detectar la presencia de dichas secuencias de nucleótidos del evento de soja en una muestra biológica, métodos de cultivo de las semillas de dicho evento de soja en plantas de soja, y métodos de desarrollo para producir plantas de soja que comprenden al ADN diagnóstico del evento de soja. Resistencia a insectos lepidópteros.[15]

Es clara la estructura de la patente; a la información genética de un recurso cultivado se le agrega una modificación genética y se la presenta como una invención de un nuevo producto. Podemos describirlo como: "Información Genética de una Variedad de Soja (IGVS) + Memoria Genética que se le Agrega (MGA) = Información sobre el Invento (I)". Es la información genética natural, la que integra los *commons*, los bienes comunes sobre los que tiene capacidad soberana de regulación el Estado. Y son esos bienes comunes los que las grandes corporaciones intentan lograr, y han logrado en gran medida, que pasen del campo de los *bienes comunes* de una nación (recursos genéticos en jurisdicciones nacionales) o de todas las naciones (recursos genéticos más allá de las jurisdicciones nacionales) al campo de los bienes en el comercio de los particulares.

IV. El Protocolo de Nagoya

Luego de diez años de intensos debates, la Conferencia de las Partes del año 2002,[16] aprobó las denominadas Directrices de Bonn,[17] que debían servir de base para la elaboración del Protocolo sobre acceso; en ella se recogieron muchas de las inquietudes de los países megadiversos y de los países en desarrollo, entre las que destacaban las relacionadas con el compromiso de los países parte, de exigir en sus oficinas de patentes que se informara sobre el origen de un producto o proceso que se aspiraba patentar, originado en organismos vivos o en material genético, junto con la información se debía

[15] Solicitud de patente presentada en el INPI – Argentina. AR *069330* - Plantas y semillas de soja correspondiente al evento transgénico MON87701 Y metodos de detección del mismo.

[16] Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 2002.

[17] Directrices de Bonn sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y la Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización.

presentar el cumplimiento de las normas de acceso que se regularían en el mismo protocolo.

El Protocolo reitera lo establecido sobre el reconocimiento de la soberanía de los países partes sobre sus recursos genéticos y los conocimientos tradicionales a ellos vinculados, *a posteriori* detalla las medidas que pueden adoptar los países para garantizar que se cumplirán con la solicitud de permiso fundamentado previo y que se establecerán las reglas para que los beneficios futuros, beneficios que pudieran obtenerse de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales a los que se tuvo acceso, se distribuirán de manera equitativa; los sistemas de distribución equitativa de los beneficios que se prevén en el Anexo del Protocolo son múltiples, la mayoría se refiere a ofertas tradicionales que no son cumplidas, como compartir tecnologías de punta, estimular la participación en las investigaciones; en efecto, cuando los países partes solicitan tener acceso a esas nuevas tecnologías se les responde tradicionalmente que no es posible por cuanto la tecnología solicitada ha sido patentada. Sin embargo, como último punto se prevé la posibilidad de que las partes convengan en coparticipar de los derechos de propiedad intelectual si el producto o proceso fuera patentado.

Respecto a la prevención de la biopiratería, las Directrices de Bonn habían previsto la conveniencia de que los países partes establecieran el requisito de la genealogía cuando se pretendiera proteger bajo la propiedad intelectual productos o procesos e información originada en organismos vivos o recursos tradicionales:

> C. RESPONSABILIDADES, […] 16) […] d) Las Partes Contratantes […] Estos países podrían examinar, entre otras cosas, las siguientes medidas: […]; II) Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual […].[18]

Esta sencilla disposición era quizá la más importante de todo el Protocolo; en gran medida, los países que por su megadiversidad y por sus carencias científico tecnológicas iban a ser significativamente proveedores de recursos

[18] Directrices de Bonn, *op. cit.*

genéticos, aceptaban la imposición de garantizar el derecho de acceso, y no establecer requisitos excesivos, con la condición de que los países industrializados, principales demandantes de los recursos, se comprometieran a cumplir con los procedimientos pactados y garantizar, en la medida de lo posible, que no continuara la biopiratería. Como suele suceder en estas negociaciones, los países en desarrollo otorgaron todas las garantías requeridas para facilitar el acceso y no lograron que se reconocieran sus reclamos.

Si bien en el Protocolo no se logró la inclusión de la obligación de los países partes de exigir la genealogía para patentar productos originados en organismos vivos, destacamos los avances regulatorios en relación al acceso a los recursos genéticos y, en especial, en materia de conocimientos tradicionales. Respecto a estos, es conveniente destacar que con base en los debates y avances en derecho internacional, los países partes pueden impulsar legislaciones protectoras de sus recursos más rígidas y eficientes. Lo están haciendo, entre otros, la India, China, Ecuador y así es conveniente que lo haga a la brevedad México.[19]

IV.1. El Tratado de la FAO sobre recursos fitogenéticos

La FAO, ha reconocido la importancia social del CDB y acepta en términos generales que tiene el más elevado nivel jerárquico en materia de diversidad biológica y en todo lo referente a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales; así consta en todos los documentos y textos normativos emitidos a partir de 1992. Pero también ha insistido en hacer reserva de su competencia para reglamentar las disposiciones ambientales del CDB en el ámbito de las plantas y animales, de los organismos vivos cultivados. Debido a ello a partir de las declaraciones realizadas sobre los Derechos del Agricultor relacionados con su actividad de mejora fitogenética a través de los siglos y de las especificidades que guarda el acceso a los recursos genéticos cultivados, inició negociaciones que culminaron en el año 2002 con la firma de un Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos.[20]

[19] Ver a ese respecto Rafael Perez Miranda y Quetzalli C. de la Concha Pichardo, en: igual sentido Sam F. Halabi, *Intellectual Property and the Nue International Economic Order. Oligopoly, Regulation and Wealth Redistribution in the Global Knowledge Economy.* Ed. Cambridge University Press, Gran Bretaña 2018, p. 175 y ss.

[20] Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. FAO; entró en vigor en 2004.

IV.2. Regulación del acceso a los Recursos Genéticos Cultivados y a los Conocimientos Tradicionales a ellos vinculados

A. Reconoce los Derechos del Agricultor.

> Las partes contratantes, reconocen la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero.[21]

Sin embargo, no asigna a la beneficiada humanidad la obligación de retribuir por el aporte reconocido. Por el contrario, hace responsable a los Estados nacionales por ello. Tampoco obliga a los países partes a reconocer a los agricultores el derecho a volver a sembrar lo cosechado y a realizar donaciones y trueques entre ellos, que ha sido la base de la evolución agrícola y ganadera *in situ*, sino que dice que cada país podrá otorgar esos derechos. Esto carece de sentido ya que es obvio que es una potestad de todo país soberano establecer estas reglas. Tampoco establece un procedimiento de supervisión del cumplimiento de los países partes respecto a la retribución ni posibles sanciones.

B. El Convenio también reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos genéticos y sobre los conocimientos tradicionales, remitiendo en varias oportunidades al CDB.

IV.3. El procedimiento para lograr el acceso

Para hacer compatibles los beneficios que pueden derivar del acceso a los recursos genéticos de los países miembros por aquellos que tienen un potencial tecnológico avanzado, que podría mejorar esas especies para beneficio de la humanidad, con los derechos de los países partes a exigir el permiso fundamentado previo y el convenio en el que se incluya una equitativa distribución de utilidades, crea un Sistema Multilateral con funciones centralizadoras y coordinadoras.

Los países partes o los sujetos jurídicos que en ellos residan, deberán solicitar al Sistema Multilateral los derechos de acceso, los que se concederán

[21] *Ibidem*, Derechos del Agricultor, art. 9.1.

en tanto cumplan con las disposiciones establecidas en el convenio. Sólo se entregarán muestras cuando el objetivo de la solicitud se vincule con la agricultura y la alimentación o cuando esa inquietud sea la de mayor peso. El acceso se concederá de manera rápida y sin necesidad de averiguar el[22] origen de los recursos.

Para poder otorgar el acceso con las características descritas, los países miembros pondrán a disposición del Sistema Multilateral los recursos genéticos enlistados en un anexo del convenio. En lo que hace a los recursos genéticos *ex situ*, los principales bancos de germoplasma agrupados en el Grupo Consultivo Internacional sobre Investigación Agrícola (CGIAR), entre otros el Centro Internacional para la Mejora del Maíz y el Trigo (CIMMYT), se incorporan al Sistema Multilateral, al que aportan los bancos de germoplasma. Es de hacer notar que pese a que México no se ha adherido al Tratado, ni ha definido con claridad cuál es el Estatuto del CIMMYT y cuál el rol del Estado mexicano en él, la institución adopta las decisiones como si fuéramos parte del Convenio y sin tener en cuenta los derechos soberanos del Estado mexicano.

IV.4. La apropiación de los recursos genéticos cultivados

Una vez que se cumplieren los requisitos procedimentales descritos, las muestras serán entregadas por los países partes a los otros países partes, o a personas jurídicas que se encuentren bajo su jurisdicción, a través del Sistema Multilateral, de manera gratuita o, en su caso, cobrando el costo de la colecta, no importando a estos efectos el origen de los recursos. Quien recibe las muestras, sin embargo, no podrá solicitar derechos de propiedad intelectual sobre los recursos tal cual los recibió. Es importante transcribir textualmente este último condicionante:

> Artículo 12. Facilitación del acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura dentro del sistema multilateral […].
>
> d) los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, o sus partes o

[22] Armando Bonilla, "El guardián de nuestro ADN vegetal". CONACYT Agencia Informativa. México, 30 de agosto de 2018.

> componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral [...].

En principio, pareciera que se han tomado las precauciones correspondientes para que no se abuse del derecho de acceso, en tanto se prohíbe a quien solicitó y obtuvo muestras de recursos genéticos que obtengan un derecho de propiedad intelectual sobre el bien recibido. Sin embargo, la disposición tiene un último agregado, no casual, que contradice, hace nulo, lo expuesto en el inciso d). Veamos:

a). La entrega de la muestra recibida es pública y es descrita en su fenotipo; por tanto, "en la forma recibida" no podría aspirar quien la recibió protegerla con algún derecho de propiedad intelectual; tanto las patentes como los registros de obtentor de nuevas variedades vegetales demandan que se cumpla con el requisito de novedad.

b). El receptor de muestras gratuitas o al costo de colecta puede modificarla en su fenotipo y genotipo y obtener una nueva variedad vegetal que podrá registrar a su nombre; no tendrá inconvenientes por cuanto lo que protege no coincide con la muestra recibida. También podrá modificar genéticamente la muestra recibida y si reúne los requisitos para que se considere un invento nuevo, útil y no manifiesto para un técnico en la materia podrá obtener una patente en aquellos países que permiten que se patenten vegetales.

c). Es decir, un particular que recibe gratuitamente una muestra se puede apropiar de una variedad vegetal, comercializarla al precio que considere conveniente y no permitir que se integre al sistema multilateral.

V. Recursos genéticos oceánicos que se encuentran más allá de las jurisdicciones nacionales

Las disposiciones del CDB sólo se aplican a los componentes de la diversidad biológica, que se encuentran bajo las jurisdicciones nacionales de los países partes; en razón de ello, no se puede aplicar a los componentes de la diversidad biológica que se encuentran en los espacios marítimos fuera de las jurisdicciones nacionales. Por otra parte, los científicos consideraban que no podía existir vida en profundidades por debajo de los quinientos metros de la superficie marina; en la actualidad, y gracias a los grandes avan-

ces tecnológicos se han podido realizar investigaciones a miles de metros de profundidad que demostraron lo errado de tal aseveración. Los organismos vivos que habitan esas profundidades tienen características especiales que les permiten tanto alimentarse como evitar a sus depredadores. La investigación sobre estos recursos genéticos derivó en múltiples y valiosas patentes de la industria farmacéutica.

Es a partir de estos descubrimientos que la Asamblea de las Naciones Unidas, instruyó la conformación de un grupo abierto de trabajo para iniciar las negociaciones para investigar la posibilidad de que se celebre un convenio internacional que regule el acceso a los recursos genéticos oceánicos más allá de las jurisdicciones generales. Los temas más conflictivos en los trabajos previos sobre el convenio actualmente en debate fueron: *a*) El marco general bajo el cual se establecerían las normas, proponiendo algunos países al Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) y otros a la Convención sobre Derechos del Mar (CONVEMAR), se resolvió adoptar la CONVEMAR como tratado marco con la inclusión de los principios de la CDB. *b*) Si se debía considerar a los recursos *res nullius*, patrimonio común de la humanidad o bienes comunes. *c*) Si se debía incluir en el nuevo convenio la regulación de la pesca. *d*) El sistema de distribución equitativa de utilidades. Mientras dura el debate y se negocia el Tratado, los no más de diez países desarrollados que pueden acceder a los organismos vivos que se encuentran en las profundidades marinas y que realizan la explotación pesquera en niveles industriales, continúan considerando a los recursos genéticos oceánicos como *res nullius*.

Según la información que periódicamente brinda la FAO, se estima que los productos del mar representan aproximadamente 150 mil millones de dólares, de los cuales entre 7% y 15% proviene de pesca ilegal; la sobrepesca y la pesca ilegal afectan el ecosistema marino.

VI. Las modificaciones en el sistema de propiedad intelectual y la posibilidad de apropiación privada de los bienes comunes de la naturaleza

La protección de los derechos industriales, las patentes como institución fundamental, se limitaba tradicionalmente a los productos inanimados y a los procesos para elaborarlos; la gran mayoría de los países prohibían

que se patentaran vegetales y animales. Sin embargo, el éxito de la revolución verde, basada en modificaciones fitogenéticas y en un paquete tecnológico, estimularon las investigaciones de empresas privadas que, por otra parte, reclamaban que se les otorgara privilegios monopólicos para explotar las nuevas variedades que obtenían, las que no se podían proteger por cuanto no eran invento y el proceso de mejora era esencialmente biológico. Con ese objetivo, en 1961 Francia, Italia, la República Federal Alemana, Bélgica, Holanda (con posterioridad se adhirieron Dinamarca, Gran Bretaña y Suiza) fundaron la Unión para la Protección de las nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV) que crea un sistema *sui géneris* de protección de las nuevas variedades vegetales que fueran nuevas, diferentes, homogéneas y estables con un sistema *sui géneris*, que otorga derechos de explotación exclusiva al titular, pero con diversas disposiciones que permiten diferenciarlo de las patentes. En un principio tuvieron poco éxito, ya que en los primeros 20 años sólo habían ratificado su adhesión 18 países. Esta situación cambió cuando el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual Vinculada al Comercio (1995) estableció que los países tenían derecho a no otorgar patentes a cerca de animales y vegetales, pero tenían que otorgar, en su caso una protección *sui géneris*; en razón de ello, en agosto de 2015 el número de miembros había aumentado a 73. El Convenio fue modificado en tres oportunidades y a la fecha se encuentran vigentes las actas de 1978 y 1991; la mayoría de los países en desarrollo se han adherido al Acta 1978, México, Argentina, Colombia y Brasil, entre los que son de nuestro interés; en las negociaciones internacionales Estados Unidos de América (EUA) y la Unión Europea (UE) presionan para que los países adopten UPOV Acta 1991 por cuanto les es beneficiosa: permite la doble protección (patente y registro de obtentor), incorpora las variedades esencialmente derivadas, y no protege los derechos del agricultor a volver a sembrar con el producto de su cosecha si utilizó semillas protegidas.

Este sistema permite a las grandes empresas semilleras realizar investigaciones fitogenéticas sobre variedades no protegidas, a las que tienen acceso gratuitamente o con pagos mínimos, y al realizarles modificaciones no sustanciales cobrar regalías al agricultor. Es una manera de apropiarse temporalmente de un recurso genético que fue mejorado durante siglos por comunidades agrícolas que no percibieron ningún ingreso extra por la mejora.

Otro paso importante en la apropiación de los recursos genéticos lo dio la Suprema Corte de EUA en el caso Diamond *vs* Chakrabarty, que permitió que se patentara un organismo vivo, un microorganismo, argumentando que se trataba de una verdadera usina que realizaba transformaciones importantes en un objeto externo y que carecía de importancia que se tratara o no de un organismo vivo.

A posteriori, la evolución acelerada de la biología molecular generó un gran debate sobre los límites al patentamiento de los organismos vivos; la oficina de patentes de EUA, por ejemplo, otorgó más de dos mil patentes a organismos vivos humanos, genes y fragmentos de genes; en algunos casos exigía que el gen estuviera aislado y en otros, que además se conociera su función. El debate vivió un momento culminante cuando se solicitó el patentamiento de un mamífero, el Onco Ratón, también conocido como Ratón de Harvard, patente que se otorgó en EUA y también en países de la UE luego de algunos rechazos. Un resultado de estos debates fue una Directiva sobre Patentes Biotecnológicas dictada en la UE en 1994.

En lo referente a nuestro tema, tanto EUA como la UE permiten el patentamiento de genes de vegetales y animales modificados genéticamente y amplían la patente al vegetal o animal que contenga dicho gen.

VII. Conclusiones

Consideramos a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales como bienes comunes, que no son propiedad de particulares ni tienen las características de los bienes públicos, si bien en algunos casos coinciden con ellos. En el caso del material genético, al que se hace referencia habitualmente como recurso genético aún en casos en que carece de interés económico, debemos distinguir el bien material en sí, de la información genética inherente a todos los organismos vivos.

En la disputa internacional por el control de los recursos genéticos se ha recurrido a una estrategia que sólo en apariencias es contradictoria. Por un lado, los países industrializados han presionado, y logrado en algunos casos, para que los recursos genéticos, silvestres, cultivados e incluso oceánicos que se encuentran fuera de las jurisdicciones nacionales, se consideren *res nullius*

o se les otorgue una naturaleza jurídica similar: acceso sin costo o a precios ínfimos.

A posteriori, en negociaciones internacionales multilaterales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Acuerdo ADPIC (de pertenencia obligatoria si se pretende adherir a la OMC) han logrado que los derechos industriales amplíen la materia protegible, incorporando las patentes sobre organismos vivos y los derechos de obtentor sobre nuevos vegetales.

Estos avances en el derecho internacional han permitido que la concertación de diversas disposiciones en variados convenios internacionales obliguen a los países en desarrollo, en especial a los megadiversos, a otorgar derecho de acceso a sus recursos genéticos, si bien pueden establecer requisitos que no sean demasiado rigurosos. *A posteriori*, y luego de haber logrado el acceso a los recursos, mediante modificaciones fitogenéticas o biotecnológicas las corporaciones transnacionales las patentan u obtienen un registro con derechos de obtentor y se apropian de ellas.

Las comunidades que investigaron los usos útiles de los recursos genéticos silvestres y los que lograron las variedades vegetales deben pagar, *a posteriori*, precios elevados por esos mismos recursos genéticos.

Los reconocimientos a los derechos de los Estados y de las comunidades locales sobre los recursos, así como los derechos del agricultor, no se traducen en derechos concretos exigibles coerciblemente.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Bonilla, Armando. "El guardián de nuestro ADN vegetal". CONACYT Agencia Informativa. México, 30 de agosto de 2018.

Halabi, Sam F. *Intellectual Property and the Nue International Economic Order. Oligopoly, Regulation and Wealth Redistribution in the Global Knowledge Economy.* Gran Bretaña, Ed. Cambridge University Press, 2018.

Mahner, Martín y Mario Bunge. *Fundamentos de Biofilosofía*. México, Ed. Siglo XXI, 2000.

Mattel, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto.* Madrid, Ed. Trotta, 2013.

McManis, Charles R. (Editor). Biodiversity and the Law. Intelectual Property Biotechnology and Traditional Knowledge, Ed. Earthscan.

Miller, James S. "Impact of the Convention on Biological Diversity: The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits". En McManis, Charles R. (Editor). *Biodiversity and the Law. Intelectual Property Biotechnology and Traditional Knowledge*. Ed. Earthscan.

Orozco, Esther. *Así estamos hechos. ¿cómo somos? De la lectura del genoma a la clonación humana*. México, Ed. Fondo de Cultura económica, 2008.

Ostrom, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica. 2015.

Rongstad, Ole-Andreas. *Property Aspects of Intellectual Property.* Gran Bretaña, Ed. Cambridge University Press. 2018.

Vogel, Joseph Henry. From the "Tragedy of the Commons" to the "Tragedy of the Commonplace": Analysis and Synthesis through the Lens of Economic Theory". En McManis, Charles (editor). *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*. Londres, Ed. Earthscan, 2007.

Documentos

Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 2002.

Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

Directrices de Bonn sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y la Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización.

FAO. Resolución 8/83 de noviembre de 1983.

ONU. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales". Aprobada por la Asamblea General en su resolución 1803 (XVII) 14 de diciembre de 1962.

Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010).

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. FAO; en vigor año 2004.

Electrónicas

Hardim, Garrett. "La tragedia de los comunes". *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. En http://www.ine.gob.mx/ Artículo publicado originalmente bajo el título "The Tragedy of Commons" *en Science* V., 162, (trad.) de Horacio Bonfil Sánchez, Gaceta, 1968.

Hemerográficas

Perez Miranda, Rafael y Quetzalli C. de la Concha Pichardo. "Conocimientos tradicionales y de los vegetales en el código de los conocimientos de Ecuador". Revista *Alegatos,* núm. 95, enero-abril de 2017.

Sapolsky, Robert M. “Superhumanidad. Las ansias por superar nuestros límites evolutivos nos diferencian del resto de los animales”. En *TEMAS. Cultura y Evolución Humana*. Ed. Investigación y Ciencia, núm. 87. 1er trimestre de 2017.

Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano

Alicia Beatriz Azzolini Bincaz*

Resumen:

México no ha permanecido ajeno al proceso de internacionalización y positivización de los derechos humanos que tuvo lugar a lo largo del siglo XX. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, sentó las bases de un modelo de justicia penal acusatorio, respetuoso de los derechos fundamentales. La legislación secundaria y las prácticas institucionales no hicieron eco de las disposiciones constitucionales. En los últimos años se han realizado reformas normativas a la justicia penal que buscan adecuarla a los estándares internacionales de derechos humanos, una vez más, las transformaciones legislativas no se reflejan en los hechos.

Abstract:

Mexico has not remain apart from the internationalization and positivization process of Human Rights that took place during XX Century. The Mexican Constitution of 1917 sat down the foundations of an accusatory criminal justice model respectful of fundamental rights. However, secondary legislation and institutional practices did not fulfill the constitutional disposals. In the last years, normative reforms to the criminal justice have been done in order to adequate it to the international standards of Human Rights. Once more, legislative transformations are not reflected in facts.

Sumario: I. La incursión de los derechos humanos en el sistema penal / II. La vigencia de los derechos humanos en el sistema penal mexicano / III. El nuevo modelo de justicia penal / IV. Comisiones de la verdad / V. Reflexiones finales / Fuentes de consulta

* Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco y del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

I. La incursión de los derechos humanos en el sistema penal

La irrupción de los derechos humanos en el sistema de justicia penal se produce en la segunda mitad del siglo XX. La atrocidad de los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial: homicidios, torturas, tratos inhumanos y degradantes y demás ataques a la dignidad de los seres humanos que salieron a la luz en los juicios de Nuremberg y de Tokio y en los testimonios vertidos en diferentes ámbitos por las propias víctimas sobrevivientes, sensibilizaron a la comunidad internacional. La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), son prueba de ello. En especial, los países de Europa Occidental y de América han elaborado instrumentos e instituciones para la defensa de los derechos humanos.[1] El proceso no ha sido constante, no está acabado y, lamentablemente, no necesariamente es irreversible, pero ha permitido generar estándares internacionales de actuación estatal en materia penal. A la luz de la doctrina de los derechos humanos, los países europeos fueron aboliendo de manera paulatina la pena de muerte y revisando y adecuando los contenidos de sus legislaciones penales. Los países americanos han llevado a cabo procesos similares, pero a un ritmo más lento y con menor éxito en su instrumentación.[2]

El desarrollo internacional de los derechos humanos, los convirtió en normas de derecho positivo y con ello reforzó su obligatoriedad más allá de toda discusión teórica asociada con su conceptualización. En este contexto, los derechos humanos son normas jurídicas que recogen valores de especial significación para la comunidad internacional, de allí su carácter superior, además de que se trata de normas que se aplican al interior de cada Estado, y que son derechos en el sentido estrictamente jurídico, sin importar la clase de instrumento en el que se encuentren enunciados.[3] Estos derechos de carácter

[1] Estatuto del Consejo de Europa (1949), Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y a la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961, Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000), Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2007), por citar algunos ejemplos. La creación de la Organización de los Estados Americanos (1948), la proclamación de la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).

[2] Existen excepciones, la más destacable, la de Estados Unidos que todavía mantiene la pena capital en un número significativo de estados y cuenta con un severo régimen de excepción para la lucha contra el terrorismo.

[3] Federico Lefranc Weegan y Lizbeth Campos Espinosa, "El derecho internacional de los derechos humanos y la función ministerial", *paper* (Documento proporcionado por el autor).

superior inciden especialmente en el ámbito penal, debido a que "lo penal" es un espacio de actuación estatal que afecta de manera directa derechos fundamentales de las personas, como la libertad, la integridad personal y el derecho a decidir sobre el desarrollo de su proyecto de vida.

México no ha permanecido ajeno al proceso de internacionalización y positivización de los derechos humanos. La Constitución de 1917 incorporó los derechos humanos relacionados con el modelo clásico de derecho penal que expresan el ideal de la ilustración. Se prevén en términos de prohibición dirigida al Estado mexicano de imponer penas crueles inusitadas, trascendentes y degradantes (artículo 22) y de afectar los derechos de las personas sin orden fundada y motivada de un juez (artículo 16). Se reconocen derechos de las personas sujetas a una investigación penal (artículo 16), así como a las que son procesadas (artículo 20) y a las que se encuentran cumpliendo una pena o sujetas a una medida cautelar privativa de la libertad (artículo 18). De ahí en más, a lo largo del siglo XX, México subscribió y ratificó los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, a pesar de su vigencia formal, rara vez se aplicaban en los procesos judiciales los derechos incorporados en esos instrumentos. No era extraño que la legislación local llegara a oponerse francamente a las disposiciones de instrumentos internacionales vinculantes para el país, como era el caso de la edad penal que en algunos estados (Guanajuato) era inferior a la establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño. El parteaguas para el ingreso del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico mexicano fue la aceptación en 1998 de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[4] Diversas sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en las que se condena al Estado mexicano por violación de derechos humanos en temas relacionados directamente con el sistema penal, han obligado a las distintas instancias estatales (ejecutivo, judicial y legislativo) a adecuar, en primer lugar, las normas vigentes a lo establecido en el marco internacional de referencia. Este proceso ha alcanzado su máximo desarrollo con la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en el que se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de

[4] Aceptación de México: 16 de diciembre de 1998; Decreto Promulgatorio *DOF,* 24 de febrero de 1999; Fe de erratas *DOF,* 25 de febrero de 1999.

las garantías para su protección. La incorporación expresa en el texto constitucional de los derechos humanos y del principio de interpretación pro persona determinó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) iniciara una Nueva Época, la Décima, en la que ha emitido múltiples resoluciones en materia de aplicación e interpretación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.[5] Significó también, el reconocimiento de un Estado de derecho constitucional, en el que la validez de las leyes no depende solamente de su forma de creación sino de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.[6]

El sistema penal diseñado en la CPEUM debe ser interpretado a la luz de los derechos humanos contenidos en este amplio marco constitucional. Si esto es así, podría discutirse la convencionalidad de instituciones como el arraigo regulado en el artículo 16, la prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 y la extinción de dominio del artículo 22. Estas figuras, que pretenden, a su vez, facilitar el combate el crimen organizado, se oponen a disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y a otros instrumentos vinculantes.[7] Sin embargo, en una resolución cuestionable la SCJN estableció que los 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 aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.[8] Esta resolución constituye un claro ejemplo de un retroceso en materia de incorporación de derechos humanos en la legislación local. Si bien la Corte no estaba analizando las figuras del sistema penal mencionadas con anterioridad, la

[5] La resolución Varios 912/2010 en la que se analiza el alcance del caso Radilla ha dado pie al control difuso de constitucionalidad.

[6] Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del estado de derecho", *RIFP/ 17,* 2001, p. 34. En http://ia800709.us.archive.org/19/items/FerrajoliLuigi-PasadoYFuturoDelEstadoDeDerecho/Ferrajoli-2001-PasadoYFuturoDelEstadoDeDerecho.pdf, consultado el 7 de junio de 2016.

[7] En principio podría argumentarse que tratan de dar cumplimiento al mandato de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Convención de Palermo), sin embargo, estas figuras van más allá de los estándares internacionales de derechos humanos. El arraigo es contrario a lo establecido en el artículo 7, numerales 4 y 5 de la CADH, la prisión preventiva oficiosa al artículo 8 numeral 2 de la CADH y al artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la extinción de dominio genera conflictos con los establecido en el artículo 21 de la CADH. Ver Alicia Azzolini, *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del estado mexicano*, México, Ubijus Félix Cárdenas, S.C., 2012.

[8] Contradicción de Tesis 293/2011; Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 96.

resolución impacta directamente respecto del cuestionamiento que se pueda hacer de ellas.

Lo dicho hasta el momento permite formular una primera afirmación: La CPEUM contiene las bases que posibilitan hablar de un Estado constitucional de derecho. Esto es válido a pesar de ciertas interpretaciones jurisprudenciales que pueden cuestionarse a partir del criterio de convencionalidad. Ello no significa que toda la legislación penal mexicana esté armonizada con los derechos fundamentales comprendidos en el marco constitucional; significa que debería estarlo.

El principio *pro persona*, en tanto mandato de optimización, obliga a las autoridades a respetar y hacer efectivos los derechos humanos en los distintos ámbitos de actuación estatal.[9] Sin embargo, esto conlleva una segunda consideración. El amplio marco constitucional de derechos humanos no garantiza por sí mismo: i) que los jueces ajusten sus resoluciones al marco de los derechos humanos; ii) que las instituciones tengan un diseño que facilite y propicie el respeto de los derechos, y iii) que las prácticas del sistema de procuración, impartición y ejecución de justicia penales respeten los derechos humanos de los sujetos involucrados. Los avances en el plano normativo son necesarios, pero no suficientes para la vigencia de los derechos humanos en el sistema penal mexicano. Existen muchas y recurrentes violaciones a derechos fundamentales en los diferentes niveles de la actuación penal del Estado.

II. La vigencia de los derechos humanos en el sistema penal mexicano

La CPEUM utiliza el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales, esto genera la preocupación por delimitar el alcance de cada uno de ellos. La distinción entre derechos humanos, en sentido amplio, y derechos fundamentales es importante, en el sentido que esto últimos están sujetos a las reglas de interpretación jurídica y que ellos marcan la pauta de lo que debe considerarse válido en el derecho positivo.[10] Sin embargo, el

[9] Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2007.

[10] Robert Alexy, *Tres escritos…*, p. 35 *Tres escritos sobre de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (trad.) de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 28.

texto constitucional mexicano ha utilizado el concepto "derechos humanos" en el Capítulo I del Título I, donde establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. A su vez, en el artículo 20, Apartado A, Fracción IX, dispone que será nula cualquier prueba obtenida en violación de derechos fundamentales. Esto parece indicar que la CPEUM usa indistintamente los términos "derechos humanos" y "derechos fundamentales". Pero el concepto de derechos humanos utilizado en el texto constitucional alude a los derechos que están positivizados en los contenidos en tratados internacionales vinculantes y en la propia Constitución. Este concepto se circunscribe y superpone con el de los "derechos fundamentales", deja afuera a aquellos otros derechos no incluidos en los convenios internacionales o en la Constitución, lo cual no significa negarlos, sino que están sujetos a otros criterios de validación y alcance. Los derechos humanos positivizados constituyen principios y valores, tienen un contenido material que permea el ordenamiento jurídico y su aplicación. La validez material, entendida como la adecuación de las normas secundarias a los contenidos y valores constitucionales es un pilar fundamental de la doctrina constitucional contemporánea.[11]

En su redacción original de 1917 la CPEUM, contenía un conjunto de valores y principios propios de un estado de derecho, gran parte de los que hoy se consideran derechos humanos. Olga Islas y Elpidio Ramírez, sostuvieron hace ya varias décadas que la CPEUM institucionalizaba la materia penal en tres aspectos: sustantivo, adjetivo y ejecutivo. El sustantivo, determinaba las bases que debía considerar el legislador ordinario al elaborar las normas jurídico-penales: bienes que han de tutelarse directrices en materia de punibilidad y criterio diferenciador entre delitos graves y no graves. El adjetivo explicaba el sistema procesal que debía ser instrumentado por el legislador ordinario (procedimiento íntegramente acusatorio, con no más de tres instancias), así como los actos que necesariamente debían llevarse a cabo en el procedimiento, los sujetos que habían de realizarlos y los requisitos que debían cumplirse. En el aspecto ejecutivo establecía los fundamentos del tratamiento para la readaptación del delincuente. Según estos autores el procedimiento era acusatorio, se distinguían con claridad las instancias de la acusación la defensa y la decisión.[12]

[11] *Ibidem*, p. 41 y ss. En sentido similar se pronuncia Ferrajoli, *loc. cit.*

[12] Olga Islas y Elpidio Ramírez, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979.

Aunque la Constitución no empleaba el concepto de derechos humanos, y la dogmática constitucional de la época no propiciaba la interpretación conforme en su sentido más amplio, lo cierto es que los preceptos estaban reconocidos en el texto de la Carta Magna y existían penalistas con la lucidez y sagacidad suficientes como para descifrarlos adecuadamente. Sin embargo, el legislador secundario no tuvo esa misma inteligencia. Sobre todo, las legislaciones sustantiva y procesal contuvieron disposiciones francamente contrarias al sistema de justicia penal constitucional.

El Código Penal de 1931 contenía disposiciones contrarias a la Constitución, como la presunción de dolo o la retención, que otorgaba atribuciones jurisdiccionales a la autoridad administrativa de ejecución de penas. El Código Federal de Procedimientos Penales díseño un proceso de carácter mixto, con una etapa de averiguación previa en la que el Ministerio Público concentraba todo el poder y el indiciado no tenía derecho alguno.

El desarrollo de la dogmática penal y procesal, así como el nuevo pensamiento constitucional influyeron en trascendentes cambios legislativos que tuvieron lugar en las últimas dos décadas del siglo XX. La parte general del CPF sufrió modificaciones medulares: se eliminó la presunción de dolo, se limitó la duración de las medidas de seguridad, se reelaboraron y ampliaron las excluyentes de delito. En el ámbito procesal se reconocieron derechos al indiciado durante la averiguación previa, y se facultó a la víctima para inconformarse con las resoluciones de no ejercicio de la acción penal y desistimiento por parte del Ministerio Público. En algunos casos, a las nuevas concepciones sobre los derechos se sumaron situaciones fácticas derivadas de prácticas recurrentes toleradas por los operadores del sistema, es así que se restó valor probatorio a toda confesión que no fuera hecha ante el Ministerio Público o el juez y en presencia del defensor.

Aunque las transformaciones normativas se orientaron al reconocimiento de los derechos constitucionales, y la propia Carta Magna fue admitiendo nuevos contenidos sustantivos propios de un Estado de derecho, la actuación de los servidores públicos, el diseño y las prácticas institucionales y la misma jurisprudencia no siguieron el mismo camino.

La creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en 1990, obedeció, entre otras razones, a la escandalosa práctica de la tortura que se extendía a lo largo y ancho del país con la aquiescencia del poder

judicial, que en aras de la inmediatez otorgaba validez plena a la confesión rendida ante la policía, sin importar los rastros de lesiones que presentara el detenido.

Las recomendaciones emitidas por la hoy CNDH en sus veintiséis años de vida sirven para diagnosticar, en alguna medida, la situación de los derechos humanos en el país y, en particular, la de aquellos relacionados con el sistema penal. De las 2 mil 553 recomendaciones emitidas desde 1990 a 2016, aproximadamente mil se ocupan de la materia penal. Ellas se pueden agrupar de la siguiente manera:

1. Recomendaciones dirigidas a la Procuraduría General de la República (PGR) y a las instancias de procuración de justicia locales para que inicien averiguación previa, esclarezcan los hechos delictivos objeto de la investigación, aceleren el procedimiento de integración de las investigaciones, por haber incurrido en una inadecuada procuración de justicia, para que ejerciten acción penal y por tortura.
2. Recomendaciones dirigidas a los órganos encargados de la ejecución de sanciones federal y locales por violación al derecho a la vida, violación de los derechos de los reclusos, por tratos crueles, maltratos, golpes y tortura, por condiciones de privación de la libertad indignas, por la ausencia de separación de procesados y sentenciados, por malas condiciones de higienes y para que se brinde tratamiento especializado a enfermos psiquiátricos.
3. Algunas pocas recomendaciones dirigidas a los tribunales de justicia para que aceleren los procesos. Cabe destacar que la Comisión no es competente para conocer de asuntos jurisdiccionales, solamente aspectos administrativos o de mero trámite.
4. Recomendaciones dirigidas a los órganos federales y estatales encargados de las fuerzas de seguridad (policías) por tortura, privación ilegal de la libertad, cateo ilegal, retardo en la puesta a disposición de los detenidos ante la autoridad competente.
5. A partir de 2004 la Comisión emite recomendaciones que son cada vez más numerosas dirigidas a la Secretaría de Marina y a la Secretaría de la Defensa Nacional por violaciones al derecho a la vida, a los derechos a la integridad y a la seguridad, derecho a la libertad sexual,

derecho a la seguridad jurídica, por tortura, desaparición forzada, detención ilegal y cateo ilegal.[13]

Es evidente que más allá de las necesarias y adecuaciones normativas, el problema del respeto a los derechos humanos en el marco del sistema penal mexicano es de carácter fáctico. La actuación de las policías, los Ministerios Públicos y los integrantes de las fuerzas armadas es, en reiteradas ocasiones, violatoria de derechos tan relevantes como la vida, las libertades física y sexual y la integridad de las personas. El llamado "combate a la delincuencia", carece de los presupuestos mínimos para que sea eficaz y respetuoso de los derechos humanos: las policías no están capacitadas, los Ministerios Públicos no dirigen adecuadamente la investigación de los delitos, por negligencia, falta de capacitación y diseño inadecuado de las instituciones de procuración de justicia. El ingreso de las fuerzas armadas a la lucha contra la delincuencia organizada no hizo más que empeorar el panorama de los derechos humanos. Estas corporaciones entrenadas para la guerra frontal difícilmente pueden operar en ámbitos urbanos y de "seguridad interna", sin violentar derechos fundamentales, sobre todo si no han recibido entrenamiento para ello.

Las sentencias de la Corte IDH en las que se condena al Estado mexicano por violación de derechos fundamentales no hacen más que corroborar lo dicho hasta el momento.[14] De las diez sentencias emitidas contra nuestro país, nueve están directamente relacionadas con el sistema de justicia penal. De esas nueve, una sola fue absolutoria por tratarse de hechos ocurrido antes de que México aceptara la jurisdicción contenciosa de la Corte. Las ocho sentencias condenatorias se sustentan en la constatación de las siguientes violaciones:

- Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México.[15]
  - Violación a los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana.

[13] Información obtenida en la página de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En http://www.cndh.org.mx/Recomendaciones, consultada el 18 de junio de 2016.

[14] En http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es, consultada el 19 de junio de 2016

[15] Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

- El Estado incumplió con su deber de investigar —y con ello su deber de garantizar— los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana.

- Caso Radilla Pacheco *vs*. México.[16]

El Estado mexicano fue encontrado responsable de:

- Violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar contenida en el artículo 1.1 de la misma y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
- Violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- El Estado incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición.

- Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México.[17]

[16] Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209

[17] Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

El Estado mexicano fue encontrado responsable de:

- La violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- El incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- La violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

• Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México.[18]

El Estado mexicano fue encontrado responsable de:

- La violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- El incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- La violación del derecho a la integridad personal.
- La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, establecido deberá, de acuerdo con la

[18] Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

normativa disciplinaria pertinente, examinar el hecho y la conducta de los agentes del Ministerio Público que dificultaron la recepción de la denuncia presentada por la víctima.

- Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México.[19]

El Estado mexicano fue encontrado responsable de:

- La violación del derecho a la libertad personal, reconocido en los artículos 7.3, 7.4 y 7.5, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- La violación del derecho a la integridad personal, establecido en los artículos 5.1 y 5.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.
- La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1, respectivamente, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.
- El incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

- Caso García Cruz y Sánchez Silvestre *vs*. México.[20]

El Estado mexicano reconoció, en una solución amistosa, haber sido responsable de:

- La violación de los siguientes derechos contenidos en la Convención Americana: libertad personal (artículo 7), integridad personal (artículo 5), garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25), todo lo anterior en relación con el deber general de respetar los derechos (artículo 1.1); por la violación de las disposiciones 1, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y por la violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la

[19] 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.

[20] Caso García Cruz y Sánchez Silvestre *vs* México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273.

Convención Americana, en conexión al artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Cabe destacar que en varios de estos casos de violaciones a derechos humanos estuvieron involucrados militares, policías, agentes del Ministerio Público e integrantes del Poder Judicial. Asimismo, se reclama al Estado mexicano el no haber adecuado su legislación a los estándares internacionales.

El tema de la tortura sigue vigente. En las sentencias de la Corte IDH se señala la casi indiferencia de jueces y Ministerios Públicos ante el señalamiento por parte del imputado de haber sido víctima de tortura en casos en que, además, presenta huellas indubitables de lesiones físicas.

El incumplimiento por parte del Estado de investigar las conductas delictivas propicia la impunidad y viola el derecho de acceso a las justicias de las víctimas.

Esta es la realidad que las recomendaciones y sentencias emitidas por organismos de derechos humanos permiten vislumbrar en relación con la vigencia y respeto de esos derechos en el país. La transformación del sistema penal no podrá, por sí sola, transformar esta realidad.

III. El nuevo modelo de justicia penal

Todas las iniciativas y la exposición de motivos de la reforma constitucional de 2008, que incorpora el modelo procesal penal acusatorio adversarial,[21] mencionan la necesidad de legitimar el sistema y garantizar el respeto de los derechos humanos.[22] Las características de oralidad y publicidad, así como la participación activa de la víctima son factores que, en principio, imprimen mayor transparencia de los actos procesales y favorecen el acceso a la justicia.

[21] Partido Acción Nacional (29 de septiembre de 2006), del Partido Revolucionario Institucional (19 de diciembre de 2006, 6 y 29 de marzo de 2007), de los partidos Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo (25 de abril de 2007) y del Partido de la Revolución Democrática (4 de octubre del 2007).

[22] Ver Alicia Azzolini Bincaz y Ana Laura Nettel, "Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal", en *Alegatos* 86, México, enero-abril de 2014, pp. 23-46.

El nuevo modelo procesal penal sienta las bases para un mayor respeto a los derechos humanos al incluir de forma expresa la inmediación, que obliga al juez a estar presente en todas las actuaciones; la presunción de inocencia; la carga de la prueba a la parte acusadora; la igualdad entre las partes que, entre otras cosas, prohíbe al juez tratar asuntos relacionados con el proceso sin que estén presentes ambas partes; sólo se consideran pruebas las desahogadas en audiencia de juicio, y serán nulas todas las obtenidas con violación de derechos fundamentales. El cumplimiento de estos principios favorecerá sin duda a una mejor procuración e impartición de justicia.

La legislación secundaria, que se expidió para instrumentar la reforma en cada una de las entidades federativo no fue uniforme y propició que se promulgara el Código Nacional de Procedimientos Penales, ordenamiento que recoge, al menos en lo esencial, los principios rectores del sistema acusatorio.

La Corte IDH ha señalado algunos riesgos respecto de algunos modelos acusatorios que se impusieron en América Latina y que admiten como único recurso el de nulidad. La Corte ha exigido que la interpretación que los tribunales internos realicen de la referida causal, debe asegurar que se garantice el derecho a recurrir el fallo en todo su alcance. Según su interpretación, las causales de procedencia del recurso asegurado por el artículo 8.2.h de la Convención deben posibilitar que se impugnen cuestiones con incidencia en el aspecto fáctico del fallo condenatorio, ya que el recurso debe permitir un control amplio de los aspectos impugnados, lo que requiere que se pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que está fundada la sentencia condenatoria.[23] Aunque algunas legislaciones locales se inclinaron por el recurso de nulidad, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) ha incorporado el recurso de apelación, el cual, más allá de las críticas que se han formulado contra su regulación en el CNPP, admite que se revisen todos los aspectos señalados por el tribunal de derechos humanos.

La problemática del respeto a los derechos humanos estriba, como ya se ha visto, no tanto en las normas vigentes, sino en su efectivo cumplimiento. La incorporación a la Constitución de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, el principio *pro persona*, la adopción, a partir

[23] Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

del pronunciamiento de la SCJN del control difuso de convencionalidad,[24] la obligación expresa, también ordenada por el máximo tribunal, de que los jueces den vista al Ministerio Público para que se investiguen todos los casos en que haya indicios de tortura,[25] pueden favorecer que las sentencias de los tribunales se apeguen a los derechos fundamentales, pero no inciden directamente en las prácticas cotidianas. La Corte IDH ha señalado, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, que deben cumplirse todas las condiciones para asegurar una defensa adecuada a los imputados.[26] Esas condiciones están dadas por la actuación de los operadores del sistema penal (policías y demás fuerzas de seguridad, fiscales, defensor público, jueces, personal administrativo) que son los que en el día a día llevan a cabo la labor de aplicar la legislación en los casos concretos.

El modelo de justicia penal diseñado en la CPEUM contiene figuras que *per se* son violatorias de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.[27] Una de ellas es el "arraigo", por la cual el Ministerio Público solicita al Juez de Control, la autorización para detener a una persona hasta por cuarenta días, ante el riesgo de que se fugue, en tanto se investiga si existen elementos para formular imputación en su contra. El arraigo se ha limitado a casos de delincuencia organizada, pero no por ello deja de ser contraria a los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar abusiva y arbitraria, permite que se detenga a una persona sin pruebas, para investigar. El arraigo ha sido reprobado por los instrumentos internacionales de la ONU, los organismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales, y los especialistas en justicia penal y derechos humanos de México. El Relator Especial para la Tortura instó al gobierno mexicano a re-

[24] Expediente Varios 912/2010.

[25] Décima Época, Registro: 2006483, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVII/2014 (10a.), página: 561, Tortura. Obligaciones de la autoridad cuando una persona manifiesta haberla sufrido o se tengan datos de la misma.

[26] Caso Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

[27] Ver Alicia Azzolini Bincaz, *El sistema penal constitucional… op. cit*.

anudar esfuerzos tendentes a la definitiva eliminación de la figura, que propicia la práctica de la tortura.[28] Otra figura es la prisión preventiva oficiosa. La lógica del modelo acusatorio adversarial privilegia la libertad durante el proceso, en aplicación del principio de que toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario. La mayoría de la doctrina y de los instrumentos internacionales —artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos— admiten la prisión preventiva de forma excepcional para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio y proteger a la víctima.[29] El artículo 19 de la CPEUM ha ido más allá, la admite no sólo como medio de protección a la víctima, a los testigos y a la comunidad, sino también cuando el imputado haya sido condenado con anterioridad por delito doloso. El ordenar la prisión preventiva por delitos cometidos por medios violentos abre la puerta a que todos los robos con violencia estén sometidos a prisión preventiva, sin que el juez tenga opción a valorar cada caso en particular.

Ambas figuras han quedado protegidas en el derecho interno por la citada jurisprudencia de la SCJN que en lo sustancial establece que los "[…] 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".[30]

Si existen graves violaciones a los derechos humanos a pesar de que las normas jurídicas poseen un contenido protector de tales derechos, en aquellos casos en que no es así, como el arraigo o la prisión preventiva oficiosa, tales violaciones son necesarias e inevitables.

IV. Comisiones de la verdad

En países en los que las violaciones a los derechos humanos han sido generalizadas y recurrentes se ha optado por la creación de comisiones extrajudi-

[28] *Ibidem*, p. 5

[29] Horvitz Lenon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal pena* chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 391 – 397.

[30] Contradicción de Tesis 293/2011; Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 96.

ciales para la investigación de estos abusos;[31] esas comisiones han recibido el nombre de "comisiones de la verdad". Las comisiones de la verdad son organismos oficiales, no judiciales y de vigencia limitada que se constituyen para esclarecer hechos, causas y consecuencias relativos a pasadas violaciones de los derechos humanos.[32] Se ha recurrido a estos organismos en países en los que se llevaron a cabo violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte de autoridades estatales, como las ocurridas durante las dictaduras militares del Cono Sur, como en Argentina y Chile.[33] En estos casos la labor de investigación de estas comisiones permitió explicar y, en ocasiones, esclarecer muchas de las violaciones ocurridas y localizar a las víctimas —vivas o muertas— de tales actuaciones.

En México, tuvieron lugar violaciones sistemáticas de derechos humanos en la década de los setenta, aunque no de la magnitud de las ocurridas en el sur del continente americano. La investigación oficial de esos hechos se intentó muchos años después, en los inicios del siglo XXI, con la creación en los primeros años del siglo XXI de la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) que investigó los delitos que se habrían cometido durante las matanzas del 2 de octubre de 1968, el 10 de junio de 1971 y los años subsiguientes en los que se desarrolló la llamada *guerra sucia*. Pero este organismo, que estuvo adscrito a la Procuraduría General de la República y que se creó en noviembre de 2001 y se disolvió en el mismo mes de 2006, no logró ninguna sentencia condenatoria en relación con las investigaciones en las que ejercitó acción penal por considerar que existían evidencias suficientes de la comisión de delitos. Esta fiscalía ha representado un fracaso más del Estado mexicano en sus intentos de investigar y castigar las violaciones graves de derechos humanos derivados del actuar de servidores públicos de diferentes corporaciones de seguridad pública y justicia penal.

[31] Víctor Espinoza Cuevas, María Luisa Ortiz Rojas y Paz Rojas Baeza, *Comisiones de verdad ¿Un camino incierto? Estudio comparativo de Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos.* En https://books.google.com/books/about/Comisiones_de_la_verdad.html?id... Consultada el 2 de agosto de 2018.

[32] Eduardo González y Howard Varney, *En busca de la verdad: Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2013, p. 13. En ctj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-Chapter2-2013-Spanish.pdf, consultado el 2 de agosto de 2018.

[33] Víctor Espinoza Cuevas, *et al., op. cit.*

En la última década se incrementaron en México los delitos violentos, como secuestros y homicidios. En particular destaca el alto número de personas desaparecidas, hecho ante el cual el Estado se ha visto rebasado. Los distintos niveles de gobierno han sido incapaces de prevenir la ocurrencia reiterada de estos hechos y de localizar el paradero de miles de personas cuya desaparición ha sido denunciada.[34] No hay datos que permitan afirmar que la desaparición de estas personas obedezca, en todos los supuestos, a la actuación de servidores públicos; sin embargo, en todos los casos el Estado ha sido omiso en la investigación efectiva de esas ausencias.

La desaparición de 43 estudiantes, en septiembre de 2014 en Ayotzinapa, Guerrero, en manos de policías municipales, ha sido paradigmático en la materia. El caso fue atraído por la PGR, institución que no ha podido dar con el paradero de los estudiantes a cuatro años de desaparecidos; solamente se localizaron restos de uno solo de ellos. Las investigaciones han dado lugar al ejercicio de la acción penal contra varias decenas de personas, pero no se ha logrado una explicación satisfactoria de lo ocurrido el 26 de septiembre de 2014. La gravedad de los hechos atrajo la atención de los organismos internacionales de derechos humanos. En octubre de 2014 llegó a México el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), designado por la CIDH en calidad de coadyuvante en la investigación, como respuesta al reclamo de los familiares de las víctimas y de diversas organizaciones sociales ante la incapacidad del Estado para presentar resultados creíbles, sustentados en evidencias comprobables científicamente. La intervención del GIEI si bien no permitió la localización de los estudiantes, puso en evidencia las deficiencias de la actuación de la PGR y señaló varias líneas de investigación pendientes de ser exploradas. El GIEI terminó su encargo en abril de 2016 ante la negativa del gobierno mexicano de renovar su mandato. Los expertos se quejaron de la falta de apoyo que obstaculizó sus labores y les impidió mayores logros en su investigación.

[34] Datos actualizados al 30 de abril de julio de 2018 del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED) dependiente del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública informan que existen 1,170 personas no localizadas (975 hombres y 195 mujeres) relacionadas con averiguaciones previas del fuero federal y 36,265 personas no localizadas (26,938 hombres y 9,327 mujeres) relacionadas con averiguaciones previas del fuero común Todo lo anterior arroja un total de 37,435 personas no localizadas relacionadas con averiguaciones previas (investigaciones criminales) en todo el país. Información proporcionada por el Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o desaparecidas. En https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/registro-nacional-de-datos-de-personas-extraviadas-o-desaparecidas-rnped, consultada el 2 agosto de 2018.

El 31 de mayo de 2018, el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito de Tamaulipas, al resolver amparos presentados por algunos de los imputados por la desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa, estableció que existen "indicios suficientes para presumir que las confesiones e imputaciones en contra de coinculpados fueron obtenidas mediante tortura". En la sentencia se ordenó reponer el procedimiento y se pidió al Ministerio Público de la Federación presentar dictámenes elaborados por peritos independientes, que cumplan con lo previsto en el Protocolo de Estambul.

Por las "graves violaciones a los derechos humanos" a los coacusados, como: tortura, desaparición forzada de personas y ejecuciones extrajudiciales y en vista que la indagatoria realizada por la PGR no fue pronta, efectiva, independiente ni imparcial, el tribunal ordenó la creación de una Comisión de Investigación para la Verdad y la Justicia (Caso Iguala). Dicha comisión "estará integrada por los representantes de las víctimas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ministerio Público de la Federación", aunque serán los familiares de las víctimas y la CNDH los que decidirán qué líneas de investigación seguirán y las pruebas a desahogar. Además, podrán validar la incorporación de más organizaciones, tanto nacionales como internacionales de derechos humanos.[35]

La resolución del Tribunal Colegiado ha suscitado reacciones encontradas. La gran mayoría de organizaciones defensoras de derechos humanos y un sector de la academia la ha recibido favorablemente, entendiendo que se trata de una sentencia de "avanzada", inspirada en principios acordes con los derechos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional. La resolución rompe con la tradición legalista y formalista de la justicia federal mexicana. La estructura misma del documento se asemeja a las sentencias de los tribunales internacionales; difiere notoriamente de las que emiten los tribunales mexicanos.

Otro sector de la academia, aquel con una formación jurídica tradicional, y los organismos públicos, como la PGR, consideran que el contenido de la resolución contraviene el artículo 21 de la CPEUM, que establece que corresponde a las policías y al Ministerio Público la investigación de los delitos y que este último es quien debe dirigirla. A ello se suma, que el órgano jurisdic-

[35] En http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=508/05080000211078340011012.doc_1&sec=Jes%C3%BAs_Desiderio_Cavazos_Elizondo&svp=1, consultada el 2 de agosto de 2018.

cional no cuenta con atribuciones expresas para crear u ordenar la creación de instituciones como la que se establece en la sentencia mencionada.

Es evidente que la denominación "comisión de la verdad" no es adecuada para este tipo de organismo. Como se señaló, las comisiones de la verdad son órganos extrajudiciales cuya actuación precede generalmente a la del sistema penal formal. El órgano previsto por el tribunal colegiado es una mixtura que incluye instancias del sistema penal formal con ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil. La propuesta es criticable no sólo por la falta de viabilidad de su instrumentación, sino porque la Comisión propuesta no parece un mecanismo eficaz para la solución del caso. Las relaciones de las víctimas con la PGR han sido ríspidas, para trabajar en equipo, se requiere restaurar los canales de comunicación y la confianza mutua, de lo contrario, en caso de llegar a establecerse formalmente la Comisión, se corre el riesgo de una simulación carente del entendimiento necesario que permita avanzar en las investigaciones. Lo más recomendable es que las comisiones de la verdad lleven a cabo investigaciones no formalizadas, cuyos resultados sean utilizados por las instancias respectivas para judicializar aquellos casos en que existan evidencias que permitan prever la comprobación de los delitos y el castigo de los responsables. Las experiencias concretas permiten afirmar que de todos los casos investigados, el porcentaje que es llevado ante la justicia no es elevado, pero se obtienen resultados exitosos en la mayoría de ellos.[36]

Lo más destacable, desde la perspectiva del presente análisis, es que el Tribunal Colegiado, apreció violaciones de derechos humanos por parte de la autoridad investigadora similares a las que ha señalado reiteradamente la Corte IDH. Hay una constante que se ha mantenido a lo largo de los años, más allá de los cambios constitucionales, legislativos e institucionales que han tenido lugar en México.

V. Reflexiones finales

Todo lo dicho avala las afirmaciones anticipadas en el primer apartado de este ensayo. Las violaciones a los derechos humanos en el sistema penal

[36] Ver, por ejemplo, experiencia argentina. Los casos documentados por la Comisión de la Verdad que se publicaron bajo el nombre de *Nunca más* fueron retomados por la fiscalía para fundar las acusaciones en contra de los integrantes de la Junta Militar.

mexicano se presentan en la actuación de los operadores del sistema en sus distintos niveles: en la investigación y detención de las personas, en la etapa de investigación complementaria y en la de ejecución. La extrema dilación en el desarrollo de los procesos judiciales hace que también en ese nivel ocurran violaciones a los derechos fundamentales. A pesar de que las normas constitucionales y la legislación secundaria han evolucionado "salvo excepciones puntuales", en el sentido de los estándares internacionales, ello no se ha visto reflejado en las prácticas de los operadores del sistema. A ello se suma que las condiciones materiales de las instituciones, como los centros de privación de la libertad, por ejemplo, son violatorias *per se* de los derechos fundamentales.

El nuevo modelo de justicia penal, sienta las bases para un mayor respeto a los derechos fundamentales de las personas que se ven involucradas en él, pero no garantiza por sí mismo que esto ocurra. Es necesaria una transformación profunda en los valores de los servidores públicos y en las políticas institucionales para que los derechos humanos adquieran efectiva vigencia en el país.

La violencia generalizada en el país, las graves violaciones a derechos humanos y la impunidad que han gozado sus perpetradores. El empoderamiento del crimen organizado en amplios sectores del territorio nacional obliga a reflexionar sobre la necesidad de revisar y redireccionar la política criminal del Estado mexicano. Conceptos como justicia transicional, combate a la corrupción y a la impunidad, atención a las víctimas y la necesidad de privilegiar los principios sobre las reglas se han convertido en *trending topics* en el ámbito de la justicia penal. Es tarea principalmente de los gobernantes, de los académicos, de los operadores del sistema de justicia penal y de las instancias de la sociedad civil involucradas en la temática penal el reflexionar, diseñar, proponer e instrumentar, en su caso, políticas públicas y prácticas institucionales que propicien la superación de las constantes violaciones de derechos humanos que se han señalado reiteradamente en los distintos niveles del sistema de justicia penal mexicano. Mientras esto no se logre la actuación del sistema penal ha incidido negativa en la solución de los conflictos, ha incrementado la violencia y generado mayor percepción de inseguridad en la sociedad.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Azzolini Bincaz, Alicia. *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del estado mexicano*. México, Ubijus Félix Cárdenas, SC, 2012.

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2007.

_____. *Tres escritos sobre de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (trad.) de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.

Islas, Olga y Elpidio Ramírez. *El sistema procesal penal en la Constitución*. México, Porrúa, 1979.

Electrónicas

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En http://www.cndh.org.mx/Recomendaciones, consultada el 12 de abril de 2017.

Espinoza Cuevas, Víctor; María Luisa Ortiz Rojas y Paz Rojas Baeza. *Comisiones de verdad ¿Un camino incierto? Estudio comparativo de Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos.* En https://books.google.com/books/about/Comisiones_de_la_verdad.html?id... Consultada el 2 de agosto de 2018.

Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del estado de derecho". RIFP/ 17, 2001, p. 34; En http://ia800709.us.archive.org/19/items/FerrajoliLuigi-PasadoYFuturoDelEstadoDeDerecho/Ferrajoli-2001-PasadoYFuturoDelEstadoDeDerecho.pdf, consultada el 13 de abril de 2017.

González, Eduardo y Howard Varney. *En busca de la verdad: Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2013, p. 13. En ctj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-Chapter2-2013-Spanish.pdf, consultado el 2 de agosto de 2018.

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública *Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas.* En https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/registro-nacional-de-datos-de-personas-extraviadas-o-desaparecidas-rnped, consultada el 2 agosto de 2018.

Hemerográficas

Azzolini Bincaz, Alicia y Ana Laura Nettel. "Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal", en *Alegatos* 86, México, enero-abril de 2014, pp. 23-46.

Horvitz Lenon, María Inés y Julián López Masle. *Derecho procesal pena* chileno. Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Lefranc Weegan, Federico y Lizbeth Campos Espinosa. "El derecho internacional de los derechos humanos y la función ministerial". *paper,* (Documento proporcionado por el autor).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

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.

Caso Fernández Ortega y otros *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215**.**

Caso García Cruz y Sánchez Silvestre *vs*. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273

Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs*. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209

Caso Rosendo Cantú y otra *vs*. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Expediente Varios 912/2010.

Contradicción de Tesis 293/2011; Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 96.

Décima Época, Registro: 2006483, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, Tesis: 1a. CCVII/2014 (10a.), p. 561.

Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito de Tamaulipas.

Amparo en revisión: 203/2017

Relacionado con los amparos en revisión 204/2017, 205/2017 y 206.

Comunidad - Inmunidad.

Entre los fines manifiestos de las políticas de la seguridad frente al delito y la lógica del sistema

Fernando Tenorio Tagle*

Resumen:

Los presentes escritos tienden, por una parte, a evidenciar la fuerte contradicción entre las funciones manifiestas y las latentes del sistema de justicia penal desarrolladas desde su génesis hasta nuestros días, cuestión rastreable sea en México como en cualquier otra realidad cultural, especialmente en nuestro tiempo, cuando la categoría de globalización pretende una nueva articulación decididamente etnocéntrica.

Y por la otra, aportar nuevas conjeturas respecto al tránsito de una sociedad sin Estado a una estatalmente organizada. En cualquiera de ambas cuestiones, las consideraciones sobre la violencia se muestran como guía sustantiva de las indagaciones y el motivo central de las reflexiones.

Abstract:

The present writings tend on the one hand to highlight the strong contradiction between the manifest and latent functions of the criminal justice system developed from its genesis to the present day, a question that can be traced both in Mexico and in any other cultural reality, especially in our time, when globalization category 'is intended to be a decidedly ethnocentric new articulation.

And on the other, provide new conjectures regarding the transit from a stateless society to a state-organized one. In either of the two questions, considerations of violence are shown as a substantive guide to the inquiries and the central motive of the reflections.

Sumario: I. Sobre las políticas en materia criminal / II. Sobre la génesis del Estado, la violencia y la exclusión / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azacapotzalco.

I. Sobre las políticas en materia criminal

La herencia de las políticas en el ámbito criminal, sustantivamente consolidadas desde el ingreso a la modernidad, se ha circunscrito a la finalidad de prevenir el delito, aún en el ámbito de las funciones manifiestas subsidiarias, como es el caso de la ejemplaridad del castigo, tan fuertemente exhibido durante la última etapa de la premodernidad o edad de la fe. Pero, a su vez, ese tránsito de las dos etapas sustantivas que narran la línea evolutiva del *homo sapiens*, representa también el recorrido de aquellos saberes que se involucran en la textura de lo cierto, nuestras actividades discursivas que pretenden la posesión de la verdad, otrora sustantiva y cada vez más relativa, precisamente: la verdad de los dioses y la verdad de "sus criaturas" revolucionariamente emancipadas.

No obstante, este recorrido ha exhibido las innumerables atrocidades que se han cometido en nombre de esas verdades. Se considera, en este respecto, la matanza en cualquier hemisferio de nuestro planeta de aquellos signados como chivos expiatorios o la matanza de mujeres (y algunos hombres) acusados de brujería. Evidentemente, las funciones manifiestas de ambas ritualidades era conjurar los males por los que atravesaba la sociedad: el *suplicium*, la súplica a los dioses, quizás más iconográficamente dicho en griego al signar al chivo expiatorio con la palabra *pharmakos,* una ritualidad terapéutica para erradicar la penuria social: la escasez o la enfermedad, por ejemplo, pero no por matar a unas personas los dioses trajeron abundancia o sanaron a las sociedades. Las brujas nunca han existido pero matamos a cientos de miles de mujeres acusadas de haber concretado un pacto con el diablo.

Al transitar a la modernidad, los fundamentos del orden descienden de sobrenaturales a naturales, la naturaleza de las cosas, y nuevamente se vuelve a ontologizar el origen y las consecuencias del bien y del mal. La desconfianza y quizás el desprecio por los saberes sociales y el gran auge de las ciencias naturales fue subsanado, aunque de manera por demás errónea y decisiva para ontologizar las cuestiones valorativas y la reivindicación de una estratificación social entre superiores e inferiores, con la aparición del positivismo filosófico que vendría a conjeturar que las prácticas sociales se rigen por los mismos principios de las ciencias naturales; he ahí la razón por la cual las interpretaciones desde esta lectura fueron avaladas por la comunidad científica y la criminología de este corte, ulteriormente denominada etiológica, invadió

al mundo y continúa siendo el discurso oficial, desde la inicial readaptación a la actual reinserción social. Como es evidente, en ambos casos se parte de la idea de la superioridad de unos frente a los "otros": hombres sin dios, hombres sin alma, subhumanos y cualquier otro apelativo. Este planteamiento que se torna eugenésico ha sido la justificación de la esclavitud, otras formas de servidumbre y también de la matanza en los diversos casos de genocidio como en América con las invasiones renacentistas, en Asia y África con las guerras modernas y en Europa con "La Solución Final", entre muchos otros casos, hechos que, junto a los crímenes de lesa humanidad y de guerra, en nuestro tiempo se encuentran criminalizados y para cuyos autores se pretendería, por el mismo discurso oficial, reinsertarlos en sociedad.

Como puede apreciarse, el crimen que cotidianamente se narra en los manuales especializados y sobre los cuales se recomiendan diversos estudios para la política oficial que se circunscribe a las que Raúl Zaffaroni denomina ideologías,[1] palidece frente a los hechos arriba narrados y a los que más adelante habré de referirme una vez más.

Ciertamente, las políticas en materia criminal han sido privilegiadamente políticas de prevención del delito y las más de las veces atribuidas al sistema de justicia penal, específicamente a la pena bajo la denominación de teorías, como son los casos de las prevenciones generales y especiales positivas y negativas: intimidación, prevención-integración, readaptación (hoy reinserción) e incapacitación o neutralización. A este respecto, puede apreciarse que toda prevención general que focaliza a la pena en su nivel de enunciación legislativa la ve como lenguaje de motivos, sea en su carácter de intimidación, o en el de acopiar el consenso de la comunidad. En cualquier caso, si somos escrupulosos, se evidenciaría su fracaso. Tómese en cuenta que la impunidad a nivel mundial, denúnciese o no, y descontando tráfico de armas y personas alcanza 99.99%.[2] Por lo que hace a la prevención especial, esta no ha dejado de perfilarse en el ámbito terapéutico de la medicina: diagnóstico, pronóstico y tratamiento que invadió también a las categorías de prevención primaria, secundaria y terciaria. Una cuestión que ve en la persona de los protagonistas, aún biopsicosocialmente las causas de su desviación. También en este caso, a partir de una lectura sospechosa puede acreditarse un fracaso absoluto de

[1] Raúl Eugenio Zaffaroni, *et al*., *Manual de derecho penal mexicano*, 2013.

[2] Massimo Pavarini, *et al*., *Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*, 2006.

manera mundial. Quizá lo más trágico del relato del castigo sea la evidente contradicción entre ambas prevenciones (general y especial) que dio lugar, durante las últimas décadas del siglo XX (aunque haciendo eco a la discusión del congreso de Chicago del siglo XIX), al debate entre pena justa y pena útil: ¿cuánto merece una persona por lo que hizo? o ¿cuánto necesita una persona para la finalidad re?[3] Evidentemente, la actitud re fue exitosa en el territorio de las políticas y representó el más amplio periodo de represión, el que también cuantitativamente alcanzó las cifras más altas de aprisionamiento durante las últimas décadas del siglo XIX y las dos primeras del siglo XX. De este modo, la pena exhibía un rostro de benevolencia, de ayuda al desviado, que encubría los intereses reales relativos a las necesidades de mantener el orden que había impuesto el capitalismo, que ya había madurado a la industria, más allá de que sus promotores tuviesen o no consciencia de ello.

El éxito de esta criminología etiológica en las políticas puede acreditarse por las finalidades asignadas a la pena en el ámbito de la prevención especial, es decir, qué finalidad le asignamos a la pena al momento de aplicársela a una persona en concreto: que esta no vuelva a delinquir y sus medios: el trabajo; la capacitación para el trabajo; la educación y, en la actualidad, añadiendo la salud y el deporte. Es decir, la imagen desprendible de aquellos que han sido eficientemente etiquetados como delincuentes o eficientemente reprimidos, esto es, precisamente: los representantes de las clases, no casualmente denominadas inferiores de la sociedad. Pero ante la evidencia de que la criminalidad se desarrolla en países centrales con trabajo muy próximo a lo que se entendería como justamente retribuido, con educación altamente calificada, servicios de salud satisfactorios y otras políticas del antiguo *welfare*, esta criminología etiológica ha llegado a concluir que el crimen es un comportamiento multifactorial, esto es, que en realidad no se conocen sus causas tan anheladamente buscadas. En realidad los saberes y las políticas fundadas en ellos se evidencian como una lectura ingenua, tal y como la rubrica Stanley Cohen.[4]

Ante estas evidencias suscintamente descritas, se asiste desde los años ochenta del siglo XX a otro debate, caracterizado por una actitud moderna representada por la corriente de opinión del derecho penal mínimo,[5] y una

[3] Massimo Pavarini, G*obernare la penalità. Struttura sociale, procesi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, 2013.

[4] Stanley Cohen, *Visiones del control social*, 1988.

[5] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*,1995.

actitud que puede calificarse como postmoderna denominada abolicionismo penal. En ambos casos, la discusión se verifica en el campo de la política (o filosofía jurídica) sobre la base de la pregunta ¿qué debemos hacer? o ¿qué política puede estar suficientemente justificada?

A este respecto, no parece haber duda de que las políticas que acopia de la tradición de Occidente el derecho penal mínimo, se muestran suficientemente justificadas, y en la mayoría de los países que desarrollan esta tradición, las muestran explícitamente en sus leyes, incluidas las constitucionales. Sin embargo, los estudios de sociología jurídico-penal y de otras disciplinas sociales, han también mostrado que ese derecho que irremediablemente lo reflexionamos en el ámbito del deber ser, resulta el ser que no es o que no es todavía, como lo expresa Raúl Zaffaroni.[6]

Empero, la actitud abolicionista, ampliamente desarrollada en el Norte europeo,[7] llega a la conclusión de un amplio fracaso de todas las políticas establecidas para el sistema de justicia penal: no hay prevención del delito; dada la impunidad, tampoco hay la persecución ni represión del delincuente y no existen casos de readaptación o reinserción social. De ahí que la única política racional sea abolir el sistema. Ciertamente este tipo de apuestas también se evidencian ingenuas en nuestro tiempo, sobre todo si consideramos que las instituciones derivadas de las leyes penales, esto es, las que lo invocan, representan la fuerza que sostiene al pacto político real, no así el pacto constitucional que sigue siendo el deber ser, que no es o que no es todavía.

Por otra parte, también durante los años ochenta del siglo XX, aparece en el seno mismo de los fundadores de la criminología crítica la corriente de opinión denominada nuevo realismo de izquierda.[8] Independientemente de las críticas que suscitó, referentes todas ellas a un regreso a la criminología etiológica, sus indagaciones iniciales empíricamente desarrolladas y que hicieron eco a teorías precedentes, llegaron a acreditar que las víctimas privilegiadas del crimen lo son también los pertenecientes a las *lower classes*. Una cuestión que vino a evidenciar que semejantes segmentos sociales se encuentran doblemente victimizados: por una parte, son víctimas del sistema social que los

[6] Raúl Eugenio Zaffaroni, *op. cit*.

[7] Nils Christie, *Los límites del dolor*, 1984; Louk Hulsman, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, 1984; Thomas Mathiesen, *The politics of abolition*, 1974.

[8] Jock Young y John Lea, *What is to be done about the law and order*, 1984.

ha conducido a esa condición y, por la otra, ellos resultan víctimas del crimen y/o víctimas del sistema punitivo.

Y aún más, y con ello regreso al subtítulo de este trabajo. Esta corriente de opinión desde su génesis, en el año 1984, al publicarse el libro ulteriormente traducido al castellano *¿Qué hacer con la ley y el orden*?, dedican ampliamente el tema de la evidencia del crimen como una construcción social de la realidad que partió de la fenomenología como corriente filosófica y conjuntamente con otras opciones se inscribió en la cultura criminológica en la teoría del etiquetamiento. Sin embargo, el nuevo realismo de izquierda, aún considerando que ello es así, aprecia que se ha perdido mucho tiempo analizando esta cuestión y, no obstante, lo que valoramos negativamente como delito causa daños reales: pérdida de la vida; restricciones de la libertad; reducción o pérdida del patrimonio; en suma, una escalada de tremendos daños sociales. De ahí que hayan regresado al análisis del crimen que distingue dentro de la cultura criminológica al modelo etiológico.

No obstante, en mi opinión, el tardío avance de la teoría del etiquetamiento ha producido una apreciación real de los hechos con los que se involucra la cultura criminológica, esto es, la cuestión criminal relativa tanto al crimen como a su control. Y señalo que es tardía dado que esta distinción fue planteada desde el siglo XVII por David Hume, en la Ley que hoy lleva su nombre y que ha sido ampliamente tratada por los estudiosos del derecho. En este sentido, acreditar que el crimen o cualquier forma de comportamiento calificada como desviación carece de una entidad ontológica es una cuestión lógica. Tómese en cuenta el relato bíblico del árbol prohibido, el árbol del bien y del mal, que apreciándolo en modo antropológico significaría el pasaje en la línea evolutiva del primate hacia el *homo sapiens*, el único que construye referentes éticos. A este respecto, es entendible que el inicio de la modernidad significó, como arriba he asentado, no apelar a fundamentos sobrenaturales sino naturales, una vez más, a la naturaleza de las cosas. De ahí también, que del derecho divino se transitó hacia el derecho natural. Empero, con el auge de nuevas apreciaciones y reivindicando la Ley de Hume se vendría a verificar el pasaje de la *mala per se* a la *mala prohibita*. La Ley de Hume, cuando se enseña en los centros de estudios superiores en derecho, implica la diferencia entre el ser y el deber ser; cuando se apela a los principios en que ambos mundos se basan, normalmente se indica en su formulación: si es a, debe ser b, aunque no sea, (lo cual evidencia que el deber ser es el ser que no es, o que

no es todavía); en cambio cuando se apela al principio de *causalidad* presente en el mundo del ser su formulación indica: si es a, entonces b, presentando ejemplos circunscritos a las ciencias naturales como la ebullición o congelamiento del agua y nuca se apelará a la frase final: si es a, entonces b, aunque no deba ser.

A partir de esta maduración y recuperación de saberes Robert K. Merton,[9] construye la distinción entre funciones manifiestas y funciones latentes, apreciándose a las primeras como aquellos objetivos que las instancias sociales declaran perseguir y se constituyen por ello en sus justificaciones, entonces, en el campo del deber ser, pero semejantes funciones no se cumplen; en tanto que las segundas se refieren a los objetivos no declarados pero que se van verificando escrupulosamente en la praxis de las instituciones. Ello conduce a apreciar que las funciones manifiestas encubren a las latentes. Considérese a este respecto la interrogante que nos impone Michel Foucault ¿qué sucedería si el poder fuera enteramente cínico?[10] Es una cuestión que Sigmund Freud ya había descubierto al concluir que la mayoría de nuestro comportamiento es inconsciente o bien cuando afirma que la mayoría de nuestro lenguaje es el lenguaje no verbal. Y aún con precedencia, cuando Séneca concluye: la mayoría de las personas hacen lo que hacen sin saber por qué.[11]

Semejante distinción exhibe a las políticas (más allá de las buenas o malas intenciones de sus promotores), como funciones manifiestas que encubren la praxis de las instituciones. De ahí que desde una perspectiva distinta a la utilizada por la criminología etiológica, de saberes alternativos y ampliamente difundidos aunque poco utilizados salvo en la vida académica, centrando la atención en nuestros temas Michel Foucault vendría a escribir *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión* y Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario,* ambos basados en alguna medida en la obra de George Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y estructura social*. Estos textos iniciales vendrían a develar, a partir de la economía política del castigo, que la cárcel había nacido y se desarrollaba para el gobierno de la pobreza. A este respecto, como narra William Chambliss,[12] el dato duro

[9] Robert K Merton, *Teoría y estructura sociales*, 1980.

[10] Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *La voluntad de saber*, 2009.

[11] Walter Burkert, *Mito e rituale in Grecia*, 1987.

[12] Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *Criminología crítica*, 1977.

es que los pobres van a la cárcel. Sin embargo ese dato puede interpretarse de dos maneras, por una parte, se encuentra la lectura que apreciará a los pobres como proclives a delinquir, tal como más recientemente el Instituto Manhattan considera, avalando a las cárceles privadas, que los pobres tienen baja capacidad cognitiva y por ello son pobres;[13] pero, por la otra, desde una hipótesis dialéctica, como la rubrica Chambliss, ese dato duro indicaría que los pobres van a la cárcel y los ricos no, porque el poder económico de estos últimos los posibilita para evadir al sistema de justicia penal. Quizás la ley más explícita a este respecto, sea la ley victoriana de principios del siglo XIX conocida como *Less Eligibility*, esto es, el principio que rige en la cárcel mundialmente, la menor elección, la cárcel es peor que el peor lugar en libertad. Y todo ello para atemorizar a los pobres, quienes habitan ese peor lugar en libertad. Muy semejante a la apuesta de Thomas Hobbes desde el siglo XVII en *Leviatan*,[14] y más explícitamente en *Elementos de filosofía* (*"De Homine"*), como lo resalta Roberto Esposito,[15] es decir, asegurar el orden de la civilización a partir del terror. Y no obstante que las leyes, declarativamente sean para todos, baste mostrar la aseveración de Anatole France: Se prohíbe a ricos y pobres dormir bajo los puentes de París, para evidenciar que semejante ley que pretende ser general se dirige estrictamente a los pobres.

Pero la realidad que hoy estamos encarando, que inevitablemente significará el eterno retorno a lo idéntico, como lo acreditase Friedrich Nietzsche, no obstante los avances de la ciencia y de la tecnología, o por ellos, es signada como postmodernidad o modernidad avanzada y es debida justamente a esos avances del conocimiento como se describen en las breves historias de la humanidad y del mañana de Yuval Noah Harari: *De animales a dioses* y *Homo Deus*.

Ciertamente durante la Edad Media la disciplina que más se desarrolló fue la astronomía y esta posibilitó el gran impulso al mercantilismo a partir de rutas marítimas, que trajo como consecuencia, en lo que aquí interesa, a diversas penas, especialmente la de galeras. Durante el Renacimiento Europeo, la invención de la máquina de vapor no únicamente vino a erradicar a las galeras en razón de que la fuerza motriz de las embarcaciones fue sustituida por la citada máquina, sino que vendría a dar lugar a la cárcel. En nuestro tiempo,

13 Löic Wacquqnt, *Las cárceles de la miseria*, 1999.

14 Thomas Hobbes, Leviatan. *O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 1984.

15 Roberto Esposito, Immunitas. *Protección y negación de la vida*, 2009.

las telecomunicaciones y, sobre la base de estas la nanotecnología, la robótica y el chip, condujeron inevitablemente al apoderamiento del mundo signado como globalización, particularmente al término de la Guerra Fría en la que vence el capitalismo avanzado, que a la par de exhibir un neoliberalismo y evidentemente un Neocolonialismo, conjetura la amenaza o extinción de la clase obrera. En efecto, en esta Era de la Técnica, ya eclipsada la modernidad, se regresó a la informalización o privatización o políticas neoliberales, dejando en el privado el comando social; pero, a su vez, dado que cada avance de la ciencia y de la tecnología propicia que las prácticas sociales se hagan exponenciales, también ello sucede en el caso del crimen y su control, y por la misma razón los conflictos tendentes a la guerra se multipliquen en regiones económicamente deprimidas como lo narra Herfried Münkler en "Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia".

No hay duda de que el crimen aumenta mundialmente, pero tórnase este más violento en las regiones deprimidas de la periferia. Los datos estadísticos sobre homicidios dolosos muestran que América (y especialmente Latinoamérica), resulta el continente más violento; en Honduras, a la cabeza de estos datos, se verifican 90 homicidios dolosos por cada 100 mil habitantes, en tanto que en la Unión Europea, 9 países tienen una tasa de menos de 1 homicidio doloso por cada 100 mil habitantes. En este sentido, las mismas políticas que han generado esa tendencia hacia la pauperización, son aquellas políticas de privatización como en el caso del castigo: de la cárcel pública se ha dirigido hacia la cárcel privada, la que es definida por Löic Wacquant como cárceles de la miseria. Pero esta cuestión es todavía más alarmante en la apreciación de Nils Christie cuando nos interroga si esta industria del control del delito ¿no será el caso de la nueva forma del Holocausto?[16] Entonces, una cárcel que vendrá a mutar como campo de concentración.

Y aún más. La maduración del capitalismo como capitalismo avanzado, que ha construido las políticas neoliberales y su implantación global, ha promovido un orden que, a semejanza del antiguo régimen y aún de manera más remota, desarrolla una traza urbana excluyendo de esta a los segmentos inferiores de la sociedad; en este sentido, los principios liberales a los que se apela, posibilitan la circulación libre por el planeta de la mercancía y del capital y no así de la mano de obra que consolidó a los estados nacionales modernos.

[16] Nils Christie, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, 1993.

Así las cosas, la periferia, y cada vez en forma más exponencial, se convierte en la receptora de la industria de los países centrales, en nuestro tiempo, ya denominados por esa razón países de la postindustria. De este modo, el crimen y su control se agudizan de la misma manera que en los países más deprimidos surgen las guerras y los conflictos tendentes hacia ella. En consecuencia, a la par de la privatización de toda la industria del control del delito, aparecen los campos de refugiados a partir de una economía humanitaria pero de la que se benefician los promotores de los conflictos y de las guerras.

Una fuerte consecuencia de todo ello, es constatar el papel asignado al castigo, como es la cárcel aún vigente, la que nació para el gobierno de la pobreza, y en la aldea global la pobreza se encuentra en la periferia. Da muestra de ello las investigaciones estadísticas sobre la población aprisionada en los países centrales. En el caso estadounidense, Jock Young evidencia que la mayoría de los 2.5 millones de presos en el año 2002, eran negros e hispanoamericanos.[17] En el caso de la Unión Europea, 90% de la población encarcelada era extracomunitaria y la mayoría africanos y latinoamericanos.[18] Y en estos casos no se ha tomado en cuenta a la población migrante no imputada de cometer delito y que se encuentran en centros de detención para ser deportados. Ello evidencia que el castigo en nuestro tiempo más que nunca se decanta étnicamente.

Lo anterior muestra que hay dos temas sobre los que hay que analizar cada vez de manera más escrupulosa: la violencia y la exclusión social, variables que indudablemente se encuentran suficientemente entrelazadas.

II. Sobre la génesis del Estado, la violencia y la exclusión

Los temas enunciados en este punto han sido ampliamente estudiados por diversas disciplinas entre las que destacan la sociología, el psicoanálisis y la antropología. Se considera a este respecto *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* de Friedrich Engels; *Tótem y Tabú* de Sigmund Freud; y *Un'antropologia delle forze: dalle societâ senza stato alle societâ statualli* de José Gil. Es evidente que las agudas dilucidaciones de los auto-

[17] Jock Young, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, 2003.

[18] Dario Melossi, "The other in the new Europe: Migrations, deviance, social control", 2000.

res citados han sido el punto de partida de ulteriores trabajos que han continuado responder a la pregunta ¿por qué?, para los efectos de ir más allá de las extraordinarias descripciones y correlaciones de diversas variables que se aprecian en estos estudios y que han, a su vez, rastreado las conclusiones a las que llegaron los filósofos de la tradición de Occidente, como en el caso griego. Considérese como ejemplo, la tarea que nos impone Walter Benjamin, tanto en *Para una crítica de la violencia* como en *Destino y Carácter*, relativas a indagar el origen de la sacralidad de la vida en razón de que "El juez en cualquier pena debe ciegamente infligir destino […]. El hombre no resulta jamás golpeado, sino sólo su nuda vida, la que participa de la culpa natural y de la desventura en razón de la apariencia".[19] Como se verá más adelante, es Giorgio Agamben a quien se debe haber rastreado ese origen en su *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*.

En el mismo sentido parece haber un acuerdo intelectual de apreciar a las arcaicas sociedades sin Estado como sociedades igualitarias, económicamente hablando, en tanto que aquellas que transitaron hacia una organización estatal se evidencian, todas ellas, como desiguales en el mismo ámbito económico. Ha sido por ello imperioso analizar las razones de semejante tránsito o pasaje hacia esa desigualdad, la que arrastra a amplios márgenes de la población mundial a una vida miserable y, como en seguida se verá, a ser receptora privilegiada de la violencia tanto legal como ilegal.

En principio, debo explicitar que una sociedad estatalmente organizada la identifico en estos escritos como aquella en la cual los representantes de la comunidad tienen poder sobre estos, para diferenciarla de aquellas sociedades sin Estado, las que también tienen representantes de la comunidad pero ningún poder sobre la misma y en ambos casos puede hablarse de sociedades arcaicas. La maduración de este tipo de sociedades con Estado va verificándose con la aparición de los jueces que tenderán a prevenir, no el delito, sino la venganza.

Inicialmente rigió la denominada por la literatura especializada como Ley de la Sangre, evidenciada esta por la venganza, ciertamente el inicial criterio de lo que ulteriormente vino a denominarse justicia, esto es, el reequilibrio de las relaciones contractuales entre los miembros de la comunidad. No casualmente la organización estatal, por endeble que esta se nos represente, se

[19] *Cfr.*, Walter Benjamin, "Destino e carattere", en *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, pp. 31-38.

construirá a partir de la inicial norma jurídica que indica: nadie puede hacerse justicia por propia mano, lo cual es indicativo, como lo relatan los estudios antropológicos y que han analizado todos los hemisferios, que la venganza tenía como nota distintiva ser desproporcionada y de ahí que, cuando nuestros referentes éticos fueron madurando, se propusieron límites formales en el intento de afirmar ese inicial criterio de justicia, como viene narrada por la literatura penológica, como son los casos únicos de la posteriormente llamada Ley del Talión, la composición y la exposición, límites que, al parecer, no tuvieron el éxito esperado y por ello la aparición de ese poder sobre los miembros de la comunidad.

En relación a ello, José Gil, al interrogarse sobre el surgimiento del Estado afirma, "Si esa vocación del Estado ha podido nacer, es por que se ha manifestado en el tejido social una carencia fundamental, una carencia de la cual la acción del Estado no hace sino incrementar su amplitud".[20] A este respecto, he demostrado en mis últimos trabajos,[21] que esa carencia fundamental no es otra cosa que la nuda vida, a la que Benjamin se refirió, como he asentado arriba y que es explicitada por la tradición latina como una vida sin valor alguno en el relato de la sacralidad de la vida tan exhaustivamente tratado por Giorgio Agamben y que incumbe, en mi opinión, no sólo al *Homo Sacer* sino también, y con anticipación, al chivo expiatorio de cualquier tradición cultural.

Es en efecto René Girard,[22] quien focalizando al chivo expiatorio desde su teoría mimética, que vendría a demostrar que la violencia desatada en la ritualidad del sacrificio exhibe (sin narrarlo) las funciones manifiestas y latentes de semejante ritualidad. Por lo que hace a las funciones manifiestas, las que normalmente rigen en las prácticas sociales, aunque encubriendo a las funciones latentes, me parece que la iconografía del sujeto enviado al sacrificio en el caso griego las explicita en el nombre con el que se designa al receptor de este tipo de violencia: *pharmakos*, esto es, una ritualidad terapéutica social para los efectos de acabar con cualquier tipo de penuria social. A este respecto, toda la literatura filosófica ha demostrado que nuestra inicial forma de pensamiento es el pensamiento simbólico (en griego *sym-ballen*), el cual se establece con la unión de la ambivalencia y, en este caso el *pharmakos* es simultáneamente

[20] José Gil, *op. cit.*, p. 32.

[21] En especial en *Il diritto e il controllo del delitto nella post-modernità*, 2015.

[22] Rene Girard, *La violencia y lo sagrado*, 2005.

veneno y panacea, como indudablemente lo es en las restantes culturas, sea la denominación con la que se asigne al sujeto receptor de esta forma de violencia; es veneno al ser construido como el causante de los males de la sociedad y es panacea debido a que, cuando la violencia se desata en su persona para destinarlo a la muerte, muta como panacea. Considérese que de manera explícita, la tradición latina, heredera de la griega, designa a esta ritualidad con los signos *fare sacer*, es decir, hacer sagrado, en efecto, sacrificio: es sagrada la persona al momento de su muerte en esta ritualidad. Ciertamente, como ya enuncié en el punto 1 de estos escritos, todo ello es una fantasía, aunque la misma encubrió las originarias funciones latentes del sacrificio, las cuales, en opinión de Girard se refieren al ocultamiento de la verdad que el sacrificio trajo consigo. Es por ello que la categoría de chivo expiatorio explicita estas funciones, las que hasta nuestros días se encuentran encubiertas. De manera clara, el carácter de expiatorio se exhibe en el ámbito del perdón generalizado, esto es, la amnistía entre los individuos, familias y grupos de la comunidad, la cual propiciará, como efectivamente se ha desarrollado, que la violencia guiada por la Ley de la Sangre disminuya considerablemente, designada por Girard como violencia recíproca. Pero además, el inicio de este tipo de violencia se desata de manera unánime y, dado que imitamos a la naturaleza, el sujeto destinado al sacrificio lo será el más débil de la comunidad, esto es, dirá Girard, aquel que no tenga las posibilidades de la venganza. En efecto, en la Grecia sacrificial, los iniciales sujetos destinados al sacrificio eran los contrahechos por la naturaleza. En consecuencia, eran aquellos signados en el horizonte de sentido, como los sujetos que se encuentren por debajo de la sociedad. Es evidente que las llamadas guerras floridas por ser una situación estacional, la primavera, en aquellas culturas que las establecieron eran para los efectos de obtener la materia prima del sacrificio, en mi opinión, la nuda vida para reafirmar, no la fundación de una tradición cultural, como considera Girard, sino el establecimiento de un orden a partir de la inicial experiencia de la ley y del Estado, insisto, por endeble que semejante poder y ley se nos represente en la actualidad, en cualquier caso, los receptores de esta violencia serán construidos socialmente como "los otros", esto es, la inicial experiencia de la exclusión.

Y aún más. Derivado de la misma teoría mimética establecida por Girard, se evidencia que, en la actualidad, el sistema de justicia penal (llamado sistema judicial por Girard), asume la ritualidad del sacrificio y, ciertamente, los conducidos hacia el castigo no son otros sino aquellos que, seleccionados

por el propio sistema, forman parte de los segmentos inferiores de la sociedad. A este respecto, toda la literatura antropológica que focaliza nuestros temas constata que toda forma de sacrificio transitará paulatina pero de manera constante, como castigo penal.[23] A este respecto es pertinente la interpretación de Giorgio Agamben,[24] respecto a la categoría de dispositivo construida por Michel Foucault y que se asocia, si así se considera, a la tematización del orden en términos de control social. Para hacer inteligible el dispositivo en esta apreciación de Agamben, discute este inicialmente la dicotomía sacro-profano, íntimamente relacionada con el derecho divino, y el derecho humano; esto es, las cosas de los dioses y las cosas o relaciones de los humanos. En este sentido, sacrilegio es la violación a este derecho divino pero Agamben afirma: "Y si consagrar era el término que designaba la salida de las cosas de la esfera del derecho humano, profanar por el contrario significa restituirla al libre uso de los hombres".[25] Así las cosas, tematizando Agamben al sacrificio, especialmente las indagaciones de Hubert y Mauss, afirma que este "en todos los casos sanciona el pasaje de algo de lo profano a lo sagrado, de la esfera humana a la divina. Pero lo que ha sido separado ritualmente puede ser restituido desde el rito a la esfera profana. La profanación es el contradispositivo, afirma Agamben, que restituye al uso común lo que el sacrificio había separado y dividido".[26] Y como Agamben igualmente lo desprende, el hecho de que esta forma de violencia sagrada haya transitado como castigo penal no implica que se haya profanado la esfera religiosa o que haya sido un contradispositivo. Cuestión diferente sería si esta esfera sagrada se exhibiera de uso común del derecho humano, como es el caso de la pretensión abolicionista. En consecuencia, como también concluye Agamben tomando en cuenta a la sociedad disciplinaria descrita por Foucault, la prisión constituye, en efecto, un dispositivo (y no un contradispositivo), de nuevas y calculadas técnicas de gobierno.

Por su parte, la otra forma de violencia sagrada (en cierta medida profanada), es el ostracismo. El punto de partida para su interpretación puede ser encontrado en Aristóteles, quien en sus dilucidaciones sobre el ostracismo y

[23] Entre otros, véanse Alfonso Di Nola, voz: "sacro y profano", 1981; Jean-Pierre Guépin, The tragic paradox: mith and ritual in greek tragedy, 1968; Jean-Pierre Vernant y Pierre.

[24] Giorgio Agamben, *¿Qué es un dispositivo*?, 2015.

[25] *Ibidem*, p. 28.

[26] *Idem*.

el sacrificio, concluye, tal como señala Jean-Pierre Vernant,[27] que mientras el sacrificio se verifica en contra de quienes se encuentran por debajo de la sociedad, el ostracismo se verifica en contra de los que se encuentren por encima de esta. Lo que en un primer momento hace semejantes a los receptores de estas violencias sagradas es precisamente haberlos destinado a una muerte adelantada y no natural.

Herencia del ostracismo en la tradición latina es precisamente la sacralidad de la vida la que es descrita en la Roma de la época como *homo sacer*: santo y maldito a quien cualquiera puede darle muerte sin que haya represalias jurídicas en razón de que este es sólo portador de su nuda vida, pero es insacrificable. Y quizás, importante de manera sustantiva, es el caso de que el sujeto consagrado en vida no había violentado ni el derecho divino ni el derecho humano, lo cual exhibe a los receptores de ambas formas de violencia (sacrificio y ostracismo), como víctimas absolutamente inocentes, explícito en el sacrificio al apelar en la literatura especializada al rubro de "víctima propiciatoria". Y, finalmente, la variable que también hace afín a esta violencia con el sacrificio es que la sacralidad de la vida sólo es posible decretarla por plebiscito, esto es, a partir de la unanimidad de la violencia en los acomodos jurídicos de la *civitas*.

Derivada de la dicotomía cultura-natura, *zoe* significa la vida de la naturaleza (animales, vegetales y también el ser humano) y *bios,* sólo atribuible al humano. En razón de ello, declarar como sagrada a una persona (*Homo Sacer*), implica que carece de la calidad de vida del humano y sólo posee su nuda vida (*zoe*), esto es, una vida sin valor alguno.

Las importantes dilucidaciones de Agamben, lo vienen conduciendo a hacer eco a la tesis VIII de *Filosofía de la historia* de Walter Benjamin, cuyo primer párrafo afirma: "La tradición de los oprimidos demuestra que el Estado de excepción que hoy vivimos es la regla". Y, ciertamente, ello puede develar que el único deber ser que siempre es, lo es el Estado de excepción. Pero Agamben, yendo más allá, evidencia que semejante estado de excepción representa una zona de indistinción entre exterior e interior, esto es, entre exclusión e inclusión y consecuentemente, los sujetos excluidos son incluidos precisamente para su muerte, por tales motivos, Agamben aprecia al campo de concentración como el actual paradigma biopolítico de Occidente.

[27] Jean-Pierre Vernat, *op. cit*.

Siguiendo estas apreciaciones, puede igualmente mostrarse que la cárcel, como los actuales campos de refugiados, se encuentran en posibilidades de transitar del *ghetto* al campo de concentración, como sugiere Zaffaroni,[28] respecto de la cárcel, en cualquier forma se encuentran incluidos en el mismo acto de su exclusión y habría que indagar hasta qué punto, los restantes espacios de segregación como los psiquiátricos, todos ellos herederos de la antigua "Casa Correccional", podrían asumir los peligros para la vida de sus usuarios que los campos de concentración traen consigo. Se piensa en las actitudes eugenésicas como sucedió en la Alemania nazi.

Lo que aquí me interesa reiterar es que semejante inclusión que se verifica en el acto de exclusión, esto es, la biopolítica, aparece desde el primer consenso que decidió matar para vivir; esto es el sacrificio que vino a dar lugar a la transición hacia la inicial organización estatal. Una buena confirmación de ello la expresa Marie Delcourt,[29] al demostrar la asociación indudable entre los expuestos para la muerte, los anormales, los contrahechos por la naturaleza y el *pharmakos* griego. Y por su parte, Louis Gernet,[30] evidencia la proximidad entre el lobo en cualquier cultura europea, votado al bando, como el *friedlos* escandinavo o el *warg* alemán, que se entiende mandar a la muerte, y el *pharmakos*, como en el caso del mito de Heracles. Es por ello posible considerar que se incluye en el acto de su exclusión a los sujetos que, en el horizonte de sentido, son sólo portadores de su nuda vida.

Como puede apreciarse por los estudios antropológicos que han analizado todos los hemisferios, ambas formas de violencia sagrada mutarán secularmente como castigo penal y serán afines a las condiciones de existencia de cada realidad cultural, y no obstante las finalidades atribuidas al sistema de justicia penal, han asumido las ritualidades de la puesta en escena de aquella violencia originaria. A este respecto, considérese que la palabra rito significa originariamente orden.

Las restantes líneas las dedicaré sucintamente al título de este trabajo: Comunidad-Inmunidad.

Las iniciales sociedades sin Estado basaban sus rangos sociales en el mecanismo donación y contra-donación. Es intuible que en los estratos superio-

[28] En prensa.

[29] Marie Delcourt, *Edipe ou la légende du conquérant*, 1944.

[30] Louis Gernet, *Antropologia della Grecia antica*, 1983.

res se encontraban los que menos tenían y en ocasiones al término de cada época se procedía a la destrucción de las cosas. Se piensa que los representantes de la comunidad tenían como función dar bienes y fuerzas ahí donde estas eran ausentes. De ahí que, como lo describe José Gil, ello representaba una economía del plus valor que evitaba la acumulación entre los miembros de la comunidad. No obstante, al transitar hacia la organización estatal, se invirtió la sociedad de rangos, abriéndose un nuevo horizonte de sentido que trajo consigo la desigualdad económica.

A este respecto, es Georges Bataille,[31] quien apreciará todo ese proceso de acumulación, al que ve como excedente de la riqueza, como la parte maldita. De manera importante, esta es una apreciación muy próxima a la que se tenía en las sociedades arcaicas respecto del otro límite de la venganza denominado composición, esto es, la compra del derecho de venganza, la cual, como lo narra Edward Westermarck,[32] se presenciaba en pocas ocasiones porque representaba el carácter villano de la persona.

No obstante, sea la parte maldita o el carácter villano, las sociedades estatales se han venido exhibiendo en estratos de riqueza y pobreza y que pueden hacerse inteligible a partir de la dicotomía comunidad-inmunidad que desprende Roberto Esposito en "Communitas. Origen y destino de la comunidad" y en "Immunitas. Protección y negación de la vida", cuyo subtítulo presagia las consecuencias de semejante dicotomía. En efecto, más allá de los relatos médicos o biológicos concernientes a la inmunidad, ésta resulta ser el antónimo de comunidad. De este modo, puede argüirse que el promotor del orden de la comunidad mutará como inmune a las consecuencias de semejante orden.

Empero, Dario Melossi,[33] analizando en un extraordinario ensayo el surgimiento y desarrollo de la democracia en Estados Unidos, afirma que en esa tradición:

> En el corazón cultural de Estados Unidos —aún hoy, a mi criterio, afirma Melossi, el protestantismo de la Nueva Inglaterra, más allá de lo que nos digan los representantes de las modas actuales del post-

[31] Georges Bataille, *La parte maldita*, 2009.

[32] Edward Westermark, *La vendetta di sangue*, 1993.

[33] Dario Melossi, "La radicación ("Radicamento"-"Embeddness") cultural del control social (o de la imposibilidad de la traducción): reflexiones a partir de la comparación de las culturas italiana y norteamericana con respecto al control social", 1997.

> modernismo y del multiculturalismo— no había lugar para la indulgencia desorientadora, autoritaria y profundamente conservadora de la tradición católica. Acertado o errado, blanco o negro: quien se encuentra o se percibe que se encuentra del lado equivocado de la ley, será castigado. Y aún quien infringe la ley pero es poderoso (económica, étnica, racial, cultural o políticamente) podrá permitirse un uso pleno de las garantías que un sistema jurídico democrático le confiere —podrá comprarse, por decirlo de alguna manera, todo el stock de garantías disponibles en el mercado.

En ello, el mismo Melossi apela a la muy difundida significación de democracia en la tradición estadounidense: gobierno del pueblo, llevado adelante por el pueblo para su propio beneficio (*of, by and for the people*).[34]

Sin embargo, una interpretación mas acuciosa de ello puede encontrarse en Giorgio Agamben al evidenciar que el significado político del término "pueblo", siempre indica también a los pobres, los desheredados y los excluidos y no sólo al cuerpo político,[35] de este modo afirma: "En la Constitución norteamericana se lee así, sin distinción de condiciones, "We people of the United States […]; pero cuando Lincoln, en el discurso de Gettisburgh, invoca un "Government of the people by the people for the people", la repetición contrapone implícitamente el primer pueblo al otro".[36] Considérese en la aventura humana a la necesidad básica psicosocial aportada por Freud relativa al reconocimiento, que esta, como previamente apuntó Hegel, se refiere a la necesidad del reconocimiento de la superioridad de unos frente a los otros, más la razón de escalar en la estratificación social sigue siendo el miedo a la muerte y, sobre todo, el miedo a ser asesinados; esto es, no ser signados como portadores sólo de su nuda vida, es decir, una vida sin valor alguno.

En consecuencia, a la base de la estratificación social entre riqueza y pobreza, clases superiores y clases inferiores, los promotores del orden y los excluidos, se encuentra la posibilidad altísima de que los segmentos superiores a ser inmunes, esto es, refractarios a la violencia legal, la violencia punitiva, como a la violencia ilegal, la violencia criminal.

[34] *Ibidem*, p. 75.

[35] Giorgio Agamben, *Homo Sacer. El poder soberano y la nueva vida*, 2006.

[36] *Ibidem*, p. 225.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Agamben Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España, Pre-Textos. 2006.

_____. *¿Qué es un dispositivo?* España, Anagrama, 2015.

Bataille Georges. *La parte maldita*. Argentina, Editorial Las cuarenta, 2009.

Benjamin Walter. *Angelus Novus*. Italia, Einaudi Tascabili, 1995.

Burkert Walter. *Mito e rituale in Grecia*. Italia, La Terza, 1987.

Christie Nils. *Los límites del dolor*. México, FCE, 1984.

_____. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto*? Argentina, Editores del Puerto, 1993.

Cohen Stanley. *Visiones del control social*. España, PPU, 1988.

Delcourt Marie. *Edipe ou la légende du conquérant*. Francia, Faculté de Philosophie et Lettres, Liege-Librairie E. Droz, 1944.

Di Nola Alfonso. *Voz sacro y profano*. Enciclopedia Einaudi. Vol 12, Italia, Einaudi, 1981.

Esposito Roberto. *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. 2a reimpresión, Argentina, Amorrortu, 2012.

_____. *Immunitas. Protección y negación de la vida*. 1a reimpresión, Argentina, Amorrurtu, 2009.

Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. España, Trotta, 1995.

Freud Sigmund. *Tótem y tab*ú. 8a reimpresión. México, Alianza Editorial. 1994.

Foucault Michel. " Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión". Siglo XXI. 18a Edición. México, 1990.

_____. *Historia de la sexualidad*. Vol. 1. "La voluntad de saber". México, Siglo XXI, 2009.

Gernet Louis. *Antropologia della Grecia antica*. Italia, Arnoldo Mondadori Editore. 1983.

Gil José. *Un antropologia delle forze: dalle societâ senza stato alle societâ statualli*. Italia, Einaudi, 1983.

Girard, Rene. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona, Anagrama, 2005.

Guépin J-P. *The tragic Paradox: Mith and ritual in greek tragedy*. Holland, Adolf M. Hakkert – Publisher, 1968.

Harari Yuval Noah. *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Argentina, Debate, 2014.

_____. *Homo Deus. Breve historia del mañana. Debate*. 1a reimpresión. México, 2016.

Hobbes Thomas. *Leviatan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2a reimpresión de la 2a edición, México, FCE, 1984.

Hulsman Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. España, Ariel. 1984.

Mathiesen Thomas. *The Politics of Abolition*. Noruega, Scandinavian University Books. 1974.

_____. "The other in the new Europe: Migrations, Deviance, Social Control". En Green P. Y Rutherford Andrew (Editores), *Criminal Policy in transition*. Oxford – Portland, Hart Publishing, 2000.

Merton Robert K. *Teoría y estructura sociales*. FCE. 2a edición en español, México, 1980.

Münkler Herfried. *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*. España, Siglo XXI, 2005.

Nietzsche Friedrich. *Así habló Zaratustra*. España, Cátedra, 2008.

Pavarini Massimo. *The prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*. Inglaterra, The Macmillan Press, 1981.

_____. *Governare la penalità. Struttura sociales, procesi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*. Italia, Bononia University Press, 2013. Pavarini Massimo, Pérez Carrillo Agustín y Tenorio Tagle Fernando. *Seguridad Pública: Tres puntos de vista convergentes*. México, Ediciones Coyoacán – FLASUD, 2006.

Rusche Georg y Kirchheimer Otto. *Pena y estructura social*. Colombia, Temis, 1984.

Taylor Ian, Walton Paul y Jock Young. *Criminología crítica*. México, Siglo XXI. 1977.

Tenorio Tagle Fernando. *Il Delitto e il Controllo del Delitto nella Post-Modernità*. Italia, Bononia University Press, 2015.

Wacquqnt Löic. *Las cárceles de la miseria*. Argentina, Editores del Puerto. 1999.

Westermark Edward. *La vendetta di sangue*. Italia, Edizioni ETS. 1993.

Young Jock. y Lea Jhon. *What is to be done about the law and order*. Inglaterra, Penguin, 1984.

Young Jock. *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. España, Marcial Pons, 2003.

Vernant Jean-Pierre y VidalNaquet Pierre. *Mito e tragedia nel'antica Grecia*. Italia, Einaudi. 1976.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Tenorio Tagle Fernando. Alagia Alejandro y Slokar Alejandro. *Manual de derecho penal mexicano*. México, Porrúa. 2013.

Hemerográficas

Melossi Dario. "La radicación ("Radicamento" – "Embeddness") cultural del control social (o de la imposibilidad de la traducción): reflexiones a partir de la comparación de las culturas italiana y norteamericana con respecto al control social". En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Argentina, Año 6, núms. 9/10, pp. 66 – 83. 1997.

Panorama y cambios de la concepción del Derecho

Liliana Fort Chávez*

Resumen:

La concepción ilustrada del derecho se fundó en la comunicación, Kant la pensó como "uso público de la razón". Sin embargo, la prioridad moderna fue el conocimiento disciplinario y simplificado de la causalidad y del normativismo, que se redujo a las formas verificacionistas de concebir el derecho. El marxismo denunció la abstracción del derecho como una ideología ya que el derecho oculta las diferencias de clases económicas, y lo miró como un instrumento de dominio. Hoy el neo constitucionalismo regresa a la caracterización del derecho a partir de la sociedad vista como comunicación y, nos da elementos para reinterpretar las instituciones jurídicas y exigir garantías al goce de los derechos fundamentales. Este artículo es una panorámica de este trayecto.

Abastract:

The illustrated conception of law was based on communication, Kant thought of it as "use of reason". However, the modern priority was the disciplinary and simplified knowledge of causality and normativismo, which was reduced to the check forms of conceiving the law. Marxism denounced the abstraction of law as an ideology since the law conceals the differences of the economic classes, and I look at it as a domain instrument. Today the neo constitutionalism returns to the characterization of the right from the society seen as communication and gives us elements to reinterpret legal institutions and demand guarantees to the enjoyment of fundamental rights. This article is a panoramic of this journey.

Sumario: Introducción / I. La Ilustración / II. La Teoría pura del Derecho / III. Marx y su concepción del conocimiento y del Derecho / IV. Las ciencias de la complejidad / V. La sociedad de la sociedad: sistema omnicomprensivo de comunicaciones / VI. Subsistemas sociales / VII. El derecho de la sociedad y el garantismo / VIII. Normativismo vs neoconstitucionalismo / IX. Conclusión / Fuentes de consulta

* Dra. en Filosofía del Derecho y Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

La concepción del derecho ha cambiado en el tiempo, así como ha cambiado nuestra concepción del conocimiento. En la modernidad, la ilustración fue interdisciplinaria, pues Kant ya supuso el conocimiento de la biología; sin embargo, se desarrolló de manera disciplinaria a partir del entusiasmo en las ciencias causales y las ciencias normativas. A este lenguaje universal abstracto, reaccionó Marx, pues oculta la diferencia de clases económicas. Él observó al derecho como una superestructura condicionada por la infraestructura económica y delineó el trayecto de la sumisión del esclavo, siervo y trabajador en occidente. Althusser respondió hablando de la sobredeterminación, pero esto no dio pauta para caracterizar al derecho en su función civilizatoria; sin embargo, extendió la historia de Occidente a todos los pueblos suponiendo a la dialéctica como determinista. Hoy, la teoría de sistemas o ciencia compleja de Luhmann, es construida por la observación de la diferencia entre la forma y el contexto; y la diferencia entre esta distinción y la distinción entre "sistema/entorno". La sociedad es la forma de comunicación y los organismos humanos son el contexto. Al interno de la sociedad como comunicación, se diferencia el subsistema derecho. Ferrajoli notó la diferencia entre conocimiento disciplinario y el conocimiento complejo, del derecho formado por el sistema social comunicación, el sistema de la ciencia y la teoría, y el sistema político o garantías de igualdad en derechos; por tanto, el neoconstitucionalismo ofrece la posibilidad de depurar el derecho formalista mediante las competencias en el discurso que es posible adquirir.

I. La Ilustración

Sapere aude! Ten el valor de servirte de tu propia inteligencia sin la guía de otro.[1] Este fue el lema de la Ilustración que buscaba superar la incapacidad de servirse de la inteligencia sin la guía de otro, por la cual siempre se carece de la decisión y valor para superar los tutores y demás demagogos. Pero si se deja a la gente en libertad de usar públicamente la razón, es fácil que ilustre, "porque siempre se encontrarán algunos que piensen por

[1] Kant, ¿Qué es la ilustración?, en *Filosofía de la Histori*a, México, Fondo de Cultura Popular, 1994, p. 25

propia cuenta, difundirán el espíritu de una estimación racional del propio valer de cada hombre y de su vocación a pensar por sí mismo".[2] Habría una evolución desde el estado de naturaleza hacia la sociedad civil cosmopolita a través del conocimiento normativo. Surgiría la probabilidad de lo improbable en comunicación pública, los hablantes superarían las inclinaciones personales para sujetar su conducta a la ley categórica. Estabilizarían sus expectativas. En "La paz perpetua", Kant observó que en las leyes prohibitivas algunas eran de aplicación inmediata, en cambio, otras "se podía demorar su aplicación, siempre y cuando no se perdiera de vista que el fin propuesto que es la paz".[3] Considerando el principio "nadie está obligado a lo imposible", Kant distinguió la diferencia entre el moralista político y el político moral: el primero declara universales los derechos fundamentales y hace leyes como si todos pudieran gozarlos. En cambio, el político moral tenía la máxima: "Si en la constitución del Estado o en las relaciones entre Estados existen vicios que no se han podido evitar, es un deber, principalmente para los gobernantes, estar atentos a remediarlos lo más pronto posible […] y esto deberá hacerlo el político aun sacrificando su egoísmo […] El gobierno debe irse acercando lo más que pueda a su fin último, que es la mejor constitución, según leyes jurídicas.[4] Esto puede y debe exigirse de la política, para hacer valer universalmente las normas formales de obligación y prohibición, o considerar la demora de su ejecución con leyes permisivas.

Kant dio un paso importante hacia la comprensión de la ciencia como saber subordinado a la existencia de categorías de la cultura, que son más generales y omnicomprensivas que cualquier producto científico. El político moral se sujeta al principio trascendental de derecho "Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite reconocimiento general".[5] Igualmente, el estado de derecho estaría caracterizado por la justicia distributiva, diferente de la justicia conmutativa del estado de naturaleza. Ambas serian la garantía de llegar a la paz a través de la justicia.

Sin embargo, la modernidad no miró las diferencias que marcó el filósofo, más bien, tomó la vía del conocimiento universal de verificación empírica del procedimiento creador, negando otros saberes. Por tanto, ya no se hizo

[2] *Ibid*, p. 27.

[3] Kant, *La paz perpetua,* México, Editorial Porrúa, 1968, p. 220.

[4] *Ibid*, p. 238.

[5] *Ibid*, p. 243.

una consideración del sentido de las leyes permisivas en las obligaciones y prohibiciones. El ideal de objetividad obligaba al investigador a ser preciso y ajustarse al método, a expresar el conocimiento mediante formulaciones generalizadoras con pretensión de universalidad y concreción. Entonces las políticas de comunicación pública y distribución de bienes, ya dichas, se olvidaron en el pensamiento. Ya no se miró el papel de la comunicación en el lenguaje simbólico como la posibilidad de debate y coherencia de la teleología biológica en donde contempló a la especie humana. Las referencias kantianas a la biología, vistas en su *Crítica del juicio*, fueron olvidadas. La modernidad se hizo disciplinaria con las ciencias naturales y sociales abstractas. De esa manera, sólo reconoció este conocimiento como legítimo y, negando los nuevos saberes de la complejidad en sus potencias epistemológicas, surgía la ideología de la ciencia.

Esta actitud de pensar que las ciencias experimentales son el único conocimiento legítimo se convirtió en una ideología, en tanto niega la legitimidad de otras estrategias del saber.

II. La Teoría pura del Derecho

Kelsen también participó de este entusiasmo en las ciencias. Miró la posibilidad de conocer al mundo mediante las categorías de causalidad e imputación. Afirmó que el principio de imputación era más antiguo que el de causalidad, pues se originó desde los inicios del pensamiento como retribución de almas y dioses; en cambio, la causalidad tiene sólo tres siglos. Observó en los mitos homéricos y en la cultura la acción *diké* o la justicia como sanción inexorable y el surgimiento de la justicia como reflexión, pues "la retribución se imputó sólo a aquellas personas libres y responsables de sus actos, en Edipo".[6] Kelsen conservó la comprensión cultural en el cultivo del psicoanálisis.

La ciencia jurídica puede brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera formula pone el

[6] Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza,* Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945, p. 313.

acento sobre las normas; la segunda sobre las conductas. Pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico. Es decir, atañe a la responsabilidad de los funcionarios.

Kelsen construye una definición del derecho, a través de la universalización de ciertas notas comunes en el uso del término 'derecho'. En todos los órdenes jurídicos del pasado y el presente, en los pensadores del pasado y presente y en los usos comunes del lenguaje encontró: *a*) siempre se refieren a la regulación de las conductas libres y voluntarias, *b*) siempre utiliza la técnica de amenazar con sanciones coactivas para hacerlo. De allí construye la definición del derecho como: "orden coactivo de la conducta". Esta es una definición estática o simplificadora, por lo que Kelsen se abrió a la dinámica que tiene por objeto *un sistema de actos que son determinados por las normas* de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.[7]

Kelsen, a diferencia del iusnaturalismo, quiere estudiar el derecho que es puesto en un tiempo y lugar por alguna autoridad, es decir, el derecho positivo. La validez de las normas es su específica existencia y a esta es posible conocerla mediante verificación empírica, respondiendo cuando se pregunta por la validez de una sentencia, con la verificación de que su proceso de creación haya sido determinado por los *a*) procedimientos que establezcan una norma superior, que en el caso serían las leyes sustantivas y las leyes adjetivas; *b*) la autoridad competente y que *c*) no vaya más allá de las restricciones materiales que son los derechos y libertades constitucionales. A su vez, las leyes son válidas, pues se puede verificar si han sido creadas por las autoridades competentes, procedimientos prescritos y restricciones puestas por la Constitución. Y a la pregunta de si una Constitución es válida, se responde de acuerdo a si ha sido creada de acuerdo con los procedimientos establecidos en una primera Constitución. Sin embargo, ya no puede derivar su validez de una norma superior porque no existe. Entonces Kelsen introduce una hipótesis científica para explicar la validez del sistema jurídico: la norma hipotética fundamental. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta.[8] Esta norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo, el aprendizaje de Edi-

[7] Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 44.

[8] *Ibid*, p. 39.

po o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado, la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.[9]

Esta norma hipotética fundamental, permite explicar la validez de las normas y concebir al orden como un sistema normativo. El método de la imputación nos hace conocer al derecho mediante elementos jurídicos, de manera que la validez del sistema jurídico no se explica mediante las ciencias causales como la física, o sociales, como la sociología, economía, política, etcétera. No admite tampoco valores como el iusnaturalismo ni ideologías. La *Teoría pura del Derecho* se desarrolla disciplinariamente. Es cierto que la dinámica jurídica debió haberse combinado con su concepción estática del derecho, pero dicha dinámica se refirió a un sistema de actos de los funcionarios o jueces de aplicación del derecho determinados por normas. Sin embargo, la hipótesis básica suponía que dichos operadores tuvieran una cultura mínima o bien, que contaran con salud mental, para reflexionar sobre la maneja de aplicar las normas generales. Pero eso no sucedió. El razonamiento deductivo es lo que ha privado y no han entrado las consideraciones de validez de normas evaluando si la cultura, comunicación, posibilidades de gozar derechos fundamentales han sido puestas para todos. El conocimiento del derecho siguió siendo abstracto, formal, disciplinario y simplificador.

Kelsen definió el derecho como "orden coactivo de la conducta", por lo que las normas incluyen una condición y una sanción ligadas por un deber ser. Esta definición del derecho como fenómeno normativo ha ido en detrimento de la Constitución, puesto que sus disposiciones son más bien principios de justicia y derechos fundamentales, por lo que han sido proclamados como ideologías o declaraciones doctrinarias y se les ha negado el carácter jurídico, reduciéndose a otra ley más sin mayor jerarquía. Ha sido esta concepción estática del derecho la que ha prevalecido.

De hecho, con esta visión determinista y disciplinaria, ha sido el hombre, burgués y con conocimientos científicos disciplinarios, los que han gozado de sus libertades y derechos en detrimento de los hoy "grupos vulnerables". Se han considerado las normas como categóricas abstractas y se ha empleado el silogismo deductivo para hacer normas concretizadas a partir de la ley, sin

[9] *Ibid*, p. 41.

llevar a cabo ninguna reflexión. Nunca se miró la diferencia entre el burgués con conocimiento disciplinario y el resto de la ciudadanía. Por eso, las excepciones a las normas categóricas, como serían posibles en un sistema dinámico, han sido legisladas de manera arbitraria. Más que lograr pacificar un territorio, hoy se ha producido violencia, pobreza, delincuencia, explotación, inseguridad, devastación ecológica y, en general, eso que llamamos entropía.

III. Marx y su concepción del conocimiento y del Derecho

Esta forma de hacer ciencia disciplinaria y verificacionista, que va desde lo concreto de los datos o notas comunes hasta lo abstracto, es criticada por Marx, en su *Contribución a la crítica de la economía política* de 1859. Las ciencias experimentales dicen partir del objeto concreto, como hace Kelsen cuando construye su definición de derecho generalizando notas comunes. Marx, en su momento, se refirió a la abstracción y formalismo de la economía clásica, observó que esos conceptos de los que se parte son ya generalidades, formalismos, ideologías que surgen en el lenguaje común.

Por tanto, el científico social no parte de lo concreto como afirman, sino que parte de generalidades y llega a más generalidades simples. Marx, más bien, había considerado que lo "concreto" es el conocimiento resultante de la práctica teórica para criticar la economía abstracta. Cuando se considera a un país desde el punto de vista económico-político, se comienza por su población, la división de esta en clases, la ciudad, el campo, el mar, las diferentes ramas de la producción, la exportación y la importación, la producción y el consumo, los precios de mercancías, etcétera. Esto parece lo real y concreto a los científicos empiristas. Ellos suponen que, en la economía, el sujeto es la base y el sujeto del acto social de la producción en su conjunto. Pero esto es falso. La población es una abstracción que deja de lado a las clases de que se compone. Estas clases, son a su vez, una palabra vacía si se desconocen los elementos sobre los cuales reposan el trabajo asalariado, el capital, etcétera, que, a su vez, suponen el intercambio, la división del trabajo, los precios, etcétera. Si el método de los empiristas comenzara a estudiar a la población, tendría una representación caótica del conjunto, se llegaría a un conjunto de relaciones abstractas determinantes, como es la división del trabajo, dinero y valor. Pero ha sucedido que una vez que los momentos singulares fueron fijados y abstraídos, los sistemas económicos

se han elevado desde lo simple científico, hasta el Estado, el cambio entre naciones y el mercado mundial. Y esto, sucedió años después con la *Teoría pura del Derecho*.

Dice Marx: "Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso. Aparece en el pensamiento como proceso de síntesis, como resultado, no como punto de partida, aunque sea el efectivo punto de partida y, en consecuencia, el punto de partida también de la intuición y de la representación".[10] En cambio, en la vía del empirismo la representación plena es volatilizada en una determinación abstracta. Con la dialéctica, las determinaciones abstractas conducen a la reproducción de lo concreto por el camino del pensamiento.

En la *teoría pura* se definió al derecho como "orden coactivo de la conducta", este es un concepto abstracto, simple y unilateral. La propuesta de Marx es más bien crear las categorías cuyo resultado es la producción del mundo visto como totalidad concreta, es decir, como totalidad del pensamiento. La totalidad concreta es un producto del trabajo de elaboración que transforma intuiciones y representaciones en conceptos.

El sistema conceptual teórico para producir los conceptos universales y concretos sobre generalidades y abstracciones, sería el materialismo dialéctico, cuyos principios postulan *a*) Que el proceso histórico social se desarrolla según una dialéctica que se resuelve en la tesis, antítesis y síntesis; *b*) Que en la sociedad se da siempre una contradicción principal y otras secundarias. El término contradicción no se refiere a una relación lingüística, sino más bien a una diferencia de poder que existe en las estructuras sociales.

Althusser agrega que "La manifestación de la estructura dominante, que es la que condiciona la existencia de cada contradicción, constituye la unidad del todo".[11]

Marx explicó la relación de la infraestructura económica con las superestructuras jurídico-político como un condicionamiento de la primera sobre las segundas. El derecho y el Estado, fueron observados como un instrumento de dominación de la clase dominante o burguesa sobre las clases oprimidas del proletariado. Este Estado monopoliza la "fuerza legítima" para sujetar a las

[10] Karl Marx, Introducción *general a la crítica de la economía política* de 1857, México, Siglo XXI Editores, 1982, p. 50.

[11] Louis Althusser, *Sobre la dialéctica materialista*, México, Editorial Siglo XXI, 1985, p. 170.

clases trabajadoras. Y la ideología asegura la dominación, pues fija a los individuos con las tareas que les da su estructura social. De hecho, miró que en la modernidad la ideología se planteó en términos jurídicos: se constitucionalizaron los derechos humanos fundamentales como universales, pero fueron voces vacías, pues sólo quien gozaba de medios económicos podían gozarlos. Sin embargo, la dialéctica era indeterminada.

Althusser afinó la explicación de las relaciones entre la infraestructura económica y las superestructuras. No pensó en una determinación, ni en un condicionamiento, sino que planteó la "sobredeterminación", es decir, las superestructuras no están determinadas ni condicionadas por la infraestructura, sino que tienen acción, refleja sobre la estructura económica, pero esta ejerce una determinación en última instancia pues da concreción al discurso jurídico.

Marx propuso la "síntesis de múltiples determinaciones" para superar la generalidad abstracta de las ciencias deterministas. Pero sus seguidores estructuralistas, pensaron que el desarrollo histórico planteado por Marx, desde las sociedades esclavistas, el medioevo, la modernidad y la sociedad sin clases, sería igual para todos los pueblos, pues la economía determinaría esto y explicaría el movimiento y acción para países del tercer mundo, con la posibilidad de una sobredeterminación refleja las superestructuras. Originalmente Marx, no miró a la dialéctica de manera determinista, miró la historia de Occidente, y no vio a las tribus americanas como parte de esa historia. Ello se debió a que la dialéctica no era un determinismo más, pero así se le interpretó después.

IV. Las ciencias de la complejidad

A diferencia del conocimiento determinista y simplificado, la *teoría de sistemas* parte de la diferencia como directriz. El mundo —afirma George Spencer Brown— parece estar creado para observarse a sí mismo. Sin embargo, para conseguir esto, el mundo tiene que dividirse primero; concretamente en un Estado que ve y en otro que es visto. El mundo se falsea a sí mismo y está llamado a hacer frente a esta incomprensión. Por eso, se parte del concepto de la diferencia. El concepto de forma presupone el mundo como un estado no marcado.

La unidad del mundo es inalcanzable. Es la marcación, nos dice Spencer Brown, la que genera el espacio de la distinción, de manera que vemos la diferencia entre *marked space* y *unmarked space.* Simultáneamente indicamos una parte de la distinción, por tanto, la otra parte queda en el punto ciego latente.[12] Cuando se distingue, se introduce la forma, sólo así es posible observar. Ambos lados son asimétricos, pero nos acomodamos en uno, así el otro lado permanece latente. Sin embargo, el otro lado de la forma se mantiene accesible y puede ser alcanzado mediante un cruce (*crossing*).

El ir y venir en la asimetría se explica […] en dos axiomas fundamentales:

a) La repetición de la operación condensa aquello que es indicado en la forma, pero no agrega nada.
a) Para la repetición del *crossing* vale lo contrario, hay un enriquecimiento formal a partir de abrirse al entorno en el *reentry.*

Nosotros podemos dibujar la distinción (*Draw a distinction*): es decir, pintamos la paradoja o diferencia entre la forma y el contorno, que no se resuelve de manera dogmática, sino operativa. En cambio, los conceptos de realidad, mundo y sentido, vistos desde la distinción medio/forma, son conceptos sin distinción.

Nada existe fuera del conocimiento, ni los conceptos límite. Pero el conocimiento no surge a partir de abstracciones deterministas, se trata de proyectar distinciones en una realidad que no conoce ninguna distinción. No se busca el conocimiento de un objeto "en sí", sino más bien se tiene acceso al objeto a través del conocimiento y nuestras reinterpretaciones de mundos posibles.

Luhmann distingue entre el observador de primer orden, que ve lo inmediato de algo que se puede distinguir como cosas, sucesos, movimientos, y que identifica con la "realidad". En cambio, el observador de segundo orden, se coloca en una perspectiva más amplia y hace observación de comentarios; desde allí puede observar cómo desde una visión de primer grado se generan riesgos y peligros, que él puede evitar. Desde esta visión reflexiva, el mundo pierde su unidad, pues se miran las distinciones. La evolución es contingente —es la probabilidad de lo improbable—[13] y, además, mirando la diferencia se

[12] José Antonio Ibáñez, *Para leer a Luhmann*, México, UIA-Oak Ediciones, 2012, p. 21.

[13] Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, *Teoría de la sociedad*, México, U de G – UIA - ITESO, 1992, p. 204.

explica la diversidad y la complejidad, así como se estabilizan las costumbres y sedimentan significados.

Una vez hecha la marca, tenemos la forma diferenciada del entorno, pero si se permanece en dicha forma se condensa el significado de los términos del lenguaje y permanece la forma estática. En cambio, si se cruza y se regresa varias veces, el significado cambia y se alcanza la sistematización de los términos.

En la distinción sistema/entorno, el único que puede observar es el sistema que funge como observador.[14] Se entiende por "sistemas" "un conjunto de elementos interrelacionados entre sí, cuya unidad le viene dada por los rasgos de esa interacción y cuyas propiedades son siempre diferentes a los de la suma de propiedades de los elementos del conjunto […] y […] El 'entorno' de un sistema es el conjunto de elementos que tienen influencia sobre los elementos del sistema o son influidos por él, aunque no pertenecen al mismo sistema".[15]

La epistemología que Luhmann utiliza tiene su fuente en la biología de Varela y Maturana quienes nos dicen: "La característica más peculiar de un sistema autopoiético es que se levanta por sus propios cordones, y que se constituye como distinto del medio circundante por medio de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables".[16] El concepto de autopoiesis u organización circular ilustra la clausura operativa de los sistemas vivos.

Una cosa es trazar la forma, darle consistencia, operarla como base en la distinción sistema/entorno, y otra distinta es que opere en el medio del sentido. El sentido se basa en la capacidad humana de negar y de reflexionar sobre alternativas diferentes, por tanto, se reconoce por las diversas formas que adquiere.

La conciencia es autorreferencial y autoreflexiva. Afirma Luhmann que ya no se puede poner a la conciencia sólo en función de una finalidad trascendental, que le facilite el sentido del aquí y ahora cotidiano; sino que se la podría poner en función de la lógica de sistemas, con la posibilidad de ser algo empírico y con posibilidades de demostración del sentido de la vida. Así, el sentido puede dejarnos ver y nombrar una realidad inclusiva de entes biológicos,

[14] *Ibid*, p. 37.

[15] Niklas Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos UIA, Barcelona 1998, p. 173.

[16] Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento*, Argentina, Editorial Lumen, 2000, capítulo II, p. 28.

reflexionando de las diferencias entre realidad/posibilidad, o bien, actualidad/potencialidad.

La dimensión social del sentido se alimenta del supuesto de que en la sociedad todos son observadores, sean de primer grado, o de segundo grado, donde se observan a los observadores y uno es observado, por tanto, es posible que haya cambios y estabilización de las expectativas individuales.

Ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo, sino que evoluciona a partir de los estímulos y provocaciones del medio. Por tanto, solo la observación diferencia entre sistema y entorno, hace posible la evolución.

V. La sociedad de la sociedad: sistema omnicomprensivo de comunicaciones

Luhmann deja atrás las concepciones sociológicas que definen las sociedades mediante criterios abstractos como la población, el territorio o el gobierno; para plantear que la sociedad es un sistema formado por comunicación: "es el sistema de todas las comunicaciones posibles".[17] La comunicación es un medio donde finalmente se posibilitan las formas comunicativas y no opera con fundamentos sino con contenidos. La sociedad es un sistema comunicativo y su entorno son las personas. Es desde la forma comunicativa donde se cruza hacia la materialidad humana, de allí, en el *reentry* se discuten esos problemas y varía el significado normativo.

La distinción información/acto de comunicar es la forma básica para abordar el concepto de comunicación. Sólo existe comunicación cuando la información se acompaña de entendimiento entre los involucrados que sortean fuertes dificultades. La comunicación tiene el atributo de transformar las expectativas de los hablantes y de estabilizarlas, cosa que ya había sido llamada civilización en la ilustración kantiana. Sin embargo, el tránsito hacia la sociedad no es algo que se dará de manera necesaria, sino que es contingente: desde el conocimiento normativo disciplinario y simplificador no es necesario transitar a la teoría de sistemas vivos para fomentar la comunicación y conformación social, pero es posible. Sin embargo, no es necesario permanecer en la visión disciplinaria y determinista del normativismo, como sucedió con

[17] Luhmann y De Giorgi, *Teoría de la sociedad,* México, UdeG-UIA-ITESO, 1993, p. 43.

la *Teoría pura del Derecho*, pues es posible transitar hacia el conocimiento complejo e interdisciplinario, cambiando de paradigmas del conocimiento. Es decir, habrá tránsito hacia la identidad humana en tanto igual posibilidad de cambio a partir del entorno, si elegimos un gobernante como el político moralista que supera las desigualdades en su pueblo fomentando la comunicación; pero si elegimos a un moralista político, permaneceremos sin evolucionar hacia la sociedad cosmopolita concebida como el género humano, a la vez que se fomentará el desorden y entropía. En el campo del razonamiento judicial, se pueden impugnar normas universales, formales o abstractas que no tienen la concreción de la comunicación que supone la defensa de los derechos fundamentales mediante permisos, sin olvidar que la finalidad es la conformación de sociedad pacífica en el goce de los derechos y libertades fundamentales.

El lenguaje, dice Luhmann, es el medio en donde se manifiesta la unidad de la diferencia entre formalismo y sistema. "Como observadores, designamos como comunicativas a las conductas que se dan en un acoplamiento social y como comunicación, a la coordinación conductual que observamos como resultado de ella".[18] La coordinación de la conducta, a través del control de las inclinaciones personales y acoplamiento al medio ambiente terreno, es el resultado de la comunicación. El lenguaje significante es el medio por el cual la especie inteligente del planeta se organiza autopoiéticamente y se acopla estructuralmente al todo dinámico de la organización de la vida. Es decir, surge la sociedad de la sociedad.

VI. Subsistemas sociales

La misma operación que hace que la sociedad emerja como una diferencia, se repite al interior de ella, con lo que van surgiendo diferentes subsistemas en un proceso interno de diferenciación social de sistema/entorno, para los que la sociedad omnicomprensiva cumple función de entorno. La sociedad diferenciada sólo resulta abarcable como totalidad, como unidad en la diferencia, desde la mirada de algún subsistema dado, porque cada uno de ellos observa cualquier evento que tenga lugar en la sociedad. Se miran entre sí, en tanto todos son subsistemas de la máquina de comunicar social, se van diferenciando sus formas; en tanto dependen del medio externo común. Cruzan y regresan a reestructurar la comunicación general.

[18] Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento…*, *op. cit*., p. 129.

Cada subsistema reconstruye el sistema social mediante una diferencia propia que integran la sociedad y reconstruyen la unidad de la diferencia en la dinámica del tiempo. Cada subsistema se especializa en una función y opera con clausura, en donde cada uno aporta una solución a problemas globales.

Los subsistemas son organizaciones autopoiéticas que operan con clausura, reproduciendo sus operaciones en la red, hasta que la función se convierte en un punto de referencia obligado en la autorreferencia del sistema funcional: se cumple la función de manera exclusiva. Así, el derecho es el problema del subsistema jurídico, la política es el problema del subsistema político; el conocimiento es el problema del subsistema teorías; la economía es el problema del subsistema económico. En el mundo del entorno, no hay derecho, no hay política, no hay verdad, no hay economía: es el mundo de los discursos abstractos, generalizaciones, unilateralidades, simplificaciones, cegueras a la organización de la vida, en su versión de teoría de sistemas vivos y cibernética. El mundo conocido y nombrado en comunicación pública eleva la probabilidad de lo improbable. La comunicación estabiliza las expectativas de cada sistema psíquico y lo acopla al mundo de la evolución. Cuando se cruza la forma y se regresa esta, se sedimenta el significado del término: no se reconstruye la realidad externa. Las ciencias disciplinarias, simplificadoras son abstractas, no concretizan en lo real de la organización de la vida, sedimenta un solo significado producto de una deducción y, en el derecho, no hay un fluir entre obligación, prohibición, permisión. El conocimiento complejo va reconstruyendo el significado de los términos formales de cada subsistema: concretizarlos, darles referentes vitales, unificando las diferencias caso por caso. Todos estos términos de la sociedad y de sus subsistemas, son simbólicos; es decir, poseen una significación ambigua. Oscilan entre su significado disciplinario y simplificador, o bien, si se significan en comunicación pública y ejercen la interdisciplina.

Cada sistema utiliza su propio código, lo que lo hace mirar a su sistema completo, ya sea como forma o como entorno, desde su propia perspectiva.[19] Cada sistema funcional alcanza la clausura operacional reproduciendo la forma como lo son la sociedad y sus subsistemas. Cada subsistema tiene un código binario propio. Este es una forma de dos partes, que para cada evento que se presenta en su ámbito de aplicación como información, ofrece

[19] Jesús Ignacio Martínez García, "Para leer a Luhmann: avisos para juristas", en *El derecho de la sociedad,* de Niklas Luhmann, México, Editorial Herder y UIA, 2005, p. 47.

una contraparte negativa. Con esto se hace notoria la diferencia en el nombrar como las expresiones: "conforme a derecho", "juicio verdadero", "política igualitaria", "distribución justa", "economía sostenible", en comunicación general; a ser nombrado por los *mass media* comerciales que sólo fomentan entropía e imponen el discurso. Aparte de código, cada subsistema también tiene su programa, que consiste en reglas de decisión que permiten decir en qué condiciones algún hecho se asocia al valor positivo o al negativo de cada diferencia. Por ejemplo, el código del derecho es legal/ilegal, y sus programas tienden al aprendizaje para un futuro pacífico. El código de la ciencia es verdadero/falso y sus programas consisten en teorías y métodos de investigación. El código del subsistema política es poderoso/sometido y los programas son políticas de equidad. El código del subsistema económico es pago/insolvencia y los programas son las políticas de la equidad.

Ya no se define cada ciencia por generalizaciones empíricas que nos ciegan a los saberes de la vida, sino que la estrategia es ver la diferencia. Todos los subsistemas del sistema social se necesitan unos a otros. "La corrupción ocurre como resultado de interferencias de un subsistema sobre otro", pues esto sólo sucede fuera de la comunicación social.[20]

VII. El derecho de la sociedad y el garantismo

La particularidad propia del subsistema derecho es su aspecto normativo. El derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización. El derecho es siempre un regulador social que se estructura a sí mismo por la unidad de la diferencia entre su código y su programa.

Pero no es lo mismo reducirlo a reglas como previsiones de conducta mediante sanciones, como haría el normativismo disciplinario y simplificador; que observar las normas como órdenes con amenazas junto a los principios jurídicos o derechos fundamentales que dan sentido a la creación de leyes regla. La inclusión de los principios fundamentales de la Constitución, permite una dinámica del razonamiento entre las normas obligatorias o prohibitivas y las permisivas. Esto, ya sea delante del juez, si el imputado no ha gozado de los mismos derechos y libertades que los demás; o ya sea como excepción a la

[20] *Ibid*, p. 47.

ley cuando no se ha logrado superar la desigualdad en el goce de sus derechos y libertades entre ciudadanos.

El programa del derecho presentado por Luhmann coincide con el garantismo de Ferrajoli, al cual como "el paradigma que implica sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de todos mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, sean públicos o privados".[21]

Ferrajoli se ocupa de pintar la diferencia entre el normativismo y la sociología disciplinarios/conocimiento complejo del derecho. Critica las primeras pues son formas simplificadoras y disciplinarias, como han sido la dogmática jurídica normativista o formal y la sociología jurídica abstracta por ser construida mediante el principio causal de generalización empírica. La primera, dice, habla de la validez formal de las normas, la segunda habla con enunciados abstractos acerca de hechos sociales. Ambas son simplificaciones disciplinarias que no tienen conexión entre sí.

Ferrajoli aclara que la dogmática jurídica es una disciplina re-interpretativa que se verifica en las normas, haciendo emerger su validez material. "Su verdad es refutable con arreglo a una diversa reinterpretación de las normas vigentes o con una norma diversa, pues las normas son hechos lingüísticos que se refieren a la existencia".[22] Es decir, hablan del sentido social de las normas positivas, objeto de la investigación, que supone vivir el progreso del conocimiento y saber de la teoría de la evolución. La dogmática jurídica es una disciplina observacional sobre los cambios existenciales, pero no hace predicciones.

La forma del derecho se convierte en sistema jurídico cuando las tesis de la dogmática son producto del (*crossing*) cruce y (*re-entry*) regreso a la forma para su reestructuración a partir de las demandas del entorno. En el entorno está la totalidad del mundo, incluyendo el sistema social y sus subsistemas: la comunicación; las ciencias disciplinarias y las ciencias de la organización evolutiva; las políticas de garantizar el goce de derechos; la economía de la sustentabilidad. Sin estos conocimientos interdisciplinarios y de autoidentificación como especie, no tendrán los hablantes, entre ellos los juristas, argu-

[21] Luigi Ferrajoli, *Garantías en democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 60.

[22] Luigi Ferrajoli, "La semántica de la teoría del derecho", en *Epistemología jurídica,* México, Editorial Fontamara, 2008, p. 40.

mentos para impugnar leyes injustas por ser inconstitucionales, pues se tienen los argumentos que todos pueden suscribir.

Ferrajoli, así como Luhmann, son ilustrados: la comunicación esclarece las mentes y estabiliza expectativas, y allí surgen la diferenciación de diversas disciplinas que se conectan para producir sentido social.

Frente a las formas disciplinarias y simplificadoras del conocimiento, Ferrajoli cruza y reentra en el formalismo normativista, cuyas observaciones de lo inmediato en la verificación como es un formalismo de creación normativa, pero también observa lo mediato con una visión reflexiva, mira los riesgos de violencia, individualismo, inseguridad, delincuencia, devastación ecológica, cuya realidad se ha verificado mediante el formalismo abstracto y disciplinario. Observa que se ha manifestado un proceso de constitucionalización del sistema político, construyendo un régimen antiliberal basado en la aquiescencia pasiva de una gran parte de la sociedad, que está ideologizada con la prioridad de las ciencias disciplinarias y la denigración de saberes evolutivos. Cegueras que han dado como resultado democracias populistas, donde la omnipotencia de la mayoría que deposita su poder en un presidente a la vez que se neutraliza el sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones que constituyen la sustancia de la democracia liberal.[23]

La solución para el desorden entrópico es el conocimiento complejo, donde la caracterización del derecho se integra con: *a*) La comunicación y comprensión del proceso evolutivo en el que estamos para reinterpretar las normas coactivas, *b*) El sistema político que garantiza constitucionalmente el logro de la igualdad en derechos fundamentales y libertades que dan concreción al discurso, *c*) El sistema del conocimiento teórico y la lógica jurídica que son conocimientos universales que nos dan una verdad formal, *d*) El sistema económico en la distribución de los bienes.

VIII. Normativismo vs neoconstitucionalismo

El normativismo es el conocimiento formal del derecho que lo define como "orden coactivo de la conducta". La validez de la norma como poder de obligar, es definida por que la atribución de sanciones normativas se hace según

[23] Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 21.

el procedimiento formal de leyes superiores. Pero el normativismo no describe la validez sustancial, que consiste en la igualdad en derechos y libertades, es decir, presupone la estabilidad de las expectativas, sin construirla. En el normativismo se habla del "imperio de las leyes" y a la Constitución se la mira como una ley más, como hicieron muchos paleopositivistas, que frecuentemente fueron más allá de sus principios.

El neoconstitucionalismo observa que el sentido de la rigidez constitucional es la protección de los derechos fundamentales constitucionales, y que las leyes, aunque sean válidas formalmente, pueden no serlo si no establecen igualdad sustancial, o sea, igualdad en derechos y libertades constitucionales. Por ello, si el sistema político aún no ha instaurado la equidad e igualdad en derechos y libertades, o bien, si no hay estabilidad de las expectativas ciudadanas, la norma de obligación o prohibición puede ser impugnada. Su sanción se aplicaría sólo cuando estén puestas dichas condiciones de cumplimiento, como haría un juez independiente.

La concepción compleja del derecho tiene algunos parecidos con el marxismo, pero es diferente. Se parecen en que pretenden reconocer cómo se desenvuelve y opera la realidad misma, es decir, no se limitan o reconocen como métodos formales de pensamiento. "En su proceso operativo ambos métodos van dejando un sedimento como evidencia de su paso por el mundo".[24] Sin embargo, en la dialéctica marxista también hay una idea de progreso, como la llegada al saber y superación de las ideologías, mediante una superestructuración que es ya una síntesis estática de múltiples determinaciones. Este estatismo final es un determinismo. En cambio, la evolución para Luhmann se basa en el concepto teórico de la diferencia; más bien nos muestra que las posibilidades de la evolución son contingentes —la probabilidad de lo improbable—. Por esto, la interpretación y argumentación jurídica no son desarrolladas por el método dialéctico y sí por la observación de las diferencias.

IX. Conclusión

El panorama y los cambios en la concepción del derecho expuestos, nos lleva a ver la diferencia entre conocimiento disciplinario, abstracto y simplificador, con relación al conocimiento complejo interdisciplinario. Se trata

[24] Ibáñez, *Para leer a Luhmann*..., *op. cit.*, p. 280.

de provocar la probabilidad de lo improbable con la práctica comunicativa del proyecto conjunto de investigación que plantean los pensadores. Ver las diferencias entre las cegueras disciplinarias y la reflexión del conocimiento complejo, y cambiar nuestro pensamiento para ser interdisciplinarios. El dinamismo del libre fluir de la lógica en sus operadores de obligación, prohibición y permisos, debe ser instaurado en la toma de decisiones. Además, el conocimiento de las diferencias es la estrategia para adquirir las competencias del discurso para pedir la declaración de invalidez de las leyes inconstitucionales en cada nación, pues la concreción del discurso legislativo es la identidad sustancial entre las personas de carne y hueso del planeta, entendida como igualdad en el goce de los derechos fundamentales.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Althusser Louis. *Sobre la dialéctica materialista*. México, Editorial Siglo XXI, 1985.

Ferrajoli Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo.* México, Editorial Fontamara, 2008.

_____. *Garantías en democracia y garantismo.* Madrid, Editorial Trotta, 2010.

_____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional.* Madrid, Editorial Trotta, 2011.

Ibáñez, José Antonio. *Para leer a Luhmann*. México, UIA-Oak Ediciones, 2012.

Kant Immanuel. ¿Qué es la ilustración?, en *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura popular, 1994.

_____. *La paz perpetua.* México, Editorial Porrúa, l968.

Kelsen Hans. *Teoría pura del Derecho.* Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.

_____. *Sociedad y naturaleza.* Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945.

Luhmann Niklas y De Giorgi Raffaele. *Teoría de la sociedad.* México, U de G-UIA-ITESO, 1992.

Luhmann Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, Editorial Herder UIA, 2005.

_____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general.* Editorial Anthropos UIA, 1998.

Marx Karl. *Introducción general a la crítica de la economía política de 1857.* México, Siglo XXI Editores, 1982.

Varela y Maturana. *El árbol del conocimiento.* Argentina, Editorial Lumen, 2000.

El artículo 123 Constitucional. Surgimiento, naturaleza, preceptos fundamentales y retrocesos en su esencia

Octavio Lóyzaga de la Cueva*

Resumen:

El objetivo del presente trabajo es hacer un recuento del origen del artículo 123 Constitucional, el papel relevante y la influencia que tuvo el Programa del Partido Liberal Mexicano en la inspiración, germen y basamento del mismo. Se trata de adentrarse en la naturaleza intrínseca de este mandato, así como advertir lo que ha sucedido básicamente con las fracciones y principios fundamentales que a nuestro juicio son pilares en los que sustenta el derecho del trabajo.

Abstract:

The objective of this paper is to make an account of the origin of Constitutional Article 123, the relevant role and the influence that the Program of the Mexican Liberal Party had on the inspiration, germ and base of it. It is about getting ahead in the intrinsic nature of this mandate, as well as noticing what has basically happened with the fractions and fundamental principles that in our opinion are pillars on which the right to work is based.

Sumario: I. El Programa del Partido Liberal Mexicano como antecedente del artículo 123 Constitucional / II. La discusión del proyecto del artículo 5º Constitucional en el Constituyente de Querétaro y el desenlace que desembocó en el artículo 123 Constitucional / III. Naturaleza y esencia del artículo 123 Constitucional / IV. Los preceptos y principios fundamentales del artículo 123 Constitucional, evolución y retrocesos / Fuentes de consulta

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

I. El Programa del Partido Liberal Mexicano como antecedente del artículo 123 Constitucional

Un antecedente substancial del artículo 123 Constitucional lo encontramos, sin duda, en el Programa del Partido Liberal Mexicano (PLM) dado a conocer, como se sabe, el 1 de julio de 1906 en San Luis Misuri, por su líder máximo Ricardo Flores Magón, en el que en su capítulo "Capital y Trabajo" se sentaron las piedras angulares de lo que pocos años después sería el precepto citado.

En el Programa, que se constituyó en una de las banderas cardinales del naciente movimiento obrero mexicano, en el que se inserta la huelga de Cananea, llevada a cabo paralelamente al momento de la preparación del Programa del Partido Liberal Mexicano, encontramos la esencia de la lucha proletaria que se prolongaría hasta la huelga de Río Blanco que estalló pocos meses después de que se dio a conocer el documento mencionado.

Entre los puntos trascendentales del Programa despuntan:

"21. Establecer un máximum de ocho horas de trabajo y un salario mínimo diferenciado en aquellas regiones en que la vida sea más cara. Esto se reflejará en las fracciones I y VI del que sería el artículo 123 Constitucional".

"22. Reglamentación del servicio doméstico y del trabajo a domicilio".

Salvo en el proemio del artículo 123 Constitucional, no aparecen estos tipos de trabajos. Estas actividades especiales se regularon hasta la Ley Federal del Trabajo de 1931. En su reglamentación no estuvieron normados: la jornada de trabajo, los días de descanso y las vacaciones, ni los salarios en cuanto una diferenciación con el salario mínimo. Será hasta la Ley de 1970 cuando aparezcan éstos directa o indirectamente. Debe recordarse que el artículo 181 de la Ley de la materia dispone "*que los trabajos especiales se rigen por las normas de este título y por las generales de esta ley en cuanto no las contraríen*". Esto permite violar los derechos y principios de estos trabajadores presentes en la propia Ley Federal del Trabajo, en su parte general.

"23. *Adaptar medidas para que con el trabajo a destajo los patrones no burlen la aplicación del tiempo máximo y el salario mínimo*". Esto no aparece en el artículo 123 Constitucional en su texto original, ni en el actual, pero está regulado desde hace varios decenios en la Ley Federal del Trabajo (art. 85, párrafo segundo). Por otra parte, en la Ley vigente se sanciona su incumplimiento en los términos de lo dispuesto por el artículo 1002, que debe aplicarse por violaciones a las normas de trabajo no mencionadas en la Ley.

"24. *Prohibir en lo absoluto el empleo de niños menores de catorce años*". (Precedente de la fracción III). Este derecho y principio que se ha regulado en las leyes secundarías de 1931 y 1970 tampoco ha sido cumplido en la realidad concreta, debido en gran parte, a la complicidad de los inspectores de trabajo, contrariamente a lo que sucede en otros países en los que sí se cumple con su cometido. Cabe señalar que en una reforma reciente la edad mínima para trabajar es ahora de quince años.

"25. *Obligar a los dueños de minas, fábricas, talleres, etc., a mantener en las mejores condiciones de higiene sus propiedades y a guardar los lugares de peligro en un estado que preste seguridad a la vida de los operarios*". (Antecedente de la fracción X del artículo 123 Constitucional tal como fue aprobado por el Constituyente de Querétaro de 1916-1917).

"26. *Obligar a los patrones o propietarios rurales a dar alojamiento higiénico a los trabajadores cuando la naturaleza del trabajo de éstos exija que reciban albergue de dichos patrones o propietarios*". (Precedente de la fracción XV del artículo 123 original).

"27. *Obligar a los patrones a pagar indemnización por accidentes de trabajo*". (Antecedente fracción XIV del artículo 123 comentado).

"28. *Declarar nulas las deudas actuales de los jornaleros de campo para con los amos*". Este punto guarda relevancia por el problema que representaban las tiendas de raya en los años de la redacción del Programa del PLM y está relacionado con la fracción XXIV del artículo 123 original, que en su esencia, terminaba con ese tipo de comercios que responsabilizaban al trabajador y a su familia de las deudas, amén de obligarlo a comprar en esas tiendas, lo que volvía permanentes tales adeudos.

"31. *Prohibir a los patrones, bajo severas penas, que paguen al trabajador de cualquier otro modo que no sea dinero en efectivo* (Antecedente fracción X); *prohibir y castigar que se impongan multas a los trabajadores o se les hagan descuentos de su jornal* (fracción VIII) *o se retarde el pago de la raya por más de una semana o se niegue al que se separe del trabajo el pago inmediato de lo que tiene ganado; suprimir las tiendas de raya*". Esto último fue, como ya hacíamos referencia, al comentar el punto 28, una de las maneras por las cuales se encadenaba a los trabajadores y a sus familias de por vida a los hacendados.

"32. *Obligar a todas las empresas o negociaciones a no ocupar entre sus empleados y trabajadores sino una minoría de extranjeros. No permitir en ningún caso que trabajos de la misma clase se paguen peor al mexicano que al extranjero en el mismo establecimiento, o que a los mexicanos se pague en otra forma que a los extranjeros*". (Antecedente de la fracción VII del artículo 123 aludido).

"33. *Hacer obligatorio el descanso dominical*". Precedente de la fracción IV del artículo 123 Constitucional original que dispone que por cada seis días de trabajo disfrutará, el trabajador, de un día de descanso cuando menos, regulado ya en las leyes secundarias.

Como se advierte, resulta indudable que el Programa del Partido Liberal Mexicano es uno de los antecedentes más importantes y el que tuvo una influencia mayor en lo que un poco más de una década después sería el artículo 123 Constitucional; fundamentalmente y sobre todo por lo que corresponde a la vertiente relativa a los derechos individuales, lo que a su vez redundaría substancialmente en la esencia de los derechos colectivos en cuanto a que su objetivo es defender, acrecentar y potenciar los individuales. Esto también se desprende y se encuentra presente en los escritos, epistolarios y en la *praxis* misma del magonismo.

Independientemente del innegable carácter progresista del Programa y lo que representa como un documento histórico que dio cause a las luchas más trascendentales del movimiento obrero de principios del siglo XX, el Programa del Partido Liberal Mexicano, en su esencia, como señala Nestor De Buen, "refleja desde el punto de vista social, una tendencia burguesa radical, esto es una solución que mantiene como supuesto la estructura capitalista, cuyos excesos trata de remediar".[1] Cabe recordar que los puntos fundamentales del Programa Liberal fueron elaborados por Ricardo Flores Magón antes de su evolución al anarcosindicalismo, amén de los demás líderes obreros que intervinieron en Cananea y que tuvieron un papel destacado en el esbozo del capítulo laboral del propio Programa.[2]

[1] Néstor de Buen, *Derecho del trabajo,* tomo I, México, Porrúa, 2005, p. 323. Como señala el Dr. Néstor de Buen, su posición concuerda con la de Armando Bartra, quien en el prólogo a *Regeneración* sostiene el mismo punto de vista. *Loc. cit.*

[2] Ricardo Flores Magón, además de redactar la exposición de motivos, organizó la edición, recopilación y selección de los puntos programáticos. No obstante, el programa fue atemperado finalmente por Juan Sarabia y Carlos Arriaga, Octavio Lóyzaga de la Cueva, "De la proclama laboral magonista del

II. La discusión del proyecto del artículo 5º Constitucional en el Constituyente de Querétaro y el desenlace que desembocó en el artículo 123 Constitucional

Once años después, al discutirse en el Constituyente de Querétaro (1916-1917), el proyecto del artículo 5º de la Constitución en el que se apuntaba en un agregado, que la jornada de trabajo no podía exceder de ocho horas, y en el que se establecía además, el descanso semanal y la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres y de los menores dentro del sector industrial, Fernando Lizardi antiguo profesor de derecho público tomó la palabra para señalar:

> Este último párrafo donde principia diciendo: La jornada máxima de trabajo obligatorio no excederá de ocho horas; le queda al artículo exactamente como un par de pistolas a un Santo Cristo, y la razón es perfectamente clara: habíamos dicho que el artículo 4º garantizaba la libertad de trabajar y éste garantizaba el derecho de no trabajar; si estas son limitaciones a la libertad de trabajar, es natural que se hubieran colocado más bien en el artículo 4º que en el 5º, en caso de que se debieran colocar; pero en el artículo 4º ya están colocadas, porque se nos dice que todo hombre es libre de abrazar el trabajo lícito que le acomode.

Ante esto, el diputado trabajador Von Versen intervino para señalar:

> […] Y vengo a decir también a los señores de la Comisión que no teman a lo que decía el señor licenciado Lizardi, que este artículo se iba a parecer a un Santo Cristo con un par de pistolas; yo desearía que los señores de la Comisión no tuvieran ese miedo, porque si es preciso para garantizar las libertades del pueblo que ese Santo Cristo tenga polainas y 30-30; pues ¡bueno! […]

En su intervención Von Versen más adelante remató:

> Yo no quiero que se vote por partes el artículo que presenta la Comisión, yo pido que se rechace y que se reconsidere, (volvió a reiterar) que se le pongan las polainas, que se le pongan pistolas, que se le

Programa del Partido Liberal Mexicano, y del Constituyente de Querétaro de 1917, a la iniciativa de reforma del plan", en revista: *El cotidiano*, núm. 162, julio-agosto, 2010, p. 15.

> ponga el 30-30 al Cristo, pero que se salve a nuestra clase humilde, a nuestra clase —que representa los tres colores de nuestra bandera— y nuestro futuro y nuestra grandeza nacional.

Froilán C. Manjarrez en otra sesión exponía:

> Pues bien, yo estoy de acuerdo por lo tanto, con la iniciativa que ha presentado […] el señor Victoria; yo estoy de acuerdo con que esas adiciones que se proponen; más todavía; yo no lo estaría, con que el problema de los trabajadores tan hondo y tan intenso y que debe ser la parte en que más fijemos nuestra atención, pasara así solamente pidiendo las ocho horas de trabajo, no; creo que debe ser más explícita nuestra Carta Magna sobre este punto. Yo no opino como el señor Lizardi respecto a que esto será cuando se fijen las leyes reglamentarias cuando se establezca tal o cual cosa en beneficio de los obreros, no señores, ¿quién nos garantizará que el nuevo Congreso habrá de estar integrado por revolucionarios? ¿quién nos garantizará que por la evolución natural, por la marcha natural, el gobierno, como dijo el señor Jara tienda al conservadurismo?

Heriberto Jara se manifestó en el sentido señalado, que era más noble sacrificar la estructura que al trabajador e incluso a la humanidad. Por su parte Héctor Victoria demandó rechazar enteramente el dictamen aludido y que se plasmaran en la propia Constitución las bases para legislar en leyes secundarias, aspectos fundamentales en los que se incluyeran: salario mínimo, jornada máxima, descanso semanal, reglas de higiene en las fábricas, convenios industriales, etcétera.

Carlos L. Gracidas fue quien más abogó por el reparto de utilidades y el sindicalismo, rememorando la participación de Ignacio Ramírez "El Nigromante" durante el Constituyente de 1856-1857, y haciendo mención al compromiso de la Casa del Obrero Mundial con Carranza, precisó que éste, había sido cumplido, insistiendo en su pretensión.

Alfonso Cravioto recalcó la importancia de dictar un nuevo artículo especifico en el que se plasmaran los derechos de los trabajadores. José Natividad Macías apoyó lo planteado y solicitó, junto con Francisco J. Múgica —quien tuvo un desempeño notable— y muchos otros constituyentes que dejara de lado el dictamen del artículo 5º y propuso a Pastor Rouaix, para que instaurara

las bases y lineamientos generales del nuevo proyecto de dicho artículo, como de otro consagrado por entero a los trabajadores.[3]

De manera sucinta puede decirse que así surgió el artículo 123 Constitucional donde se plasmaron derechos fundamentales como la jornada máxima de trabajo, el salario mínimo, los días de descanso y vacaciones, estabilidad en el trabajo, el reparto de utilidades, el derecho de los trabajadores para asociarse en defensa de sus derechos y para mejorar colectivamente sus condiciones de trabajo y el derecho a la huelga.

III. Naturaleza y esencia del artículo 123 Constitucional

Ahora bien ¿cómo fue que se aprobó? y ¿cuál es su esencia?

En ese tiempo México era un país básicamente agrario. Sus relaciones de producción se daban fundamentalmente entre los dueños de las haciendas y un campesinado que era obligado a adquirir todos sus bienes de consumo en las frecuentadas tiendas de raya, utilizadas como señalábamos, por los hacendados para someter tanto a los peones acasillados —más allá de su concerniente explotación—, como a sus descendientes. Todo esto en un contexto en donde el nuevo artículo 27 Constitucional se encontraba ya en un próximo proceso de aprobación junto con la nueva Constitución.

En este orden, como se señaló, el capitalismo en nuestro país era incipiente, lo que permitía en los hechos que la aprobación del artículo 123 no desencadenara un gran rechazo en una nueva clase en plena formación, que se estaba gestando dentro del emergente modo de producción que empezaba a despuntar.

Por lo que corresponde a la esencia del derecho del trabajo habría que decir que éste tiene por objeto normar las relaciones sociales de producción (obrero-patronales) y éstas surgen cuando nace y florece un nuevo sistema económico, aún cuando la legislación no protegiera, en un principio, a los trabajadores. Es desde estos inicios cuando el poseedor de la fuerza de trabajo se ve forzado a vender esa energía al poseedor de los medios de producción (el capitalista) quien la utiliza para obtener plusvalía.

[3] Para el resumen de las intervenciones de los diputados del Congreso Constituyente tomamos en cuenta el diario de los debates del constituyente de Querétaro y los libros de Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho del trabajo,* y Néstor de Buen, *Derecho del trabajo,* tomo I.

> Esta relación y la utilización que se da a la fuerza de trabajo, da lugar al nacimiento de una normatividad que se ocupa de estas nuevas relaciones sociales de producción (y las que se dan a su alrededor, en la circulación, el comercio, etcétera). Es entonces cuando surge un nuevo tipo de legislación, la laboral, aún cuando ésta no se ocupe *plenamente,* en un principio, de cuidar el uso racional de la energía humana.[4] (y de dar derechos a los trabajadores como en el caso del Art. 123 Constitucional).[5]

Por otra parte, en nuestro país, la promulgación del artículo 123 Constitucional también obedeció, entre otras razones, a la necesidad de legitimar al nuevo Estado —y la también emergente clase política— que surgía y necesitaba además generar esperanzas e ilusiones de corte social. La promulgación de este precepto se asentó en este objetivo "en virtud de que si bien es cierto que en el artículo mencionado influyó —como se señaló— el pacto llevado a cabo por Carranza —por mediación de Obregón y el Dr. Atl— con los líderes de la Casa del Obrero Mundial para que éstos se sumaran al movimiento constitucionalista, también lo es que el artículo 123 fue más allá de lo que los propios líderes pensaron", como se vio.

IV. Los preceptos y principios fundamentales del artículo 123 Constitucional, evolución y retrocesos

¿Cómo quedó finalmente plasmado por el Constituyente el texto original del artículo 123 Constitucional?, ¿cuál fue su esencia y cómo se encuentra ahora a más de cien años después?

Originalmente, el artículo 123 iniciaba:

> Art. 123. El Congreso de la Unión sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán entre

[4] Octavio Lóyzaga de la Cueva, *Esencia, apariencia y uso del derecho del trabajo Las fases ocultas de la legislación laboral,* México, UAM Azcapotzalco, 1992, p. 26.

[5] El texto original del párrafo introductorio del artículo 123 Constitucional señalaba " el Congreso de la Unión, sin controvertir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos y de una manera general, sobre todo contrato de trabajo. Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México, 1808-1994*, México, Porrúa, 1994.

obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos, y de una manera general, sobre todo contrato de trabajo.

El precepto señalado vigente repite, aunque separado en dos párrafos, lo anterior. Si bien, lo divide en dos apartados el A y el B, a partir de la reforma de 1960, deja de lado sin embargo, el espíritu original que imprimió el Constituyente en 1917 y que en el caso del apartado B, a partir de ese año, regiría la relación jurídico-laboral de los trabajadores al servicio del Estado y que tendría, como aparente beneficio, mejorar los derechos laborales individuales (mayor número de días de vacaciones; mayor aguinaldo en lo general; el que en caso de rescisión de la relación laboral del trabajador, éste no quedara excluido *ipso facto* del trabajo, sino que esto sucedería en su caso hasta que quedara firme la resolución en el juicio relativo, etcétera), pero que en lo fundamental invalidaría sus derechos colectivos quedando éstos sólo en lo declarativo, *v.gr.*, los trabajadores podrán asociarse en defensa de sus derechos, pero en los términos de la ley secundaria sólo se permite un sindicato por institución; asimismo, queda excluida la contratación colectiva y por lo que respecta a la huelga, ésta sólo podrá llevarse a cabo si se presenta una violación *general y sistemática* de los derechos de los trabajadores que consagra ese artículo, lo que significa *nunca*. Observemos, violación de manera *general,* es decir, prácticamente a todos los trabajadores; y *sistemática*, en otras palabras, *una y otra y otra y otra*, sin que se precise cuántas veces. Cabe señalar que no se conoce una sola huelga en este sector que haya sido reconocida jurídica y oficialmente.

Sentado lo anterior, detengámonos a ver cuáles fueron los derechos fundamentales —pilares torales— que se aprobaron en el Constituyente de Querétaro y cómo se encuentran el día de hoy.

a) La duración de la jornada máxima será de ocho horas.

Como sabemos, la lucha por la disminución de la jornada de trabajo ha sido una de las mayores banderas enarboladas a nivel mundial por el movimiento obrero desde sus inicios. Baste recordar la lucha, en tal sentido, de los mártires de Chicago, en 1889, cuya remembranza se conmemora en todo el mundo el 1 de mayo.

Durante el siglo XIX estas luchas se comenzaron a generar en Inglaterra, en medio de jornadas de 14 y 16 horas para los trabajadores, que incluían

a mujeres y niños. Esta disputa dio lugar a las primeras leyes promulgadas que empezaron a reducir este tipo de jornadas, primero, en los últimos sectores señalados y luego, poco a poco, tales excepciones se generalizaron, no sin antes dejar sus huellas: sangre derramada, cárcel y muerte. En México, baste recordar Cananea y Río Blanco. Posteriormente, los derechos conquistados sobre la duración máxima de la jornada en la Constitución si bien, no siempre se cumplieron plenamente en la *praxis*, sí dieron como consecuencia una mejora importante, la que desde la entrada del neoliberalismo dio lugar a un lento retroceso que se ha ido acrecentando cada vez más.

Hoy es del dominio público que, aunque parezca mentira, como señalamos, se ha regresado a las jornadas de trabajo de principios de siglo XX en México, las que no se encontraban muy lejos de las que describían los inspectores de trabajo en los famosos libros azules en la Inglaterra de la segunda mitad del siglo XIX, las cuales alcanzaban los excesos señalados en condiciones angustiosas y con sueldos que estaban muy lejos de permitir la plena reproducción de la fuerza de trabajo utilizada.[6]

Con la entrada del neoliberalismo, como señalábamos, nos encontramos de manera cada vez más frecuente con jornadas más extensas y arduas que en muchos casos alcanzan hasta 12 o más horas, en donde además, no se retribuyen las horas extras. ¿Quién no conoce a alguien en estas circunstancias o ha sido incluso testigo de lo anterior?

Ejemplos fáciles de advertir son los que se presentan en empresas como *Walt-Mart,* donde se violan los derechos de más de 135 mil trabajadores que laboran más allá del límite de las ocho horas, sin que se les remuneren las horas extraordinarias.[7] También puede citarse el caso de las farmacias San Pablo, donde los dependientes de las mismas trabajan jornadas que duran más de 10 horas diarias en los días laborables, sin que tampoco se les paguen las horas extras.[8]

[6] Ver capítulos VIII (Jornada) y XIII (Maquinaria y gran industria) de Carlos Marx, *El Capital,* México, Fondo de Cultura Económica, 2014. En estos se transcriben de manera textual los informes de los inspectores de trabajo, los que *contario sensu* a lo que generalmente ocurre desgraciadamente en nuestro país, describían verídicamente y denunciaban lo que acontecía en los centros de trabajo.

[7] Cruz Jaimes, Guadalupe, "Wal-Mart viola los derechos laborales de miles de trabajadoras", México DF., *CIMAC Noticias*, 18 de febrero de 2018. En https://www.cimacnoticias.com.mx/node/45788.

[8] Comentarios de empleados de mostrador de las Farmacias San Pablo, al autor de este artículo. Ciudad de México, 22 de octubre de 2018.

La ley dispone sanciones en caso de incumplimiento lo que sin embargo no ha dado como resultado el cumplimiento de la ley.[9]

b) Los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis tendrán, como jornada máxima, la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato.

En el artículo 123 vigente se dispone que: queda prohibida la utilización de trabajo de los menores de quince años. Los mayores de esa edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.

Formalmente no se puede negar que ha habido mejoras substanciales en este rubro. Durante muchos años la edad mínima para trabajar fue de catorce años, siendo en 2014 cuando la edad subió a los 15 años. En la realidad concreta esto no se cumple. Pese a esta prohibición, un número considerable de menores se ve obligado a trabajar en todos los ámbitos laborales *v. gr.*, en la industria de la construcción, en el comercio: supermercados, centrales de abasto, bodegas, cargando bultos pesados en tianguis, etcétera. De ahí que la fracción III se haya convertido prácticamente en letra muerta.

c) Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, por lo menos.

Esta fracción no cambió ni una coma. En la *praxis* la violación a este derecho se ha presentado con regularidad desde su creación, ya sea porque este día no se da como descanso o porque dándose no se paga. Esto sucede, por mencionar un ejemplo, en Oaxaca, donde muchos trabajadores laboran repartiendo gas prácticamente toda la semana.

d) Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por su contrato. En el período de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

Se han dado diversas reformas en este rubro tan importante. Sin que hubiera habido un cambio constitucional durante largos decenios, en 1962 se

[9] Artículo 994 fracción I de la Ley Federal del Trabajo.

estableció un capítulo especial en la Ley Federal del Trabajo que reguló el trabajo de las mujeres, En él se prohibió que las mujeres laboraran horas extraordinarias y que desempeñaran durante el periodo de embarazo trabajos peligrosos que afectaran su salud o la del producto, a lo que se aunaba, el que se les concediera un descanso de seis semanas anteriores y posteriores al parto, que podrían ser prorrogables en caso necesario con el pago de salarios íntegros, amén de otros derechos, entre los que resaltan el derecho de que quienes sean madres trabajadoras puedan gozar de dos descansos extras por día de media hora cada uno para amamantar a sus hijos, así como que se sumen a su antigüedad los periodos pre y pos natales y a regresar a su puesto de trabajo en el caso de que no haya transcurrido más de un año desde del día del parto.

En la reforma constitucional de 1974 se señaló en su exposición de motivos que "la única diferencia que puede establecerse válidamente entre los derechos de la mujer y del varón, será aquella que se derive de la protección social a la maternidad, preservando la salud de la mujer y del producto en los periodos de gestación y de lactancia".

En estas reformas como lo resume De Buen:

> Se suprimió la prohibición de que las mujeres desempeñaran labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial y todo trabajo después de las diez de la noche. Se puso de relieve la necesidad de dar prioridad a aquellos trabajadores que representen la única fuente de ingresos de su familia. Por último se elevó a la categoría de norma constitucional el derecho al seguro de guardería. Quizá la reforma de mayor trascendencia se refiere a la eliminación de la prohibición de que las mujeres trabajen jornadas extraordinarias y al establecimiento de un 100% más del salario por laborar horas extras.[10]

Cabe señalar que una vez más en la realidad concreta, estos derechos han sido acotados.

e) El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador, será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia.

[10] Néstor de Buen, *Derecho del trabajo,* tomo II… *Op. Cit.*, 2004, p. 403

Sobre este postulado habría que decir que, desde la promulgación de la Constitución de 1917, prácticamente nunca se ha observado lo dispuesto en esta fracción. Desde aquel entonces han habido altibajos muy diferenciados en cuanto al poder adquisitivo del salario mínimo, pudiendo decirse que fue en el periodo 1976-1982, cuando alcanzó su máximo nivel histórico. De entonces a la fecha, el salario mínimo ha caído más de cinco veces su poder adquisitivo.

Debe tomarse en cuenta que desde la reforma de 1980 a la Ley Federal del Trabajo se hizo referencia al alcance que debe tener el salario. En el art. 562, fracción II, inciso a) se dispone que para la determinación del salario mínimo deberá tomarse en cuenta:

> El presupuesto indispensable para la satisfacción de las siguientes necesidades de cada familia, entre otras: las de orden material, tales como la habitación, menaje de casa, alimentación, vestido y transporte; las de carácter social y cultural, tales como la concurrencia a espectáculos, práctica de deportes, asistencia a escuelas de capacitación, bibliotecas y otros centros de cultura; y las relacionadas con la educación de los hijos.

Cabe señalar que en el artículo 123 vigente se establece:

> Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; Los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios, o trabajos especiales. (En reforma reciente se estableció que): ***El salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza.*** (Anteriormente este uso era uno de los pretextos que se utilizaban para no subir el salario mínimo).

Además, el artículo 123 actual reafirma:

> […] los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural y para proveer la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas.

Los salarios mínimos se fijarán por una comisión nacional integrada por representantes de los trabajadores,[11] de los patrones y del gobierno, la que podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter consultivo que considere indispensable para el mejor desempeño de sus funciones.

En la reforma de 2012 se estableció el salario por hora. Y si bien en el capítulo relativo se señala que el ingreso que obtenga el trabajador no podrá ser inferior al salario mínimo, así como que serán respetados sus derechos laborales, debido a la imprecisión del precepto se han prestado interpretaciones subjetivas que han tenido como consecuencia que el salario percibido apenas alcance para los pasajes y algo más.

El salario en esencia, es el precio de la compra-venta de la fuerza de trabajo. Es cierto que el artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo señala que el trabajo no es una mercancía. Lo indicado tiene una intención plausible, sin duda, y ha coadyuvado a evitar una mayor explotación, aunque no ha terminado con ella.

En realidad, el patrón compra la fuerza de trabajo para utilizarla dentro de un proceso de trabajo y paga la parte de la jornada que sirve para su reproducción, debiendo mantenerse en condiciones de salud y bienestar que aseguren su sana reproducción, lo que no ha acontecido y se ha agravado básicamente desde la entrada del neoliberalismo en México, intensificándose por una élite empresarial que se ha beneficiado en demasía con este modelo económico.[12]

f) En toda empresa agrícola comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades que será regulada como indica la fracción IX.

Este mandato constitucional inspirado en las intervenciones de Ignacio Ramírez "El Nigromante" en el Constituyente de 1857, estuvo sin cumplirse

[11] El corporativismo sindical presente mayoritariamente en el país anula la auténtica representatividad de los trabajadores.

[12] El maestro y analista político Alfonso Zárate, al que no puede acusarse de socialista, afirma: Por supuesto, sería injusto […] negar que hay empresas y sectores de la industria mexicana que apuestan por el bienestar de sus empleados. No obstante, la lógica dominante es la contraria: pobreza salarial, empleo precario. Situación que explica, en buena medida, la fragilidad de nuestro mercado interno como eventual motor del crecimiento […] los mayores contratos y concesiones han beneficiado al pequeño grupo de cercanos al poder que visten con elegancia, exhiben relojes de gran lujo, y roban a sus trabajadores y al fisco, pero no llevan antifaces. Alfonso Zárate "Ganancias exorbitantes, salarios de miedo". *El universal*, 21 de junio de 2018.

durante más de cuatro décadas, aun cuando fueron aprobadas, se presentaron leyes especiales en Guanajuato en 1923 y 1924, así como en Veracruz en 1921 y diversas propuestas como la presentada por la CTM en 1951 y la de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo en 1960. Fue hasta 1961 cuando el entonces presidente de la República, Adolfo López Mateos, presentó una iniciativa de reforma al artículo 123 Constitucional ante la Cámara de Senadores que modificaba las fracciones VI y IX referidas al reparto de utilidades. El texto final de la reforma constitucional fue promulgado el 20 de noviembre de 1962.

Como se sabe, en la Tercera Comisión Nacional para la Participación de Utilidades (CNPTUE), llevada a cabo en 1985, se resolvió modificar el porcentaje de 8% sobre la renta gravable que había sido establecido, por el de 10%. En la cuarta CNPTUE, realizada en 1996, fue ratificado dicho porcentaje. Tales porcentajes nunca se han cumplido. Para estos efectos han sido utilizados diversos subterfugios entre los que resaltan los siguientes.

La simulación de contratos y actos jurídicos "*que por un lado, disminuyen las ganancias y por el otro aumentan el pasivo, a fin de dar una imagen de insolvencia*..."[13] para aparentar que fueron menos las utilidades. Otra forma de eludir con la obligación del reparto, es la de incluir en la lista de pago a personas que no trabajan en el negocio o empresa o sea a "prestanombres".

Todo lo señalado con la complicidad de los inspectores de trabajo tolerados por el Estado.

A estas formas se añaden otras como:

> Que la empresa se declare de manera fraudulenta en ceros o números rojos; que la compañía cambie su razón social; que contrate a los trabajadores por honorarios cuando la verdadera naturaleza contractual sea laboral en términos de ley; en la *praxis*, en un sinnúmero de ellas se acostumbra dar alrededor de una quincena "extra" como "reparto de utilidades". Estas son solo algunas de las formas que se han utilizado.[14]

[13] Blanca Alejandra Dionisio Tinajero, *Naturaleza de la participación utilidades y revelación de prácticas evasivas empresariales en el reparto de utilidades de los trabajadores,* tesis para obtener la licenciatura en derecho, México, UAM-A 2004, p. 87, 88.

[14] Ver: Octavio Lóyzaga de la Cueva, *El derecho del trabajo, Un análisis crítico*, México, UAM-A, 2017.

Autores progresistas, aun no siendo radicales, ni socialistas han señalado sin reparos, hechos como los siguientes:

> En un tiempo de simulaciones, en el que se ponen de moda las *cartillas morales* o las *empresas socialmente responsables,* vale la pena acercarse a una realidad que en nuestro país cuestiona la lógica mojigata e hipócrita de muchos dueños de grandes corporaciones. Esos que, para incrementar sus utilidades, aprovechan artificios legales y aprietan hasta el límite a la parte más débil del sector productivo.
>
> Los hombres de negocios, es obvio no son hermanitas de la caridad. Su razón de ser es generar utilidades y si perdieran, cerrarían sus fuentes de trabajo. El asunto no es en consecuencia la ganancia legítima sino la desmesura y su contrapartida una fuerza laboral en condiciones de vulnerabilidad extrema.[15]

De esta forma se viola este derecho soñado por "El Nigromante" y Múgica, plasmado en la Constitución

***g) El patrono que despida a un trabajador sin causa justificada* [...] *estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario* [...]**

De aquí se desprenden dos principios cardinales dentro del derecho del trabajo: el derecho a la estabilidad laboral y el derecho a la indemnización por despido injustificado. Las leyes secundarias se encargaron de regular tales derechos.

En el caso de la estabilidad, en la Ley Federal del Trabajo de 1970, Mario de la Cueva le imprimó el alcance debido. Conforme a esta Ley, la relación de trabajo, sería en principio, por tiempo indeterminado salvo que su naturaleza sea por tiempo u obra determinada. Con la reforma de 2012, surge el llamado *contrato de capacitación inicial* que permite que el patrón contrate y termine el contrato prácticamente a voluntad bajo el pretexto de una supuesta capacitación, la que ya se encuentra normada en la Ley. Encontramos, asimismo, una nueva forma de contratación, el *contrato a prueba*, cuando lo que ya existía era la prueba dentro del contrato, esto con sustento —como lo ha señalado De Buen— en la fracción primera del artículo 47 de

[15] Alfonso Zárate, *Op. Cit.*

la ley. Hoy en día, con fundamento en el artículo 39-A reformado, el patrón podrá rescindir el contrato si a su juicio el trabajador no acredita que satisface los requisitos y conocimientos para desarrollar las labores. Es cierto que debe tomarse en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en los términos de la ley; sin embargo, cabe precisar que debido al carácter del sindicalismo blanco o corporativo, de poco o nada servirá tal "opinión".

También, como consecuencia de la reforma de 2012 se legalizó la subcontratación (*outsourcing*), la que en los términos aprobados se presta a una simulación laboral. Derivado de esta reforma se permite que una empresa que en muchos casos no cuenta con el patrimonio suficiente para cumplir con sus obligaciones laborales, arriende trabajadores a otra empresa o patrón, el que se desembaraza, valga la expresión, de sus obligaciones señaladas, dejando a los trabajadores en la indefensión casi absoluta al tiempo que oculta la verdadera relación laboral, la que conforme a la ley se da entre quien presta un trabajo personal subordinado y quien lo recibe, lo demás, como lo hemos señalado en otro trabajo, es un fraude legal.

Esta figura jurídica tenía candados que, si bien no cumplían con su cometido, frenaban en algo la expansión indiscriminada de esta figura. Ahora con la iniciativa del PRI de diciembre de 2017, se pretenden suprimir tales candados.

Por lo que corresponde a la estabilidad, la reforma de 2012 abarata y allana el despido de manera significativa al fijar un máximo de 12 meses de salarios caídos más intereses en los términos del artículo 48 de la ley, como límite de la indemnización, en lugar de que tales salarios vencidos se agoten hasta que el laudo o sentencia queden firmes.

h) Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho a coligarse en defensa de sus respectivos intereses formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.

En su letra, tampoco esta fracción fue modificada respecto a su redacción original, lo que sí se ha hecho es limitar su eficacia desde la federalización de la ley, tanto en lo que respecta a su alcance jurídico en la ley secundaria (Ley de 1931, la de 1970 y sus reformas), como en su aplicación en la *praxis*. En la Ley Federal del Trabajo vigente nos encontramos con dos obstáculos urdidos por quienes han pretendido restringir el espíritu y la trascendencia

que le otorgó el Constituyente de 1917, nos referimos al registro sindical y a la toma de nota de la directiva.

Como lo hemos señalado:

Visto superficialmente, en la normatividad jurídica no hay restricciones para la formación de un sindicato. En la misma, se dispone siguiendo en apariencia a la Constitución y al Convenio 87 signado con la OIT, relativo a la libertad sindical, que para la constitución de un sindicato no es necesaria la autorización previa (artículo 357 de la Ley Federal del Trabajo); no obstante la misma ley dispone en otro precepto, que el registro del propio sindicato y de su directiva producirá efectos ante todas las autoridades, lo que se traduce *contrario sensu* que únicamente los sindicatos que obtengan su registro pueden actuar "legalmente" ante todas las autoridades.

> Aquí se encuentra el *quid* del problema. Como el registro se (ha otorgado) con base en intereses políticos, al no conferirse, el gremio (ha sido) lanzado a la ilegalidad. Para ello bastará que la autoridad correspondiente no acepte recibir la documentación presentada tal como ha ocurrido incontables veces a los sindicatos independientes que pretenden tener reconocimiento legal para defender a sus agremiados.[16]

Lo anterior, amén de otros impedimentos y artimañas que utiliza la autoridad y que han sido denunciadas en su momento como el señalar que los estatutos presentados por las coaliciones no cumplen los requisitos de ley, que la autoridad no es competente, etcétera. Es cierto que en estos ejemplos se puede recurrir al amparo, pero aún obteniendo éste la autoridad "podrá negar el registro por otras razones […] obligando al sindicato a un nuevo juicio de amparo, con la consiguiente espera, lo que sólo grupos sindicales con recursos […] excepcionales podrían soportar".[17]

En eso se ha traducido el mandato del Constituyente.

En cuanto a la contratación colectiva, debe señalarse que si bien ésta no aparece de manera explicita en el artículo 123 (ni en el original, ni en el ac-

[16] Octavio Lóyzaga de la Cueva, *Esencia, apariencia y uso* […] *Op. Cit*., p. 115.

[17] Arturo Alcalde Justiniani, "Obstáculos estatales al derecho de asociación sindical", en *Modernidad y legislación laboral,* México, coedición UAM/Fundación Friedrich Ebert, 1990, p. 53.

tual), sí la encontramos de manera implícita.[18] Ahora bien, la contratación colectiva está muy acotada, existe de manera mínima. La propia Ley Federal del Trabajo pone diques a su instrumentación indirectamente al restringir para su ejercicio al actor fundamental del mismo, es decir, a quienes luchan por mejorar sus condiciones de trabajo, al exigirles que se constituyan en sindicato y sobre todo que obtengan su registro, el que, como señalábamos, no se otorga con base en la representación que tenga el gremio de sus trabajadores, sino por motivos político-corporativos o por su identificación con el empresario o patrón. En efecto, uno de los modos utilizados para sobreexplotar a los trabajadores ha consistido en la utilización de los llamados "contratos de protección", falsos contratos colectivos, aunque en apariencia y formalmente no lo sean, —firmados por los patrones o empresas con sindicatos patronales o corporativos—, los que funcionan como murallas de contención ante los sindicatos representativos, lo que es un hecho frecuente en el ámbito laboral mexicano.

El problema señalado llega a tal grado "que en muchas ramas de la industria o del servicio, los contratos de protección se encuentran depositados en las Juntas de Conciliación y Arbitraje sin que los trabajadores —cuyas condiciones de trabajo supuestamente rigen— tengan conciencia de su contenido formal".[19]

i) Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patrones las huelgas y los paros.

j) Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital.

Tampoco en lo citado ha habido cambios a nivel constitucional ¿qué ha pasado en la reglamentación de este derecho y en la *praxis*?

Las trabas para ejercer el derecho de huelga han sido, desde siempre —valga la expresión—, muy grandes y han quitado prácticamente su esencia, tanto

[18] En el artículo 123 aprobado por el constituyente de Querétaro en 1917 se señala en su proemio: El Congreso de la Unión, sin contravenir las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos, y de una manera general, sobre todo contrato de trabajo. El actual articulo 123 repite en dos párrafos lo mismo.

[19] *Ibid*, p. 123.

por lo que respecta al sujeto de la huelga, como al objeto de la misma. Por lo que respecta al sujeto, si bien la Constitución presenta este derecho abierto para todos los trabajadores, los códigos del trabajo de 1931 y 1970 reconocen como titular de tal derecho a la coalición en sus primeros preceptos de los títulos correspondientes; sin embargo, en los preceptos siguientes se ha limitado el ejercicio del mismo a los sindicatos en lo fundamental *v. gr*, sólo éstos, pueden celebrar contratos colectivos, revisarlos y exigir su cumplimiento "El problema se agrava cuando los sindicatos siendo independientes y/o democráticos, pretenden obtener el registro para poder […] emplazar a huelga y como este reconocimiento […] se otorga como habíamos señalado (en mayor grado) por motivos políticos que jurídicos, el derecho de huelga comienza desde ahí a ser coartado".[20]

Sólo en tres supuestos, acorde con la ley, pueden las coaliciones emplazar a huelga, conseguir el equilibrio entre los factores de la producción (lo que se ha quedado en retórica, más adelante tocaremos este punto); exigir el cumplimiento de las disposiciones legales respecto al reparto de obligaciones y el apoyar una huelga que tenga alguno de los objetivos precisados en las cinco primeras fracciones del artículo 450 de la Ley.

En relación con el desequilibrio entre los factores de la producción debe decirse que la fracción primera del artículo 450 que la contempla, goza de autonomía. Esto lo confirmó el propio Mario de la Cueva quien elaboró el proyecto de la Ley de 1970. De ahí que, pudiendo los trabajadores optar entre este recurso o decidir por la acción que se desprende del artículo 426, relativo a la modificación colectiva de las condiciones de trabajo cuando existan contratos colectivos o contratos ley, resulta obvio que optarán por la primera opción pues la presión de la huelga podrá redituarles mejores dividendos y de manera mucho más rápida, no esperando meses cuando el desequilibrio, aun en caso de triunfar, la acción ya haya hecho mella.

[20] Octavio Lóyzaga de la Cueva, *Esencia, apariencia y uso* […] *Op. Cit*., p. 124. En tal sentido las posibilidades de emplazamiento a huelga han sido muy reducidas. Únicamente en tres hipótesis se podía ejercitar este derecho: conseguir el equilibrio entre los factores de la producción (los tribunales laborales han señalado que esta posibilidad se invalida porque en su interpretación esta fracción primera del 450 que es la que contempla esta posibilidad engloba las demás (siendo que el propio Mario de la Cueva que fue quien elaboró el proyecto de la ley de 1970 le otorgó autonomía), el exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el reparto de utilidades y apoyar una huelga que tenga como finalidad alguno de los de los objetivos señalados en las primeras cinco fracciones del artículo 450 de la ley.

De todo lo señalado se advierte, que lo asentado en el texto original del artículo 123 Constitucional está muy lejos de lo que se ha hecho con la reglamentación del mismo precepto en diversos momentos, sobre todo a partir de las reformas de 2012.

Pese a lo negro del panorama, existe una esperanza fundada, basada en la promesa del nuevo gobierno de dar marcha atrás a la reforma laboral de 2012 en sus negativos que representan un desandar a los derechos laborales, así como a la reforma de 2017 al artículo 123 Constitucional que democratiza a ese nivel gran parte de la regulación de los derechos colectivos de los trabajadores, hechos que han representado el más grande retroceso al espíritu y esencia de este artículo. Existen elementos que nos permiten pensar que esto será posible.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Arturo Alcalde Justiniani. "Obstáculos estatales al derecho de asociación sindical". En *Modernidad y legislación laboral.* México, coedición UAM/Fundación Friedrich Ebert, 1990.

De Buen, Néstor. *Derecho del trabajo.* Tomo I, México, Porrúa, 2005.

_____. *Derecho del trabajo.* Tomo II, México, Porrúa, 2004.

Dionisio Tinajero, Bianca Alejandra. *Naturaleza de la participación utilidades y revelación de prácticas evasivas empresariales en el reparto de utilidades de los trabajadores.* Tesis para obtener la licenciatura en derecho, México, UAM-Azcapotzalco, 2004.

Lóyzaga de la Cueva, Octavio. *El derecho del trabajo. Un análisis crítico.* México, UAM-Azcapotzalco, 2017.

_____. *Esencia, apariencia y uso del derecho del trabajo. Las fases ocultas de la legislación laboral.* México, editado por la UAM-Azcapotzalco, 1992.

Marx, Carlos. *El Capital.* México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Trueba Urbina, Alberto. *Nuevo Derecho del Trabajo.* México, Porrúa, 1975.

Hemerográficas

Diario de los debates del Constituyente de Querétaro.

Lóyzaga de la Cueva, Octavio. "De la proclama laboral magonista del Programa del Partido Liberal Mexicano, y del Constituyente de Querétaro de 1917, a la iniciativa de reforma del plan". En *El cotidiano,* núm. 162, julio-agosto, 2010.

Zárate Alfonso. "Ganancias exorbitantes, salarios de miedo". *El universal*, 21 de junio de 2018.

Algunas repercusiones del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano

Susana Núñez Palacios*

Resumen:

Este trabajo forma parte de una investigación más amplia cuyo objetivo es darle seguimiento a las adecuaciones que el sistema jurídico mexicano ha tenido como resultado del acoplamiento con el derecho internacional. En específico, pretendemos demostrar que el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional, especialmente la protección internacional de los derechos humanos, incidió en la relación más profunda entre el ordenamiento interno y el internacional. Incluiremos algunos datos ejemplificativos de la actividad judicial en cuanto a la incorporación del derecho internacional en el sistema jurídico mexicano.

Abstract:

This work is part of a broader investigation whose objective is to follow up on the adjustments that the Mexican legal system has had as a result of the coupling with international law. Specifically, we intend to demonstrate that the recognition of the individual as a subject of international law, especially the international protection of human rights, affected the deepest relationship between internal and international law. We will include some exemplary data of judicial activity regarding the incorporation of international law in the Mexican legal system.

Sumario: Introducción / I. El derecho internacional en evolución / II. La subjetividad jurídica internacional: acelerador de la interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno / III. El derecho internacional en el ordenamiento jurídico mexicano / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. en Derecho, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Introducción

La doctrina ha dejado claro que la relación entre derecho interno y derecho internacional es más que un problema teórico; ciertamente, de inicio se deben determinar sus diferencias y coincidencias, sus objetivos, el alcance normativo y otros aspectos que confirman la identidad de dichos ordenamientos. Pero, en la actualidad, los problemas fácticos han provocado el incremento de los análisis jurídicos respecto de la interacción entre ambos. Esto es, la realidad ha exigido que se determinen las formas de aplicación y de incorporación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno a partir del aumento en la coincidencia de sujetos y de materias reguladas.

Además del Estado, el derecho internacional regula, en diferente forma y medida, a otros entes; algunos, incluso, han nacido en el marco de este ordenamiento, como un producto lógico de las relaciones interestatales, tal es el caso de los organismos internacionales. Igualmente, el contenido del derecho internacional, en la actualidad, ha hecho evidente que este ordenamiento jurídico considere a los individuos como sujetos propios; en este sentido, la gran mayoría de los juristas acepta tal subjetividad jurídica, aunque se manejan términos que denotan diferentes matices y formas de regulación para el individuo, lamentablemente derivados de la permanente comparación con el Estado. Pretender encontrar el mismo trato para los distintos entes regulados por normas internacionales, es una consecuencia lógica del largo periodo en el que el único sujeto era el Estado, situación que tiene que ver también con la mayor cantidad de normas que son dirigidas a él. Sin embargo, sabemos bien que el derecho no es estático y especialmente el derecho internacional ya que, al ser producto de la interacción y la evolución mundial, su contenido y sus sujetos deben corresponder a sus fines en el presente. Es la subjetividad internacional del individuo la que ha impactado en mayor medida al derecho internacional y su relación con el derecho interno. Pero sobre todo cualitativamente, el derecho internacional ha asumido funciones que originalmente se encontraban de manera exclusiva en el ámbito interno. Nuestro objetivo principal es reseñar algunos de los efectos que ha tenido el derecho internacional público en el derecho mexicano, tanto en su contenido como en las funciones de los órganos estatales. Específicamente, pretendemos demostrar que

la protección internacional de los derechos humanos,[1] ha incidido en nuestra reforma constitucional de manera determinante y que los principios fundamentales de esa protección, *pro homine* y de convencionalidad, son parte de las novedades que nuestro sistema jurídico está implementando cada vez con mayor precisión.[2]

I. El derecho internacional en evolución

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional aceptó la creación de tratados y de otros instrumentos internacionales que les reconocen derechos a los individuos. La necesidad de superar la jurisdicción estatal en asuntos que involucran actos gubernamentales nefastos que afectan a la comunidad en su conjunto, es el fundamento práctico que afianza la argumentación jurídica en tal sentido. Los Estados, por medio de sus gobiernos y sus juristas, que limitaban el alcance subjetivo del derecho internacional a los derechos y obligaciones estatales, al no encontrar mejor solución para contener el autoritarismo gubernamental y superar las deficiencias estatales en la protección de su población, deciden confirmar lo que eventualmente se denotaba en normas anteriores: el individuo es sujeto del derecho internacional. En principio, el alcance de este reconocimiento estaba limitado a los derechos, sin abarcar las obligaciones y la capacidad de acción del individuo, las cuales se mantienen en el ámbito de jurisdicción exclusiva del Estado.[3]

[1] Nos centramos en esta parte del derecho internacional público en tanto que la extensión de este trabajo y su alcance temático no nos permiten ampliar nuestros objetivos. Como arriba mencionamos, nuestra intención es cubrir otros aspectos del derecho internacional, entre ellos, el funcionamiento de tribunales internacionales (aplicando principios generales del derecho y derecho consuetudinario) y su influencia en los tribunales internos.

[2] Aceptamos previamente, como lo señala Manuel Becerra, que la adecuación de nuestro derecho al derecho internacional todavía no es lo que debe ser para una mejor aplicación de todas las fuentes del derecho internacional público. Véase Manuel Becerra Ramírez, "La recepción del derecho internacional en la Constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema", en Jorge Sánchez Cordero, (coord.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del derecho internacional público*, México, UNAM, 2017.

[3] Para la mayoría de los internacionalistas el individuo es un sujeto diferente al Estado, con capacidades limitadas y mínima regulación, así concluye Casilda Rueda Fernández en su estudio al respecto, y agrega que la calidad de sujeto "es válida tanto para quien sólo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria, como para un Estado soberano. Por ello, el hecho de que una entidad sea titular de modo directo y efectivo de un derecho o de una obligación en el orden internacional

La importancia de los derechos humanos y su regulación internacional la explica Gros Espiell, en varias de sus obras; él considera que el tema, "[…] ha pasado a ser, desde un punto de vista jurídico y político, una cuestión propia, de manera exclusiva, del derecho interno —perteneciente a la jurisdicción exclusiva de los Estados—, a su constitución en la realidad internacional y más allá de toda teoría, en un objeto en que coexisten, aunque en diferente grado según los distintos criterios políticos y los diversos sistemas normativos aplicables, la regulación interna con la internacional, las competencias estatales y las atribuciones de órganos internacionales, derivadas de normas y principios del derecho internacional actual".[4]

A pesar de las limitaciones prácticas que se presentan para el cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales, estas instancias y la doctrina se han encargado de confirmar el carácter superior de los tratados que protegen derechos humanos,[5] lo cual se ha reflejado en el ordenamiento interno, tanto en los tribunales como en la legislación:

puede deducirse que dicha entidad es un sujeto de derecho internacional, pero de la circunstancia de que alguien es sujeto de derecho internacional no puede deducirse que sea titular de un determinado derecho u obligación". Ver: Rueda Fernández, C., *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Madrid, España, Ed. Bosch, 2001, p. 30. Para un estudio más profundo del ámbito de aplicación del derecho internacional puede consultarse: Shaw, Malcom, *International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2003.

4 Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre derechos humanos*, España, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ed, Civitas, 1988, p. 286.

5 En este aspecto la reforma constitucional de 2011 en México, abre espacios novedosos, para la adecuada protección de los derechos humanos, por la inclusión de principios (por ejemplo: de convencionalidad, *pro persona*), que dan al juzgador la oportunidad de analizar el caso concreto en un marco más adecuado a la realización de los fines del derecho. Además, debemos considerar que no sólo en México existen problemas técnico jurídicos para la implementación de los derechos humanos. Por ejemplo, a raíz del retardo en el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2012 (Caso Artavia Muillo y otros —Fecundación in vitro— *vs*. Costa Rica) el analista costarricense Tonatiuh Solano Herrera propone "[…] la creación mediante ley de un Viceministerio de Derechos Humanos, adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, que brinde seguimiento a los instrumentos jurídicos internacionales que generan responsabilidad al Estado costarricense y a la vez, coordine esfuerzos para que la normativa nacional, así como la práctica institucional, se apeguen a los compromisos que como Estado hemos adquirido a lo largo de los años. Además, esta nueva institución tendría como objetivo el trabajo conjunto con la Asamblea Legislativa, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Defensoría de los Habitantes y el Poder Judicial", ver: Tonatiuh Solano Herrera, "Doble discurso en derechos humanos", miércoles 13 de octubre de 2014. En https://www.larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=533321693.

> El derecho internacional y el derecho interno interactúan, cada vez con mayor énfasis, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y superando así definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente. En este sentido, muchas Constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos.[6]

Sin embargo, la evolución de la humanidad y la necesidad de resolver situaciones que el derecho interno, por cuestiones fácticas, es incapaz de solucionar, han llevado a la creación de normas internacionales que buscan sancionar al individuo. Incluso, se ha creado un tribunal penal internacional para juzgar a individuos. A partir de esto, la controversia ahora se da en torno al alcance de la subjetividad internacional del individuo. Si bien, esta es una controversia que parece manifestarse sólo en el ámbito de la teoría, mientras que en la práctica observamos cada vez más la intervención del derecho internacional en asuntos que antes correspondían al derecho interno; sin duda, la determinación teórica es importantísima ya que hace patente el criterio que rige y también incide en la postura que adoptan los tribunales.

El derecho internacional regula, principalmente, las relaciones entre los Estados con la finalidad de lograr una adecuada convivencia mundial; pero, la gran interrelación de los Estados ha motivado la ampliación del derecho internacional, tanto en el ámbito material como en el subjetivo. El derecho interno tiene límites territoriales para su aplicación y así debe ser para salvaguardar la soberanía estatal. Al mismo tiempo, cada vez más, lo que sucede en un territorio tiene efectos en otros con jurisdicción estatal diferente. Se requiere de la unificación en cuanto a los fines normativos y la determinación de principios y valores comunes, estas acciones no puede asumirlas algún ordenamiento interno, solamente el derecho internacional tiene las características necesarias para ello.

[6] Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, (Compiladores: Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez), México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 180.

El derecho interno cumple de manera adecuada con sus fines al regular a la población de un estado, pero existen situaciones excepcionales en las que por cuestiones jurídicas o de otra índole no logra tales fines y, al mismo tiempo pone en riesgo la convivencia internacional; es ahí donde, de manera directa o indirecta el derecho internacional puede regular a la población estatal específicamente. En este punto los internacionalistas adoptan posturas diferentes: en un enfoque tradicionalista, los más radicales sostienen que el derecho internacional no establece sanciones para los individuos ya que eso es función exclusiva del derecho interno, por ello, los tratados sólo prevén las acciones estatales, no las individuales. Otros permiten excepciones: el derecho internacional sanciona directamente a los individuos solamente en la realización de crímenes internacionales y bajo los estrictos parámetros de principios fundamentales como el de subsidiariedad.

También existen delitos que, sin que puedan considerarse crímenes, trastocan gravemente la convivencia internacional, por lo que el derecho internacional ha determinado que es obligatorio que los Estados sancionen dichas conductas.

Sin embargo, es obvio que los términos utilizados en los tratados son cada vez menos en el sentido de sólo conminar o recomendar a los estados la tipificación, persecución y sanción de ciertos delitos; incluso encontramos una regulación tan precisa en dichos instrumentos que queda poco espacio a los Estados para legislar al respecto. Si bien es cierto que en muchas ocasiones las presiones política y económica son el factor determinante para que los Estados acepten estos tratados (como en el caso del narcotráfico), en su mayoría son aceptados porque es patente la necesidad de unir esfuerzos contra esos delitos. Pero en su forma, estos tratados parecen formular ampliamente la tipificación y la regulación del delito, lo cual nos lleva a preguntarnos ¿cuál es el límite del derecho internacional en estos aspectos? No tenemos la respuesta a esta interrogante, pero consideramos que si la comunidad internacional ha permitido que el derecho internacional determine la ilicitud de varias actividades de los individuos será ella misma, con mecanismos consuetudinarios o convencionales la que preservará las funciones estatales y marcará el alcance del derecho internacional al respecto.

II. La subjetividad jurídica internacional: acelerador de la interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno

Antes del siglo XX las normas internacionales regulaban materias relativas a la relación entre Estados y muy pocas impactaban directamente a otros entes. La conceptualización de la soberanía implicaba límites muy claros en los llamados asuntos internos. A su vez, esto se notaba, principalmente, en el ejercicio de la jurisdicción. Entendemos el concepto de jurisdicción de manera amplia para referirnos a las funciones estatales tradicionales que involucran a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; sin embargo, en algunos puntos de este trabajo incluiremos argumentos de teóricos que limitan el alcance del término a la actividad judicial. "La jurisdicción interna es un poder del Estado que le sirve para resolver y dirimir los conflictos de intereses o litigios, que someten a su decisión las personas físicas o jurídicas y, que resuelven mediante sentencias que admiten la calidad de cosa juzgada".[7]

Ya en el siglo XX, a partir del reclamo real de mayor protección a la población contra las acciones de sus propios gobiernos y de la utilidad que significó para las potencias la internacionalización de un conjunto de derechos que afectan la determinación de los asuntos internos, se incrementa el número de normas que de forma directa regulan a los individuos. De esta manera, gradualmente avanzamos de la protección de derechos a la creación de tratados, penalizando actividades de los individuos. La globalización, es el marco en el que se ubica el proceso de afectación, a la capacidad real del Estado, ya que, como lo explica Velázquez Elizarrarás; "se vuelve incapaz, por ejemplo, de regular los flujos financieros y comerciales, los derechos de propiedad y autoría, los crímenes y delitos internacionales, los derechos humanos universalmente sancionados y otras transacciones económicas, sociales y culturales transfronterizas".[8] Específicamente en materia penal se ha hecho patente una especie de globalización de los delitos y los delincuentes, por lo que algunos autores identifican un cambio o transformación del derecho penal en cuanto a

[7] *Nuevo Diccionario de Derecho penal*, (2a ed.), Ed. Librería MALEJ, 2004, p. 583.

[8] En su análisis, incluye fuentes que no sólo abarcan el aspecto jurídico, por el contrario, desde las ciencias políticas nos presenta un panorama con objetivos más amplios que los del presente trabajo. Ver: Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, *El Derecho Internacional Penal*, Tesis de grado, UNAM, 2003, p. 59.

los bienes protegidos; tradicionalmente protegía bienes jurídicos individuales y actualmente se habla de bienes jurídicos universales; este último término no es unánimemente aceptado por su imprecisión ya que lo universal corresponde al alcance del delito y no propiamente a la calidad universal que encontramos en conceptos como el de patrimonio común de la humanidad o derechos humanos, ni tampoco al sentido colectivo que centra el contenido de los derechos humanos de la tercera generación. Por lo mismo, se les ubica como delitos transfronterizos o transnacionales,[9] independientemente del bien jurídico protegido, porque su realización y sus consecuencias trascienden el espacio territorial de un solo estado, generalmente haciendo necesaria la actuación de las autoridades de diferentes estados.

Este fenómeno se ha estudiado desde diferentes enfoques y disciplinas, algunos analistas coinciden al señalar que la delincuencia organizada aprovecha, principalmente:

> La jurisdicción limitada de los países, los huecos de oportunidad que dejan los sistemas jurídicos por la diferencia entre las culturas jurídicas y la diferencia de aplicación de las políticas criminales. Además, del uso del trípode de violencia, corrupción y obstrucción de la justicia en que se sustentan. Esto ha provocado problemas complejos y crecientes de carácter transnacional entre los países: algunos de ellos son el lavado de dinero, la trata de personas, especialmente mujeres y niños, los problemas de corrupción y ahora los graves problemas que enfrentamos con el terrorismo.[10]

Hasta el siglo pasado, los estados habían utilizado únicamente la cooperación judicial para lograr la adecuada persecución y sanción de los delitos partiendo de cierta uniformidad normativa; finalmente, con esto se preserva la jurisdicción exclusiva y la soberanía territorial, en tanto que el propio Estado decide los términos en los que se realiza tal cooperación, y la reciprocidad enmarca esa relación de convivencia y conveniencia. Con excepción de

[9] Varios autores consideran que el delito transnacional o transfronterizo no es propiamente delito internacional, ya que el tratado no se refiere al bien jurídico protegido, sólo establece la obligación del Estado de legislar. La definición del delito y su pena, además de la sanción específica al individuo no las establece el derecho internacional sino el derecho interno.

[10] Edgardo Buscaglia *et. al.,* "Delincuencia organizada y derechos humanos: ¿Cómo controlar el uso de las técnicas modernas de investigación?", en Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coord.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, INACIPE, 2005, p. 34.

algunos delitos, como el narcotráfico, la presión internacional era leve y cada Estado tipificaba los delitos de acuerdo con sus intereses y su situación interna, la cooperación con otros era absolutamente voluntaria. La globalización incrementó las relaciones humanas que no encuentran límites fronterizos y profundizó sus consecuencias; como en otras etapas de la historia de la humanidad, el avance tecnológico incide de manera fundamental en este proceso, creando recursos para la realización de delitos antes inimaginables, como los cibernéticos.[11]

El Estado se encuentra materialmente imposibilitado para hacer frente, de manera aislada, a los diferentes retos que representan los nuevos delitos, no sólo por las limitaciones prácticas, principalmente por las restricciones jurídicas. Por otra parte, los efectos de esos delitos se extienden cada vez más provocando daños a los intereses de varias poblaciones, al mismo tiempo y por ello, la reacción internacional tiende a ser más inmediata y más radical. La presión internacional es mayor para la tipificación y sanción real de esos delitos. Utilizando la política internacional y también al derecho internacional, lo que antes se manejaba en términos de cooperación, tiene ahora una mayor intención de obligatoriedad basada en la necesidad de sancionar estas conductas.[12]

Algunos internacionalistas proponen una mayor jurisdiccionalización de los derechos humanos "[…] la protección jurisdiccional es la forma más evolucionada de salvaguarda de los derechos humanos, y la que mejor atiende los imperativos del derecho y la justicia […]".[13] La actividad de los tribunales ha sido determinante, tanto en el desarrollo teórico de los derechos humanos como en la percepción que se tiene de los mismos por parte de los Estados, lo

[11] El 23 de junio de 2003, en su discurso de bienvenida al Grupo de Expertos Gubernamentales sobre Delito Cibernético, César Gaviria ubicó la dimensión del problema de la siguiente manera: "Los delitos cibernéticos han mostrado que estamos frente a modalidades delictivas de características singulares e insospechadas. Como resultado ellos plantean nuevos y desafiantes problemas […] De hecho no se necesita que los autores materiales o intelectuales de los delitos se encuentren en el país donde se cometen. Son, en realidad, una nueva generación de delitos producto de la era de la información y la tecnología. Por eso, en diversos aspectos, no pueden ser tratados como los delitos tradicionales. Son por esencia delitos internacionales que plantean grandes retos legales, tecnológico, de especialización, capacitación, asistencia y cooperación entre los Estados". En www.oas.org/speeches/speech.asp.

[12] En cuanto al proceso de institucionalización y el principio de supranacionalidad véase: Hirst, P y G. Thompson, *Globalization in question*, Cambridge, Polity Press, 1996.

[13] Entrevista a Antonio Cançado Trindade en la *revista Ideele*. En www.idl.org.pe/odlrev/revistas/138/pag108.htm.

que ha llevado a un mayor y mejor cumplimiento. En principio, nos referimos a la jurisdicción internacional; sin embargo también hay una repercusión en los tribunales internos, los cuales amplían más sus criterios al incorporar la interpretación de los tribunales internacionales y al pugnar por la supremacía de las normas protectoras de los derechos humanos.[14]

Esto es, ya no podemos limitar la jurisdicción a las funciones estatales;[15] sin embargo, es cierto que es un atributo esencial del Estado que aparece en pocos órganos internacionales y en aspectos claramente acotados y limitados. En este punto también debemos recordar las diferencias entre el derecho interno y el internacional en su estructura orgánica; el derecho interno manifiesta su existencia en los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), mientras que el derecho internacional no cuenta con una estructura idéntica. En el derecho internacional los principales creadores y aplicadores de las normas son los Estados y existen algunos órganos internacionales que en su funcionamiento son independientes de los Estados pero que han sido creados por la voluntad de éstos.

En el derecho internacional clásico[16] la voluntad estatal, ligada de manera profunda con principios como el de jurisdicción exclusiva y basada en la soberanía estatal, otorgaba al Estado facultades amplias en cuanto a la creación de las normas internacionales y su aplicación. La ejecución de las normas quedaba muchas veces limitada por la voluntad de los Estados, lo cual repercutía, incluso, en un cuestionamiento importante de la juridicidad del derecho

[14] Sayán García, aún como Presidente de la CorteIDH y en referencia directa a México introduce el concepto de "diálogo Jurisprudencial": "[…] que la justicia interamericana dialoga. Con la gente y con las instituciones nacionales, especialmente las judiciales. En lo que hemos llamado "diálogo jurisprudencial", se impulsa una viva interacción entre lo que se hace en el tribunal interamericano, por un lado, y lo que hacen los tribunales nacionales, por el otro. El llamado "control de convencionalidad", vale decir la construcción de las sentencias nacionales en armonía con los criterios contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana, es una clara expresión de ello. Y en ese curso, la Suprema Corte de Justicia de México ha sido especialmente clara y firme". En http://www.larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/el-vaso-medio-lleno-12-12-2013.

[15] Couture define a la jurisdicción como la "función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por actos de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución", José Ovalle Fabela, *Teoría general del proceso*, México, Ed. Harla, 1991, pág. 182.

[16] Una interesante explicación de la evolución del derecho internacional y las diferencias entre el derecho internacional clásico y el contemporáneo la encontramos en: José A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales,* Madrid, Ed. Tecnos, 2001, p. 46 y sigts.

internacional. Para el derecho internacional contemporáneo, los derechos humanos conforman una excepción, tal vez la más importante, para el principio de jurisdicción exclusiva y también para el alcance de la voluntad estatal. Las normas de *jus cogens* se consideran en conexión estrecha con la protección de los derechos humanos, al igual que los principios de jurisdicción internacional y universal.

Sin embargo, la voluntad estatal ha sido el soporte principal para la creación del derecho internacional y de sus órganos, incluidos los tribunales. Igualmente, el alcance de las decisiones de esos órganos depende de los objetivos estatales al momento de su creación; además, con los mecanismos para aceptar la jurisdicción de los tribunales, también en ese aspecto, la competencia se determina voluntariamente.[17]

> Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados como exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos —como en tantos otros aspectos— vivimos en la era de la interdependencia global.[18]

Afortunadamente, cada vez es más clara la relación benéfica entre el derecho internacional y los ordenamientos internos, superándose así, la idea del enfrentamiento y el conflicto entre ambos derechos; tomando como referencia la protección de los derechos humanos, Carpizo lo explica de la siguiente forma:

> Soberanía y derecho internacional de los derechos humanos no son conceptos antagónicos, sino deben ser armonizados en razón del valor de la persona humana y de su dignidad. El orden jurídico y político se crea para asegurar los derechos de la persona humana y precisamente, por ello es que el Estado, en ejercicio de su sobera-

[17] En este sentido, se considera que la fuerza legal del derecho internacional radica en el consentimiento de los Estados: "Las nociones de justicia natural han sido reemplazadas por el consentimiento y el consentimiento ha sido reemplazado por el consenso. Cada una de las fórmulas tiene un papel que jugar en la integración de evidencias del intento, que se presume o que se establece, de quedar obligado". Gloria Uribe, *et. al*., *Derecho internacional público: una visión casuística*, México, Limusa, 2011, p. 29.

[18] *Idem*.

nía, acepta las declaraciones, tratados, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, así como los mecanismos que van a vigilar y hacer efectivos dichos instrumentos internacionales, y los derechos que protegen.[19]

Las formas de tutela de los derechos humanos pueden ser diversas;[20] sin embargo, ningún autor niega la necesidad de establecer mecanismos judiciales claros y accesibles que, considerados en general como los más eficaces y evolucionados, permitan garantizar la vigencia de estos derechos. Los términos que se utilizan al respecto son, entre los más mencionados, garantismo, justiciabilidad, judicialización. Algunos tienen una implicación directa con la actividad judicial; pero otros (tutela, implementación) pueden llevarnos a un planteamiento más amplio respecto de las formas de realización y protección de estos derechos. Es cierto que las acciones preventivas, no remediales, son preferibles en tanto que si la sociedad no tiene necesidad de recurrir a las instancias judiciales para exigir sus derechos, debemos suponer que el Estado está cumpliendo con la protección de los mismos. En este rubro, la sociedad organizada debe, muchas veces, delinear junto con el gobierno las medidas que lleven a la vigencia de los derechos en general.

Sin duda, el aumento en la regulación directa para el individuo ha influido, cuantitativa y cualitativamente en la estrecha relación entre normas internas y normas internacionales;[21] la coincidencia normativa en materia y sujeto ha redundado, también, en que los órganos internos deban establecer legislación y mecanismos adecuados para aplicar el derecho internacional. Uno de los objetivos es superar las contradicciones que puedan darse y para esto el

[19] Jorge Carpizo, "La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 813.

[20] "Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a la de su justiciabilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas". Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 112.

[21] Un interesante trabajo rescata una propuesta novedosa acerca de la innecesaria división del derecho interno y el internacional: Janne Nijman y André Nollkaemper (eds.), "Introduction", *New perspective on the divide between national and international law*, Estados Unidos, Oxford, University Press, 2007.

poder Judicial tiene en su área una importante labor, a partir de su función interpretativa, de determinación del alcance de las normas internacionales y de las decisiones de los órganos internacionales. Es de especial relevancia en este aspecto, la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad, al respecto Becerra Ramírez[22] considera que en la sentencia del Caso Almonacid, tal control es visto como un mecanismo que sirve como puente entre el derecho internacional convencional y el derecho interno. Explica que es más complejo que la obligación para los jueces y desprende de ella varias consecuencia que se refieren incluso al poder Legislativo y al Ejecutivo.[23]

III. El derecho internacional en el ordenamiento jurídico mexicano

Durante mucho tiempo la inclusión a nivel constitucional de disposiciones relativas al derecho internacional se limitó a las facultades de los órganos de las relaciones internacionales y la elaboración de tratados, sin grandes cambios en la historia del México independiente. Incluso, de importancia especial es la omisión de otras fuentes del derecho internacional como la costumbre y la lenta aparición de algunos principios propios de este derecho.

Derivado de lo comentado en los puntos anteriores, podemos asegurar que la reforma constitucional de 2011 produjo cambios consistentes en el sistema jurídico mexicano. La legislación[24] se ha venido ajustando para hacer aplicables aspectos relacionados con los nuevos principios constitucionales; en México, en buena medida, este proceso de adecuación normativa ha respondido a la necesidad de instrumentar de mejor manera el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, es obvio que fue la Suprema Corte la que debió reaccionar ante la ausencia de normas de adecuación con la

22 Manuel Becerra Ramírez, *El control de la aplicación del derecho internacional*, México, UNAM, 2013, p. 124.

23 "El incumplimiento de la CADH por parte de cualquier órgano del Estado es causa de responsabilidad para el mismo Estado. Esto implica que el CC se debería de realizarse no sólo por los poderes Legislativo y Judicial, sino también por el Poder Ejecutivo, con el riesgo de que si no se hace, se puede incurrir en responsabilidad internacional", *Ibidem*, p. 125.

24 Un ejemplo del reflejo del derecho internacional en nuestro ordenamiento es el artículo 6 del Código Penal Federal: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un *tratado internacional* de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos […]".

Convención Americana de Derechos Humanos y de ejecución de sentencias internacionales.

La función judicial considera, de manera expresa, al principio de convencionalidad; en específico, la Suprema Corte se ha internado en las corrientes modernas de ubicación de los derechos humanos y la Constitución y en las teorías de interpretación no jerárquica, entre ellas, las que valoran de manera especial el diálogo judicial.[25]

III.1. Los tratados y las decisiones judiciales en el derecho mexicano

Existe una problemática que va más allá del mero aspecto teórico; ¿cuál es la forma adecuada de incorporar el derecho internacional a los ordenamientos jurídicos internos?, ¿es posible establecer una jerarquía normativa en términos absolutos, o acaso depende del ámbito regulado; es decir, en materia de derechos humanos la jerarquía normativa debe ser diferente?, específicamente ¿en el ordenamiento jurídico mexicano tenemos claridad en cuanto a estos temas?

En el sistema jurídico mexicano, durante mucho tiempo, la recepción[26] de los tratados como fuente principal del derecho internacional no era un asunto jurídico primordial. El artículo 133 de la Constitución parecía resolver cualquier pregunta en términos de supremacía constitucional; pero, México al igual que el resto de la comunidad internacional recibe el impacto del proceso de reconocimiento de la subjetividad individual internacional, entre otros, lo cual provoca cambios importantes en nuestra legislación y también en nuestra jurisprudencia.

[25] Bien explicadas en su base teórica por: Melissa Waters, "Creeping monism: The judicial trend toward interpretative incorporation of human rights", Columbia Law Review, abril, 2007.

[26] "Por recepción de un derecho se entiende *grosso modo* una suerte de proceso histórico por el cual una sociedad determinada acepta libremente un sistema jurídico externo o que le es extraño (proveniente de otro Estado o del derecho internacional) y lo asimila en la medida que lo permite el derecho preexistente, de suerte que con tal situación, el derecho interno o nacional tiende a transformarse. En particular, el proceso de recepción del derecho internacional en el derecho interno de los Estados, constituye de hecho un método científico de elaboración del derecho, por lo que no es exagerado afirmar que la recepción no sólo da lugar a la actualización y complementación sino a la "cientificación" de los derechos". *Cfr.* Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, "Fundamentos teórico-conceptuales de los tratados como fuente primordial del derecho internacional general", *en El estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y aplicación en la práctica internacional*, México, UNAM, 2017, pp. 66-67.

En este aspecto, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra legislación, ha sido un proceso lento, incluso la aceptación gubernamental de diversos instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos se pospuso en el pasado, con argumentos ligeros como el de que nuestra Constitución garantizaba suficientemente la protección de tales derechos, principalmente con la figuras del amparo. Aunque mucho se dice del espíritu internacionalista del expresidente Luis Echeverría, no es con él sino con José López Portillo que se asumen obligaciones muy importantes en tratados tan relevantes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[27] Posteriormente, hasta el gobierno de Ernesto Zedillo y también por presiones internacionales[28] se acepta la competencia contenciosa de la Corte IDH, al depositar el instrumento respectivo el 16 de diciembre de 1998. Estos eventos y la ratificación del Estatuto de Roma, que regula a la Corte Penal Internacional, son de los más significativos en esta materia, hasta la reforma constitucional integral de 2011.

Entre las reformas constitucionales realizadas en el periodo 2006-2011, las que afectan de manera trascendental a nuestra Constitución en el ámbito de los derechos humanos son las relativas a la reforma penal (2008) y la reforma integral de 2011.

[27] En 1980 se ratifican siete tratados, la mayoría de ellos adoptados varios años antes y que, al parecer, el gobierno mexicano no consideraba necesario incorporar a nuestras leyes. Enseguida los nombramos con el año de su adopción para mejor explicación: En el marco de la ONU se realizó el depósito de los respectivos instrumentos de adhesión o ratificación el 23 de marzo de 1981 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); en la OEA se hizo el depósito el 24 de marzo de 1982 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención sobre Asilo Territorial (1954), la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948).

[28] "Seguramente fueron determinantes los informes que desde 1996 emitió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principalmente con relación a Aguas Blancas, al Ejido Morelia y al Caso del general Gallardo. Igualmente la Comisión emitió un informe analizando la situación general de los derechos humanos en México en el cual recomienda, entre otras cosas, que se considere la posibilidad de aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Otro evento importante fue la visita de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, en junio de 1998 quien se pronunció acerca de la situación de los derechos humanos en Chiapas. También influyó la crítica que desde diversos sectores e instancias de Europa se emitieron contra el gobierno mexicano, en un momento en que México y la Unión Europea iniciaron la negociación de un acuerdo comercial". *Cfr.* Susana Núñez Palacios, "El Estado mexicano acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 448.

Respecto de la reforma de 2011, como lo señalamos, es un gran avance en el reconocimiento de los derechos protegidos en el marco del derecho internacional[29] y permite dejar atrás el tabú de las intocables garantías individuales, dando ahora posibilidades más claras de justiciabilidad a los derechos humanos en México. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, destacó la importancia de la reforma, al elevar a nivel constitucional los derechos humanos y dijo, entre otros comentarios, que: "Es un hito resultado de años de arduo trabajo y discusiones entre diferentes sectores de la sociedad incluyendo miembros de la Cámara de Diputados, del Senado de la República, académicos y sociedad civil".[30]

Por su parte, la presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Dinah Shelton, señaló que habrá menos casos ante los órganos del Sistema Interamericano, por lo que significa el proceso de reforma constitucional, ya que "no sólo tiene que ver con las normas, sino también, con el fortalecimiento institucional", además de que "la idea de hacer que los tratados de derechos humanos tengan nivel constitucional significa que la implementación (de recomendaciones por parte de la CIDH) será más fácil".[31]

La reforma afecta, principalmente, al título primero de la Constitución, antes denominado "de las garantías individuales" y ahora "de los derechos humanos y sus garantías", con lo cual se parte, de manera adecuada, de la diferenciación de los derechos humanos y sus mecanismos protectores.[32] Es-

[29] En un pronunciamiento conjunto varias organizaciones de derechos humanos avalaron la importancia de la reforma, considerando que "[…] representa un avance decisivo en la vía hacia la plena armonización de nuestro marco normativo interno a los más altos estándares internacionales en derechos humanos, y favorecen al cumplimiento de diversos compromisos que nuestro país ha contraído ante la comunidad internacional y las recomendaciones de diversos organismos internacionales, tales como las aceptadas por México en el marco del Mecanismo de Examen Periódico Universal en 2009 y las del Comité(sic) de Derechos Humanos de la ONU, que hace casi un año (marzo de 2010) urgió al Estado mexicano a emprender esta importante reforma". Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, "Se aprueba la más importante reforma constitucional en derechos humanos". En http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com_content&view=article...

[30] Servicio de noticias de las Naciones Unidas, ONU, encomía reforma constitucional sobre derechos humanos en México, 9 de junio de 2011. En http://www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=21130.

[31] Notimex, Asegura CIDH que reforma constitucional mexicana es modelo a seguir, en http://www.provincia.com.mx/01-04-2011/161065/.

[32] Ya con anterioridad algunos teóricos cuestionaban la confusión con que se manejaban los dos términos a partir de su uso en nuestra Constitución, entre otros Miguel Carbonell dice que los conceptos "derechos fundamentales", "garantías individuales y sociales" y "derechos humanos"

ta diferencia se explica claramente en el nuevo artículo 1º, además de que se cambia el término individuos por el de persona que tiene un significado más incluyente.

Un aspecto a resaltar, porque afecta a todo el sistema jurídico, es el reconocimiento de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos,[33] que junto con la Constitución serán el parámetro para la interpretación normativa, la cual debe hacerse "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (principio *pro hommine* o *pro personae*).[34]

> El principio pro *hommine*, sin ser de nuevo cuño, es determinante para la interpretación de los tratados, y normas internas, sobre derechos humanos; por pugnar por el cumplimiento —objeto y el fin— de la protección de los derechos humanos, para Nikken esta interpretación se basa en un método "humanitario", ya que "[…] el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecúe a los requerimientos de la protección de los derechos de la persona. Si recordamos, además, que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados partes, sino el del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los

no son equivalentes y abunda: "Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho". *Cfr.* Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México,* México, Ubijus, 2014, p. 7.

33 "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

34 En este aspecto al parecer existieron algunos desacuerdos que finalmente fueron superados. "No omito mencionar que la inclusión del principio *pro homine* o principio pro persona —incluido explícitamente en la reforma, por el que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca a sus titulares, sea ésta la Constitución o los tratados internacionales aprobados por México— causó cierta polémica en la aprobación de algunas de las legislaturas de los Estados, pues erróneamente se consideraba que esto violentaba nuestro ordenamiento jurídico nacional. Superada esta dificultad política, al comprender que dicho principio es complementario de nuestro propio régimen y que el Estado mexicano se adhiere a las normas de derecho internacional por un acto soberano, en el que participan el Ejecutivo federal y las representaciones políticas de todos los estados de la Federación en el Senado, la duda se disipó y la reforma siguió su curso". Miguel Concha Malo, *Contralínea*, 5 de junio de 2011. En http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/06/05/.

> tratados en el sentido en que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.[35]

El párrafo tercero del artículo primero quedó de la siguiente forma:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En conclusión, en materia de derechos humanos, ha sido necesario unificar principios y normas en general, hasta el punto de que los tratados y las constituciones deben tener, con sus rasgos propios, la misma regulación.

> Los contenidos, tradicionalmente diversos e independientes, del Derecho internacional y del Derecho interno, como ordenamientos, el primero hacia afuera, el segundo hacia adentro de los Estados, se han venido confundiendo, al extremo de converger, si es que no de coincidir, en las mismas materias, obligando, de este modo, a los Juristas a encontrar soluciones nuevas a las antinomias que esta concurrencia provoca inevitablemente […] Esto mismo, unido a la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, caracterizados precisamente por su atribución a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, sin distinción de sexo, edad, color, riqueza, origen nacional o social, nacionalidad o ninguna otra condición social, impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre Derecho interno y el Derecho internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa "monismo" y "dualismo" en la consideración de las relaciones entre Derecho interno y el internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere

[35] Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Ed. Civitas, 1987, pp. 100-101.

> a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación además, del "principio *pro homine*" propio del derecho de los derechos humanos.[36]

Para el derecho mexicano, han sido determinantes las sentencias de la Corte IDH, principalmente las emitidas en 2009,[37] que incidieron en la reforma constitucional de 2011, dándole a nuestra Constitución un sentido humanista a partir de principios básicos como el de convencionalidad, *pro homine*, de universalidad, de interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En este sentido, Carpizo señala que

> […] el derecho internacional de los derechos humanos es una de las fuentes del derecho constitucional mexicano, en cuanto amplía los derechos humanos reconocidos en nuestro orden jurídico interno, y en cuanto la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales —la Corte IDH— nos es obligatoria, sin desconocer los informes y recomendaciones de otros órganos creados en tratados internacionales de derechos humanos que México ha ratificado.[38]

Dice que existe un bloque constitucional de derechos humanos, integrado por:

> *a*) nuestra Constitución y los preceptos secundarios que reconocen derechos humanos; *b*) las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales ratificados por nuestro país; *c*) el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*; *d*) la jurisprudencia de la SCJN y *f*) los derechos humanos implícitos. Todos esos componentes hay que respetarlos, interpretarlos y acatarlos,

[36] Rodolfo Piza Escalante, "El Valor del derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica", en *Liber Amicorum*, vol. II, San José, Costa Rica, Corte Interamericana-Unión Europea, 1998, p. 183.

[37] No debemos olvidar que también las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hicieron patentes ciertas incongruencias entre nuestro ordenamiento jurídico y el derecho Internacional de los derechos humanos. Como en el caso del general Gallardo, se complicó el cumplimiento de la recomendación porque nuestro derecho no preveía los mecanismos para ello.

[38] Carpizo, *op. cit*., p. 187.

> hay que contemplarlos como una unidad armónica que persigue la misma finalidad: hacer vigente y real el principio de la dignidad humana a través de la mejor y más completa protección de los derechos humanos.

Y llega a la conclusión de que el bloque de convencionalidad queda subsumido en el bloque de constitucionalidad por lo que al realizar el control de constitucionalidad también se efectúa control de convencionalidad. En esos términos ratifica la importancia práctica de la inclusión de estos principios en la Constitución:

> El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos debe ser respetado por todos los titulares pasivos de los derechos humanos, desde el poder reformador de la Constitución, las autoridades y funcionarios administrativos, los legisladores, los jueces y los titulares de los órganos constitucionales autónomos de los tres niveles de gobierno, hasta los poderes fácticos e incluso los individuos. Así, una de las bases, y probablemente la principal, de este bloque de constitucionalidad son los principios ya mencionados *pro homine* y de *interpretatio pro homine*, los cuales son extremadamente cercanos entre sí, y que hay que armonizarlos con los principios de jerarquía y de competencia, sin que exista una regla general de aplicación.[39]

En estricto sentido, el artículo primero no resuelve el cuestionamiento acerca de la jerarquía entre la Constitución y los tratados; al respecto la SCJN se ha encargado de determinar el alcance de esta disposición en relación con el artículo 133, que no fue materia de la reforma, en la controversia de tesis 293/2011.[40] De manera contradictoria la Corte consideró lo siguiente: *a*) no es una cuestión de jerarquía de los tratados en el derecho mexicano sino de ubicación de los derechos humanos reconocidos en los tratados; *b*) los derechos

[39] *Ibidem*, pp. 817-818.

[40] De la controversia de tesis 293/2011 derivaron las tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 (10a.) y P./J. 21/2014 (10a.) de rubros: "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" y "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA".

humanos, independientemente de su origen, constitucional o convencional, conforman el catálogo de derechos humanos al que la Constitución reconoce como parámetro para determinar la validez normativa del sistema jurídico; *c*) las relaciones entre los derechos humanos que integran dicho catálogo deben resolverse partiendo de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y del principio pro persona como herramienta armonizadora y *d*) de acuerdo con la parte final del primer párrafo del artículo primero constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se debe estar a lo que indica la norma constitucional. En tal argumentación la Corte mantiene la literalidad del artículo primero sin mayor interpretación, lo que para algunos juristas es la aplicación de un "monismo arcaico con la Constitución en la cúspide".[41]

La ubicación de los tratados en la legislación mexicana tienen una doble determinación a partir de la reforma y de la resolución antes mencionada. Si bien, ya había inconsistencias en las tesis de la Corte, emitidas en 1992, 1999 y 2007,[42] con la resolución 293/2011 se incluye la distinción por la materia del tratado.[43]

Otro principio, de origen internacional, con efectos en la práctica judicial es el de convencionalidad.

No sólo en materia de derechos humanos y aún cuando no existe una práctica homogénea y ordenada es obvio que cada vez es mayor el número de asuntos en los cuales la invocación/aplicación de los tratados aparece y sustenta decisiones judiciales.[44]

Tendremos que continuar analizando el alcance que esta jurisprudencia tiene a la luz del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de

[41] Ramón Ortega García, "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*", Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 536.

[42] Tesis C/92, tesis LXXVII/1999 y tesis P.IX-2007.

[43] No se trata de la ubicación jerárquica como sucedía en las dos primeras, ahora se incluye una interpretación integral para determinar la aplicación de los derechos humanos contenidos en tratados o en la Constitución.

[44] Gabriela Rodríguez realizó un interesante ejercicio para "observar con qué frecuencia la Suprema Corte de la Nación emplea el derecho internacional y con cual finalidad lo usa en su práctica cotidiana", aun cuando está referido a ciertas sentencias de la novena época, es un estudio que permite tener una imagen de la relación entre el derecho internacional y las decisiones judiciales internas. Gabriela Rodríguez Huerta, *La incorporación y aplicación del derecho internacional en el orden jurídico mexicano*, México, Tirant Lo Blanch, 2015, p.205 y 227-261.

los Tratados que establece la primacía de los tratados sobre la legislación interna: "Artículo 27. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Al respecto, son varias las doctrinas que, partiendo de la idea de que las teorías tradicionales (monismo, dualismo) no son ya aplicables para explicar la relación entre derecho interno y derecho internacional, sustentan posturas conciliatorias entre ambos ordenamientos suponiendo que la determinación jerárquica no aporta, en términos prácticos, al trabajo judicial. Según Ramón Ortega, en el marco del pluralismo jurídico existen varias propuestas para explicar las relaciones entre el derecho interno y el internacional, una de ellas señala que "entre ambos órdenes se da una especie de acoplamiento realizado por las instituciones administrativas y judiciales mediante el uso de dos instrumentos: la doctrina de interpretación conforme y la doctrina del efecto directo de las normas internacionales".

> Tanto el alcance del efecto directo como el de la interpretación conforme han de estar determinados por el derecho constitucional interno […] Ello es evidente si se repara que el efecto directo puede incidir sobre diversas cuestiones constitucionales de principal importancia como la vida democrática del país, la separación de poderes y la protección de los derechos humanos. A su vez, la interpretación del derecho interno conforme a las normas del derecho internacional deberá estar basada en el contexto interpretativo general de la Constitución.[45]

El transconstitucionalismo, la complementariedad y la retroalimentación, son otras de las doctrinas que presentan un enfoque novedoso para la interrelación de ambos ordenamientos jurídicos.

Es patente que los estudiosos del derecho están ocupados, como asunto prioritario en la explicación de formas, que en la realidad ayuden a las instancias gubernamentales a aplicar el derecho internacional en el ámbito interno.

[45] Ramón Ortega García, *La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, UNAM/IIJ, p. 506.

Para el caso de México, la función legislativa de incorporación de los tratados es fundamental pero, en la solución inmediata, es el poder Judicial el que está realizando acciones remediales invaluables.

IV. Conclusiones

Como un producto más de la globalización y la interdependencia entre los Estados, el derecho internacional ha ampliado su contenido hacia áreas que antes del siglo XX le estaban vedadas o no eran siquiera existentes.

A partir de la necesidad de regular las acciones de la población mundial en un plano de cooperación e integralidad, la comunidad internacional aceptó considerar al individuo como sujeto del derecho internacional en doble vía: activa y pasiva. Aparecen, entonces, tratados que protegen los derechos humanos y otros que ubican al individuo como actor en delitos y crímenes de repercusión internacional.

Tenemos, hoy, un conjunto de normas, de principios y varios mecanismos de aplicación que surgen en el derecho internacional pero que, necesariamente, deben ser reconocidos y/o incorporados en los ordenamientos internos.

Para el derecho mexicano esto ha provocado, entre otros aspectos, la actualización de nuestro sistema jurídico. La reforma constitucional, de obvia necesidad, no es más que el punto de partida. Los órganos del Estado mexicano tienen varias acciones pendientes en todas las áreas. La legislación interna debe apoyar el proceso de incorporación de las obligaciones internacionales señaladas en tratados y en otras fuentes del derecho internacional; en este proceso es necesario determinar claramente en qué situación se encuentran los tratados y cómo deben aplicarse. Todo esto también implica crear la normativa interna que especifique procedimientos y órganos del cumplimiento de tales obligaciones, incluso las derivadas de decisiones de órganos internacionales.

La adecuación de contenidos del derecho internacional en el derecho mexicano supone acciones de los tres poderes, en su ámbito correspondiente, para darle cumplimiento a las obligaciones que el Estado ha contraído, en el entendido de que para las instancias internacionales, el incumplimiento de los tratados no admite justificación relacionada con las deficiencias normativas internas y puede implicar responsabilidad internacional.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, (Compiladores: Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez), México, UNAM-Porrúa, 2004.

Becerra Ramírez, Manuel. "La recepción del derecho internacional en la Constitución de 1917. Hacia un nuevo sistema", en Jorge Sánchez Cordero, (coord.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del derecho internacional público*, México, UNAM, 2017.

Becerra Ramírez, Manuel. *El control de la aplicación del derecho internacional*. México, UNAM, 2013.

Buscaglia, Edgardo, *et. al., "*Delincuencia organizada y derechos humanos: ¿Cómo controlar el uso de las técnicas modernas de investigación?", en Edgardo Buscaglia y Samuel González Ruiz (coord.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*. México, INACIPE, 2005.

Carbonell, Miguel. *Los derechos humanos en México. Hacia un nuevo modelo*. México, Ubijus, 2014.

Carpizo, Jorge. "La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Gros Espiell, Héctor. *Estudios sobre derechos humanos*. España, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ed, Civitas, 1988.

Hirst, P y G. Thompson. *Globalization in question*. Cambridge, Polity Press, 1996.

Nijman, Janne y André Nollkaemper (eds.). "Introduction". *New perspective on the divide between national and international law.* Estados Unidos, Oxford, University Press, 2007.

Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, Ed. Civitas, 1987.

Núñez Palacios, Susana. "El Estado mexicano acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.

Nuevo Diccionario de Derecho penal. 2a edición, Ed. Librería MALEJ, 2004.

Ortega García, Ramón. "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*". Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

_____. "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*". Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

Ovalle Fabela, José. *Teoría general del proceso*. México, Ed. Harla, 1991.

Pastor Ridruejo, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales.* Madrid, Ed. Tecnos, 2001.

Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Ed. Trotta, 2007.

Piza Escalante, Rodolfo. "El Valor del derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica". En *Liber Amicorum*, vol. II, San José, Costa Rica, Corte Interamericana-Unión Europea, 1998.

Rodríguez Huerta, Gabriela. *La incorporación y aplicación del derecho internacional en el orden jurídico mexicano*. México, Tirant Lo Blanch, 2015.

Rueda Fernández, C. *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*. Madrid, España, Ed. Bosch, 2001.

Shaw, Malcom. *International Law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2003.

Uribe, Gloria. *et. al*. *Derecho internacional público: una visión casuística*. México, Limusa, 2011.

Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos. "Fundamentos teórico-conceptuales de los tratados como fuente primordial del derecho internacional general". *En El estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y aplicación en la práctica internacional*. México, UNAM, 2017.

Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos. *El Derecho Internacional Penal*. Tesis de grado, UNAM, 2003.

Waters, Melissa. "Creeping monism: The judicial trend toward interpretative incorporation of human rights", *Columbia Law Review*, abril, 2007.

Electrónicas

Antonio Cançado Trindade. "Entrevista" en la revista *Ideele*. www.idl.org.pe/odlrev/revistas/138/pag108.htm.

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. "Se aprueba la más importante reforma constitucional en derechos humanos". En http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com_content&view=article.

Concha Malo, Miguel. *Contralínea*. 5 de junio de 2011, En http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/06/05/.

Servicio de noticias de las Naciones Unidas, ONU encomia reforma constitucional sobre derechos humanos en México, 9 de junio de 2011. En http://www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=21130.

Solano Herrera, Tonatiuh. Doble discurso en derechos humanos, miércoles 13 de octubre de 2014. En https://www.larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=533321693.

La teoría general del proceso. Algunas propuestas para su actualización

Antonio Salcedo Flores*

Resumen:

Este trabajo analiza la *teoría general del proceso* e intenta demostrar que es necesario realizarle diversos ajustes; corregir algunas de sus tesis fundamentales; incluir entre sus temas aquellos que aparecieron a fines del siglo XX y principios del XXI; incorporarle las nuevas tecnologías; devolver a la justicia el carácter de parte esencial del derecho del que fue despojada durante el siglo XX por los iuspositivistas radicales, devolución que es indispensable si es que se quieren enfrentar —con alguna probabilidad de éxito— los desafíos que plantea el siglo XXI. Sobre este punto veremos las aportaciones de cuatro reconocidos estudiosos, dos de ellos alemanes y los otros dos estadounidenses, quienes coinciden en señalar que el derecho no puede, menos el derecho procesal, prescindir de la justicia.

Abstract:

This work analyzes the general theory of the process and tries to demonstrate that it is necessary to make various adjustments; to correct some of his fundamental theses; to include among its themes those that appeared at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century; to incorporate the new technologies; to return to Justice the character of an essential part of the Law from which was stripped during the 20th century by the radical iuspositivists, a return that is indispensable if they want to face —with some possibility of success— the challenges posed by the twentieth century. On this point we will see the contributions of four well-known scholars, two of them Germans and the other two Americans, who agree in pointing out that the Law can not, except Procedural Law, prescribe justice.

Sumario: Introducción / I. La teoría general del proceso / II. Sus conceptos fundamentales / III. Los temas nuevos / IV. Conclusión / Fuentes de consulta

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

Introducción

Esta segunda década del siglo XXI es momento propicio para revisar los temas de la *teoría general del proceso*, cuya conformación actual quedó trazada —por lo menos en lo que a América Latina se refiere— durante la segunda mitad del siglo XX, con las aportaciones, principalmente, de Niceto Alcalá-Zamora, sobre la unidad del derecho procesal; Ramiro Podetti, con la trilogía fundamental estructural; Humberto Briseño Sierra y su concepción de la acción como serie de actos proyectivos; Eduardo Couture, al advertir que la jurisdicción es tanto poder como deber; Marco Antonio Díaz de León, al referirse al difícil manejo de la prueba por parte del juez; Cipriano Gómez Lara y el procesalismo científico; Santiago Oñate Laborde, al destacar la función del proceso como medio de acceso a la justicia; Hernando Devis Echandía y su teoría sobre la prueba judicial; José Ovalle Favela y sus garantías constitucionales del proceso; Ana María Conesa Ruiz y la función social del proceso; Laura Madrazo y la estructura de los medios de impugnación; Ángela Ester Ledesma y sus estudios sobre la organización judicial;[1] Silvia Sánchez González y el sentido humanitario del proceso; entre otros y otras.

Es hora de que la teoría general del proceso sea pensada en su relación con las nuevas tecnologías, los estándares internacionales, el reclutamiento y la independencia de los jueces, los principios generales del proceso, el privilegio del fondo sobre la forma, la supremacía de la persona y la justicia. Estas áreas del conocimiento humano han experimentado cambios vertiginosos en los últimos veinte años. Por ejemplo, entre las nuevas tecnologías que más influyen al proceso y que deben incluirse en la actualización de la disciplina procesal que se propone, se encuentran los avances en materia de información y comunicaciones, los equipos y componentes electrónicos, el Internet y las nuevas prácticas científicas.

Es también la oportunidad para corregir los errores en que incurrieron célebres doctrinarios, legisladores y jurisprudentes. Equívocos que hoy impiden al proceso evolucionar en la dirección correcta, por ejemplo mencionemos la posición que asumieron los llamados *iuspositivistas recalcitrantes*, quienes, con Hans Kelsen a la cabeza, decidieron excluir a la justicia del estudio y la aplicación del derecho, con el argumento de que la justicia era un valor que

[1] Carina Gómez Fröde y Marco Antonio Briseño García Carrillo (coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

pertenecía a la moral o a la ética, y que, por tanto, no debía incluirse en la ciencia jurídica, porque, afirmaron, la contaminaba.[2] La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana, llegó a declarar que su función no era la de impartir justicia, sino la de interpretar y aplicar la ley.[3] Esas actitudes radicales han ido rectificándose desde finales del siglo XX, con base, principalmente, en las aportaciones de Niklas Luhmann y su teoría del sistema jurídico,[4] de John Rawls y su teoría sobre la justicia,[5] de Ronald Dworkin y sus derechos en serio;[6] así como de Jürgen Habermas y el papel central del juez en el funcionamiento del derecho.[7] Los tratadistas mencionados devolvieron a la justicia su papel central en el derecho.

La metodología que se utiliza en este ensayo, consiste en una breve exposición de los temas fundamentales de la teoría general del proceso, planteamiento que es aprovechado como marco de referencia para las críticas y las propuestas de actualización y rectificación que se presentan.

I. La teoría general del proceso

La parte general del fenómeno procesal se conoce como teoría general del proceso. El derecho procesal es la parte particular. A la teoría procesal se le

[2] Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, colección *textos universitarios*, 1995, "Derecho y justicia son conceptos diferentes. En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece como derecho positivo. Este libro se limita a estudiar el concepto del derecho positivo y, por tanto, debe distinguir claramente la ciencia del derecho positivo y la filosofía de la justicia". p. 6.

[3] Esto lo sostuvo al considerar que los deudores de la banca estaban en lo justo cuando se negaban a pagar intereses sobre intereses, pero que al estar esos intereses autorizados por la ley, los deudores estaban legalmente obligados a pagarlos. Así lo resolvió en su jurisprudencia, Anatocismo. Dicho vocablo no se encuentra en el sistema jurídico mexicano. Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Jurisprudencia LXVI/1998. Pleno. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VIII, octubre de 1998, p. 381.

[4] Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, (trad.) Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura; México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2005.

[5] John Rawls, *Teoría de la justicia*, 6ª reimpresión, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

[6] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

[7] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª edición, Valladolid, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Filosofía, introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo, 2000.

considera el conjunto de conceptos, principios, reflexiones y conocimientos que estudian y explican el proceso, el que a su vez es contemplado como el sistema que analiza los conflictos jurídicos que se presentan ante el juez, para su conocimiento y resolución; sistema analítico que se interesa por las causas, los modos y las consecuencias de esos desacuerdos, a fin de erradicarlos para mantener el orden público y la paz social que harán posible la evolución humana.

Se habrá notado que consideramos materia del proceso sólo al conflicto de intereses que es llevado ante el juez, es decir, que trasciende procesalmente, hecho que implica que estimamos acertada la definición de litigio de Carnelutti: "conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro".[8] Mientras que rechazamos, por considerarla equivocada, la concepción de litigio propuesta por Alcalá-Zamora: "conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa".[9] Lo anterior obedece a que casi todos los conflictos humanos trascienden jurídicamente, y a que son muy pocos los que trascienden procesalmente, que son los que le interesan al proceso. Los conflictos que trascienden jurídicamente, sin trascender procesalmente, le interesan más a la teoría general del derecho, a la sociología y a la antropología jurídica que al proceso. Lo anterior se evidencia al tomar en cuenta que tan solo en la materia criminal, más del 99% de los conflictos jurídicos no llegan al conocimiento del juez, es decir, aunque trascienden jurídicamente, no trascienden procesalmente, por lo que no serían litigios, en términos de la definición del *arquitecto de la teoría del proceso*: Francesco Carnelutti, quien, como vimos, afirma que al litigio lo califica, es decir, lo caracteriza, la pretensión, figura de naturaleza eminentemente procesal, que únicamente puede existir en los procedimientos jurisdiccionales, ya que sólo ante el juez es que se plantean las pretensiones, acto que consiste en determinar y reclamar la prestación, expresar sus causas e invocar los preceptos de derecho que se estiman aplicables. En consecuencia, resulta igualmente errónea la idea de Alcalá-Zamora de que el litigio es el punto de partida de una autocomposición o de una autodefensa. ¿Cómo podría serlo si ambas formas autocom-

[8] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, Tomo I, Buenos Aires, Uteha, 1944, p. 44.

[9] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 18.

positivas del conflicto tienen lugar sin que el desacuerdo haya llegado al conocimiento del juez? Alcalá-Zamora asegura que para elaborar su definición de litigio siguió al maestro Carnelutti, si esto es cierto, es claro que no lo comprendió, pues no hay duda de que para el italiano el litigio es parte esencial del proceso y no puede constituir el punto de partida de una autodefensa o de una autocomposición, como espera Alcalá, pues ambas formas compositivas de los conflictos son previas a la intervención del juez y además ninguna de ellas se interesa por la resistencia a la pretensión.

II. Sus conceptos fundamentales

En este apartado expondremos brevemente los temas que componen el eje rector de la teoría procesal, a lo largo del texto también iremos señalando las partes que consideramos que deben corregirse y/o actualizarse, al efecto haremos algunas propuestas.

II.1. La acción

Según Couture, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.[10]

La acción es, dice José Becerra Bautista, "el derecho de provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del interés jurídico protegido por el legislador, que ha sido desconocido o vulnerado".[11] Esta definición posee graves deficiencias, pues afirma que se ejercita la acción para conseguir la satisfacción del interés jurídico, lo que es incierto, pues nadie puede asegurar que el accionante obtenga la satisfacción de su pretensión, además está por verse si realmente el legislador u otra fuente del derecho protegen el supuesto interés jurídico que se lleva ante el juez, y, lo que es peor, Becerra da por hecho que se ha desconocido o vulnerado un derecho, siendo que algunos de los aspectos esenciales del proceso son la incertidumbre, la duda y la presunción de inocencia, que prohíben prejuzgar, además de que obligan al sistema jurídico, incluidos los doctrinarios y los jueces, a tratar

[10] Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición, reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 57.

[11] José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, 15ª edición, México, Porrúa, 1996, p. 1.

como inocentes a las personas demandadas o acusadas, tanto en las materias civil y penal, como en cualquier otra. Presunción de inocencia que sólo podrá ser derrotada por una sentencia firme que concluya un procedimiento jurisdiccional en el que se hayan respetado y garantizado las formalidades esenciales del procedimiento: audiencia, prueba, racionalidad, excelencia —que exige del juez un trabajo óptimo—, dialéctica, congruencia, oportunidad, etcétera.

Los países democráticos —hoy en día— consideran a la acción el contrapeso de la jurisdicción, en virtud de que brinda a las partes derecho para exigir del órgano jurisdiccional el cumplimiento de su función, que es la impartición de justicia. La acción empodera al justiciable, en virtud de que le permite cuestionar y, en su caso, derrotar la presunción de certeza de la resolución jurisdiccional;[12] hace posible el acceso a la justicia, orienta el trabajo del juez, impide las arbitrariedades fuera y durante la tramitación del juicio, además de que impulsa el procedimiento.

II.2. La jurisdicción

Quien mejor define a la jurisdicción, asegura Humberto Briseño Sierra, es la escuela francesa, en virtud de que la distingue de los actos ejecutivo y legislativo, caracterizándola como decisión que resuelve un conflicto de intereses. El punto de partida es el litigio, hecho que permite afirmar que la jurisdicción es el acto por el que una autoridad pública se pronuncia sobre un derecho que ante ella se ha discutido. Otra concepción, también francesa, abona Briseño, sostiene que el acto jurisdiccional busca comprobar la existencia o inexistencia de un pretendido derecho subjetivo, hecho que implica la necesidad de que se ejerza por el órgano competente y no por cualquier autoridad.[13]

Eduardo Couture concibe la jurisdicción como competencia, poder, deber y función.

Es en este concepto fundamental donde debe incluirse el tema del reclutamiento de los jueces y su autonomía. Uno de los motivos de la crisis que

[12] "Toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla". Artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

[13] Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal*, Capítulo V, apartado 77, México, Harla, 1995, pp. 511-523.

padecen los sistemas judiciales de Latinoamérica, consiste en la falta de un poder judicial con la fortaleza que la función requiere. Muchos de nuestros jueces no son las personas idóneas para desempeñar esos cargos, un número considerable de juzgados está ocupado por quienes fueron excelentes estudiantes y tuvieron la buena o mala suerte de que entre sus profesores o amistades se encontrara alguien con la influencia necesaria para llevarlos a ocupar la titularidad de un juzgado; otros garantizaron docilidad y lealtad hacia las personas que los propusieron y/o los designaron. Otros más tuvieron el dinero que les exigieron a cambio de adelantarles el contenido de los exámenes que se aplicaron para ingresar a la judicatura; algunos más trabajaron muchos años de su vida en cargos inferiores y como pago por sus servicios y por su antigüedad, les entregaron el juzgado. Son muchos los familiares de alguien que se distinguió o se distingue como jurista y con base en su prestigio ha conseguido lugares en la judicatura para sus parientes, quienes forman verdaderos clanes judiciales, esto último, en México, es muy notorio en el Poder Judicial de la Federación, seguramente por el estatus social y político que se adquiere, además de los cuantiosos ingresos (nominales y extra-nominales) que se perciben. Lo anterior, seguramente, contribuyó para que más del 74% de los mexicanos encuestados respondiera que desconfía de sus jueces, esto, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.[14]

La teoría general del proceso, actualizada, debe preocuparse por los mecanismos que garanticen que quien llegue a desempeñar el cargo de juez sea la persona idónea para ocuparlo, ya sea encargando la designación a un comité formado por quienes se hayan distinguido por su honorabilidad, sensatez, compromiso social, apolitismo, etcétera, o dejando la decisión a la comunidad, por medio de elecciones populares, proceso electoral en el que deberá excluirse la participación de todos los partidos políticos, que son los organismos más repudiados por la sociedad mexicana, habiendo sido reprobados por el 83% de las personas recientemente encuestadas.[15] La academia y la doctrina procesal deben unir esfuerzos para corregir la anomalía consistente en que los ministros de la SCJN, máximo tribunal de nuestro país, sean propuestos por el Poder Ejecutivo y designados por el Poder Legislativo.

[14] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, (INEGI), Informe de 2007.

[15] INEGI, Informe de 2018.

II.3. El procedimiento jurisdiccional

Héctor Santos Azuela define el procedimiento jurisdiccional, como la serie de actos jurídicos realizados con el fin de conseguir la administración efectiva de justicia, mediante la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, a través de la sentencia.[16]

La estructura formal del procedimiento se integra de actos, etapas, secuelas, períodos e instancias, así como por series de actos y de instancias. El procedimiento está regulado por principios, entre los que se encuentran los de audiencia, defensa, prueba, publicidad, congruencia, juridicidad, racionalidad y debido proceso.

En el año 2005 se concibió al procedimiento judicial como garantía del sistema jurídico, asegurando que es un medio eficaz para la defensa de los derechos humanos, así como para la restauración del régimen jurídico que hubiere sido quebrantado.[17] Dicha concepción fue confirmada por la Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos, en el año 2011, en el artículo 29 de la Carta Magna mexicana, estableció que el procedimiento —o garantías judiciales indispensables— para la protección de los derechos humanos más importantes, al igual que éstos, es irrestringible e insuspendible, aun en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Este primerísimo lugar que se reconoce al procedimiento judicial motiva su reposicionamiento en la actualizada teoría general del proceso que se propone.

II.4. La unidad del derecho procesal

La unidad del derecho procesal quedó establecida a mediados del siglo XX. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo[18] demostró que todos los procedimientos judiciales comparten elementos fundamentales, sus diferencias son sólo de grado, por ello no es necesario que cada rama del derecho procesal tenga su propia teoría; todas ellas deben valerse de una teoría general. El dere-

[16] Héctor Santos Azuela, *Teoría general del proceso*, México, McGrawHill, 2000, p. 115.

[17] Sandra Salcedo González, "El Proceso y los Derechos Humanos", Trabajo Terminal de la Licenciatura en Derecho, Ciudad de México, UAM-Azcapotzalco, 2005.

[18] *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972), Tomo I: números 1-11, Ciudad de México, UNAM, 1ª reimpresión, 1992, 11) C) Problema previo referente a la unidad o diversidad del derecho procesal, pp. 543-585.

cho procesal es aplicable de manera similar a todos los procedimientos que se desarrollan en forma de juicio, en virtud de que cada uno de ellos está compuesto de los mismos elementos dogmáticos y técnicos. Los primeros son la jurisdicción, la acción, el procedimiento y la justicia. Los segundos son las fases procesales: postulatoria, probatoria, alegatoria, resolutoria y ejecutoria.

Esta unidad debe mantenerse, aun en contra de las voces[19] que durante los últimos cuatro años han propuesto la diversidad entre los derechos procesales penal y civil, principalmente.

II.5. La prueba

La prueba, señala Devis Echandía, debe reconocerse en tres aspectos: *a*) el de vehículo, medio o instrumento, *b*) el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos vehículos se encuentran a favor de la existencia o inexistencia de los hechos); y *c*) el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos).[20]

La prueba es, cronológicamente, un resultado. Como producto de un procedimiento, es indudablemente, un objeto de conocimiento. Su vinculación con el hecho que se prueba conduce a una duplicación de objetos de conocimiento, apunta Briseño Sierra.[21]

Prueba es todo medio que permite transformar un estado de duda en otro de certeza. Su concepto, en la teoría procesal actualizada, debe ser elaborado de la manera más amplia posible, a fin de que en él se incluyan los registros, los productos, las operaciones, las cosas, los actos y las situaciones que tienen lugar en y con los actuales medios de comunicación y demás instrumentos que la ciencia ha creado y llegue a crear.

Operaciones mentales del juez al apreciar la prueba

En esta actividad intelectual del juzgador, que es la más compleja y difícil de su función, intervienen elementos lógicos, racionales, psicológicos, neu-

[19] Encabezadas por Héctor Fix Zamudio.

[20] Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1981, pp. 20-25.

[21] Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal*, 2ª ed., México, Harla, *Colección Juristas Latinoamericanos*, 1995, pp. 1240-1247.

rológicos, antropológicos, políticos, sociológicos, técnicos y experimentales, principalmente. El juez opera en los siguientes procesos:

a) *Percepción u observación*. El tribunal entra en contacto con el medio de convicción, lo absorbe, extrae de él su contenido o mensaje probatorio.
b) *Representación o reproducción*. El juzgador utiliza, aplica el producto percibido a los hechos dudosos; contrasta y sobrepone el primero con y a los segundos.
c) *Deducción o inducción*. El juez, con base en la armonía entre lo percibido y lo dudoso, infiere, concluye la verdad o falsedad del hecho dudoso.

Procedibilidad de la prueba

Es la ruta que recorre la prueba en el procedimiento judicial, va desde su necesidad hasta su utilización para resolver el litigio.

a) *Necesidad de la prueba*. Las interrogaciones procesales serán despejadas con base en pruebas, de allí que éstas sean indispensables en las tareas jurisdiccionales.
b) *Producción u obtención de la prueba*. Son los actos procesales que tienden a poner la prueba a disposición del juez.
c) *Proposición y presentación de la prueba*. La parte aduce el medio probatorio y el juez se limita a tenerlo propuesto.
d) *Admisión y ordenación*. Es el acto procesal por el cual, el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese procedimiento y entonces ordena agregarlo o practicarlo.
e) *Recepción o práctica*. Son los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos, solicitados o decretados de oficio, se incorporen o ejecuten en el proceso.
f) *Asunción*. Es la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez.
g) *Valorización y aplicación*. En esta fase el juez aprovecha el contenido de las pruebas para despejar los interrogantes del litigio y resolverlos.

II.5.1. La prueba presuncional humana y los fundamentos de la matemática

La prueba presuncional humana consiste en las ideas, deducciones e inferencias que se producen en la mente del juez a partir de los elementos que se encuentran en el caso que debe resolver. En ocasiones, esos resultados los obtiene después de un arduo y extenso trabajo físico y reflexivo, y otras veces arriba a ellos de manera casi inmediata; sin embargo, siempre en su mente se realiza una operación de contraste entre la verdad propuesta y la información que ya posee, la compatibilidad entre una y otra, conducirá al resultado. En enunciados tan evidentes como *vivimos en el planeta Tierra*, para saber si es cierto o falso, la mente lleva a cabo una operación entre el contenido del enunciado y el conocimiento racional y empírico que ya se encuentra en su memoria, después concluye que el enunciado es cierto. La reflexión la hizo a gran velocidad, pero la hizo, nunca deja de hacerla, sus respuestas no son automáticas.

Los fundamentos de la matemática afirman que los teoremas son proposiciones demostrables a partir de axiomas, que son proposiciones tan evidentes que no necesitan ser probadas, esto no es cierto, debido a que la mente humana, como vimos, siempre realiza una operación de comparación entre todo enunciado —por simple o evidente que éste sea— y la información que posee, para después deducir si el enunciado es cierto o falso. El hecho de que esa operación mental se lleve a cabo a mayor velocidad que otras, no quiere decir que deje de hacerse. Por tanto, podemos afirmar que todo axioma es demostrado por medio de la prueba presuncional humana.

La teoría general del proceso, debe dar a la prueba de presunciones humanas la atención que hasta ahora le ha negado.

II.6. La sentencia y la cosa juzgada

Ambas: sentencia y cosa juzgada integran la cuarta fase del procedimiento jurisdiccional, la una resuelve el litigo y la otra lo deja listo para su ejecución. Nuestro sistema procesal, en los últimos diez años, ha experimentado cambios significativos cuyos efectos son más notorios en esta cuarta etapa, en virtud de que el sistema jurídico mexicano, a partir del año 2011, dio mayor certeza al uso de los principios generales del derecho, impuso la obligación a todas las autoridades de garantizar los derechos humanos, privilegió el

fondo (la justicia) sobre la forma (el procedimiento); privilegió a la persona sobre la ley y su interpretación, mandó a todos los jueces que buscaran el buen derecho, así como que ejercieran los controles de constitucionalidad y convencionalidad. Esto último impone a todos los jueces mexicanos el deber de ejercer el control difuso o concentrado, según sea la competencia del órgano jurisdiccional de que se trate, sobre las acciones y las omisiones de entes públicos y privados que ataquen derechos humanos; control que habrá de ejercerse con base en los mandatos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales de los que México forme parte y en la Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, por eso mismo, el tema del control de convencionalidad no puede estar ausente en la actualización de la teoría procesal.

II.6.1. La sentencia

Es el acto del órgano jurisdiccional por el cual resuelve el litigio. En México se conoce como definitiva a la sentencia que concluye la fase resolutiva principal de primera instancia, y como interlocutoria a la sentencia que decide o concluye un incidente.

Naturaleza de la sentencia

La corriente formalista legal atribuye a la sentencia una naturaleza de mera interpretación y aplicación de la ley, conceptualización en la que destaca la sentencia silogística o axiomática. La justicia no forma parte de su objeto de estudio, lo más importante es la estructura formal. La sentencia se obtiene mediante un juicio subsuntivo.

El antiformalismo rechaza a la ley como fuente única del derecho y de la sentencia, se apoya, sobre todo, para resolver los casos difíciles, en las fuentes no formales: costumbre, equidad, principios generales. Asegura que el objetivo de la sentencia es la impartición de justicia. La sentencia es tópica y favorecerá a quien lo merezca, la forma se sacrificará por la justicia. La sentencia se obtiene mediante un juicio ponderativo.

Contenido de la sentencia

a) Resultados.

b) Considerandos: I. Derecho aplicable, II. Hechos probados actualizadores del derecho y III. Conclusión o consecuencia de la actualización del presupuesto.
c) Resolutivos.

II.6.2. La cosa juzgada

Es la calidad de la resolución judicial que no admite recurso alguno y puede ya ejecutarse.

Naturaleza jurídica de la cosa juzgada

Es el estado a que llega la resolución judicial cuando contra ella se han hecho valer todos los recursos posibles o ha sido consentida por las partes, extremos que han dejado firme, cerrada, ejecutoriada o juzgada la resolución, y preparada para ser ejecutada.

La cosa juzgada se extiende a las partes, a las pretensiones litigiosas y a la causa de pedir (derecho sustantivo).

Relatividad de la cosa juzgada

La cosa juzgada, en el sistema jurídico mexicano, se relativizó con la "acción de nulidad de juicio concluido", incorporada a nuestra legislación en el 2004, en los artículos del 737A al 737L del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. La acción de nulidad de juicio concluido, ha experimentado numerosas derogaciones por parte de la Asamblea Legislativa, y varios de sus presupuestos han sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hechos que han representado un triste retroceso en materia de seguridad jurídica, en virtud de que esas regresiones impiden revisar y corregir actuaciones judiciales fraudulentas; revisión y corrección que procuraba más eficaz y eficientemente la acción de nulidad de juicio concluido original.

II.7. Acción de inexistencia de resoluciones judiciales defectuosas

Por esta vía siempre podrá revisarse y corregirse cualquier resolución judicial, incluida la cosa juzgada, cuando en su producción se hayan violado las reglas procedimentales, debido a que los artículos 1824 y 1828 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México, disponen

que el hecho objeto del acto es imposible e inexistente si es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Por su parte, el numeral 1794, también del Código Civil, exige para la existencia del acto dos elementos: consentimiento y objeto, si este último falta, el acto es inexistente. Esas disposiciones son aplicables a las actuaciones procedimentales porque así lo ordenan los artículos 1859 del Código Civil y 74 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, y porque las normas que rigen el procedimiento son de orden público, según expresamente lo establece el artículo 55 del código adjetivo mencionado, además son incompatibles con los actos que las contradicen y constituyen un obstáculo insuperable para su realización. Esos actos violatorios del procedimiento jurisdiccional no poseen objeto, son inexistentes, imprescriptibles e inconvalidables, en términos del artículo 2224 del Código Civil; nunca causarán ejecutoria, la cosa juzgada que intente legitimarlos será aparente, revisable y revocable.

En el número 81 de la revista *Alegatos*, precisamente en el artículo titulado "El proceso y el tiempo",[22] se aborda la relación entre ambos conceptos. Sobre el tiempo se expone el tratamiento que le han dado físicos como Newton, Max Planck y Einstein; filósofos como Aristóteles, Kant y Heidegger; y juristas como Humberto Briseño Sierra y los miembros del Poder Judicial de la Federación. Se demuestra la prevalencia del tiempo jurídico sobre el tiempo físico y cómo el tiempo (plazos, términos y señalamientos) no corre cuando en caso de hacerlo pudiera producir una privación injusta de derechos. Esto es así porque el tiempo procesal es un instrumento más para que el juez cumpla su función, que es administrar justicia, es decir: el elemento temporal debe contribuir con la labor del juez. En el momento en que el tiempo obstruya la función jurisdiccional debe dejar de utilizarse. Por ejemplo, un reo acusado por un delito de violación que no cometió, entrega a su abogado las pruebas que demuestran su inocencia y el abogado las ofrece en el juzgado el día siguiente a aquel en que concluyó el plazo para que las partes ofrecieran pruebas. Un juez que no tenga clara la tarea del tiempo procesal se negará a admitir las pruebas, pues el plazo para su proposición, diría, ya se consumió y dejaría al procesado en la penitenciaría otros diez años. La condena se la estaría aplicando no por el inexistente delito de vio-

[22] Universidad Autónoma Metropolitana, Departamento de Derecho, Programa Editorial *Alegatos*, Javier Huerta Jurado, Director, México, 2012, pp. 313-346. Artículo de mi autoría.

lación, sino porque el abogado defensor llegó un día después del oportuno. Otro juez que sí dé al tiempo procesal su verdadera dimensión, hará al abogado una llamada de atención y hasta podrá aplicarle una medida de apremio, pero admitirá las pruebas, porque es superior el derecho de defensa al de justicia pronta. Ningún plazo, término o señalamiento, tampoco la cosa juzgada, puede privarnos de nuestro derecho de defensa, el tiempo debe ayudar al objeto del procedimiento, no estorbarle. Lo anterior puede hacerse valer ante cualquier órgano jurisdiccional, si somos capaces de comprender e invocar debidamente los principios que regulan el procedimiento, así como el legado jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación,[23] aplicado por analogía y mayoría de razón[24] a todas las ramas procesales[25], según lo autoriza el principio de unidad procesal demostrado por Alcalá-Zamora y abordado en el apartado II.4. de esta investigación.

II.8. Los medios de impugnación

Son instrumentos que el derecho proporciona a determinadas personas para que se opongan a los actos, a las omisiones y/o a las decisiones judiciales abusivas, que alteran los hechos litigiosos, no aprecian debidamente las pruebas, y/o no aplican el derecho como deben hacerlo.[26]

[23] Procedimiento sumario penal. No debe dictarse sentencia en aras de favorecer la celeridad del juicio cuando existen pruebas pendientes de desahogo, pues la garantía de defensa adecuada prevalece sobre la de justicia pronta al ser más favorable a los intereses del acusado (Legislación del estado de Yucatán). Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Cuarto Circuito. Amparo directo 410/2007. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Enrique Eden Wynter García. Secretario: Luis Armando Coaña y Polanco. Tesis aislada.

Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 2549/2002. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente; Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Silvia Anunziata García Romero. Tesis aislada.

[24] Defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la obtención de una sentencia en breve lapso. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. Amparo directo 63/2001. 25 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez. Jurisprudencia.

[25] Paulo, en el libro único sobre las cogniciones. *Cuando la ley hace mención de dos meses y el <demandado> acude al sexagésimo primer día, debe ser escuchado, pues así lo manifestó en su rescripto el emperador Antonino <Caracala> juntamente con su divino padre <Septimio Severo>. Sobre las diversas reglas del Derecho Antiguo (Digesto 50.17)*, Versión de Martha Patricia Irigoyen Troconis, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2005, p. 12.

[26] José Antonio Ibáñez Aguirre, *Para leer a Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 2012.

Función de los medios de impugnación

a) Combatir el abuso del poder.
b) Dar más seguridad a las partes y a la sociedad frente a las decisiones judiciales.
c) Equilibrar a la jurisdicción.
d) Mejorar la impartición de justicia, al enmendar los yerros judiciales.

Estructura del medio impugnativo

a) Localización e identificación del agravio.
b) Cumplimentación de la forma y el plazo (término, señalamiento) exigidos.
c) Expresión de agravios:
    1. Parte de la resolución que los causa.
    2. Preceptos jurídicos violados.
    3. Conceptos de violación:
        i. Invocación e interpretación del derecho aplicable.
        ii. Exposición de la actuación judicial.
        iii. Demostración de la contradicción entre el derecho aplicable y la resolución del juez.
        iv. Propuesta de resolución que repararía los agravios.

Los medios de impugnación, al permitirle al gobernado oponerse a las arbitrariedades judiciales, es un tema que necesariamente habrá de ser replanteado por la nueva teoría procesal, en esta segunda década del siglo XXI, que se caracteriza por la reactivación de los derechos humanos, otrora conocidos como garantías individuales, derechos civiles, derechos de las personas, etcétera.

III. Los temas nuevos

En este apartado nos referiremos a los temas que pensamos deben ser incluidos en la actualización de la teoría general del proceso.

III.1. La persona humana

Debe ser considerada el centro de la teoría y el derecho procesales, ya que ambos tienen por objeto garantizar el cumplimiento del derecho, y la Constitución mexicana, en el artículo 1, producto de su reforma del año 2011, estableció que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse en la forma que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia, de tal modo que la teoría general del proceso actualizada debe estructurarse de manera tal que privilegie a la persona sobre la ley.

III.2. Los principios generales del proceso

Son las máximas de la experiencia, es decir, las ideas que han surgido de la práctica y teorización del derecho procesal, contempladas en su relación con los demás sistemas del conocimiento y existencia humanos. La Ley de Amparo, que es uno de los instrumentos procedimentales más importantes en nuestro país, en su artículo 2, dispuso la aplicación supletoria de los principios generales del derecho, lo cual debe tomarse en cuenta en la actualización de la teoría procesal.

III.3. El privilegio del fondo sobre la forma

El iuspositivismo recalcitrante de la segunda mitad del siglo XX, que prohibía al derecho involucrarse en valores como el de justicia, por considerar que contaminaban el sistema jurídico,[27] cedió terreno y aceptó la estrecha relación que el derecho tiene con la justicia.[28] El sistema jurídico mexicano, en la Ley de Amparo,[29] precisamente en el artículo 189, párrafo primero, dispuso que en los juicios de amparo se privilegie el estudio de los conceptos de violación que mayormente beneficien al quejoso, así como que sobre la forma y el procedimiento se privilegie el fondo. Hecho que debe ser tomado en cuenta en la reestructuración de la teoría procesal.

[27] Entre estos iuspositivistas radicales se encontraba Hans Kelsen, autor de la *Teoría pura del Derecho y de la Teoría general del derecho y del Estado*.

[28] En la corriente incluyente están John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y Niklas Luhmann, en cuyas respectivas obras jurídicas, incluyen a la justicia.

[29] Promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, y vigente a partir del día siguiente.

III.4. Los avances tecnológicos

Consisten en el mejoramiento de los actos y las herramientas que llevamos a cabo y utilizamos para la realización de una tarea. En los últimos veinticinco años la sociedad mundial ha presenciado una auténtica revolución tecnológica en materia de información y comunicación, actividades para las que ha diseñado y mejorado significativamente diversos instrumentos, entre los que se encuentran los satélites (que dieron un fuerte impulso a las comunicaciones inalámbricas), las fibras ópticas, las computadoras y el Internet (que además permitió la creación de las redes sociales). Los tribunales deben aprovechar los avances en comunicación para la realización de notificaciones, práctica de diligencias; sobre todo cuando quienes intervienen en la diligencia se encuentran en lugares distintos y distantes, por ejemplo, unos en Asia y otros en América o en algún otro lugar fuera de la Tierra. La fibra óptica y el internet facilitarán las labores de archivo y conservación de documentos, así como la consulta de bancos de datos. El campo de la prueba y prácticamente todas las actividades procesales habrán de adecuarse a las nuevas tecnologías. Circunstancia que no puede ser ignorada por el proceso, menos aun cuando vemos que en la materia contenciosa administrativa federal, en los juicios de amparo y en los procedimientos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales, ya se están practicando las diversas actuaciones: presentación de demandas y contestaciones, notificaciones, ofrecimiento y desahogo de pruebas, exhibición de documentos, inspecciones, intervención de peritos, etcétera, en la vía electrónica, con apoyo del Internet.

III.5. El reclutamiento de los jueces y la independencia judicial

Decíamos en el apartado II.2. que la actualización de la teoría procesal debe incluir entre sus temas fundamentales el relativo al reclutamiento de los jueces y la independencia de éstos frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo. El nepotismo que existe hoy en día en el Poder Judicial debe ser erradicado. Los jueces deben ser reclutados sobre la base de las capacidades y méritos personales de los aspirantes. La independencia de los jueces debe ser tratada y sugerida por la teoría procesal, disciplina que puede exponer y justificar el por qué de la necesidad de confiar la jurisdicción solamente a las personas aptas para desempeñarla.

III.6. Los estándares internacionales

Son los modelos elaborados por los organismos internacionales para determinar las características típicas de una cosa, un acto, una situación, etcétera. En la materia procesal estos estándares se encuentran en los tratados, en las convenciones internacionales y en la jurisprudencia integrada por los tribunales internacionales que, al interpretar y aplicar unos y otras, sientan precedentes. La teoría procesal actualizada debe tener muy en cuenta esos referentes.

III.7. El proceso y la justicia

Es imposible pensar en el proceso sin dar al juez un papel estelar. Dworkin advierte que el único derecho es el que se opera y decide ante los tribunales; Habermas presenta su teoría del derecho tratándolo en estrecha e indispensable relación con las funciones del juez;[30] Luhmann pone en el centro del sistema jurídico a los jueces; Rawls, en su teoría de la justicia, asegura que son los jueces los encargados de hacer llegar los derechos a sus titulares.

Si a la luz de las reflexiones de estos cuatro grandes pensadores y la consideración de que la razón de ser de los jueces es impartir justicia con base en la interpretación y la aplicación del derecho, no podemos más que concluir que la justicia es una parte insustituible del derecho.

En la actualización de la teoría general del proceso será de gran ayuda la teoría de la justicia que propone Niklas Luhmann: "No obstante, el sistema jurídico no tiene porqué desistir de la idea de justicia. Lo que se tiene que reconsiderar es tan solo la ubicación teórica de esta idea […]. En una versión compacta: la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión".[31]

IV. Conclusión

Es momento propicio para actualizar la teoría general del proceso, se deben realizar las correcciones e incorporársele los temas que se proponen en este trabajo.

[30] Francisco Javier Castillejos Rodríguez, *La ratio en la era postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórica-discursiva de la filosofía del derecho*, México, UNAM y th Tirant Humanidades, 2014.

[31] Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, *op. cit*., pp. 278-289.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Alcalá-Zamora Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. 15ª edición, México, Porrúa, 1996.

Briseño Sierra, Humberto. *Derecho procesal*. 2ª edición, México, Harla, *Colección Juristas Latinoamericanos*, 1995.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I, Buenos Aires, Uteha, 1994.

Castillejos Rodríguez, Francisco Javier. *La ratio iuris en la era postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórica-discursiva de la filosofía del derecho*. México, UAM y th Tirant Humanidades, 2014.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición, Buenos Aires, reimpresión, Depalma, 1990.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomos I y II, 5ª edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1981.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Gómez Fröde, Carina y Briseño García Carrillo, Marco Antonio (coords.). *Nuevos paradigmas del derecho procesal*. México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Colección estructuras y procesos, serie Filosofía*. 2ª edición, Valladolid, Trotta, 2000.

Ibáñez Aguirre, José Antonio. *Para leer a Luhmann*. México, Universidad Iberoamericana, 2012.

Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad.) Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.

Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª edición en español, México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2005.

Ovalle Favela, José. *Garantías constitucionales del proceso*. México, McGrawHill, serie Jurídica, 1997.

Rawls, John. *Teoría de la justicia*. 6ª reimpresión, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

Salcedo González, Sandra. "El Proceso y los Derechos Humanos". Trabajo Terminal de la Licenciatura en Derecho, UAM-Azcapotzalco, Ciudad de México, 2005.

Santos Azuela, Héctor. *Teoría general del proceso*. México, McGrawHill, serie Jurídica, 2000.

Después de la biopolítica, la política de la muerte

Isaac González Ruiz*

Resumen:

El propósito de este trabajo es encontrar la manera de construir epistemologías comunicantes que sirvan al propósito de la identificación fenomenológica de posibles nuevas formas de genocidio cometidas por el Estado mexicano, a partir de contextos factibles. Para ello, se introducen categorías que pretenden describir circunstancias no exploradas por el derecho internacional sobre el exterminio de personas como la rabdopolítica, en circunstancias cuya explicación se hayan en la base fenoménica/contextual de destrucción por medio de políticas públicas simuladoras, y que hasta el momento el caso mexicano muestra sin paralelo.

Abstract:

The purpose of this work is to find a way to construct communicating epistemologies that serve the purpose of the phenomenological identification of possible new forms of genocide committed by the Mexican state from feasible contexts. For this, categories are introduced that aim to describe circumstances not explored by international law on the extermination of people such as rabdopolitics, in circumstances whose explanation have been found in the phenomenal / contextual basis of destruction through simulated public policies, and which until at the moment the Mexican case shows unparalleled.

Sumario: I. Economía y política del exterminio / II. Rabdopolítica / III. Política del exterminio, el caso mexicano / IV. Similitudes genocidas / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador invitado del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

I. Economía y política del exterminio

En el Estado genocida ¿están agotadas las formas de manifestarse del fenómeno genocida?, ¿existen variables insospechadas del genocidio aun sin nominarlas?, ¿es posible entender nuevas modalidades de genocidio, de acuerdo con las recientes maneras de *ser como Estado*?, ¿es el Estado mexicano *per se* una nueva forma de Estado genocida como categoría derivada, o es más bien, una nueva construcción en los contextos de exterminio humano, que está por definirse? Ciertamente, la descripción del universo de *ser como Estado*, no sólo puede partir de la noción de lo qué es el Estado mexicano como ente de control social, que aun por más que las acciones de la gobernanza y la justiciabilidad de entre todos los seres humanos que la componen se asuman demócratas dentro del neoliberalismo, la humanidad que actúa fuera y dentro para las instituciones se congregan con una *interesia*[1] específica: corromper, acumular, simular y exterminar.

La arista que interesa desarrollar en este trabajo de la Biopolítica Foucaliana,[2] es la que implica el uso del cuerpo humano, por lo menos desde un proceso de vida como instrumento de las políticas públicas de Estado; ahora bien, la biopolítica requiere necesariamente de una relación que en igual o mayor medida de efecto a sus decisiones, lo cual por tanto, *devine* en biopoder como el ente que materializa la decisión política que la lleva a su ejecución, que aun por más, las líneas coercitivas que distinguen la decisión de hacer política pública de la decisión que la ejecuta siempre resultan sumamente *lábiles*;[3] el

[1] Para este trabajo, se ha construido el termino *interesia*, el cual significa: comunidad de intereses particulares, de propósitos y estrategias políticas/económicas, de control social integrados a la multiplicidad de las formas de violencia social en Estados democráticos liberales con fines no determinantes pero latentes de exterminio humano progresivo. Este concepto encuentra sustento en el término *microdespotismos* como una manera de liberar el despotismo de una sociedad, obreros, estudiantes, empleados burocráticos, para terminar disciplinado a los colectivos mediante la difusión del terror. Para mayor abundancia sobre los *microdespotismos* en Daniel Feierstein. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina,* Argentina. Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 284 y 285.

[2] *Vid*. Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 201 y 212. En similar sentido Bolaños Guerra, Bernardo (Coord.), *Biopolítica y migración. El eslabón perdido de la migración,* México, UAM, 2015, p. 29- 48.

[3] Del término *labilidad* como la cualidad de lo que es o está resbaladizo y deslizante, falta de estabilidad o firmeza; hoy tan comúnmente citado por fuentes diversas, desde ámbitos socio jurídicos, hace referencia a la "legalidad lábil" como el estado de derecho que se basa en su legalidad inestable, útil como un principio normativo que se ha vuelto endeble para los fines de corrupción. En Isaac González Ruiz, "Legalidad lábil", *Revista Sistema Penal*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2009.

biopoder desde su origen muestra la decisión del soberano con sus súbditos de quitar o conceder la vida, desde su origen, continuación o extinción, resultaba la expresión máxima del poder sobre el cuerpo del *sacrificable*/súbdito, un acto a través del cual se dispone de la vida de su poseedor, este dispone los medios y el soberano los fines de su existencia; desde luego, presupone la manera en como el Estado y su gobernanza motiva y controla la vida, eso es todo pero no es poco, el Estado *protodemocrático*[4] liberal mexicano por lo menos alojaría la idea de abandono de cualquier práctica destructiva de la humanidad que la conforma; lo paradójico es que las condiciones pasadas y presentes de la acción biopolítica parecen encontrase en contextos en que el Estado mexicano ha construido su original forma de exterminio. Lo que se quiere decir, es que la posibilidad de ejercer la muerte con alicientes apenas justificables y ordenarla para contextos letales y de sobrevivencia en el presente por el Estado mexicano, la biopolítica resulta la tesis más precisa para la razón sincrética de quitar la vida, impulsarla, sustentarla temporalmente y volverla a quitar.

De qué manera es posible definir lo que ha pasado en México en los últimos 16 años, tomado en cuenta que, es un referente a partir del momento en que se produjo un intercambio de símbolos de poder entre colectivos oligárquicos fraccionados por supuestas ideologías pero unidos en las economías del poder. Lo que aquí se narra es una apariencia explicativa, como todas las que engreídamente se atribuyen a la hora de definir *mortem per politicon,* muerte por acción política y *mortem per economicus,* muerte por acción económica, ambas maneras soldadas como forma de vida entre el ejercicio de la gobernanza llamada de Estado y el *genocidio*: las personas que mueren en la sostenida situación de pobreza como una consecuencia ineludible y rapaz del modelo económico,[5] la violencia social es clave de consecuente innegable de la inalcanzable distribución de la riqueza, pero necesaria para justificar la existencia de Estado; la corrupción de Estado como un modo de hacer vida entre colectivos cerrados, la destrucción de las ecologías y medios ambientales que estos grupos han cedido a la *interesia* del capitalismo, el desplazamiento forzado por despojo de tierras rurales y ancestrales, el universo de

[4] Se sugiere consultar a Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Ed. Trotta, 2010.

[5] Daniel Bensaid, *Cambiar el mundo,* España, Ed. PC, Biblioteca, pensamiento crítico, 2010. p. 17. Al referirse a Marx, cuando percibió "el viento de locura que nacía de la tendencia esquizoide del capital". Y que mucho se corresponde con la situación de demencia actual entre los extremos demenciales entre los pocos que tienen todo y los muchos que no tiene nada.

las drogas como políticas de exterminio estatal y control social, acumulación de capitales en infinita desproporción a costa del continuo deshumanizante, impulsos incesantes a los procesos migratorios desde la expulsión, como de la recepción y viceversa, el racismo y la xenofobia como formas de expresión actual de integración, desaparición forzada de personas, como medio de control de la natalidad delictiva.

Son entonces, fenomenologías, todas concatenadas en la codependencia de la epifenomenología configurada en los contextos finales de la economía y la política nunca separables pero al menos y sólo al menos especializadas, para más, fatídicamente sin dependencia fáctica con la consecuente efectualidad social; resultan, entonces, fenómenos sin sesgos ontológicos, en tanto que se trata de acciones totalizantes llamadas *contextos*,[6] tampoco pueden entenderse departamentalizadas por metodologías tradicionales antropológicas o sociológicas con tendencia positivista; ¿cómo la acción política y económica, de las que ya no queda saldo alguno sobre su necesaria simbiosis en el sistema neoliberal, se distribuyen y amalgaman en un expansivo y aglutinante modo de vida, cuyo sentido liberal no sólo siente desprecio por la *nuda vida,*[7] y que de siempre termina en la *nula vida*?

La *interesia*[8] de la acción genocida, está ligada indefectiblemente al interés del *homo economicus* y la interrelación infaltable con el *homo legalis*, en tanto voluntad jurídica —sujeto de derecho—; habríamos de identificar al sujeto persona en el rol de autoridad como una persona que sustenta un principio de

[6] *Vid.* Isaac González Ruiz, "Contexto, criminalización y genocidio", Revista *Alegatos,* núm. 98. UAM Azcapotzalco, Segunda época, Enero – abril 2018. p. 73 y ss.

[7] Respecto del término *nuda vida* que Giorgio Agamben comprende en su trabajo *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Como "la vida humana que se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión". p. 18 y ss

[8] Sobre algunos antecedentes del termino *interesia*, aquí expuesto por primera ocasión. Se puede decir, por ejemplo que, para Hume, "el principio de una elección individual, irreductible, intrasmisible, ese principio de una elección atomística e incondicionalmente referida al sujeto mismo, es lo que se llama interés"; en Michel Foucault, *op. cit*. p. 312 y 313. Sobre este aspecto, cuanto más intrasmisible e irreductible resulta una elección más sin sentido tiene su concreción como interés, no existe interés individual del todo, pues todo interés siempre va referido a una concreción respecto del otro y de esta manera regresa a la mismidad del sujeto, además de que retorna irremediablemente modificado, en cierto modo, se trata de un interés expectante; esta forma exige compartirse entre el conjunto de los que lucraran, corromperán, acumularán y exterminarán en uso de un poder de Estado, a esto en buena parte se le denomina *interesia*; por oposición, y distinto es el interés que se colectiviza del que surgen necesidades que se instalan como necesidades de satisfacción comunitaria.

interés como *una forma de voluntad*,[9] se trataría de una elección individual, que no puede estar sujeta a ninguna reducción como elección autónoma, es una elección propia, tan propia que nadie podría modificarla más que aquel que la contiene, de origen esta elección no se trasmite, tal parece que, es única y exclusiva de la *mismidad*, parece una elección sin retorno desde la conciencia entrenada en la separación de lo humano íntimo respecto de lo humano *alter*, —lo que no quita la posibilidad de que ese interés pueda compartirse, en esencia se trata de una elección íntima, pero compartible—. Entre el problema planteado por Blackstone sobre el contrato primitivo, contrato social[10] lo que supondría la aceptación de su suscripción bajo el interés de hacerlo, porque eso garantizaría, de alguna manera, que esos intereses estuvieran protegidos a costa de sacrificar otros tantos, en modo alguno, es a través de un contrato como *calculada y racionalmente*[11] se protegen y se sacrifican otros, soportado por un interés de hacer un contrato con la sociedad en abstracto pero a la vez pragmático, aún más, ya vsuscrita la persona debe *obedecerlo,* generó una obligación para sí, esto lo hace un sujeto de derecho; sin embargo, Hume cuestiona: ¿Por qué lo respeta?,[12] porque existe un "*comercio con nuestros semejantes del que obtenemos ventajas tan grandes no tendría ninguna seguridad si no respetáramos nuestros compromisos*",[13] en el fondo lo que se esconde, es acordar y respetar acuerdos estrictamente comerciales, los arreglos de mercado y la seguridad de los contratos se haya en la *interisia* de lo que se logre obtener siempre en favor y en perjuicio: costo/beneficio, riesgo/ganancia, pérdida/riesgo, ganancia completa;[14] incluso el sujeto de derecho es de gran oposición para el sujeto de interés, por el contrario, el retiro del interés sobre el contrato, es el retiro de la voluntad de continuarlo, pero el interés de alguna forma persiste; existe interés en tanto existe un vínculo con los otros, obtener algo del otro y puesto que sólo los otros puede provocar

9 *Idem*.

10 Michel Foucault, *op, cit*., p. 314.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 Michel Foucault, *op. cit*. p. 315.

14 En relación con las primigenias maneras de entender al capitalismo, en este sentido: "¿Por qué razón, pues no puedo contestar a la pregunta *qué es la propiedad*, diciendo concretamente *la propiedad es un robo*, sin tener la certeza de no ser comprendido, a pesar de que esta segunda afirmación no es más que una simple trasformación primera? En Pierre- Joseph Proudhon, ¿Qué es la propiedad?, España, Ed. PC. Biblioteca pensamiento crítico, 2010. p. 9 y ss.

un perjuicio por incumplimiento, el riesgo forma parte del incumplimiento; sin embargo, el incumplir es la parte irreductible del *poder* omisivo, bien por romper la relación de intereses, bien por continuarlos en otro momento, o en todo caso, porque las circunstancias han trasformado los enfoques útiles para los contratantes, a pesar de ello, se sigue siendo *sujeto de interés* por encima de las afectaciones jurídicas respecto a los otros, esto es, la *elección individual* espontánea es el espacio que refugia al interés de los otros en colectivo, con consecuencias para uno respecto de los otros, es una elección egoísta a lo más susceptible de ser revisada por sus consecuencias, por el dueño de esa *interisia*, no obstante de resultar totalmente opuesta a las necesidades colectivas,[15] lo cual, por tanto, implica ante la ausencia de interés, la suspensión de la voluntad, lo que no interesa no está en el plano de elección, por tanto, sobre lo que no se elige, no consiste en tener voluntad, a nadie se le puede exigir que se interese por el otro, si no hay voluntad para interesarse; así, retirar el interés se traduce en retirar la elección por los otros, incluso por la vida de los otros; porque el costo puede ser tan alto y la ganancia tan mísera que tal vez ni lo medios sean indispensables para el logro del acuerdo; es claro, que si la oportunidad surge para lucrar con los medios, esto se traduce en el fin del acuerdo y no en el objetivo con los otros; quiere decir en cierto modo, que el interés es una acción de mercado, y se desliza sobre el otro cuando se le observa bajo el signo de costo o beneficio. Efectivamente, el otro tiene un costo, un precio que genera un interés no sólo por el hecho de lucrar a través de este, sino porque, además, el otro es objeto de lucro. Así cuando menos, la ganancia se reporta por medio de *la otredad,*[16] pues la otredad en sí es la ganancia, se cosifica de la misma manera que un objeto inanimado, al que se le puede mover sin oposición ni restricción alguna de acuerdo con la *interesia*; cuanto más una *interesia* se centra en la utilidad del otro, tanto menos se puede conocer la certeza

[15] En similar posición Vicenzo Ruggiero al referir a ZizeK: "A las sociedades contemporáneas se les presenta, sin embargo, otra posibilidad; por ejemplo, pueden trasformar al enemigo político en simple adversario y así transformar el antagonismo sin condiciones en lucha competitiva", en *La Violencia política. Un análisis criminológico,* Barcelona, España, Anthropos y UAM. *Ciencias Sociales* 69. 2009. p. 116.

[16] Sin pretender devaluar la condición humana contemporánea, *la otredad*, se significa a través de la masificación de la violencia, difuminada y envolvente en el mismo colectivo; siempre, instalada en los pauperizados o de clase media con proclividad a la pobreza; en este sentido Gramsci al referir al termino "Qualunquismo" *que significa un hombre cualquiera o un ciudadano medio (hoy en día se diría la gente: esa humanidad pulverizada en que el fascismo encontró su materia prima*, en Bensaid, *op. cit*. p. 92.

de la elección del grupo, de ahí que, la simulación sea la forma más empleada para ocultar los motivos reales del gestor, no es un efecto considerable, es una justificación para su utilidad. La razón de esto se encuentra en la dogmatización divina[17] del gestor por los postulados o principios generales del neoliberalismo: "el capitalismo podía sobrevivir siempre que se le inventara una nueva forma, y admitimos que ése era el objetivo final de los ordoliberales";[18] entonces, una forma de sobrevivir del sistema, es a través de la *interesia* del servidor público que tal vez hace más por su propia impronta capitalista que por convicción en aquellos principios:

> […] como esa lógica era en sí misma no contradictoria y por lo tanto confiable, había en las formas concretas, reales, históricas del capitalismo, un conjunto de relaciones jurídico económicas que eran de tal manera que se podía, por la invención de un nuevo funcionamiento institucional, superar efectos —contradicciones, callejones sin salida, irracionalidades— característicos de la sociedad capitalista y que no se debían a la lógica del capitalismo, sino simplemente a una figura precisa y particular de ese complejo económico jurídico.[19]

De esta manera, el servidor público que decide representar a un colectivo, a este le expresara los beneficios de ser elegido, pero no existe forma certera alguna de poder conocer los sentidos de un cambio de elección sobre tales o cuales beneficios; poco visible o en todo caso se invisibiliza el interés del servidor público que vierte al servicio del colectivo por medio de la función o tarea en la *res pública*, el interés comunitario no tiene elección se traduce exclusivamente en decidir en lo que más favorezca al colectivo, en todo caso, la trama del ocultismo de Estado se desata, la elección es favorecer en todo momento al colectivo, siempre que no descubra la *interesia* que se trama detrás de aquella decisión, tenemos, si no a lo más un *irreductible* del que el interés del servidor público se pueda extraer: *el interés colectivo* —distinto del interés social, traducido en la justificación del servidor públi-

[17] La divinización de la economía en el neoliberalismo parte de la propuesta de Giorgio Agamben, *El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno,* España, Ed. Pre-Textos, 2008. p. 66 -68. Y en relación con los principios generales del neoliberalismo que dan base a la exposición en Foucault, *op. cit*., p. 192 y 193.

[18] *Idem*.

[19] Foucault, *op. cit*., p. 197.

co al cual se supone servir, siendo sólo la fachada y la justificación—;[20] asi por sobre la elección del servidor público en lo individual y en su conjunto, se haya la *irreductible decisión del colectivo* al que sirve; con ello se pudiera suponer que el interés colectivo anida en el interés del servidor público y de su grupo, no obstante, es lo contrario; tal vez, la certeza depende de la *acción interpretativa y traductora*[21] —que no la representación política tradicional— del interés colectivo lograda por el servidor público, la acción interpretativa y traductora determina la elección temporal del colectivo; lo cual, por tanto significa, *la acción de la irreductibilidad del interés colectivo* consistente de la traducción e interpretación final que se hace de la voluntad social, de la cual y sólo de esta, dependería el interés del servidor. Cabe decir, que el servidor público de tanto en tanto que traduce los intereses irreductibles del colectivo cobra la forma de la expresión de las libertades, mimetizándose entre estas; no se trata de establecer los buenos comportamientos de los servidores públicos, en la manera en cómo se hace énfasis de las distorsiones del hacer y ser servidor público; hablamos de los intereses que son irreductibles, de las lecciones del colectivo y de la manera en cómo se traduce e interpreta ese espacio decisorio general.

De la anulación de ese interés colectivo, la invasión destructiva y corruptora del único espacio indemne e irreductible del real y legítimo sentir social, por tanto y como consecuencia *intocable*; los intereses colectivos[22] son comunes por su naturaleza, instala su satisfacción o insatisfacción, su aceptación o repudio en la manifestación material de sus deseos cuando aprenden a hacerlo, hasta por desobediencia,[23] *exponer lo que más le favorece*, es en el

[20] Agnes Heller, *Historia y vida cotidiana*, México, Grijalbo, 1972. p. 97 y ss.

[21] La traducción e interpretación que se hace de la *irreductibilidad del interés colectivo* por el servidor público hace de la elección en tanto decisión del colectivo la manera idónea de una democracia de hacer consistir al servidor público la representación que supone suplantación, y eso es imposible en el terreno del interés colectivo contra el interés individual del representador, porque este no estará dispuesto a obtener *el mayor beneficio* en favor del colectivo.

[22] Tal vez, es el todo o el universo de los intereses concentrados en una individualidad o en un colectivo por lograr acaso las infinitas posibilidades de concretarlos, los intereses se centran en la obtención del mayor beneficio para el grupo, que no los que están en uso del poder; de manera que el gestor en todo momento buscara eliminaciones en lo más posible de pérdidas en su contra, inversión en los comportamientos criminales de los funcionarios públicos y asumir perdidas reducidas que simulen criminalización burocrática.

[23] "… el dolor y el placer… Aquel que esté en el poder también deberá someterse a estos dos amos y hacer lo posible para aumentar el placer y la felicidad del pueblo. Sin embargo, los gobernados deberán obedecer sólo hasta que las desventajas de la obediencia no superen las desventajas de la

mismo sentido el irreductible decisionario colectivo, de manera que, la seguridad y la libertad que no deberían ser alineadas con el interés del servidor público; la decisión final de negar la traducción e interpretación del interés colectivo depende del poder con el que se sobreponga la *indemnidad irreductible*;[24] el borrado de los límites de la irreductibilidad como intocable del interés colectivo en lo que más favorezca, es de cierta manera el inicio del límite sobre el rebasamiento de lo intocable de la humanidad del colectivo; de la acción libertaria del servidor público, deja atrás la libertad de los otros que esperan la seguridad de su interés, en el opuesto, la *contrafinalidad* del servidor público queda visible mediante la insatisfacción de su propia *interesia*, se quiere decir, que el grupo sólo aceptará aquellas acciones individuales del funcionario que vayan dirigidas a los logros en el sentido más benéfico del grupo, por lo demás siempre se rechaza, su finalidad debe ser la del grupo, en todo lo que provea al *performances* teleonómico,[25] la instrumentalización del sistema proporciona al funcionario público los instrumentos materiales que le posibiliten obtener el éxito planteado o espontáneo del grupo en la gobernanza; al margen, por supuesto, de la acción de un colectivo que no encuentra interpretación ni traducción en su elección por el funcionario; si su acción es materialmente opuesta a la del colectivo, en tanto fines puestos a los fines del grupo de gobernanza, su humanidad económica —*economicus humanitas*— atravesada y ultra condicionada por el interés de los grupos de gobernanza que con facilidad controlan la *interesia* de su humanidad, no resulta difícil aseverar con ello, si previamente se ha dejado en claro su rol como interface gubernamental,[26] donde su humanidad le fue borrada, no le pertenece más como ser humano económico en lo que hace a su labor asignada dentro del aparato organizado en el poder; la paridad hegemónica de intereses del servidor público con la del grupo de gobernanza genera el correlato de la ejecución del poder de Estado.

desobediencia; es el deber de los gobernados acatar la autoridad, al menos hasta que la obediencia sea útil para sus intereses". Ruggiero, *op. cit*., p. 25.

24 No resulta un pleonasmo banal hablar de lo irreductible respecto de lo intocable de los intereses del colectivo, traducidos en derechos humanos; pero es justamente la sobre calificación de estos términos que los hace complementarios e indisolubles: *indemnidad e irreductibilidad*.

25 Jacques Monod, *El azar y la necesidad*, España, Tusquets editors. 2009. p. 26 y ss.

26 Foucault, *op. cit*., p. 292. Y eso no quiere decir en absoluto que todo individuo, todo sujeto, sea un hombre económico; por ejemplo, la diversidad cultural marca la excepción.

II. Rabdopolítica

La *interesia* económica del servidor hace que su inversión delictiva en el grupo de la gobernanza tenga algún valor en su comportamiento criminal, no sólo sea segura en cuanto a las ganancias, las que traducen en un acumulado de interacciones en sede de posibilidades al alcance del funcionario para operar con diferentes y múltiples funcionarios encargados de otras instituciones, que de cualquier modo aseguren el proyecto teleonómico. Se quiere decir que, de la utilización de cuanta más relación institucional se tenga a la mano para la obtención de los propósitos, menor será el índice de pérdida, de fracaso de objetivos, la covarianza entre el ámbito económico criminal con el político criminal de Estado en el uso de su poder, genera no una simple tipología de contubernios, cohechos y peculados, la sofisticación en complejidad de las acciones intersectantes en estos ámbitos, de hecho la complejidad de acciones simultaneas o diferidas, se haya en la multiplicidad de interacciones de funcionarios que operan en favor del grupo al instante y constantemente. Justo estos aspectos no se encuentran comprendidos en la tipología tradicional; rebasando por mucho lo fáctico simple y de semántico que exige la configuración delictiva para actos cometidos por funcionarios públicos, los cuales en segundos y minutos casi todos operan en sentidos paralelos y demasiado pocos en el sentido ético. Pensemos en la posibilidad de contar con información simultánea del hecho ominoso, a través de la redes virtuales y trasmisiones satelitales operados por aparatos de red inalámbrica y con repetición simultánea a diferentes usuarios, sin demora y en tiempo real.[27] No se trata de la simple manipulación o destrucción de pruebas, tampoco de la modificación de escenarios a partir de la incorporación de evidencias de obtención lícitas o ilícitas; no, estamos hablando de los hechos que anteceden a estos hechos, más bien del espectro donde se contiene y tienen conjugación de estos elementos, es decir, de cierta manera la construcción de los *contextos* propios de la *rabdopolítica*:[28] las posibilidades se potencian casi de forma inimaginable e incontrolable, las conductas en interacción con fines de exterminio y depredación simplemente en este contexto se invisibilizan material y virtualmente en lo posible; este aspecto, sobre la

[27] *Vid*. Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes. *Informe Ayotzinapa II. Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas*, México, 2015. p. 89-156.

[28] *Vid*., rabdopolítica, *supra*.

definición de nuevas formas genocidas dan color a la *interisia* y su función esencialista del *homo economicus* con el *homo penalis* por la generación de comportamientos interactuantes entre los *otros* a cargo de la gobernanza.

Así, continuando con la descripción de los anclajes de las construcciones de las unidades ambientales, temporales, espaciales, circunstanciales y en el medio, los autores de los contextos;[29] luego, la condición económica criminal, disminuye el riesgo de pérdida porque el poder de Estado significa impunidad, oscuridad de Estado; sin embargo, la contrafinalidad del conjunto siempre está asediante con/entre sus miembros, en cualquier caso, estos pueden ser sacrificables siempre que para la *interesia* del grupo sea necesario, es parte de la consecución del éxito del grupo, son con toda seguridad, circunstancias previstas en el contrato abstracto: la sacrificialidad de la *alteridad*[30] por y en la *res publica*; al adoptar este rol articulante entre diferentes y múltiples conexiones intergubernamentales y empresariado la seguridad de las acciones concomitantes a las de autoridad y del servidor público se dirigen a la obtención de propósitos de grupo, en buena forma ambos grupo confluyen e interaccionan en un orden continuo de *interesia,*[31] por ello, ambos son poder del Estado; entonces, ¿cuál es el sentido de asignar al otro un precio, como si se tratara de un esclavo de quien no existe el más elemental interés de que sustente vitalidad?

III. Política del exterminio, el caso mexicano

El exterminio de seres humanos como de colectivos específicos a los que pertenecen, presenta características singulares en el caso de México, el genocidio suscitado y progresivo en este país se distancia en ciertos aspectos que no están del todo claros para los estudios internacionales sobre delitos de "lesa humanidad; aquí se presentan algunos de sus elementos identi-

[29] González, *op. cit*., p. 74 y 75.

[30] *Vid*., Agamben, *Homo Sacer*, p. 108.

[31] La *interesia* a la que no hemos referido, tiene su sede histórica en la preferente totalidad del interés particular por sobre cualquier otro, como la fusión de grupos políticos y económicos, como se ha visto a lo largo de la historia. *Vgr.* "El imperialismo nació cuando la clase dominante en la producción capitalista se alzó contra las limitaciones nacionales a su expansión económica. La burguesía recurrió a la política por necesidad económica; porque no deseaba renunciar al sistema capitalista, cuya ley inherente es el constante crecimiento económico…". En Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo 2. Imperialismo*, España, Alianza Editorial, 2002. p. 209.

ficados: es la descomposición, desintegración y exterminio de colectivos seleccionados y especificados en las políticas públicas de Estado —como pobres, delincuentes organizados, migrantes, narcotraficantes— intrínsecamente desarrolladas en contextos de economía y política neoliberales; son directrices de estado expresas y tacitas de excesiva criminalización, torturados, desaparecidos, marginados, empobrecidos; se disponen colectivos sujetos a estas políticas deliberadas a través de las cuales se etiqueta de víctimas, vulnerables y criminales en uso de un derecho de Estado a designar y calificar a los colectivos para su etiquetamiento, y significarlos como los débiles, conflictivos o violentos; el origen y los efectos del derecho arrogado se encuentra en un régimen de veridicción[32] concentrado en un fenómeno denominado rabdopolítica", como una nueva forma de exterminio humano a partir del caso mexicano.

Ya se ha dicho que la economía se encuentra inescindible a la política, así que la violencia coexiste en ambas, es claro que el sistema neoliberal es propiamente el cultivo de los nódulos de la política, economía y violencia; de manera que el exterminio en el caso mexicano se explica por sus antecedentes en la Alemania nazi; pero si esto parece descabellado, baste entonces, con entender lo ocurrido con el genocidio nazi y su relación fenomenológica con el exterminio en el caso mexicano; se quiere decir que en cierto modo la eliminación de personas en ambos casos concita reacciones no sólo de desprecio, sino además de indagar dónde se encuentran las tangentes causales históricas y presentes de estos fenómenos. En el caso mexicano tal vez deviene con más fuerza de una acción de interface o intermedia que da transición a otro tipo de control social; es la fase que elabora *contextos* para dar paso a la justificación estatal consistente en eliminar a seres humanos en uso de los discursos de seguridad nacional o pública. En otra arista, la económica, el estado de las naciones unidas está sujeta al capitalismo planetario, no puede regular en demasía esta actividad en sus consecuencias catastróficas, porque implicaría contradecir su naturaleza; la unión de naciones tiene un interés, preponderante basado en la economía de libre mercado, trasnacional y *transhumana*, de manera que, nunca será posible sancionar con delitos de lesa humanidad al capitalismo como sistema porque entonces significaría los últimos días de este modelo en clave de *sistema mundo de mercado* y de vida humana.

[32] Foucault, *op. cit.*, p. 53.

Los ejes que definen el paralelismo socioeconómico del nazismo como manifestación económica liberal y el Estado mexicano sujeto a una economía de mercado global, consisten, en un primer momento en que la *invariante* económica no es indiferente a la organización constitucional de los estados, aunque se trate de una auténtica simulación de los concilios políticos, siempre hallando el sustento existencial en la constitucionalidad de su proceder, pero es indiferente a la oposición de las condiciones globalizadas impuestas por los mercados, se somete a las fuerzas del liberalismo de mercado, sin ideología propia ni racionalidad constante. El nazismo era indiferente a la organización constitucional de los Estados,[33] al menos no simulaba su decisiva forma de vinculación entre la invariante económica y el creciente poder de estado,[34] lo que supondría erigirse contra la sociedad capitalista burguesa de Alemania y Europa central y del Este.[35] En segundo lugar, en el relativismo del Estado mexicano de partidización eficaz o ineficaz pasa por afianzar su seguridad en la permanencia indefinida del poder estatal en/por la economía, de forma similar, los nazis supusieron que *el nacionalsocialismo estaba absolutamente ligado al crecimiento indefinido de un poder de Estado,*[36] por tanto, su permanencia dependería de una fuente inagotable de ejercicio de poder de estado; en tanto que la diferencia en este sentido, entre la gobernanza mexicana y los nazis, es que mientras estos consideraban un efecto concomitante a su inagotable poder como causa y efecto de origen partidario al nacionalsocialismo; la plutocracia mexicana es el efecto partidista de todas sus causas de sumisión y dependencia económica entregada a las potentes fuerzas de mercado extraterritorial/planetarias: a la continuidad irrenunciable de la colonialidad de su poder estatal, que aún por más no lograría voluntariamente su emancipación plurinacional de un capitalismo que avanzó sin límites desde el poder de Estado, tiene que ser porque este es la plutocracia histórica entregada a sus efectos historizados en la *interesia*, pero nunca los gestores (servidores públicos) respondientes de sus causas históricas. En tercer lugar, para los nazis un crecimiento inconmensurable de poder de Estado generaría un "efecto destructivo de la comunidad social como una reacción en cadena,[37] aplica un

[33] *Ibid,* p. 146.

[34] *Ibid,* 144.

[35] *Ibid,* p. 146

[36] *Idem*.

[37] *Idem*.

proteccionismo de la economía dirigida desde un centralismo que de hecho, daría más poder estatal, aun y cuando de cierta manera se descalificaba al Estado,[38] en tato que, la aplicación del principio de la conducción mandaba fidelidad y obediencia, Fûbrertum,[39] más concretamente la estructura estatal no debía recoger nada de la comunicación vertical, de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo, entre los diferentes elementos del pueblo, Volk";[40] en este sentido, la similitud entre la organización nazi y la gobernanza mexicana como conjunto oligárquico/plutócrata, en la figura de un partido cualquiera, hace conservar poder sin u ocupando la presidencia o la mayoría legislativa, la posibilidad de que cualquier partido conserve poder los hace irreductibles en la condición de alejamiento de las bases sociales que los legitiman, no existe ninguna comunicación entre los oligarcas partidista y el colectivo, salvo los que sirven para disimular la legitimación y manipulación que ciertamente puede atraer gran cantidad de adeptos a sueldo.

Desde luego, en el caso mexicano, el resto de la sociedad se mantiene expectante y en casos excepcionales activa contra el sistema de partidos, pero la clase social dueña de la riqueza sólo instala personas que los representa en estos partidos asegurando su riqueza perpetua por su propia *interesia*;[41] de esta manera se mantiene la fidelidad y obediencia a la clase social oligárquica para con la clase social política. En cuarto lugar, los nazis depositaban en un partido el *conjunto legislativo*[42] que a su vez controlaba el *aparato administra-*

38 Foucault, *op. cit*., p. 142.

39 *Ibid,* p. 143.

40 *Idem*.

41 La mejor manera de explicar uno de los elementos de la *interesia,* que es el engaño con fines políticos y económicos, bajo la pregunta que se hace Hegel, sobre "¿Es posible engañar a la mayoría de las personas?"; citado por Zizek, responde: es un rotundo "¡No!" "[…] antes bien, depende de una definición circular-performativa de lo que es "verdad" en el dominio social: aun cuando una idea ha sido impuesta inicialmente como un medio puramente instrumental de engaño ideológico el momento en que la mayoría de las personas la aceptan como base de su existencia social, ya no se trata de una mentira sino de la verdad sustancial de una comunidad […] El punto de partida de Livet es el razonamiento estratégico de un individuo en una situación representada por el conocido dilema del prisionero: mientras el individuo permanezca dentro de la búsqueda racional de sus intereses egoístas, atrapado en el juego de espejo de lo que él sabe que los demás saben que sabe entre otras cosas, la verdadera cooperación no puede ocurrir; la única solución, la única manera de salir del *impasse*, es que el haga un movimiento que, desde el punto de vista del razonamiento estratégico racional puro, sea un *error*, un movimiento irracional (todo depende de cómo reaccionen sus compañeros a este error) […]" En Slavoj Zizek, *El resto indivisible*, Argentina, Ediciones Godot, 2013, p. 237 y 238.

42 *Idem*.

tivo, del cual se retroalimentaba el partido en deterioro del Estado, reducido a un puro y simple instrumento, lo que presupone un aparato que controlaba al pueblo por medio de un partido; la semejanza en esta condición con el Estado mexicano es cercana, existen un conjunto de partidos que representan el Poder Legislativo, rotan las personalidades pero nunca se alejan demasiado como para perder dosis de poder, pues ello implicaría pérdida del seguro de impunidad por los delitos cometidos; las personas que han formado parte de un partido político casi siempre continúan perpetuándose en el ejercicio de un poder simbólico que les asegure impunidad y permanencia a través de la instalación de otras personas que los representan activa y simbólicamente. Todo ello sirve para retroalimentar el aparato administrativo y legislativo, la rotación del poder entre los partidos que componen la plutocracia partidista supone una lealtad y obediencia casi ciega, a pesar de que suelen trasladar sus conveniencias a otros partidos, que de igual forma, les represente impunidad y conservación de dosis de autoridad dentro del aparato de poder, la consecuencia de todo esto es un reduccionismo del Estado a un instrumento de control y poder, que asegura la proliferación de un aparato administrativo paquidérmico.

Nos preguntaremos porqué la comparación entre el Estado mexicano con el *nazismo* desde la perspectiva sociopolítico económico; alegando en el mejor sentido, para Foucault, siguiendo a Marcel Cot y a Bonnard,[43] es esencialmente "el crecimiento indefinido de un poder estatal, es la decadencia del Estado, el estado puede expresar al pueblo y producir sus actos […] pero no será otra cosa que esa forma o, mejor, que ese instrumento",[44] el Estado se convierte aún más, tanto como el medio de asegurar poder oligárquico/plutocracia en la medida que se acrecienta su poder, esto es, entre mayor sea el poder, mayor el control y mayores las posibilidades de perpetuarse con privilegios, impunidad y acumulación de riqueza. El crecimiento del poder del Estado mexicano, nos llega, si queremos partir de un cierto hecho histórico emblemático, y antecedente directo del consecuente incremento de poder del Estado, desde 1917 en la Revolución Mexicana: "¿hasta qué grado lograron los miembros de las clases media y superior movilizar grupos de campesinos

[43] Foucault, *op. cit.*, p. 142. En referencia a la obra de Marcel Cot y Bonnard, "El derecho y el Estado en la doctrina nacional-socialista", Barcelona, Bosch, 1950".

[44] *Idem*.

para sus propios fines y controlarlos eficazmente durante largo tiempo?"[45] más cuando las relaciones entre los campesinos y las oligarquías de principios del siglo XX dependía de la móvil correlación de fuerzas participantes, como los campesinos y las clases medias altas, se requería entonces de una fuerza de control que hiciera posible estabilidad y continuidad en la toma del control político, como el medio de asegurar, a su vez, el control económico y su expansión en condiciones sociales aún convulsionadas. Es por esto que el ejército se volvió un medio de poder, tanto para los *generales* como para los caciques con intereses de mercado; habiendo mutado de un *ejército revolucionario socialmente neutral*[46] a una especie de mercenariato[47] en favor de los terratenientes que les aseguraran tanto a unos como a otros las posesiones conservadas y las recién obtenidas; lo que condujo a la institucionalización de las bases del ejército, los *ciudadanos armados*[48] pasaron a ser soldados; disminuyendo cada vez más el vínculo *popular y revolucionario*[49] del campesinado que dio origen a este movimiento. Por el contrario, la simbiosis simbólica entre *bosque y ejercito*[50] con el ejército nazi consolidaba, paulatinamente, una clase social privilegiada que serviría en la gestación del *Tercer reich*, la identidad de colectivo igualitario y su vinculación a la fuerza armada como ejercito único claramente forzaba una conciencia colectiva; por el contrario, es tal vez, una ausencia absoluta de conciencia de clase[51] la que produjo en

45 Tobler Hans Werner, "Los campesinos y la formación del Estado revolucionario, 1910-1940", en Friedrich Katz. *Revuelta, rebelión y revolución*. México, Ed. Era. 2004. p. 432-435: ¿Cuál fue el papel de los campesinos en la formación del nuevo Estado que resulto de la Revolución? En el caso de México, como en otras grandes revoluciones del siglo XX, la contribución de los campesinos a la derrota del *Ancien Rémige* fue fundamental. Sin embargo, en contraste con lo ocurrido en Rusia o China, la toma del poder político no se vio en México inmediatamente seguida de una amplia redistribución de la tierra. Por lo que, se puede decir que los empeños de los revolucionarios se vieron frustrados dada la falta de distribución pero del poder.

46 Friedrich Katz, *Revuelta, rebelión y revolución,* México, Ed. Era. 1998. p. 435: "los dirigentes de estas tropas revolucionarias podían fácilmente desentenderse de la base de sus ejércitos y de sus necesidades específicas, gracias a los mecanismos de movilización y control… y podían concentrarse en sus propias ambiciones socioeconómicas".

47 Katz, *op. cit.,* p. 436

48 *Idem*.

49 *Idem*.

50 Elias Canetti, *Masa y poder*, España, Alianza editorial, 2013. p. 245 y 246.

51 Katz, *op. cit.,* p. 435. Esto se aplica también, a como documenta por ejemplo el veterano constitucionalista Vicente Estrada, a muchos exfederales que se unieron a las tropas revolucionarias, "porque no sabían hacer ninguna otra cosa más que ser soldados. En los ejércitos revolucionarios era frecuente cambiar de una división a otra: "Cuando su facción dejaba de existir, inmediatamente

buena medida que los generales milicianos de México desplazaran sus interés económicos, de enriquecimiento y acumulación por encima de las necesidades de las tropas, quienes también habían luchado por la causas de justicia y hambre, movidos por estas razones, no tuvieron regreso alguno de la compensación a las constataciones materiales del producto de su lucha; pero además, la manipulación de la clase latifundista logro desplazar en más de un sentido los propósitos de la Revolución; no son condiciones simples, sino esenciales y dirigidas a propósitos para crear *contextos definidos.* Los militares formaron parte de la destrucción del colectivo que utilizaron contra su propios orígenes y contra su unidad social, para dejarlos sin propósitos específicos, es decir, sin identidad colectiva, los resultados de su lucha, se prestaban entre unos y otros, tal cual mercenarios entre las diferentes facciones; de forma similar en cómo los nazis lo hicieron a su ingreso a la toma del poder en un sistema de mercado pero con una identidad sobrada.

IV. Similitudes genocidas

El actual Estado mexicano, presenta características singulares que por momentos se combinan, declaradamente similares al nazismo y a otras formas que el Estado puede adoptar en la práctica del poder, más cuando el respaldo sigiloso de la autonomía de poderes da sentido al Estado de derecho,[52] para después transfigurarlo en el instrumento de simulación. Desde luego, se trata de acciones que dejan al acto de poder lo más cerca posible de los límites de la ley; límites que se ven condicionados por una *legalidad* de acuerdo con la forma de aplicatoriedad, provista de una posibilidad expansiva de los limites por cuanto *interesia* oligárquica manipulen las fronteras entre lo permitido y lo prohibido del poder público en uso de la ley, un exterminio puede, en tales circunstancias, quedar si no bien del todo justificado, al menos se naturaliza; de manera que, entre menos visibles se hallen los límites y si es posible borrarlos entre la política y la economía que es por donde se podrá introducir el conjunto de las correcciones e innovaciones institucionales que permitan instaurar, por fin, un orden social económicamente ajus-

buscaban otra facción y eran bien recibidos". Esto habla de que los *objetivos ideológicos* no trascendieron a un cambio real de la situación del campesinado.

52 Foucault, *op. cit*., p. 202 y 203: "El Estado de derecho se define como un Estado en el cual los actos del poder público no pueden tener valor si no se enmarcan en leyes que los limitan de antemano…"

tado a la economía de mercado, lo cual explica, las fatales consecuencias que van desde la pobreza hasta la desaparición de personas. Lo paradójico entre el caso nazi y el mexicano es que en tanto los *ordoliberales* llegaron a lo que llamaron *Wirtschaftsordnung*, como orden de la economía, y que, en circunstancia similar el neoliberalismo, para el caso mexicano, corresponde con su orden económico planetario, con todas las consecuencias que se deban correr en sede de pérdidas materiales o humanas se hallen el plano de lo justificado: los *sacrificables*;[53] en efecto, la respuesta entre los burócratas mexicanos y los burócratas nazis, resulta muy similar, pues consistía en decir, simplemente, que la innovación institucional es preciso ponerla en práctica en el momento de la aplicación de la economía a la ley, algo como la "tradición alemana denominaba *Rechtsstaat* y que los ingleses llaman *rule of law*, el Estado de derecho o imperio de la ley",[54] no falta razón, al sostener que en el caso mexicano el gestor termina siempre por justificar el exterminio de personas por causación económica. Si bien, existe una especie de exterminación que no es sistemática sino selectiva por los aparatos organizados de poder y sus cuerpos de coerción legal (ejército, policías), de la misma manera colectivos menores con poder político y económico someten a colectivos mayoritarios que se encuentran en la marginalidad y los empobrecen en la medida en que son útiles para la macroeconomía, cuando ya no lo son, se vuelven desechables, como lo hicieron lo nazis en su momento con los judíos y musulmanes utilizados al extremo para realizar trabajos forzados, una vez cumplida su misión, lo lograran con éxito o sin este, debían ser eliminados.[55]

Tanto alemanes nazis como el caso mexicano "lo esencial del mercado es la competencia: entonces ya no es la equivalencia, sino, al contrario, la desigual-

[53] *Vid.* Agamben, *Homo Sacer*, *op. cit.* p. 106 y ss. En referencia a la estructura del *sacratio; la impunidad de matar y la exclusión del sacrificio.*

[54] Foucault, *op. cit*., p. 201 y 202. "¿Qué es el Estado de derecho? Pues bien, en la época se define por oposición a dos cosas […] por oposición al despotismo… y al Estado de policía… El Estado de policía es el que establece un continuo administrativo que, de la ley general a la medida particular, hace del poder público y de las órdenes emitidas por éste uno solo y el mismo tipo de principio y le otorga un solo valor coercitivo. El despotismo, por lo tanto, reduce todo lo que puede ser mandato del poder público, únicamente a la voluntad del soberano o, mejor, establece su origen en ésta. Cualquiera sea el origen del carácter coercitivo de las órdenes del poder público, el Estado de policía establece un continuo entre todas las formas posibles adoptadas por ellas".

[55] Giorgio Agamben, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III.* España, Ed, Pre-Textos, 2005, p. 57.

dad"[56] social, epifenómeno sobradamente entendido como una explicación al índice de acumulación de unos cuantos por sobre de muchos, es claro y sobre todo cuando las personas que ejercen poder aceptan la contraprestación del libre mercado y sus mercaderes, privilegiando a empresas que retribuyen los favores que desde el poder político se pagan al poder económico, "es preciso gobernar para el mercado y no gobernar a causa del mercado",[57] tiene que ser, pues así es como se logra, incluso, una primera comprobación de la existencia de la *rabdopolítica*, pues requiere de la simulación propagandística de la existencia de un sistema democrático vigente, constitucional y participativo, pero produce victimización y lucra con la víctima que produce, en esta forma, día tras día construye y destruye su nazismo, su inconstancia democrática le hace quedar en la excepcionalidad del propio nazismo.

Las similitudes entre el nazismo y el caso mexicano por lo menos consolidan en mismo patrón fenomenológico, al que por lo menos, en la condición contemporánea de su entramado contextual se le puede llamar *rabdopolítica*. Ahora, tratando de entender que entre las diferencias conceptuales se hayan similitudes pragmáticas en el exterminio, se tiene así, al politicidio: para Barabara Harff y Ted Gurr, tanto el "genocidio" como el "politicidio" significan "la promoción y ejecución de políticas por parte del Estado o de agentes del mismo, las cuales resultan en la muerte de un número sustancial de personas de un grupo. En el genocidio, las víctimas son definidas fundamentalmente en términos de sus características comunitarias (etnicidad, religión, o nacionalidad). En el politicidio, las víctimas son identificadas fundamentalmente en función de su posición jerárquica u oposición política al régimen o a los grupos dominantes.[58]

Pudiera decirse que, ni en el caso del genocidio como en el del politicídio, no se advierte en el evento el factor creativo en términos de la génesis de la *acción* que produce, tanto a uno como a otro, pues si bien la promoción y la ejecución son resultados finales de acciones iniciales, creadas en *contextos* de espacio, tiempo, medio ambientales, y de significación grupal —no sólo por características étnicas, religiosas o de nacionalidad—, sino más bien, porque existen momentos intangibles que definen a los ejecutables como de

[56] Foucault, *op. cit*., p. 151.

[57] *Ibid,* p. 154.

[58] Feierstein, *op. cit*., p. 61.

sus ejecutores. Esos momentos son intangibles, en tanto, que son decisiones articuladas unas entre otras, es un plano decisional que lo coloca en un umbral entre lo ético y lo contraético. En este sentido, existe otra similitud entre el caso nazi y el mexicano, *el genocidio como práctica*, no depende del azar o la probabilidad, el modo exclusivamente depende del aparato organizado en el poder, como el único creador de la *decisión* basado en una primigenia creación temporal, ambiental, espacial, circunstancial y grupal; esto es, para que exista la promoción y ejecución de hechos definidos como de exterminio masivo o grupal, primero debe existir una base óntica/etiológica previa, son los denominados contextos, cuya construcción sitúa por estrategia a un grupo en situaciones diseñadas para que la pobreza, su administración, catalogación y cuantificación, y economización constituyan causas que suministran y generan posibilidades de vida, pero al mismo tiempo discurren las políticas de control de exterminio, ambas operando en los contextos prediseñados, en otras palabras, el Estado hace coincidir políticas de impulso a la vida a la vez que aplica políticas de muerte; aun y cuando, la sobrevivencia sea el término más justo para definir estas políticas, en tanto que pareciera ser el justo medio de intersección entre la vida y la muerte que propicia el Estado. Esta es tal vez, la coincidencia más concreta entre al caso mexicano y el nazi, porque estos sabían que construían situaciones —*contextos*— de exterminio, cuya denominación se determinó como genocidio; en el caso de los primeros, también han construido con tesón su contexto de vida y muerte, pero a su exterminio se le puede denominar de *rabdopolítica*, debido a las condiciones de su *contexto económico*, que si acaso no resultan tan equidistantes entre nazis y mexicanos, el fenómeno de la globalización marca un antes y un después no propiamente para las definiciones, más bien, para las nuevas circunstancias, marcadas por la forma en que se interrelaciona la economía y la política en el contexto global, lo que traería como consecuencia nuevas maneras de concebir y ejecutar aberrantes formas de exterminio humano.

V. Conclusiones

El caso del genocidio provocado en México, es un evento con precedentes profundamente revisados en el orden de los derechos humanos desde la posguerra; las similitudes de su gestación con la Alemania nazi no se

separa demasiado de las que se presentaron en otros países de América, como tampoco de Europa; no obstante, el caso mexicano presenta particularidades propias, antes no visibilizadas, en donde se hace más evidente la estrecha conexión entre un sistema político y la economía globalitaria como generadoras de contextos previos que sirven de escenarios justificantes para cometer actos de exterminio contra la población, incluso con el uso de políticas públicas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida I.* España, Ed. Pre-Textos, 2010.

_____. *El reino y la Gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno. Homo sacer II.* 2a ed., España. Ed. Pre-Textos, 2008.

_____. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III.* España, Ed. Pre-Textos. 2005

Bensaid, Daniel. *Cambiar el mundo.* España, Ed. PC, Biblioteca pensamiento crítico, 2010.

Bolaños Guerra, Bernardo (coord.). *Biopolítica y migración. El eslabón perdido de la migración.* México, UAM, 2015.

Canetti, Elias. *Masa y poder.* España, Alianza editorial, 2013.

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

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España, Trotta. 2010.

Friedrich Katz. *Revuelta, rebelión y revolución*. México, Ed. Era, 2004.

Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

Heller, Agnes. *Historia y vida cotidiana*. México, Grijalbo, 1972.

Monod, Jacques. *El azar y la necesidad*. España, Tusquets editors, 2009.

Ruggiero, Vicenzo. *La Violencia política. Un análisis criminológico.* Barcelona, España, Anthropos y UAM. *Ciencias Sociales* 69, 2009.

Proudhon, Pierre- Joseph. *¿Qué es la propiedad*? España, Ed. PC., Biblioteca pensamiento crítico, 2010.

Zizek, Slavoj. *El resto indivisible*. Argentina, Ediciones Godot, 2013.

Avances legislativos y de acciones en la atención a las víctimas del delito de violación. El caso de la Ciudad de México

Iris Rocío Santillán Ramírez*

Resumen:

La invisibilización de la víctima fue una constante en el sistema de justicia penal en México hasta hace un par de décadas. El problema se agudiza cuando las víctimas son mayoritariamente mujeres, como sucede en el delito de violación. A pesar de que en la Ciudad de México, en los últimos años se han dado esfuerzos importantes en materia legislativa y de acciones a favor de este sector de la población, la ineficacia en su aplicación, parece ser una constante que violenta el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y al acceso a la justicia.

Abstract:

The invisibility of the victim was a constant in the criminal justice system in Mexico until a couple of decades ago. The problem becomes more acute when the victims are mostly women, as in the crime of rape. Despite the fact that in the city of Mexico in recent years there have been important efforts in legislative matters and actions in favor of this sector of the population, the ineffectiveness of its application seems to be a factor that violates the human right of women to a life free of violence and access to justice.

Sumario: Introducción / I. Desarrollo del tipo legal de violación en el Código Penal del Distrito Federal / II. Aspectos relativos al delito de violación contenidos en otros ordenamientos penales / III. Instituciones públicas orientadas a la atención de la violencia sexual / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. En Ciencias Penales y Política Criminal, Profesora-Investigadora en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, Investigadora Nacional (SNI).

Introducción

Mi primer trabajo académico fue publicado en el núm. 4 de la revista *Alegatos*. Recién egresada de la universidad, me dediqué, junto con mi mejor amiga, a elaborar nuestro proyecto terminal para obtener el título de Licenciatura en Derecho. En aquel año, 1986, coordinaba el Departamento de Derecho, un prestigiado criminólogo exiliado de la dictadura argentina: el Doctor Marcó del Pont, quien se interesó por nuestro trabajo. De este modo, nos invitó a que escribiéramos un breve resumen de aquel. Así, se publicó, en aquel formato tamaño carta en cuya carátula se miraba una litografía del Quijote de la Mancha y su precio: $1,000.00 (un mil pesos), nuestro artículo "La cifra negra del delito de violación",[1] que mostraba los resultados de la investigación consistente en la aplicación de 500 encuestas a personas de la Delegación Azcapotzalco, con el objetivo de identificar si habían sido víctimas del delito de violación o si conocían a alguna persona que hubiera sufrido este tipo de agresión.

Es de imaginarse que, dada nuestra inexperiencia, la metodología utilizada carecía de rigor científico; no obstante, los resultados que obtuvimos fueron develadores, sobre todo, considerando que en esos momentos no se hacía investigación con perspectiva de género.[2] Por ejemplo, 39.2%, de las personas respondieron que creían que sólo las mujeres podían ser víctimas de una violación, y 70.8% contestaron que este ilícito únicamente podía llevarse a cabo a través de la violencia física y no identificaban la violencia moral ni la psicológica como medios para su consumación. También 57% de las personas respondieron que si fueran víctima de violación sí denunciarían ante las autoridades.

En aquel momento, la descripción del tipo penal de violación era limitada y las penas previstas demasiado cortas, por lo que quienes cometían este tipo de faltas obtenían su libertad con facilidad. Han transcurrido 38 años desde aquella modesta investigación y, tanto la legislación como las políticas encaminadas a la atención de las víctimas de este delito han tenido un importante desarrollo; asimismo las herramientas epistemológicas que ofrece la teoría de

[1] Ma. de los Ángeles Ortiz y Iris Santillán, "La cifra negra en el delito de violación", revista *Alegatos,* núm. 4, Órgano de difusión del Departamento de Derecho, septiembre/diciembre, 1986, pp. 17 a 19.

[2] La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, define en la fracción IX de su artículo 5, la perspectiva de género como "una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres".

género, permite analizar con una óptica distinta el fenómeno delictivo de la violación.

I. Desarrollo del tipo legal de violación en el Código Penal del Distrito Federal

En la actualidad, el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) tipifica tres tipos de violación: propia, equiparada e impropia, las cuales pueden agravarse. De manera paulatina pero constante, se ha ido reconociendo, social y jurídicamente, la gravedad de esas conductas, las descripciones típicas se han perfeccionado y las penas aumentado.

Es importante recordar que, originalmente, el delito de violación vigente para el Distrito Federal, estaba contenido en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal (CPF), el cual dejó de ser vigente en materia local a partir de la entrada en vigor del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial* el 16 de julio de 2002. En aquel primer código, sólo se criminalizaban las figuras de la violación propia (artículo 265) y la violación equiparada (artículo 266). La primera reforma se publicó el 20 de enero de 1967, como se muestra en el Cuadro 1.

Puede observarse que en el texto original la pena privativa de la libertad era reducida, aún en los casos en que la víctima fuera un(a) impúber[3] o no pudiera resistirse, con lo cual la persona acusada de este ilícito podía pagar una fianza para llevar su proceso penal en libertad. En la reforma de 1967, quien era acusado de haber cometido este ilícito, al no ser considerado grave, podía obtener su libertad mediante el pago de una fianza, a menos de que la víctima fuera un(a) impúber. Además de la pena privativa de libertad, se preveía una sanción pecuniaria, que podía ser hasta el equivalente de la compra de ocho revistas *Alegatos* de aquel entonces.[4]

[3] El texto legal no definía qué debía entenderse por "impúber", lo cual era motivo de incertidumbre al poderse dar diversas interpretaciones. La palabra "impúber" es definida actualmente por el Diccionario de la Real Academia Española como "que no ha llegado a la pubertad", entendiéndose por pubertad: "primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta". En RAE, http://dle.rae.es/?id=UYB3dwY, URL, consultado el 13 de marzo de 2018.

[4] Actualmente la revista tiene un costo de $50.00. Para tener una equivalencia, la multa sería de $200.00 a $400.00 actuales.

Cuadro 1.
Delito de violación contenido en los CP vigentes
en 1931 y 1967

Texto original, publicado el 2 de enero de 1931.	**Reforma publicada en el *DOF* el 20 de enero de 1967.**
"Art. 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a 8 años".	"Art. 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y multa de cuatro mil a ocho mil pesos".
"Art. 266.- Se equipara a la violencia, la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir".	"Art. 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

Es importante poner atención a la característica exigida en el tipo penal para agravar la pena, con relación a que la víctima sea "impúber", ya que, según estudios médicos, el inicio de la pubertad en las niñas varía entre los 7 y medio años y los 13 años de edad, mientras que en los niños ocurre entre los 9 y 14 años de edad.[5] De este modo, si no se acreditaba el uso de violencias física o moral, los operadores del sistema penal podían encuadrar el hecho como estupro (Cuadro 2), y no como violación, siempre y cuando la víctima fuera una niña[6] "casta y honesta",[7] como lo exigía originalmente el tipo penal de estupro. De tal modo que, si la niña no tenía estos atributos, la violencia sexual ejercida en su contra, no se encuadraba en ninguno de los tipos penales y, por tanto, era atípica y la conducta quedaba legalmente impune:

[5] Erica Eugster y Mark Palmert (editors), Pubertad precoz (temprana), Hormone Healt Network. En https://www.hormone.org/-/media/hormone/files/spanish/questions-and-answers/pediatric/fs_gd_precocious_puberty_sp-423.pdf, URL, consultado el 20 de marzo de 2018.

[6] El tipo penal hace referencia a "mujer menor de dieciocho años", que, conforme a la Declaración de los Derechos del Niño, es una niña.

[7] El uso de estos elementos normativos en el tipo penal, son muestra de la clasificación que desde las leyes se han hecho de las mujeres. Sólo han sido protegidas las que desde la óptica masculina y patriarcal son "buenas mujeres", Iris Santillán, "El control social de las mujeres a través de las leyes. La Colonia en México", *Alegatos,* núm. 98, Segunda Época, enero-abril de 2018, pp. 115-128.

Cuadro 2.
Delito de violación contenido en los Códigos Penales vigentes en 1931 y 1985.

Texto original, publicado el 2 de enero de 1931.	**Reforma publicada en el *DOF* el 14 de enero de 1985.**
"Artículo 262.- Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".	"Artículo 262.- Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se aplicará de un mes a tres años de prisión".

Como se observa en el Cuadro 2, la redacción de la descripción de la conducta de violación se reformó a finales de 1984 y se publicó en enero de 1985, sin que se omitieran criterios sexistas,[8] —al considerar que sólo las personas del sexo femenino podían ser víctimas de este tipo de conductas— ni el uso de calificativos discriminatorios que hacían alusión a la experiencia sexual de las niñas, como se evidencia en esta tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito:

> ESTUPRO. CASTIDAD Y HONESTIDAD EN EL.
>
> La castidad equivale a la pureza sexual de la víctima de que se trata y es un elemento de valoración cultural que debe apreciarlo el juez en cada caso concreto, existiendo a favor de la mujer como presunción *juris tantum*, debiendo ser objeto de prueba lo contrario; y la honestad es su recato o moderación en la conducta sexual operando también la presunción aludida de que ésta se tiene; de esta manera la castidad tiene que ver con la persona en sí y la honestidad con el parecer o imagen de la persona en sociedad, pero en ambos casos es esencial la pureza y recato en la conducta sexual de la víctima.[9]

La lectura con enfoque de género y derechos humanos de estos textos, visibiliza cómo la legislación y la interpretación de la misma, fueron cómplices

[8] El sexismo es definido por la Real Academia Española como: "Discriminación de las personas en razón de su sexo". La teoría de género ha evidenciado que, generalmente este tipo de discriminación la viven las mujeres y les afecta de manera más grave a ellas.

[9] SCJN, "Estupro. Castidad y honestidad en el", Tesis aislada, Tomo XIII del *Semanario Judicial de la Federación*, marzo de 1994.

en la construcción y fortalecimiento de estereotipos de género que i) han legitimado la violencia en contra de las niñas y mujeres, ii) les han obstaculizado el acceso a la justicia, y iii) las han discriminado.

Se observa cómo las niñas no escapaban del control social que, desde siempre, se ha ejercido sobre los cuerpos femeninos y su sexualidad a través de diversos mecanismos. Así, cuando las niñas se apartaban del "deber ser" estereotipado de la "niña buena", el sistema de justicia penal simplemente las ignoraba, negándoles cualquier tipo de protección legal.

De regreso al análisis del tipo penal de violación, en las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 20 de enero de 1967 se adicionó el artículo 266 bis, en el que se incluyeron modalidades que incrementaban la gravedad de los hechos en razón del número de victimarios (violación tumultuaria) o de la relación víctima-victimario, aumentándose las penas hasta a 20 años de prisión.

En el Cuadro 3, se anotan las modificaciones que tuvieron los artículos 265, 266 y 266 bis en el CPF, desde 1989 y hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Conviene decir que la adición del artículo 265bis en 1997, fue la respuesta a la interpretación formulada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al artículo 265 del Código Penal, al considerar que no se configuraba la violación entre cónyuges y, en todo caso, se trataba de un ejercicio indebido de un derecho,[10] con lo cual se ubicaba a las mujeres en una situación de vulnerabilidad frente a sus esposos.

El 16 de julio de 2002 se publicó el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Desde entonces, las figuras relativas a los distintos tipos de violación no han tenido reformas. Al comparar aquellas figuras vigentes en 1986 con las actuales podemos identificar lo siguientes:

- Al igual que en el CPF, se reconocen cuatro tipos de violaciones: I) propia, II) impropia, III) equiparada y IV) agravada.
- La pena de la violación propia se incrementó de 2 a 8 años de prisión (1986) a una de 6 a 17 años. Esa misma pena es la prevista también para las denominadas violaciones impropia y equiparada. La prime-

[10] SCJN, Violación entre cónyuges, sino ejercicio indebido de un derecho. No configuración del delito de, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* núm. 77, mayo de 1994, p. 18.

Cuadro 3.
Avances legislativos en el CPF en materia del delito de violación en el periodo 1989-1997.

Reformas publicadas en el *DOF*	**Principales características y/o modificaciones al tipo penal previsto en el artículo 265 (violación propia y violación impropia)**
3 de enero de 1989	La pena se incrementa de 8 a 14 años de prisión. No se contempla multa o reparación del daño. Además, se introduce lo que se conoce como violación "impropia", es decir la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral. La pena prevista para esta modalidad es prisión de 1 a 5 años.
21 de enero de 1991	Se amplía el texto típico, definiendo que debe entenderse por cópula: "la introducción del miembro viril en cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo".
30 de diciembre de 1997	Se adiciona el artículo 265 bis, en el que se contempla como víctima de esta conducta la esposa o concubina de quien la lleva a cabo. La pena es la misma que la prevista en el artículo 265. La única diferencia es que se persigue por querella de parte ofendida.
	Principales características y/o modificaciones al tipo penal previsto en el artículo 266 (violación equiparada)
3 de enero de 1989	Se omite en la redacción del tipo penal el supuesto en que la víctima "no esté en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales". Si se ejerce violencia, la pena se incrementaba en una mitad.
21 de enero de 1991	Se reformó el tipo penal, introduciendo la protección de la "persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho". Se agrega la violencia moral como elemento para incrementar la pena, en una mitad más.
30 de diciembre de 1997	El tipo penal agregó el supuesto de que se introdujera por vía anal o vaginal cualquier elemento distinto al miembro viril, sin violencia y con fines lascivos.
	Principales características y/o modificaciones al tipo penal previsto en el artículo 266 bis
3 de enero de 1989	Se incrementó la pena que iba de 8 a 20 años de prisión y multa de 5 mil a 12 mil pesos por, hasta una mitad más de la prevista en el artículo 265 (de 8 a 14 años de prisión), es decir de 8 a 21 años de prisión.
21 de enero de 1991	El contenido del tipo penal se sistematizó en cuatro fracciones, y agregó la modalidad en la que el sujeto activo tiene la custodia, guarda o educación de la víctima o se aproveche de la confianza en él depositada. La pena se incrementó para quedar de 12 a 21 años de prisión.

ra (violación impropia) consiste en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo distinto al pene. La violación equiparada (la cual, a su vez, puede ser propia o impropia) exige que la persona que es sujeto pasivo de la acción I) no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o II) que por cualquier causa no pueda resistir el hecho.

- En razón de la condición de la persona que es sujeto(a) activo(a) de la violación equiparada, no se exige que medie violencia física o moral. Cuando alguno de estos tipos de violencia estén presentes, la pena podrá incrementarse hasta en una mitad.
- La pena prevista para el delito de violación, es la misma si hay, o no, un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja entre sujetos activo y pasivo. La única diferencia es que, en contraste con las otras figuras, ésta se persigue por querella de persona ofendida, con lo cual procede el perdón.
- Se dejan de lado criterios como la pubertad, para considerar que quien tenga cópula (sin violencia de por medio) con persona de cualquier sexo menor de doce años, se le impondrá prisión de 8 a 20 años. Es decir, esta conducta se clasifica como violación agravada. La misma pena se contempla en caso de violación impropia en menores de 12 años de edad (Art. 181bis).
- En casos de que la víctima sea menor de 12 años, se tipifican circunstancias que pueden incrementar hasta en dos terceras partes más la pena: i) si intervienen dos o más personas; ii) si el victimario tiene una relación de parentesco, tutela, guarda o custodia con la víctima; iii) si el victimario aprovecha su cargo o empleo público para llevar a cabo la conducta típica; iv) si el victimario tiene contacto con la víctima por diversos motivos, entre ellos laborales, docentes, médicos, religiosos; v) si el victimario habita ocasional o permanentemente en el mismo domicilio de la víctima; vi) si el victimario se aprovecha de la confianza depositada en el por la víctima; vii) si el acto se lleva a cabo en un vehículo particular o de servicio público, viii) si es cometido en despoblado o un lugar solitario (Art. 181 Ter). Además, en el supuesto previsto en la fracción II, la persona culpable puede perder la patria potestad respecto a todos sus descendientes, la tutela, curatela, dere-

cho de alimentos y los sucesorios que tenga respecto de la víctima; así como en el caso de la fracción IV, la persona sentenciada será adicionalmente suspendida en el ejercicio de su empleo, cargo o profesión, por un término igual a la pena impuesta.

- Finalmente, en la actualidad, el CPDF contempla la posibilidad de que, como resultado de la violación se hayan procreado hijos. En estos casos, la reparación del daño debe comprender el pago de alimentos de estos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil (Art. 182).

A nivel normativo, el delito de violación ha tenido avances importantes en el CPDF que, en el plano del "deber ser", garantizan formalmente justicia para las víctimas de este tipo de conductas.

II. Aspectos relativos al delito de violación contenidos en otros ordenamientos penales

De la década de los ochenta a la fecha, han ocurrido importantes reformas legales que han visibilizado la figura de la víctima. Fue a partir de la reforma constitucional, publicada el 3 de septiembre de 1993, que se incluyeron en el último párrafo del artículo 20 los derechos de las víctimas y ofendidos por algún delito a "recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público (MP), a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes". El 21 de septiembre del 2000 se publicó una nueva reforma al citado artículo, en el que se identificaban en el apartado A, las garantías de los inculpados, y en el B, las de las víctimas u ofendidos; aunque, sin duda, los avances más importantes en esta materia coincidieron con la reforma constitucional al proceso penal publicada el 18 de junio del 2008, convirtiéndolo en acusatorio y oral. A partir de entonces, el apartado C del artículo 20 constitucional, prevé entre otros derechos de la víctima o del ofendido: asesoría jurídica, coadyuvancia con el MP, atención médica y psicológica, reparación del daño, el resguardo de su identidad y otros datos personales en algunos supuestos (la violación es uno de ellos), medidas cautelares y la posibilidad de impugnar las omisiones del MP. Estos derechos se encuentran reconocidos en diversos códigos y leyes que se comentan a continuación.

a) Código Nacional de Procedimientos Penales

La entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal acusatorio-adversarial con características de oral y público en nuestro país, incidió para que se redactara el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP),[11] dejando, paulatinamente sin vigor los códigos de cada entidad federativa que regulaba los procedimientos penales del fuero común.

En el caso de la Ciudad de México, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) fue publicado en el *DOF* el 29 de agosto de 1931 y tuvo 49 reformas hasta la entrada en vigor del nuevo CNPP. En dicho Código, se otorgaban ciertas facultades y obligaciones a las autoridades, a favor de las víctimas de delitos de carácter sexual:

- El artículo 131bis (adicionado mediante decreto del 24 de agosto del 2000), obligaba al MP para que, en un término de 24 horas, a partir de la solicitud de la víctima del delito de violación, la autorizara a interrumpir el embarazo, previa denuncia de los hechos.
- En el segundo párrafo del artículo 192 (adicionado mediante decreto del 26 de septiembre de 2007), se obligaba a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud en los casos de violación.

El CNPP es, por mucho, más amplio en el reconocimiento de derechos de las víctimas, específicamente de aquellas que han sobrevivido a la violencia sexual, como se muestra a continuación:

- El artículo 109 incluye los derechos de la víctima u ofendido, los cuales deben ser garantizados a las víctimas de violación, a quienes además, de manera especial, la fracción XXVI establece que se les debe resguardar su identidad y demás datos personales.
- El artículo 167 obliga al juez de control a ordenar, en casos de violación, la prisión preventiva de manera oficiosa.

[11] Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *DOF* el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada el 17 de junio de 2016.

- El artículo 275 determina que, cuando deban realizarse diferentes peritajes a personas que hayan sido agredidas sexualmente, debe integrarse un equipo interdisciplinario con profesionales capacitados en atención a víctimas, a efecto de concentrar en una misma sesión las entrevistas que se requieran, para elaborar el dictamen respectivo.
- Conforme al artículo 277 se establece que, tratándose de víctimas de violación, en el procedimiento para reconocer personas, el MP debe disponer medidas especiales para su participación, a fin de salvaguardar su identidad e integridad emocional. Asimismo, se prevé que las autoridades ministeriales deben contar, en estos casos, con el auxilio de peritos y con la asistencia del representante del menor de edad, si fuera el caso.
- Con base en el artículo 347, el juez que conozca de casos de delitos contra la libertad y/o seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, debe excluir la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.
- Con la finalidad de evitar que la víctima del delito de violación se confronte con el imputado, el órgano jurisdiccional, a petición de las partes, podrá ordenar la recepción de su testimonio con el auxilio de familiares o peritos especializados, para lo cual deben utilizarse técnicas audiovisuales adecuadas, conforme a lo establecido en el artículo 366.

Es importante considerar que, si bien el CNPP es omiso respecto de la autoridad que debe autorizar la interrupción del embarazo, dicha laguna legal se aclara con el contenido de la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005, que se revisara párrafos abajo.

b) Ley General de Víctimas

Aún sin un marco legal a favor de las víctimas, en 1990 la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF) fue pionera en este tipo de acciones al crear la Supervisión General de Servicios a la Comunidad, instancia que les brindaba asesoría jurídica y psicológica.

El 9 de enero de 2013, se publicó en el *DOF*. la Ley General de Víctimas (LGV); la cual amplió el catálogo de derechos de las víctimas desde un enfoque transversal de género y diferencial, incluyendo no solo derechos

procesales en materia penal, sino también en materias como civil, laboral y administrativa. La LGV fue reformada mediante decreto publicado el 3 mayo de ese mismo año.

De manera específica, la LGV establece una serie de derechos y procedimientos en favor de las víctimas de violación, como los contenidos en el artículo 35 relacionado con que el acceso a los servicios de anticoncepción de emergencia y de interrupción voluntaria del embarazo, así como la práctica periódica de exámenes y tratamiento especializado en seguimiento de eventuales contagios de enfermedades de transmisión sexual y del Virus de Inmunodeficiencia Humana. El mismo numeral establece que en cada una de las entidades públicas que brinden servicios, asistencia y atención a las víctimas, deberá contar con personal capacitado en el tratamiento de la violencia sexual con enfoque transversal de género. Asimismo, la fracción II del artículo 112, determina que con el reconocimiento de la calidad de víctima de delitos contra la libertad psicosexual el juez de la causa o la autoridad responsable del procedimiento, de inmediato suspendan todos los juicios y procedimientos administrativos, así como los plazos de prescripción y caducidad, en tanto la condición de la víctima no sea superada y se justifique la imposibilidad de ésta de ejercer adecuadamente sus derechos en dichos juicios y procedimientos. Uno de los mandatos fundamentales de la LGV es el contenido en su artículo 5, al establecer que los mecanismos, medidas y procedimientos establecidos en la misma ley, deben ser implementados y evaluados aplicando diversos principios.[12]

En los hechos, uno de los problemas más graves a los que se enfrentan hasta el día de hoy las víctimas de delitos sexuales es el sistema patriarcal que, desde diversas instancias las convierte en culpables,[13] por lo que es de vital importancia se garantice, en este tipo de ilícitos, el principio de buena fe, que obliga a las y los servidores públicos que intervengan en la atención de las víctimas, a creer en su dicho, a no criminalizarlas ni responsabilizarlas por su situación de víctima y a respetar y permitir el ejercicio efectivo de sus derechos.

[12] Los principios son los siguientes: dignidad, buena fe, complementariedad, debida diligencia, enfoque diferencial y especializado, enfoque transformador, gratuidad, igualdad y no discriminación; integralidad, indivisibilidad e interdependencia; interés superior de la niñez, máxima protección, mínimo existencial, no criminalización, victimización secundaria, participación conjunta, progresividad y no regresividad, publicidad, rendición de cuentas, transparencia y trato preferente.

[13] Iris Santillán, *Violación y culpa*, México, Ubijus, 2013.

Llamo la atención también en lo relacionado con la reparación del daño, ya que en las décadas de los ochenta y noventa, a las y los agentes del MP les parecía absurda la idea de que el bien jurídico tutelado en el delito de violación pudiera repararse, al limitarlo a un daño físico,[14] sin identificar que el daño mayor era el psicológico, no sólo de la víctima, sino de su entorno más cercano.

En la actualidad, tanto el CNPP como la LGV, en concordancia con el texto constitucional, prevén el pago de la reparación integral del daño, la cual, conforme al último párrafo del artículo 1º de la LGV comprende:

> […] la medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante).

El CPDF vigente es prolijo en lo relativo a la reparación del daño,[15] y de manera especial determina en el artículo 45, que en casos de violencia contra las mujeres, también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas, entendiendo por tales los familiares de las víctimas o de las personas que tengan o hayan tenido relación o convivencia con la misma en el momento de la comisión del delito.

c). Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención (NOM-046)

La Norma Oficial Mexicana 046,[16] es una disposición de tipo técnico emitida por la Secretaría de Salud que fija los criterios de atención médica en casos de violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Tiene como ante-

[14] Por ejemplo, en 1999, a nivel nacional solamente en 7.67% del total de sentencias condenatorias dictadas por el delito de violación, se ordenó la reparación del daño; en el año 2010 este porcentaje se incrementó a 24.07%. Iris Santillán, *op. cit*., p. 142.

[15] Artículos 42 al 49 del CPDF.

[16] Publicada en el *DOF* el 16 de abril de 2009. Se hace notar que la publicación de la norma tardó cuatro años.

cedente la NOM-190-SSA1-1999 que se limitaba a fijar los criterios para la atención médica de la violencia familiar.

El apartado 6.4 de la NOM-046 contiene los criterios y acciones que las autoridades sanitarias deben considerar en el tratamiento de la violación sexual. Dos de los quehaceres más importantes son los contenidos en los puntos 6.4.2.1 y 6.4.2.2 en los que se obliga a las instituciones prestadoras de servicios de atención médica a ofrecer a las víctimas de ese ilícito —previa información completa sobre la utilización del método— la anticoncepción de emergencia de inmediato y hasta 120 horas después de ocurrida la violación; así como a informar sobre posibles infecciones de transmisión sexual y de la prevención a través de quimioprofilaxis y, previa evaluación del riesgo, prescribir la profilaxis contra VIH/SIDA.

Originalmente, la NOM-046 preveía que, en caso de embarazo por violación, la autorización de la autoridad competente se debía prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada, siendo necesaria, en casos de que la víctima fuera menor de edad, la autorización del padre y/o madre o tutor.

En marzo de 2016 se publicó en el *DOF* la modificación de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la NOM-046,[17] la cual constituye un importante avance en favor de las mujeres víctimas de violación en razón de que: I) se reforma el término "aborto", por el de "interrupción voluntaria del embarazo" (IVE); II) ya no se requiere la autorización de alguna autoridad para que las autoridades prestadoras de servicios de atención médica, practiquen la IVE en caso de violación; basta con que la víctima haga la solicitud por escrito bajo protesta de decir la verdad de que dicho embarazo es producto de violación; III) Se desconoce la patria potestad y se permite la IVE a partir de los 12 años de edad, sin el consentimiento de la madre, padre o tutor(a); IV) el personal que practique la IVE, no está obligado a verificar el dicho de la solicitante, en concordancia al principio de buena fe, previsto en el artículo 5 de la Ley General de Víctimas; V) las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica deben contar con personal médico y de en-

[17] El nombre completo del instrumento legal es: Modificación de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. "Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de abril de 2009.

fermería no objetores de conciencia; y VI) las y los prestadores de servicios de salud deben informar a la persona afectada sobre su derecho a denunciar, respetando su decisión al respecto y conminándola a continuar el seguimiento médico, psicológico y de trabajo social.

Como se observa, en lo formal, hay avances importantes en materia de derechos humanos de las mujeres y, de manera especial, de las víctimas de delitos sexuales.

III. Instituciones públicas orientadas a la atención de la violencia sexual

De 2012 a 2017, el Centro de Comando, Control, Cómputo, Comunicaciones y Contacto Ciudadano de la Ciudad de México (C5), registró 2,380 violaciones ocurridas tanto en la vía pública, como en espacios intramuros (Cuadro 4).

Cuadro 4.
Número de violaciones registradas de 2012 a 2017

2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**Total**
358	504	523	423	351	221	2,380

Fuente: Centro de Comando, Control, Cómputo, Comunicaciones y Contacto Ciudadano de la Ciudad de México (C5).[18]

La conclusión a la que llegamos en aquel modesto trabajo publicado en 1986 fue que la cifra negra en el delito de violación en el entonces Distrito Federal era de 74.6%. En 2014 la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública estimó que la cifra negra en los delitos sexuales fue de 94.1%.[19] Con esta información, se puede calcular que, de 2012 a 2017, ocurrieron alrededor de 40,338 violaciones en la hoy Ciudad de México. En

[18] Cit. en Conavim (2018), Informe del Grupo de Trabajo conformado para atender la solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres de la Ciudad de México, Secretaría de Gobernación, México, p. 12.

[19] Cit. en CEAV (2016), Resultados preliminares del diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. Comité de Violencia Sexual, México, p. 12.

aquel entonces no existían instancias oficiales orientadas a atender a víctimas de delitos sexuales, situación que ha cambiado como se anota a continuación.

a) Agencias especializadas en delitos sexuales

En 1986 no había instituciones, ni políticas orientadas a atender a las víctimas de delitos sexuales, y era del conocimiento popular que las mujeres que se presentaban a denunciar algún delito de carácter sexual se arriesgaban a ser violadas de nueva cuenta por parte de los operadores del aparato de procuración de justicia. Juntos, médicos y agentes del Ministerio Público exploraban físicamente los genitales de las mujeres sin la menor delicadeza que los casos exigían, o de plano, el consultorio médico legista se convertía literalmente en un espacio de impunidad en el que las mujeres eran violadas una vez más,[20] esta era una de las razones por la que este tipo de ilícitos no se denunciaba en aquellos años.

En 1989 se inauguró la primera Agencia Especializada en Delitos Sexuales, la cual se ubicó en la Delegación Miguel Hidalgo-Cuajimalpa, para dar acompañamiento jurídico y atención a las víctimas. La idea original es que las víctimas fueran atendidas en espacios confortables, con privacidad, en donde no se les revictimizara y fueran atendidas por personal femenino. Actualmente existen seis agencias especializadas bajo la jurisdicción de la Fiscalía de Delitos Sexuales de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México, en las alcaldías Álvaro Obregón, Venustiano Carranza, Gustavo A. Madero, Iztapalapa y dos en Cuauhtémoc.

La instalación de estas agencias tuvo un impacto positivo en cuanto al incremento de denuncias, como se muestra en el Cuadro 5.

Sin embargo, de acuerdo con la información del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el número de denuncias ha caído estrepitosamente (Cuadro 6).

Si bien podría interpretarse que el descenso del número de denuncias por este ilícito se debe a las políticas criminológicas adoptadas por el gobierno de la Ciudad de México, esto es poco probable si se considera el contexto de violencia en contra de las mujeres que se vive en la capital del país, lo cual puede

[20] Marta Torres, "Violencia sexual y procuración de justicia", *El Cotidiano*, núm. 90, julio-agosto, UAM-A, 1998.

Cuadro 5.
Número de denuncias del delito de violación

Año	**Denuncias**	**Año**	**Denuncias**
1989	1 798	**1993**	3 282
1990	3 176	**1994**	3 306
1991	3 878	**1995**	3 412
1992	3 886	**1996**	3 567

Fuente: Procuraduría General de Justicia del DF.[21]

Cuadro 6.
Número de denuncias por el delito de violación, ante el MP de la CDMX, por cada 100 mil mujeres

Año	*Denuncias*	**Año**	*Denuncias*
1997	*31.3*	**2007**	*28.7*
1998	*22.57*	**2008**	*27.2*
1999	*29.2*	**2009**	*28.5*
2000	*32.5*	**2010**	*27.5*
2001	*26.2*	**2011**	*24.9*
2002	*27.8*	**2012**	*18.1*
2003	*28.2*	**2013**	*12.2*
2004	*26.3*	**2014**	*11.5*
2005	*25.4*	**2015**	*15.4*
2006	*25.0*	**2016**	*12.3*

Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y CONAPO, Estimaciones de Poblaciones 1990-2010 (1990-2009) y Proyecciones de población de México 2010-2050 (2010-2014).[22]

21 Cit. en Marta Torres, *op. cit.*, 1998, p. 67.

22 Cit. en Conavim (2018), Informe del Grupo de Trabajo conformado para atender la solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres de la Ciudad de México, Secretaría de Gobernación, México, p. 47.

sustentarse con la revisión del número de muertes violentas de mujeres, sean tipificadas, o no, como feminicidio (Cuadro 7).

Cuadro 7.
Averiguaciones previas o carpetas de investigación iniciadas por homicidio doloso contra mujeres y feminicidio

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Homicidio doloso donde la víctima es una mujer	51	77	76	73	76	68	421
Feminicidio	51	52	57	56	46	30	292
Total	102	129	133	129	122	98	713

Fuente: Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
Los datos son hasta septiembre de 2017.[23]

La baja de denuncias parece deberse, más bien, a que las agencias especializadas dejaron de dar el servicio de calidad y calidez que en el momento de su instalación se había planeado. Aún cuando hay un amplio marco jurídico para la atención de víctimas de violación (deber ser), lo cierto es que, como afirma Barbara Yllán, quien fuera por varios años subprocuradora y directora del Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales de la PGJDF, las agencias se convirtieron en espacios adonde envían, a modo de castigo, a las y los servidores públicos; por tal razón no tienen el ánimo, el interés ni el conocimiento indispensables para servir a las víctimas,[24] lo que conlleva a su revictimización.[25] Otro problema es la falta de personal. En el 2017 la PGJDF reportaba que en las seis agencias sólo contaban con 12 oficiales secretarios, seis policías de investigación, seis peritos en materia de psicología y tres peritos en medicina responsables de atender anualmente un promedio de 700 víctimas de violación.[26]

[23] *Idem*, pp. 9 y 10.

[24] *Milenio Digital*, Agencias de delitos sexuales: indignación y desesperanza, *Milenio*, 4 de junio. En http://www.milenio.com/policia/agencias-de-delitos-sexuales-indignacion-y-desesperanza, URL, consultado el 19 de junio de 2018.

[25] Conavim, *op. cit.*, 2018, p. 93.

[26] Hazel Zamora y Montserrat Antúnez (2017), "Clínica Condesa, refugio para víctimas de delitos de violencia sexual", *Cimacnoticias*. En http://www.cimacnoticias.com.mx/etiqueta/centro-de-terapia-y-apoyo-para-v-ctimas-de-delitos-sexuales-cta, URL, consultado el 20 de junio de 2018.

De manera adicional, la corrupción entre el personal de la agencia y asesores jurídicos de las víctimas es otro factor que incide en la cantidad de denuncias y de sentencias condenatorias, al pedirles que se desistan.[27]

Se suma a todo ello un profundo pensamiento patriarcal en las y los operadores del sistema de justicia penal, que lleva a culpar y hasta a criminalizar a las mujeres que, de distintas maneras, tienen la oportunidad de defenderse. La jurista feminista Alda Facio, al hablar de los componentes del derecho se refiere al político-cultural, el cual incide de manera eficaz en las decisiones de quienes tienen la facultad de aplicar el derecho.[28]

a) Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales (CTA)

A partir del acuerdo A/009/91 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal,[29] se creó el Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales, cuyo objetivo es brindar atención terapéutica a las víctimas y sus familiares que sean enviadas por las agencias especializadas en delitos sexuales. Sin embargo, al igual que las agencias especializadas el CTA está rebasado por la carga de trabajo; por ejemplo en el informe 2015-2016 de la PGJDF señaló que impartió, a través de 12 psicólogas, 28 sesiones de terapia individuales y 885 grupales.[30]

b) Clínica Especializada Condesa (CEC)

Es en la Clínica Especializada Condesa en donde actualmente se encuentra el Programa de Atención a Violencia Sexual, por lo que las víctimas que denuncian una violación son enviadas a dicho centro, a fin de que se les proporcione los servicios descritos en la NOM-046. De acuerdo a su informe de actividades, en el año 2017 atendieron a 1,198 víctimas de violencia sexual, teniendo un acumulado de 8,670 en el periodo de 2008 a 2017, de las cuales 8,046 son mujeres y 624, hombres, siendo la edad promedio de ellas 20 años de edad, mientras que la de los hombres de 17 años.[31]

27 *Milenio*, *op cit*.

28 Alda Facio, Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal), San José, C.R., ILANUD, 1992, p. 72-74.

29 Publicado en el *DOF* el 27 de marzo de 1991.

30 Hazel Zamora y Montserrat Antúnez, *op cit*.

31 CDMX, Informe de actividades 2017 de la Clínica Especializada Condesa. En http://data.salud.cdmx. gob.mx/ssdf/portalut/archivo/Actualizaciones/1erTrimestre18/VIH/Informe_actividades_VIH_2017.pdf, URL, consultado el 21 de junio de 2018.

IV. Conclusiones

De 1986 a la fecha han sido importantes los avances en materia legal y de creación de instituciones que atienden a las víctimas de delitos sexuales. No obstante, la ineficiencia —justificada o no— de quienes atienden las áreas creadas para dicho fin, impide garantizar el derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y su acceso a la justicia, al no llevar a cabo las investigaciones y atender a las víctimas conforme a los estándares que exige el propio marco legal en materia de derechos humanos de las mujeres. Es evidente que hasta el día de hoy la justicia en la Ciudad de México tiene una deuda con ellas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae* (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). San José, CR., ILANUD, 1992.

Santillán, Iris. *Violación y culpa*. México, Ubijus, 2013.

Electrónicas

CDMX (2018), Informe de actividades 2017 de la Clínica Especializada Condesa. En http://data.salud.cdmx.gob.mx/ssdf/portalut/archivo/Actualizaciones/1erTrimestre18/VIH/Informe_actividades_VIH_2017.pdf, URL, consultado el 21 de junio de 2018.

Eugster, Erica y Palmert Mark (editores) (2010). Pubertad precoz (temprana). Hormone Healt Network, marzo. En https://www.hormone.org/-/media/hormone/files/spanish/questions-and-answers/pediatric/fs_gd_ precocious_puberty_sp-423.pdf, URL, consultado el 20 de marzo de 2018.

Milenio Digital (2017). Agencias de delitos sexuales: indignación y desesperanza. Milenio, 4 de junio. En http://www.milenio.com/policia/agencias-de-delitos-sexuales-indignacion-y-desesperanza, URL revisado el 19 de junio de 2018.

Zamora, Hazel y Antúnez, Montserrat (2017). "Clínica Condesa, refugio para víctimas de delitos de violencia sexual". *Cimacnoticias*, 30 de octubre. En http://www.cimacnoticias.com.mx/etiqueta/centro-de-terapia-y-apoyo-para-v-ctimas-de-delitos-sexuales-cta, URL consultado el 20 de junio de 2018.

Hemerográficas

Ortiz, Ma. de los Ángeles y Santillán, Iris. "La cifra negra en el delito de violación". revista *Alegatos*. Órgano de difusión del Departamento de Derecho, núm. 4, septiembre/diciembre, 1986, pp. 17-19.

Santillán, Iris. "El control social de las mujeres a través de las leyes. La Colonia en México". *Alegatos,* núm. 98, Segunda Época, enero-abril de 2018, pp. 115-128.

SCJN, "Estupro. Castidad y honestidad en el". Tesis aislada, Tomo XIII del *Semanario Judicial de la Federación*, marzo de 1994.

SCJN. "Violación entre cónyuges, sino ejercicio indebido de un derecho. No configuración del delito de". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* núm. 77, mayo de 1994, p. 18.

Torres, Marta. "Violencia sexual y procuración de justicia". *El Cotidiano*, núm. 90, julio-agosto, UAM-A. 1998.

Otras fuentes

CEAV. "Resultados preliminares del diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México". Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Comité de Violencia Sexual, México, 2016.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Conavim. Informe del Grupo de Trabajo conformado para atender la solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres de la Ciudad de México, Secretaría de Gobernación, México, 2018.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley General de Víctimas.

Modificación de los puntos 6.4.2.7, 6.4.2.8, 6.6.1 y 6.7.2.9 de la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, par quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de abril de 2009.

Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

¿Que cuarenta años no es nada? Algunas consideraciones para el debate sobre la historia de la lucha contra la violencia de género en México

Gerardo González Ascencio*

Resumen:

En este artículo, que inicia con una evocación anecdótica sobre la presencia del tema de violencia de género en la revista *Alegatos*, el autor formula un balance personal sobre algunos aspectos desdibujados de esta lucha social próxima a cumplir 40 años. Destaca, en primer lugar, lo importante que resultó el periodo inicial para la transformación del marco legal en favor de las víctimas; en segundo lugar, nos recuerda cómo se convirtió el tema en un asunto de relevancia política y cómo abandonó el escenario privado para ocupar su lugar en la agenda de los problemas sociales que tienen que atenderse para encaminar a la nación en un sentido democrático; finalmente, también nos convoca a no olvidar lo importante que resulta mantener el sentido crítico y autónomo de la lucha contra la violencia de género.

Abstract:

In this article, which begins with an anecdotal evocation of the presence of gender violence in the revista Alegatos, the author makes a personal assessment of some blurred aspects of this social struggle that will soon be 40 years old. First of all, it is important to note the importance of the initial period for the transformation of the legal framework in favor of the victims; secondly, it reminds us how the issue became politically relevant and how it left the private scenario to take its place in the agenda of the social problems that have to be addressed in order to lead the nation in a democratic sense. Finally, it also calls us to not forget how important it is to maintain the critical and autonomous sense of the struggle against gender violence.

Sumario: Introducción / I. En el principio, la lucha legal fue central / II. Lo personal es político / III. Lo privado y lo público / IV. Ni tanto, ni tan poco. La LCVG y la reforma continua / V. Conclusiones / Fuentes de Consulta

* Dr. en Derecho por la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Introducción

Con este artículo, que presenta a manera de balance histórico sobre la Lucha Contra la Violencia de Género en México (LCVG), y que se publica en este número 100 de la revista *Alegatos*, quiero hacer algunas consideraciones personales sobre un tema que me ha ocupado por décadas por tres razones fundamentales: la primera, tiene que ver con mi condición de ciudadano mexicano convencido de la importancia de la lucha cívica y de la valía de las reformas pacíficas y democráticas de nuestra sociedad; la segunda, se relaciona con mi voluntad de participar de una de las múltiples variantes del feminismo, que postula que la transformación social del mundo será radical —o de otra manera, no será— si logra la transformación de los sujetos[1] —géneros, se diría con mayor propiedad ahora— y; la tercera, es de índole académica y se asocia, de manera natural, con mi activismo feminista en favor de esta que considero también mi causa y la de todos los demócratas y que —cause lógico— me llevó a vincular el ejercicio libre de mi profesión de abogado con la reflexión teórica y con la formulación de propuestas de reformas orientadas a la transformación de la condición jurídica de las mujeres.

Decía inicialmente que es menester hacer una especie de balance de lo que coloquialmente se ha dado en llamar la LCVG en México y que por múltiples razones postergué en espera de mejores momentos, pero la verdad, ahora lo puedo valorar, es que la espera de *los mejores momentos* en ocasiones proyecta el recuento a un futuro que nunca llega y que desdibuja la valía de los

[1] Me refiero en este caso al feminismo de la diferencia, que reivindica que hombres y mujeres no somos iguales biológicamente y hace una crítica radical a las construcciones culturales en todas las sociedades en donde el modelo de lo humano postula a la masculinidad —cualquier cosa que esto signifique— como referente para la igualdad de las personas. Aun y cuando las diferencias no son sinónimo de desigualdad, estas construcciones las invisibilizan —por razones económicas, religiosas, políticas— y las transforman en pactos sociales que se introyectan al grado de que la opresión que provocan en "el otro" —en este caso, en la mujer— aparecen como naturales. Franca Ongaro Basaglia (1928-2005) y su esposo Franco (1924-1980), ambos italianos, comunistas y pioneros del feminismo de la diferencia y de la antipsiquiatría son, en mi formación, los teóricos más influyentes de esta corriente, publicaron mucho y de su obra destaco: *Los crímenes de la paz*, aparecido en 1987 en español, bajo el sello de la editorial Siglo XXI; *La institución negada*, publicado por Seix Barral, Barcelona, España, en 1970; ¿*Psiquiatría o ideología de la locura*?, Barcelona, España, Anagrama, 1972; *La condena de ser loco y pobre. Alternativas al manicomio*, Buenos Aires, Argentina, Topía Editorial, 2008; *La mayoría marginada* (la ideología del control social), Barcelona, España, Editorial Laia, 1977; y, sobre todo, *Mujer, locura y sociedad,* (comentario de Dora Kanoussi); México, Universidad Autónoma de Puebla, 1983.

procesos argumentativos, así que sin pretender ser abarcativo,[2] me limitaré a presentar algunas tesis que considero de provecho para entender el carácter de la LCVG en México, próxima a cumplir cuarenta años,[3] y que presento para la discusión intelectual en los tiempos de ahora, cuando mucho se ha logrado, pero también cuando aún se requiere de reformas estructurales para su abatimiento.

A los lectores advierto, no encontrarán en estas páginas recuentos puntuales, cronologías exhaustivas, ni fe de las transformaciones legales completas,[4] sin embargo, del mundo tan vasto de bibliografía a la que se pueden acercar, ya sea como intelectuales curiosos o como especialistas, valdrá la pena hacer el esfuerzo por terminar de leer este artículo pues encontrarán en él, episodios de la LCVG desdibujados por la avalancha de los años, por la institucionalización de la misma, o quizá —en cuyo caso hablo de lo peor que puede suceder— por la hipernormalización,[5] que ha provocado el acostumbrarnos al peso abrumador de las noticias relacionadas con un tema que ya es de todos los días.

Finalmente, en estas líneas introductorias vale la pena comentar, antes de entrar más a fondo, algunas cosas de gran significado relacionadas con el

[2] Sería imposible presentar la bibliografía sobre la LCVG en México, pero de la extensa lista, destaco algunos textos relevantes sobre su historia: Monárrez Fragoso, Julia E., Cervera Gómez, Luis E., *et al*., *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*, Colegio de la Frontera Norte, México, Miguel Ángel Porrúa, 2010; Gerardo González Ascencio y Patricia Duarte Sánchez, *La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996; Gerardo González Ascencio, *El control social y la violencia de género en México*, Universitat de Barcelona, tesis s/p, Barcelona, España, 2000; Torres Falcón, Martha, (Comp.), *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, México, El Colegio de México, 2004.

[3] Frente a la ausencia de espacios institucionales especializados en la atención a víctimas de la violencia hacia las mujeres, en 1979 surgió el Centro de Apoyo a Mujeres Violadas, A.C. (CAMVAC). Fue el primero en todo el país y nació para proporcionar ayuda integral (médica, legal y emocional) con perspectiva de género a las sobrevivientes. *Cfr.* Isabel Barranco Lagunas, *Recuperando nuestra memoria; CAMVAC una historia olvidada*, *Revista FEM*, año 20, núm. 163, octubre de 1996, pp. 37-41.

[4] Para documentarse sobre su historia y la multiplicación de espacios para la atención, y para el estudio de la violencia de género, durante los años 80´s y 90´s, puede verse: Patricia Duarte Sánchez y Gerardo González Ascencio, *La lucha contra la violencia de género en México. De Nairobi a Beijing 1985-1995*, folleto publicado por la Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), México, 1994; también: Gerardo González Ascencio y Patricia Duarte Sánchez, *La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996.

[5] Uso el término para describir el peligro de hacer aparecer a la violencia de género como algo normal y, por tanto, para describir la situación como "normalizada" y sin alternativas.

esfuerzo que hace posible, ya por más de tres décadas, el proyecto editorial de la revista *Alegatos*.[6] La primera de ellas no es menor, desde el primer número de *Alegatos*, correspondiente al cuatrimestre de septiembre-diciembre del año de 1985, apareció un artículo fundamental sobre la temática de la LCVG, "La violación: legislación e ideología (proposición de reformas y adiciones".[7] Digo fundamental, porque aunque no fue la primera publicación que hiciera un recuento de los rezagos legales sobre este delito,[8] no fue tampoco una cuestión de poca relevancia el hecho de que apareciera cobijado por un órgano de difusión del Departamento de Derecho que, de alguna manera, lo asumía como resultado de la forma crítica-propositiva en la que se estudia y enseña la disciplina jurídica en la Universidad Autónoma Metropolitana.

Otra cuestión que vale la pena resaltar, es que a lo largo de la historia de la revista *Alegatos* se han publicado de manera constante resultados de investigación y artículos de opinión cuya temática central ha sido la violencia de género, es decir, el tema ha sido tratado como una preocupación incesante y desde diferentes enfoques, en ocasiones coyunturales, a la luz de reformas o

6 Oficialmente, *Alegatos* es el órgano de difusión de la información y de los resultados de investigación del Departamento de Derecho, está abierto siempre a las colaboraciones y mantiene un enfoque interdisciplinario y crítico, mismo que atiende al carácter dinámico y social del Derecho, cuya finalidad es contribuir al estudio de los grandes problemas nacionales e internacionales en la búsqueda de su solución.

7 Su autora fue académica del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco por muchos años y una feminista destacada, la doctora en derecho Mireya Toto Gutiérrez. *Cfr. La violación: legislación e ideología (proposición de reformas y adiciones)*, México, revista *Alegatos*, núm. 1, septiembre/diciembre, 1985, pp. 1-8.

8 En 1984, la fracción parlamentaria del Partido Socialista Unificado de México (PSUM) recogió un proyecto integral de modificaciones a la ley en materia de delitos sexuales, elaborado por destacadas feministas desde 1983. Participaron en su discusión y elaboración, la Lic. Beatriz Saucedo Galván, la psicoanalista Dulce María Pascual, el Lic. Gerardo González Ascencio y las economistas Rosalba Carrasco y Elba Aurelia Urtusuástegui. En estas primeras revisiones al discurso jurídico, destacaron también los trabajos precursores de la Lic. Mireya Toto que sirvieron de base para la crítica feminista. *Cfr. Iniciativa sobre violación, propuesta para facilitar la reparación del daño y el castigo por este delito*, presentada por el C. Diputado Iván García Solís, ver *Los socialistas en el Congreso*, núm. 9, México, DF., 1985, pp. 59-67. La iniciativa señalada nunca pasó a la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados para la elaboración del dictamen correspondiente, sin embargo, sirvió de modelo para un gran número de propuestas posteriores, tanto del movimiento organizado de mujeres como de los sectores femeninos del Partido Revolucionario Institucional (PRI). *Cfr.* "Iniciativa sobre violación", presentada por la ANFER en abril de 1983, mimeo, así como la Iniciativa para reformar el Título Decimoquinto, "Delitos sexuales", Capitulo l, Articulo 260 bis, presentada por la C. Diputada Hilda Anderson Nevares de Rojas, a nombre de las diputadas integrantes de la LIV Legislatura, México, DF., 1988, mimeo.

de casos emblemáticos, pero también como un asunto que requiere de cambios estructurales asociados a la construcción de una ciudadanía plena.[9]

I. En el principio, la lucha legal fue central

En la primera fase de la LCVG (que en otros textos ya he caracterizado como la etapa de oposición y denuncia 1975-1983),[10] hubo un largo período de denuncia sobre el tema; se trató de llamar la atención sobre algo que no se había hecho visible como problema social y que aparecía aislado, como producto de desajustes emocionales o patológicos del agresor.

Al volverlo una cuestión pública, como insistiremos en un apartado subsiguiente, el feminismo permitió su resignificación, ocupó espacios para denunciar la situación desventajosa en la que se encontraban las víctimas de la violación y forzó la apertura de espacios para el debate en los medios de difusión. También formuló iniciativas de ley con propuestas viables para modificar actitudes de las autoridades responsables de la procuración de justicia y, con ello, acercó a las víctimas de estos delitos a los órganos encargados de impartirla, y obligó al medio intelectual, de la cultura jurídica a aceptar y reconocer los límites del marco legal tradicional.

Este despertar, lento pero influyente por su poder político de denuncia social, ayudó a cambiar la mentalidad de la opinión pública sobre la responsa-

También, en abril de 1984, por medio de una iniciativa del Ejecutivo, se modificó el Código Penal para el Distrito Federal con el propósito de impedir que el presunto responsable del delito de violación pudiera gozar del beneficio de la libertad bajo fianza. Se aumentó la pena de este delito, que de 2 a 8 años pasó a ser de 6 a 8 años de prisión. Este cambio importante para llamar la atención de la sociedad con relación a la gravedad del delito fue insuficiente. El aumento en la penalidad por sí solo no acercó a las víctimas a un sistema judicial sensible y tampoco logró disminuir la incidencia delictiva. Para más información ver *infra*, núm. 16.

9 De manera cuantitativa, los temas de violencia de género han sido materia de 27 artículos, es decir que han estado presentes en cuando menos uno, de cada cuatro, del centenar de números de la revista *Alegatos*. Para los aspectos cualitativos, los interesados pueden conocer el archivo histórico de la revista *Alegatos* en línea en: www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/inicio.php. El recuento para elaborar la lista de los 27 artículos, se hizo en consulta durante los meses de mayo y junio de 2018.

10 Para conocer sobre la periodización de la LCVG en México puede consultarse a: Patricia Duarte Sánchez y Gerardo González Ascencio, *La lucha contra la violencia…*, *op. cit.*, pp. 6 y ss. En ese texto se habla de cuatro etapas: I. La denuncia (1975-1983); II. Del discurso contestatario a la formulación de propuestas alternativas (1983-1988); III. La coexistencia con el Estado (1988-1993) y; IV. La cooptación (1994-2000). Para los años que corren, el autor del presente artículo podría sugerir caracterizarla como, V. La etapa de Institucionalización de la LCVG (2000-2018).

bilidad de la víctima; hizo que el ofensor no fuera visto como "enfermo" y puso énfasis en evidenciar la existencia de innumerables pactos sociales de aceptación tácita al ejercicio de la violencia de género.[11]

El discurso feminista, contra la violencia de género, hay que destacarlo, no se originó en la academia; surgió de pequeños grupos de reflexión en donde lo privado, al colectivizarse, empezó a ser cuestionado hasta hacer posible que emergiera como un problema público.[12] De ahí pasó a las Universidades, se convirtió en tema de seminarios, conferencias, estudios, tesis, y programas universitarios de atención a víctimas de violación.

Como he señalado en otros trabajos, el nutriente académico fortaleció el discurso contra la violencia de género, lo ayudó a sistematizarse, a encontrar un marco teórico explicativo y dotó a los grupos feministas de las condiciones y de la fuerza para debatir con otros sectores y corrientes, la mayoría de los cuales enfrentaban este tipo de agresiones con argumentos justificadores hacia la conducta del violador.[13]

Puede afirmarse, en términos generales, que el movimiento social de LCVG en México formuló seis grandes preocupaciones sobre el rezago penal en materia de violación; la primera tenía que ver con la deficiente sistematización del delito y la valoración errónea que se hacía del bien jurídico a tutelar por parte del legislador. Tal técnica sirve de base para su catalogación, de manera que la conducta aparecía dentro de un título que agrupaba varios tipos penales considerados como "delitos sexuales".[14] Como el feminismo demostró al brindar atención a las víctimas de esta ofensa criminal, el bien jurídico no podía proteger una libertad sexual sin considerar la afectación integral, de la cual la tradicional "libertad sexual" era importante, pero constituía sólo una parte del conjunto de bienes trastocados con la violación.

[11] Véase *infra* núm. 29.

[12] Véase en este mismo artículo el subinciso denominado "Lo privado y lo público".

[13] *Cfr.* Gerardo González Ascencio, *El control social y la violencia de género en México*, Barcelona, España, Universidad de Barcelona, tesis s/p, 2000, pp. 27 y ss.

[14] Señaló el ilustre penalista Celestino Porte Petit Candaudap, en su célebre estudio denominado *Ensayo dogmático del delito de violación* que, así como resulta absurdo pensar, en función de sus resultados, que en el caso del delito de homicidio el bien jurídico sea "la sangre", así de equivocado es pensar que, en el caso de la violación, el bien jurídico deba ser "la libertad sexual". *Cfr.* Celestino Porte Petit Candaudap, *Ensayo dogmático del delito de violación*, México, Editorial Porrúa, Cuarta edición, 1985.

La segunda daba cuenta de la situación ridícula de la punibilidad para el delito de violación simple, lo cual permitía, hasta antes de la reforma de enero de 1984,[15] que en todos los casos el "indiciado" obtuviera su libertad bajo fianza y el procedimiento penal se convirtiera en un viacrucis peligroso para la víctima; La tercera, criticaba las trabas técnico-procesales que dificultaban la comprobación del cuerpo del delito, desconociendo la naturaleza de la conducta que en múltiples ocasiones es "de realización oculta";[16] La cuarta, se relacionaba con el embarazo no deseado a consecuencia de una violación y la imposibilidad de interrumpirlo en los hechos, el feminismo formuló una propuesta técnica que resolvía cuál debía ser la autoridad que concediera en permiso para abortar en un plazo perentorio que lo hiciera practicable y evitara la condena a la mujer a una maternidad no deseada;[17] La quinta, demolía con argumentos jurídicos la postura tradicional de algunos tratadistas y legisladores que consideraban a la violación dentro del matrimonio como parte del ejercicio de un derecho derivado de un contrato matrimonial y; finalmente, la última preocupación criticaba la ventana de escape frecuente por la que ascendientes o hermanos, al imponer cópula a los descendientes o entre hermanos, obtenían una penalidad, en el caso de ser condenados, sumamente

[15] Durante el sexenio de Miguel De la Madrid Hurtado, se realizó una reforma parcial a los delitos de violencia de género y aunque el feminismo ya había mostrado inconsistencias más estructurales, resultó relevante el hecho de impedir que el procesado gozara del beneficio procesal de la libertad bajo fianza, esto fue posible al aumentarle la punibilidad al tipo penal para quedar como sigue: "Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años". *Cfr. Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984 por medio del cual se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

[16] Una de ellas, muy recurrida en las primeras etapas del procedimiento penal, era desconfiar del dicho del ofendido —mujeres en su inmensa mayoría—, el feminismo demostró el peso de los prejuicios de género que operaban en este tipo de delitos, véase por ejemplo el resultado de una encuesta a los Ministerios Públicos —en esos años del Distrito Federal— para evidenciar sus concepciones previas: Gerardo González Ascencio, *La antesala de la justicia: la violación en los dominios del Ministerio Público,* folleto publicado por la Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), México, 1993.

[17] Vale la pena recordar que desde la promulgación del Código Penal de 1931 se reconocía por esta causa el aborto no punible (no es que se "permitiera", seguía siendo un ilícito penal, pero si se llevaba a cabo, no se punía), sin embargo, en los hechos, la indefinición de la autoridad que debía conceder la autorización para la interrupción, lo hacía impracticable; en otras ocasiones, cuando se conseguía la autorización, el transcurso del tiempo de gestación lo hacía riesgoso desde el punto de vista médico.

baja al iniciarse una Averiguación Previa por el delito de incesto y no por violación.[18]

Dijimos ya que en buena parte de estas propuestas eran producto de años de lucha feminista, consistente en la atención integral de las víctimas y en el estudio de la legislación con miras a que, el procedimiento penal, en lugar de que las revictimizara, les permitiera resignificar lo sucedido a partir de una lectura integral de su condición como seres humanos, valiosos por lo que las constituye como tales y en crítica radical a los pactos sociales que ponderan el valor de las mujeres en su genitalidad.

Como se ha comentado ya —pero insisto para remarcar el carácter de movimiento social de la LCVG en México—, el "indiciado" obtenía su libertad bajo fianza, lo que repercutía en el ánimo de la víctima; las audiencias no eran trabajadas por el agente investigador del Ministerio Público que constitucionalmente fungía como su "Representante Social"; en ocasiones se sometía a la denunciante a interrogatorios absurdos sobre su vida privada y sobre sus acciones emprendidas para evitar la agresión;[19] era difícil y arriesgado que se

[18] Para una visión más completa del intenso intercambio de propuestas de reforma, de su contenido y del actuar del movimiento feminista para incidir en las reformas en la materia, sugiero consultar: Gerardo González Ascencio, *Sociedad civil organizada y poder parlamentario: Un binomio posible en el caso de la reforma a los delitos sexuales*, artículo publicado en la revista *Alegatos*, núms. 25/26, septiembre-abril de 1993-94.

[19] En este sentido, hay que recordar una modificación protofeminista que desde 1966 reformó el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal con relación al delito de violación. Se eliminó el elemento material de "ausencia de consentimiento", que se encontraba en el tipo penal desde 1931. El razonamiento del legislador para hacer la reforma consistió en comprender que bastaba la comprobación del elemento "violencia física o moral" para tener por presupuesta la ausencia de consentimiento. El texto original rezaba: Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión". *Cfr. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal*, Versión de 1931. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf, consultada el 16 de julio del 2018.

Por otro lado, el delito de violación no tenía —hasta la reforma de enero de 1991— regla específica para la comprobación del "cuerpo del delito", por lo que éste se tenía por demostrado a partir de la constatación de sus elementos materiales. De acuerdo con esa línea de argumentación, resultaba un exceso de la práctica forense el exigir que se demostrara la "ausencia de consentimiento" si quedaba acreditada la violencia física o moral.

La reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al Artículo 123 bis estableció: "Para comprobar el cuerpo del delito de violación será relevante la imputación que haga el sujeto pasivo y cualesquiera otro elemento probatorio que la robustezca". *Cfr.* En www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref56_21ene91_ima.pdf, consultada el 17 de julio del 2018.

aceptara el acompañamiento de familiares y personas solidarias a las agencias del Ministerio Público y a los juzgados;[20] la identificación del presunto responsable, se hacía sin ninguna garantía de seguridad para la víctima;[21] el examen del médico legista era rutinario y se realizaba con poca sensibilidad;[22] se dificultaba la obtención de copias del expediente pues, como se ha comentado, se dependía de la autorización del Ministerio Público o del Juez, lo que hacía complicado el estudio de las actuaciones y diligencias, el ofrecimiento de pruebas y, hasta la preparación de las audiencias.

En pocas palabras, existía un ánimo adverso a la víctima durante todo el procedimiento penal, en el, prácticamente se le condenaba a una pelea que emprendía en la soledad, con toda la carga de la prueba de su parte y con la constante duda en su testimonio. Al estar en contacto con esta realidad, permitió que se plantearan una serie de modificaciones legales, con el propósito de acercar a las víctimas del delito a una impartición de justicia más humana.

De 1979 a 1996,[23] cuando menos, las propuestas de reforma integral se convirtieron en un clamor generalizado de los grupos feministas y algunos sectores de la intelectualidad, quienes sostenían que era necesario dotar a las víctimas de la violencia de género de un verdadero marco legal garantista.

II. Lo personal es político

En el año de 1970 apareció publicado un libro que representaría un parteaguas en las concepciones tradicionales sobre el cuerpo femenino y, por lo tanto, en la historia de la lucha en contra de la violencia de género, *Polí-*

[20] El riesgo frecuente consistía en que el Ministerio Público o el Juez fijaran "medidas de apremio" de carácter administrativo, consistentes en multas o arrestos máximos de 36 horas para obtener el "eficaz cumplimiento de sus órdenes o determinaciones" dentro de un procedimiento penal. El feminismo mexicano recurrió a múltiples estrategias para darle la vuelta a la prohibición tácita de acompañar solidariamente a las víctimas (hacerse acompañar de periodistas o representar ese rol profesional durante las comparecencias fueron de las más usadas para presionar a la autoridad en su intento de aplicarlas).

[21] La llamada "confrontación" es una diligencia empleada, cuando el que declara no puede dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero expresa que podría reconocerla si se le presentare: En los años que comento, se hacía sin condiciones, no existía aún la cámara de Gessel.

[22] *Cfr.* Gerardo González Ascencio, *La antesala…*, *op. cit.*

[23] Inició formalmente en 1984 con la presentación de la primera iniciativa de reforma integral en materia de delitos sexuales y culminó con la aprobación de la legislación en materia de violencia intrafamiliar en 1996.

tica sexual,[24] de Kate Millet, una estudiante del doctorado en filosofía de la Universidad de Oxford, que, sin duda alguna, dio continuidad a la obra monumental de Simone de Beauvoir, autora de *El segundo sexo*[25] y de Betty Friedan, quien escribió *La mística de la feminidad*.[26]

El libro de la escritora feminista, se convirtió en una obra clásica —junto con los trabajos de Beauvoir y de Friedan— del activismo radical en favor de los derechos de las mujeres y una obra clave para entender la llamada "segunda ola del feminismo"[27] de los años 70 del siglo pasado, misma que originó una movilización político-social y cultural de enormes repercusiones en todo el orbe.

En esencia, lo que Millet denunció, fue el carácter construido históricamente del patriarcado y de cómo lo que entendemos como sexo[28] o sexualidad

[24] Kate Millet recién falleció en septiembre de 2017, originalmente, *Sexual Politics,* apareció bajo el sello editorial de Garden City, New York, Doubleday Co., en 1970, de hecho, se presentó como su tesis doctoral un año antes y es considerado el primer libro sobre género en el mundo; se convirtió en un *bestseller* y llegó a vender más de 10,000 ejemplares en una quincena; pasaron algunos años hasta que apareció por primera vez en español, con el nombre de *Política sexual*, México, Editorial Aguilar, 1975.

[25] Simone de Beauvoir fue filósofa y escribió, *El segundo sexo,* en el año de 1949, también fue un rotundo éxito editorial; en él, Simone demuestra cómo lo que entendemos por "femenino" es resultado de un largo proceso de construcción cultural: "la mujer no nace, se hace", afirmaría como una de las tesis centrales de su obra, para demostrar que no existe una especie de "eterno femenino" desde el origen de los tiempos, sino, más bien, roles que se le asignan al cuerpo de la mujer. Apareció por primera vez en español, Buenos Aires, Argentina, en dos tomos de Ediciones Siglo XX, en 1962.

[26] El libro de, *La mística de la feminidad,* de Betty Friedan se editó por primera vez en inglés, en 1963, su primer tirada fue de 3,000 copias, pero superó pronto los 2´000,000 de ejemplares y obtuvo el "Premio Pulitzer" al año siguiente. En español apareció por primera vez en la España Franquista en 1965, publicado por Ediciones Sagitario, de Barcelona. En su libro, Friedan comenta "el malestar que no tiene nombre", para denunciar el descontento generalizado de las mujeres desde la década de los años 50 y de cómo, de acuerdo con Amelia Valcárcel, aunque se habían conquistado ciertos derechos políticos (como el voto), educativos, laborales y profesionales, "las mujeres no habían conseguido una posición paritaria en esos mismos escenarios con respecto a los varones". *Cfr.* Amelia Valcárcel, *La memoria colectiva y los retos del feminismo*, documento preparado para la Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL, Santiago de Chile, 2001, p. 24.

[27] Puede decirse que después de las sufragistas, la "segunda ola del feminismo" comenzó a principios de la década de 1960 y duró hasta fines de la década de los 80. Hay algunas autoras que reivindican como la "primera ola" de la lucha por la liberación de las mujeres a las ilustradas francesas del siglo XVIII, cuyo mejor ejemplo lo constituye la escritora, dramaturga y también filósofa Marie Gouze, conocida por su seudónimo de "Olimpia de Gouges", autora, en 1791, de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* y quien en 1793 fue guillotinada después de un juicio sumario; de acuerdo con esta postura, correspondería a las mujeres de los años 60 y 70 "la tercera ola".

[28] Al respecto de su "radicalismo", llegó a afirmar que "el sexo es una categoría social impregnada de política", también a ella se le atribuye el haber establecido el término "patriarcado" como una categoría analítica válida y reconocida por la academia.

adquiere un carácter político que, aunque suele pasar inadvertido la mayoría de las veces —introyectado por medio de lo que Celia Amorós denomina pactos patriarcales—,[29] se emplea como forma específica para la dominación de las mujeres.

Su análisis sobre la dominación económica, política, y sexual de las mujeres provocó un fuerte rechazo en los sectores conservadores y entre algunas feministas menos radicales como Betty Friedan quien, de manera retrospectiva sobre la aparición del libro *Política sexual*, comentó su impresión crítica en una obra que puede considerarse como su testamento-memoria, aparecida en español en 2003, titulada *Mi vida hasta ahora*[30] en la que comenta que:

> Se organizó un gran revuelo en la prensa cuando, en 1969,[31] se publicó el libro de Kate Millet, titulado *Política sexual*. Kate era miembro de la delegación de NOW,[32] de Nueva York y, aunque no habría sido políticamente correcto que yo o cualquier otra mujer atacara a Ka-

[29] La influyente teórica del feminismo español sostiene que: "Podría considerarse al patriarcado como una especie de pacto interclasista, metaestable, por el cual se constituye en patrimonio del genérico de los varones en cuanto se auto-instituyen como sujetos del contrato social ante las mujeres —que son en principio las "pactadas". Esto dicho así es muy esquemático […] Pero en principio el patriarcado sería ese pacto —interclasista— por el cual el poder se constituye como patrimonio del genérico de los varones. En ese pacto, por supuesto, los pactantes no están en igualdad de condiciones, pues hay distintas clases y esas diferencias no son ¡ni mucho menos! Irrelevantes. Pero cabe recordar […] que el salario familiar es un pacto patriarcal entre varones de clases sociales antagónicas a efectos del control social de la mujer". *Cfr*. Celia Amorós, *Feminismo: igualdad y diferencia,* PUEG-Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 1994, p. 27. Por cierto, es oportuno aclarar que debe entenderse por "salario familiar" la condición que da cuenta de aquella situación mediante la cual el asalariado se beneficia de los servicios de la "ama de casa" en la unidad familiar, dicha circunstancia es el resultado de una útil y conveniente alianza entre capitalismo y patriarcado. En esta tesitura, el trabajo doméstico no sólo procura beneficios para el sistema capitalista, sino también de manera real y simbólica, para los hombres.

[30] Betty Friedan, *Mi vida hasta ahora*, Madrid, España, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 2003.

[31] Probablemente se refiera a la tesis doctoral pues en realidad el libro, como ya se comentó, apareció por primera vez hasta el año siguiente.

[32] La NOW (Organización Nacional de Mujeres), sin duda alguna una de las organizaciones feministas más poderosas en los Estados Unidos de Norteamérica, fue fundada en 1966 y desde sus inicios Betty Friedan fue una referencia obligada por sus opiniones políticas consideradas de las más influyentes del feminismo liberal, además de fundadora, fue su presidenta de 1966 a 1970. En la última fuente que pude consultar sobre su influencia, del año 2016, la NOW tenía más de 500,000 afiliadas contribuyentes, estaba activa en todos los Estados de la Unión Americana y en el Distrito de Columbia. Records of the National Organization for Women Radcliffe Institute for Advanced Study at Harvard University. En www.radcliffe.harvard.edu. Consultado el 30 de mayo de 2018.

> te en nuestra era de "la soridad [sic[33]] es Poderosa", he de reconocer que el libro me decepcionó mucho. Tenía cosas muy brillantes, pero me pareció que también tenía un montón de equivocaciones. En mi opinión, su diatriba contra los hombres erraba el blanco, desde el punto tanto táctico como estratégico o ideológico. Por furiosa que esté una mujer contra su marido, o contra su jefe, o contra la sociedad por como la hayan tratado, no se puede rechazar la relación entre hombres y mujeres, pues es demasiado humana y compleja.
>
> A los medios de comunicación les encantaban las historias en las que las extremistas seguían haciendo analogías literales entre el movimiento de mujeres y la lucha de clases o de raza. Abajo los hombres. Abajo el matrimonio. Abajo la maternidad. Abajo todo aquello que habían hecho las mujeres para atraer a los hombres. Esos cerdos chauvinistas con esos hijos de puta, esas bestias, los patriarcas. Abajo todo lo que los hombres habían hecho a lo largo de la historia. Qué duda cabe de que la ira de las mujeres estaba a punto de *cambiar* las condiciones que habían suscitado justificadamente, la ira de estas, y no había que esforzarse en una guerra de mujeres contra hombres.[34]

Kate Millet, la iniciadora de una profunda revolución copernicana,[35] en la comprensión de los roles de género y creadora de la proclama feminista de que "lo personal es político", permitió una profunda resignificación de las agresiones sexuales y de la violación, vistas por la cultura conservadora como actos naturales y frecuentemente justificados por pactos patriarcales relacionados con una supuesta potencia sexual irrefrenable respaldada culturalmente y en la cual —como contraparte de una transferencia de la responsabilidad a la víctima— las sospechosas provocaciones femeninas aparecen como detonantes relacionados precisamente con dicho impulso incontenible —y casi de manera congénita— atribuido al sexo masculino. La Millet, despojó de su carácter idílico, natural, biológico o neutro, a las relaciones de poder entre los

[33] El término correcto es sororidad y hace alusión a la solidaridad entre mujeres, en contraposición a la fraternidad, dado que "frater" deriva del latín y significa "hermano", mientras que "soror" es hermana; se usa principalmente en el activismo feminista y en contextos que sirven para denunciar la discriminación sexual y la ayuda entre iguales que se brinda en estas situaciones. Aunque la Real Academia Española no la reconoce, su uso se ha extendido cada vez más en dichos entornos.

[34] Betty Friedan, *Mi vida hasta …*, *op. cit.*, p. 313.

[35] Esta expresión se utiliza coloquialmente para referirse a cambios radicales en cualquier ámbito.

géneros con el que culturalmente se somete a las mujeres y demostró que las relaciones entre los hombres y mujeres son políticas, mediadas por el poder —real o simbólico— y construidas socialmente.

La LCVG en México hizo suya la consigna de "lo personal es político" y con ello le dio visibilidad a la violencia de género que se mantenía como un grito impotente atrapado en los muros del hogar; "lo personal es político" se convirtió en un clamor de múltiples voces en contra de la violación y permitió desmontar el silencio y el aislamiento, y convertirlo paulatinamente en fuerza para la denuncia sobre la condición de subordinación y en una reivindicación política aspiracional para la vida libre de violencia.

III. Lo privado y lo público

En el principio, y casi durante todo el siglo pasado, una mujer que había sido violada tenía que cargar con el agravio en silencio; algo de su ser estaba relacionado con el ultraje sufrido. La transferencia de la responsabilidad sobre lo ocurrido se había tejido a lo largo de muchas centurias por la religión, la filosofía, la literatura, la cultura y, por supuesto, también por el derecho. Así lo pone de manifiesto Ana María Fernández, sicóloga feminista y profesora de la Especialización en Estudios de la Mujer en la Universidad de Buenos Aires:

> El poder, junto con las formas represivo-supresivas, pone en funcionamiento formas productivas de generación de valores, motivaciones y deseos, que operan en sentido reticular con gran eficacia […] Para sostener tan particular ordenamiento, las instituciones combinan y alternan estrategias y dispositivos de violencia represiva y violencia simbólica. Los procesos de violencia simbólica o apropiación de sentido se construyen en las mismas instituciones por las que circulan los discriminados, en posiciones desventajosas. Es a través de ellas que se les impone la arbitrariedad cultural de su inferioridad mediante múltiples discursos, mitos sociales y explicaciones religiosas y científicas.[36]

Como el feminismo lo ha demostrado ya con bastante elocuencia, los malos tratos y la violencia intrafamiliar representan el ejercicio de un dere-

[36] Ana María Fernández, *La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres,* Buenos Aires, Argentina, Edit. Paidós, 1994, pp. 114-115.

cho de corrección, generalmente depositado en el varón y socialmente considerado como legítimo. Esta privatización de derecho a castigar, que en los hechos no es otra cosa que una sesión del poder punitivo al padre de familia, asociada al nacimiento de algunas de las ramas del derecho familiar, tuvo su origen en instituciones del Derecho Romano que lograron trascender a la caída del imperio Bizantino, en 1453, y se incorporaron a la cultura jurídica occidental, sobre todo con aquellas vinculadas al matrimonio y a los derechos absolutos del *pater familias*.

Es sabido que para el Derecho Romano la mujer, al casarse, dejaba de pertenecer a su familia de origen. En la familia del marido, a la cual pertenecía, se incluía la figura de la *manus*, institución que expresa el señorío del paterfamilias sobre los miembros de su familia. Su lugar, equivalente al otorgado a las hijas de familia, la hacía quedar en consecuencia bajo la absoluta dependencia del paterfamilia. "Dentro de la estructura jurídica del matrimonio romano, la *manus* tiene una importancia fundamental. En efecto, para los romanos la mano es el miembro que puede manifestar exteriormente el poder, de allí que la *manus* constituyese, de manera significativa, el poder del marido sobre la mujer".[37] Así ocurre, también, con la *capitis diminutio*. Si la mujer que contraía nupcias era *sui iuris*, es decir, si tenía capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos, "perdía su capacidad patrimonial y todos sus bienes pasaban a su marido como dote".[38] Finalmente, es de destacar los ilimitados poderes del marido sobre su mujer e hijos, asociados a los derechos de propiedad, particularmente observables en el *ius utendi, fruendi, abutendi, ius vendendi* y *ius necandi*.[39]

Hasta hace pocos años, la cesión otorgada por el Estado de una parcela de su poder punitivo a favor de la autoridad familiar, generalmente concentrada en el varón, originó en los hechos un ejercicio del derecho de corrección —

[37] *Cfr.* Blog: La familia en el Derecho Romano. En http://derechoromano-familia.blogspot.com/2008/11/la-familia-en-derecho-romano.html, consultado el 23 de mayo de 2018.

[38] Carlos Felipe Amunátegui Perelló, *El Origen de los poderes del "Paterfamilias", II: El "Paterfamilias" y la "Manus"*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 29, Valparaíso, Chile, 2007. En https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552007000100002, consultada el 23 de mayo de 2018.

[39] Son locuciones latinas del derecho romano que hacen alusión a los derechos del propietario, en este caso me refiero al derecho de utilizar, recibir los frutos, disponer plenamente de la cosa o propiedad, pero también al derecho concedido para vender o matar.

whatever that means— en el que se toleraba e incluso regulaba positivamente el empleo de la violencia sobre los hijos y sobre la mujer.[40]

El control ejercido desde instituciones tan rígidas en su modelo paradigmático por quien detenta —real o simbólicamente— la autoridad familiar, ha provocado, en innumerables casos, el aislamiento de la mujer —no sólo de aquella que es víctima de la violencia— y el adelgazamiento del tejido de solidaridad familiar y social que pudiera atemperarlo. Esto explica, en gran medida, la mayor recurrencia del género femenino con respecto a los servicios de salud, y sobre todo la mayor demanda de servicios asociados al modelo imperante de salud mental: psicólogos, terapeutas, psiquiatras, medicamentos para cuidar la figura, antidepresivos, ansiolíticos, etcétera, originando la aparición de un tipo adicional de control: el que se encuentra depositado en el paradigma médico.

De manera, entonces, que para una feminista tan connotada como Seyla Benhabib,[41] lo público y lo privado debe entenderse en el sentido siguiente, "la esfera privada es también la esfera íntima, el terreno de la casa, de lo familiar en donde el patriarca sigue ejerciendo un poder no consensuado, lugar

[40] Aún hoy, el Código Penal Para el DF contiene, en su artículo 136, una punibilidad atenuada que da cuenta de este origen, señala dicha disposición: "A quien en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión.

Existe emoción violenta cuando el sujeto activo del delito vive una intensa conmoción del ánimo, que provoca un desorden del comportamiento, la pérdida del dominio de su capacidad reflexiva y la disminución de sus frenos inhibitorios, que desencadenaron el delito".

A mediados de los años ochenta fue reformado el artículo 347 del Código Civil del DF referido al ejercicio de la patria potestad y en donde se sancionaba el empleo de los golpes con propósitos correctivos, *excepto cuando se tratara de golpes y violencias simples* (¿cuáles serán esas?) hechas en ejercicio del derecho de corrección. Actualmente, el artículo 423 del mismo código, establece que: "[…] quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica […]".

Desgraciadamente, esta facultad frecuentemente deriva en actos de violencia familiar. Por ello, se estimó imprescindible aclarar que la facultad de corregir, de ninguna manera implica que se pueden infligir actos de fuerza atentatorios contra la integridad física o psíquica de los menores.

[41] Esta profesora norteamericana, de origen turco, trabaja en la Universidad de Yale, donde cultiva las ciencias políticas y la filosofía política y combina su adscripción al pensamiento crítico (en especial se le considera seguidora de la Escuela de Frankfurt) con el feminismo.

en que no existe la igualdad, esfera en la cual carecen de relevancia las cuestiones de justicia".[42] De acuerdo, con ella misma.

> Los cambios que se dieron en el siglo pasado y en el actual en la esfera privada y en la situación de las mujeres son, inexplicablemente, ignorados en la teoría política y moral contemporáneas. Las consecuencias de tal ignorancia son […] por un lado, que las teorías actuales no consideran las diferencias de género y las diferentes experiencias de hombres y mujeres y, por otro, que las relaciones de poder en la esfera íntima se han tratado como si no existieran. Piensa [Benhabib] que la asimetría resultante de estas relaciones ha llevado a una división sexual del trabajo que ha de ser renegociada en la sociedad contemporánea.[43]

En el mismo sentido, un comentario de Dora Kanoussi le evidencia: "Así lo llamado "privado", hasta entonces el ámbito de la mujer y de la familia, ahora ya no se refiere a lo personal o individual a secas: forma parte de lo social o público porque forma parte de las prolongaciones del Estado en la sociedad civil".[44]

IV. Ni tanto, ni tan poco. La LCVG y la reforma continua

Después de casi cuatro décadas de haberse iniciado la LCVG en nuestro país, considero que la gran relevancia que ocupa el derecho penal en la situación de las mujeres no siempre ha ido de la mano de una mayor protección a su condición; quizá el control formal e informal,[45] hayan provocado

[42] Según Elena Beltrán, esta distinción la formula Benhabib en su obra titulada "Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas", en Habermas and the public sphere, C. Calhoum (ed.), Cambridge, MIT, 1993 (reimpresión), pp. 90-92. *Cfr.* Elena Beltrán Pedreira, Público y privado. (Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*). *Cfr.* En https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10633/1/doxa15-16_19.pdf., pp. 392-393, consultado el 11 de julio del 2018.

[43] *Ibidem*.

[44] *Cfr.* Franca Basaglia, *Mujer, locura* […], *op. cit.*, p. 81.

[45] Entiendo por control social, los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas —que responden a codificaciones de mayor o menor complejidad y coercitividad, lo cual les da su carácter de *formal* o de *informal*— con la que la sociedad responde a sus transgresiones. Puede verse Stanley Cohen, *Visiones de control social*,

como resultado el hecho de que los mecanismos de sujeción se actualicen y produzcan nuevas realidades, nuevos paradigmas, y nuevos consensos. La afirmación anterior nos debe llevar a preguntarnos sobre la verdadera capacidad resolutiva del derecho penal, sin pretender, por supuesto, menospreciar esta valiosa herramienta de transformación.

Lo que intento señalar es que los problemas estructurales de las mujeres no pueden ser resueltos sólo por la vía de la actualización legislativa, pero, como la historia de la LCVG lo ha demostrado, hay casos en los que el problema es —y ha sido— el derecho, la forma en cómo éste trata y representa a la mujer en los paradigmas capturados en muchas normas jurídicas de pretensión abarcativa y universalista.

La historia de las transformaciones legales asociadas con la LCVG en nuestro país, además de responder a una deuda de la cultura jurídica, ha saldado parte de los enormes rezagos y ha acercado a las mujeres al ejercicio de sus derechos en la ruta —muy incipiente aún— por convertirlas en ciudadanas plenas. El reconocimiento de los enormes cambios legales y de las transformaciones positivas en la cultura legal, acompañado de la aparición de una política pública y de servicios asistenciales de una amplia gama,[46] y de la transformación del problema de la violencia de género en un asunto de la agenda democrática nacional y en una cuestión de carácter público de contenido nacional,[47] no debe representar un obstáculo para invisibilizar la ruta de lo que aún falta por hacer.

Es precisamente en la paradoja anterior en la que el feminismo mexicano debe realizar sus reflexiones más intensas; por un lado, no pueden dejar de reconocerse las profundas transformaciones, pero por otro, lo logrado debe,

Barcelona, España, Edit. PPU, 1988, p. 15, y Juan Bustos Ramírez y Malarée, Hernán Hormazábal, *Lecciones de derecho penal* (volumen I), Madrid, España, Edit. Trotta, 1997, p. 15.

46 Pienso, por ejemplo, en las casas de asistencia, refugios, servicios emocionales, apoyos legales, centros especializados de atención ministerial, capacitación de servidores públicos, apoyos económicos, presupuestos etiquetados para el combate a la violencia de género, Fiscalías, Institutos, son sólo algunos ejemplos y de los cuales aún está pendiente un profundo proceso de crítica que se extienda a las estructuras descentralizadas por las que también opera el control social para las mujeres, entre las que destacan los servicios de asistencia social, servicios de salud mental, programas de distribución de alimentos (dentro de los que destacan la tortilla, la leche y los desayunos escolares), servicios relacionados con la seguridad social, de asistencia sanitaria y una enorme cantidad de programas de carácter social estimulados y apoyados por fondos públicos y por la llamada política social.

47 Y no sólo del interés marginal del feminismo, por más influyente que este haya podido ser.

críticamente, observarse también como una actualización en las formas de control social que merece, siempre, de la acción social y colectiva para su nueva rectificación y reforma. Así lo señalan Nanette J. Davis y Karlene Faith cuando comentan que:

> […] en el paso de la respuesta institucional dual (o sea, dividida entre el ámbito doméstico y las instituciones totales propias del siglo XIX) a la *transinstitucionalización* característica del siglo XX […]. El Estado lleva a cabo el mencionado control involucrándose en el conjunto de estructuras institucionales, que incluyen a la familia, la economía, el derecho, la educación, la terapia, el sistema de justicia penal, las redes de asistencia social, los servicios médicos, etcétera. A través del control fiscal y el poder policial, el Estado tiene la capacidad de trasladar a los individuos de una institución del control social a otra [lo que le permite mantener] un sistema de control bifurcado por los criterios de clase y raza. [y] La existencia de dos niveles en el sistema, en el seno del cual las mujeres de clase media y alta reciben los servicios descentralizados y privados (en los que existe alguna opción basada en la capacidad adquisitiva), mientras que las mujeres pobres […] sufren formas de control de carácter centralizado y represivo, como la asistencia social, tratamientos mentales coercitivos (control férreo de su salud reproductiva) y (mayores procesos de) encarcelamiento.[48]

En conclusión, como apuntan las autoras citadas, en los tiempos modernos, la descentralización del control social ha ampliado la red de sujeción y dominio sobre las mujeres, de ahí que, en la LCVG, la acción del feminismo como movimiento social encaminado a convertir a las mujeres en ciudadanas plenas, siga siendo legítima siempre y cuando recupere su sentido crítico y autónomo acerca del necesario e imprescindible asistencialismo del Estado mexicano.[49]

[48] Citadas por: Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, España, Edit. Siglo XXI, 1994, p. 112 y ss.

[49] Por sentido crítico, en mi opinión, señalaría que la crítica fundamental del feminismo en el cual participo, consiste en no dejar de señalar la frecuente tentación de medicalizar el problema (uso el término en su acepción de hacerlo medible). Es decir, las víctimas, para los servicios asistenciales, cuentan de manera aislada, sin identidad propia, sin relación social con el entorno. Son volúmenes de personas atendidas en los informes de cualquier administración y lo que requieren es de terapia y "más terapia" y no de transformación de su condición estructural.

En esta paradoja, decía, se ha venido desdibujando la riqueza de la mística feminista del trabajo con las víctimas de la violencia de género, en donde lo personal se ligaba a la condición general de las mujeres; al perderse la reflexión sobre la condición política global, se ha pasado a lidiar casi exclusivamente con la intervención en crisis con perspectivas de muy corto alcance. Estas intervenciones suelen partir de la utilización de modelos reduccionistas,[50] en donde el empleo de personal asalariado (trabajadoras sociales, médicas, psicólogas y abogadas) se transforma en un nuevo mecanismo para el control, ahora en manos de los técnicos del saber,[51] de estas instituciones transversales con especial énfasis en el nuevo paradigma de la salud: la psicología y la terapia.[52]

Lo anterior lo destaco porque me parece una buena manera de ejemplificar el funcionamiento del control social informal. La ayuda a las víctimas se ha establecido a partir del sistema penal, desde un determinado punto de vista, y funcionará en la práctica como un medio de control y no como una forma a través de la cual los intereses de las víctimas de la violencia sexual puedan ser satisfechos.

Por ello, para hacer más exitosa esta LCVG, las transformaciones deseadas tendrán que encontrar un terreno abonado para estos cambios dentro de las instituciones. Para que la lucha en el sistema penal sea un éxito, los cambios deseados deben tener una correspondencia en el nivel de las instituciones del sistema de justicia penal y en el conjunto de los servicios que se han instituido para atender a las víctimas.

50 Se habla, por ejemplo, de "modelos únicos de intervención"; síndromes librescos por los que toda víctima debe de pasar; protocolos necesarios para las víctimas, pero en ocasiones limitantes para la especificidad del caso concreto, etcétera.

51 Empleo esta categoría en la connotación que le dan Franco y Franca Basaglia, para referirnos a aquellos profesionales que trabajan en las instituciones, enajenados de su condición y de su posición en la sociedad y que ayudan a la opresión, al reproducir la lógica de una institución que se autorreferencia. Véase: Basaglia, Franco y Basaglia Ongaro, Franca, *Los crímenes…*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

52 En conjunto, estas posturas tienden a ver los hechos de violencia de género como casos aislados, lo que la despoja de su carácter estructural y desdibuja el problema social al transformarlo en una cuestión meramente asistencial. La "terapia" se convierte en un entrenamiento para elevar la autoestima, trabajar los sentimientos de culpa y reafirmar la seguridad personal, elementos relevantes, pero insuficientes para revertir positivamente los acontecimientos violentos; quedando, así, fuera de foco el engranaje total de las relaciones sociales en las que estas personas participan y el cuestionamiento a sus relaciones de poder.

V. Conclusiones

No cabe duda de que la LCVG forma parte sustancial tanto del *movimiento feminista* como del *movimiento democrático*; las víctimas de estas conductas están excluidas generalmente de las principales decisiones familiares y de la educación de sus hijos. El control que impone la violencia de género hace a las mujeres vulnerables y temerosas, se vuelven inseguras de sí mismas y con relación a otros.

Se ha probado que la violencia de género impide a las mujeres tener una mínima calidad de vida deseable. Las mujeres y los niños que viven en familias violentas pueden crecer, pero muchos de ellos no se desarrollarán como adultos autónomos y completos.

La democracia, como una estructura que permite el desarrollo de la vida personal y del papel que uno desempeña como ciudadano, permanece como una utopía para las mujeres que se hallan en un contexto de violencia de género. La *ciudadanía,* definida como el tener un mínimo de condiciones necesarias para ejercitar plenamente los derechos del individuo, es inimaginable para estas mujeres, no porque sean ignorantes o no les importe, sino porque el obstáculo se crea dentro de la propia familia que ha perpetuado su condición de "sujetos tutelados" en vez de considerarlas seres humanos y ciudadanas plenas.

Oprimidas no sólo a causa de su género, sino también debido a otras formas de violencia, estas mujeres son ciudadanas de tercera; incluso, participan menos que las mujeres que no han sido maltratadas; tienen niveles más bajos de educación y se enferman con mayor frecuencia, física y mentalmente. Los días de trabajo perdidos debido a enfermedad y vergüenza se traducen en altos costos sociales que todavía no ha sido posible evaluar completamente.

Además, se requiere ciudadanizar los servicios que ofrecen las agencias de gobierno, en el más amplio sentido del término, para permitir que la sociedad civil organizada influya en el rumbo y destino de las instituciones creadas para su servicio. Y en esto, precisamente la filosofía con enfoque feminista debe retomar su espíritu crítico y autónomo y reemprender la lucha en contra de la violencia de género sin olvidar sus principales postulados de origen: la LCVG —cuando menos en el caso mexicano— nació en la calle, como movimiento social; la transformación de la condición de las mujeres pasa por la transformación de los sujetos sociales; lo personal —no siempre, pero casi— es po-

lítico y; sobre todo, la violencia de género no es un asunto individual, de la intimidad exclusiva de las víctimas y acomodable por medio de la asistencia social y la terapia funcionalista.

Por todas estas razones, y como se ha evidenciado a lo largo del presente artículo, la violencia de género constituye un obstáculo para el desarrollo democrático de un país. La ausencia de violencia hacia las mujeres es un ingrediente necesario del nuevo concepto de *ciudadanía*, en términos de las posibilidades de elección y participación. Las mujeres maltratadas representan un potencial desperdiciado de energía y de habilidades para cualquier nación, por lo que la información sobre el fenómeno de la violencia de género, en sí misma, constituye un indicador de la calidad de vida de una nación.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Amorós, Celia. *Feminismo: igualdad y diferencia.* PUEG-Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 1994.

Basaglia, Franca. *Mujer, locura y sociedad (comentario de Dora Kanoussi).* Colección la mitad del mundo, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1a. reimpresión, 1987.

Basaglia, Franco. *La institución negada. Informe de un hospital psiquiátrico.* Barcelona, España, Seix Barral, 1970.

_____. *¿Psiquiatría o ideología de la locura*? Vol. 33, Barcelona, España, Cuadernos Anagrama, 1972.

_____. *La condena de ser loco y pobre. Alternativas al manicomio.* Buenos Aires, Argentina, Topía Editorial, 2008.

_____. *La mayoría marginada (la ideología del control social).* Barcelona, España, Editorial Laia, 1977.

Basaglia, Franco y Basaglia Ongaro, Franca (Com.). *Los crímenes de la paz.* México, Editorial Siglo XXI, 1987.

Beauvoir, Simone de. *El segundo sexo.* Dos Volúmenes, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Siglo XX, 1962.

Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán. *Lecciones de derecho penal.* Vol. I), Madrid, España, Trotta, 1997.

Cohen, Stanley. *Visiones de control social*. Barcelona, España, Edit. PPU, 1988.

Fernández, Ana María. *La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres.* Buenos Aires, Argentina, Paidós, 1994.

Friedan, Betty. *La mística de la feminidad*. Barcelona, España, Ediciones Sagitario, 1965.

_____. *Mi vida hasta ahora*. Madrid, España, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 2003.

González Ascencio, Gerardo. *El control social y la violencia de género en México*. Barcelona, España, Universitat de Barcelona, tesis s/p, 2000.

_____ y Duarte Sánchez, Patricia. *La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo*. México, UAM, 1996.

Larrauri, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid, España, Siglo XXI, 1994.

Millet, Kate. *Política sexual*. México, Aguilar, 1975.

Monárrez Fragoso, Julia E., Cervera Gómez, Luis E., *et al*., *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*. México, Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa, 2010.

Porte Petit Candaudap, Celestino. *Ensayo dogmático del delito de violación*. México, Porrúa, 4a edición, 1985.

Torres Falcón, Martha, (Comp.). *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, México, El Colegio de México, 2004.

Electrónicas

Amunátegui Perelló, Carlos Felipe. "El Origen de los poderes del 'Paterfamilias', II: El 'Paterfamilias' y la 'Manus". *Revista de Estudios Histórico-jurídico*s, núm. 29, Valparaíso, Chile, 2007. En https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552007000100002, consultada el 23 de mayo del 2018.

Beltrán Pedreira, Elena. "Público y privado. (Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político)". En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10633/1/doxa15-16_19.pdf., pp.392-393, consultado el 11 de julio del 2018.

Blog: *La familia en el Derecho Romano*. En http://derechoromano-familia.blogspot.com/2008/11/la-familia-en-derecho-romano.html, consultado el 23 de mayo del 2018.

"Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal". Versión de 1931 En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf, consultada el 16 de julio del 2018.

"Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal", reforma de 1991 al artículo 123 bis, versión original. En www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref56_21ene91_ima.pdf, consultada el 17 de julio del 2018.

Diario Oficial de la Federación (*DOF*) del 13 de enero de 1984 por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4648507&fecha=13/01/1984, consultado el 14 de junio del 2018.

NOW (Organización Nacional de Mujeres), Records of the National Organization for Women | Radcliffe Institute for Advanced Study at Harvard University), . En *www.radcliffe.harvard.edu*, consultado el 30 de mayo del 2018.

revista *Alegatos.* En www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/inicio.php, consultada durante los meses de mayo y junio de 2018.

Hemerografía, Folletería y Documentos

Barranco Lagunas, Isabel. "Recuperando nuestra memoria; CAMVAC una historia olvidada". *Revista FEM*, año 20, núm. 163, octubre de 1996, pp. 37-41.

Benhabib, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*. en: Habermas and the public sphere, C. Calhoum (ed.), Cambridge, MIT, 1993 (reimpresión), pp. 1-30.

Duarte Sánchez, Patricia y González Ascencio, Gerardo. *La lucha contra la violencia de género en México. De Nairobi a Beijing 1985-1995.* México, Folleto publicado por la Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), 1994.

"Iniciativa sobre violación, propuesta para facilitar la reparación del daño y el castigo por este delito". Presentada por el C. Diputado Iván García Solís, en: *Los socialistas en el Congreso*, núm. 9, México, DF., 1985, pp. 59-67.

"Iniciativa sobre violación". Presentada por la ANFER (Asociación Nacional Femenina Revolucionaria) en abril de 1983, mimeo.

"Iniciativa para reformar el Título Decimoquinto, 'Delitos Sexuales', Capitulo l, Articulo 260 bis", presentada por la C. Diputada Hilda Anderson Nevares de Rojas, a nombre de las diputadas integrantes de la LIV Legislatura, México, D. F., 1988, mimeo.

González Ascencio, Gerardo. *La antesala de la justicia: La violación en los dominios del Ministerio Público*. Folleto publicado por la Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), México, 1993.

_____. "Sociedad civil organizada y poder parlamentario: Un binomio posible en el caso de la reforma a los delitos sexuales". Artículo publicado en la revista *Alegatos*, núm. 25/26, septiembre-abril de 1993-94.

Toto Gutiérrez, Mireya. "La violación: legislación e ideología (proposición de reformas y adiciones)". revista *Alegatos*, núm. 1, septiembre/diciembre, México, 1985.

Valcárcel, Amelia. "La memoria colectiva y los retos del feminismo". Documento preparado para la Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

La interpretación jurídica: casos fáciles y casos difíciles

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

La interpretación jurídica, en la actualidad, tiene un papel relevante en la teoría del derecho así como en la filosofía del derecho. Las lagunas del derecho (textuales y normativas) dificultan precisar el sentido de la norma con claridad, lo que da lugar a la indeterminación del derecho. Los casos fáciles no requieren de una interpretación sistemática, mientras que los casos difíciles plantean la necesidad de nuevas concepciones del derecho, entre la que destaca la concepción de la integridad del derecho de Dworkin, basada en los principios jurídicos, la moralidad política y la axiología.

Abstract:

The legal interpretation currently has a relevant role in the theory of law as well as in the philosophy of law. The gaps in law (textual and normative) make it difficult to specify the meaning of the rule clearly, which gives rise to the indeterminacy of the right. Easy cases do not require a systematic interpretation, while difficult cases raise the need for new conceptions of law, among which the concept of integrity stands out of Dworkin's right based on legal principles, political morality and axilogy.

Sumario: Introducción / I. Hermenéutica e interpretación jurídica / II. Interpretación e indeterminación del derecho / III. Teorías de la interpretación jurídica / IV. Casos fáciles y casos difíciles / V. A manera de conclusiones / Fuentes de consulta

* Mtro. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Introducción

La interpretación jurídica, como las demás actividades de los juristas (creación, aplicación y argumentación), ha evolucionado históricamente. Sin embargo, de manera general, los estudiosos del derecho ubican los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial como el parteaguas que señala las transformaciones entre los enfoques tradicional (formalista) y moderno (antiformalista) del análisis del derecho, con lo se despliegan nuevas corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo.

Distintos autores como Hans Kelsen, Emilio Betti, Alf Ross, H. L. A. Hart, Ricardo Guastini, Jerzy Wróblewski, Paul Ricœur, Ronald Dworkin, Joseph Raz, Chäim Perelman, Luigi Ferrajoli, Giovanni Tarello, Gustav Zagrebelsky, Carlos S. Nino, Robert Alexy, etcétera, han desarrollado teorías referentes a la interpretación jurídica.

Con base en las teorías sobre la interpretación jurídica se pueden distinguir diferentes clases de interpretación (doctrinal, judicial, auténtica, operativa, declarativa, modificativa, extensiva, restrictiva, etcétera). Asimismo, con base en las doctrinas y las clases de la interpretación jurídica se han propuesto diferentes métodos de interpretación jurídica (gramatical, literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico, empírico, sociológico, etcétera). Atender los distintos elementos de la interpretación es un asunto complejo, por lo cual sólo nos proponemos mencionar algunos de ellos (tales como la relación de la interpretación con la hermenéutica jurídica, la filosofía analítica, la indeterminación del derecho y las lagunas, tanto textuales como normativas) a fin de señalar el contexto evolutivo de la interpretación jurídica, delimitando nuestro objeto de estudio al análisis de la distinción entre los casos fáciles y los difíciles.

Ahora bien, entre la elaboración y la aplicación del derecho, la interpretación jurídica ocupa un lugar ineludible, puesto que toda aplicación del ordenamiento jurídico implica una interpretación del mismo. A este respecto, Mario Álvarez ha señalado que:

> Sabemos que para aplicar el derecho el juez debe recurrir prácticamente siempre a la interpretación, a efecto de conocer cuál es el contenido de una norma y poder así aplicarla a un caso concreto. Además, la interpretación es uno de los elementos clave de la integración. Ésta, según hemos visto, es la técnica por virtud de la cual

> se complementan, salvan o llenan las 'lagunas' que aparecen en los ordenamientos jurídicos.[1]

Así, se ha afirmado que sin interpretación no hay aplicación del derecho, es decir, la interpretación es requisito indispensable para la aplicación de la norma, ésta en su calidad de general y abstracta, se materializa en su aplicación a un caso concreto. De acuerdo con Hallivis Pelayo, es precisamente la interpretación lo que permite que el derecho cobre vida para el caso concreto, lo que lo convierte en un "derecho vivo".[2]

La interpretación, tanto del texto normativo como de los hechos del caso concreto, es parte del proceso de la decisión judicial, puesto que la distinción de las normas previstas, así como la identificación de los elementos de la norma, resulta imprescindible para determinar el significado de la norma aplicable. No obstante, los textos formulados en lenguaje legal se interpretan de manera hermenéutica cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos; de ahí la necesidad de analizar la relación entre hermenéutica e interpretación.

La decisión judicial ha evolucionado de tal manera, que de la aplicación del derecho basada en el texto jurídico de modo mecánico (con base exclusivamente en la lógica formal), se ha pasado a una perspectiva integral que debe incluir no sólo aspectos normativos (unidimensional) sino axiológicos, lingüísticos, lógicos y sociológicos. Cada una de estas perspectivas requiere distintos métodos de interpretación. En las últimas décadas han surgido diversas corrientes jurídicas que consideran que la interpretación y aplicación del derecho exige una perspectiva integral del derecho.[3]

La decisión judicial está relacionada con los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos, como los denomina Manuel Atienza. Los casos fáciles no

[1] Mario L. Álvarez Ledesma, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Edit. Mc Graw Hill, 2008, (Serie jurídica), p. 264.

[2] Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación jurídica*, 3a. ed. 1a. reimp., México, Edit. Porrúa, 2012 (2007), p. 09.

[3] Véase Rodolfo L. Vigo, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*), Buenos Aires-Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 19. Quien expone que: "Sin embargo, esa visión dogmática y decimonónica en la que el intérprete sólo debía reproducir el pensamiento de legislador o, según Savigny, concebir pura y completamente el pensamiento del legislador, ha evolucionado, y ahora, en lugar de una visión unidimensional, se distinguen hasta cinco dimensiones: a) la propiamente jurídica o regulatoria, b) la fáctica, c) la axiológica, d) la lingüística y e) la lógica".

requieren propiamente de interpretación, mientras que los difíciles requieren de una labor interpretativa. La solución de los casos difíciles implica la implementación de nuevas teorías y métodos de la interpretación.

Las actividades básicas de los juristas durante un periodo ampliamente prolongado se redujeron y se centraron en la elaboración (creación) y la aplicación del derecho. De manera general, de acuerdo con los especialistas del derecho, éste se analizaba y explicaba principalmente desde el análisis de la norma jurídica y los conceptos jurídicos vinculados a ella como la sanción, la heteronomía, su carácter externo y bilateral.[4] Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX y principios del actual, se han desarrollado nuevas concepciones del derecho, entre las que destaca la aportación de Ronald Dworkin, cuya atención se centraliza en los principios jurídicos, la relación entre derecho y moral, la axiología y los derechos humanos preexistentes.

I. Hermenéutica e interpretación jurídica

En los estudios sobre la interpretación jurídica la mayoría de autores usa los conceptos de interpretación, hermenéutica y exégesis como sinónimos,[5] y ello no resulta extraño si recurrimos a la definición de Abbagnano, quien define la hermenéutica como: "Una técnica cualquiera de interpretación",[6] pero además de técnica interpretativa, de manera general, también es considerada como arte (*hemeneutike techné*) y ciencia de la interpretación.

En lo que respecta a la exégesis, ha sido definida como parte de la hermenéutica en tanto aclaración del sentido de expresiones y símbolos; se considera como interpretación, guía, hermenéutica; jurídicamente la exégesis es la interpretación del derecho o de la ley.

No obstante lo anterior, consideramos que el uso de los términos está relacionado de acuerdo a la teoría de la interpretación (cognoscitiva, escéptica o intermedia), desde la cual se realiza la actividad interpretativa. Así, en la

[4] Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, México, Edit. UNAM/IIJ, 2005, p. 07.

[5] Por ejemplo, Pérez Valera señala, que el tema de la interpretación o hermenéutica es ineludible en el derecho. Sin embargo, es un tema complejo y amplio. Víctor Manuel Pérez Valera, *Teoría del derecho*, México, Edit Oxford University Press, 2009, p. 366. Podemos observar que, el autor, aplica una disyunción incluyente, la cual indica que puede utilizarse un término u otro de manera indistinta, esto es, usarse como sinónimos.

[6] Nicola Abbagnano, Diccionario de filosofía, 13ª reimp. de la 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 603.

interpretación cognoscitiva el término más utilizado es interpretación, mientras que la teoría escéptica se orientaría más al término hermenéutica; por su parte, la teoría intermedia intenta armonizar de manera ecléctica estas posiciones, situándose en un punto de conciliación no haciendo distinción entre ambos conceptos.

Sin embargo, para algunos especialistas es necesario precisar la distinción entre hermenéutica e interpretación. La hermenéutica se ubica como la teoría de la interpretación; por consiguiente, al ser esta última parte de la hermenéutica, ésta se reconoce como un conocimiento universal, en tanto la interpretación sería un conocimiento particular.

> En este sentido, Linares Quintana afirma que es un error sustituir e intercambiar los términos interpretación y hermenéutica, dado que la interpretación es aplicación de la hermenéutica, y por lo tanto la interpretación no sería más que la concreción a los casos de los principios y bases del planteo hermenéutico. Lo que tiene base de razón, en tanto que el objetivo fundamental de toda hermenéutica es la comprensión de estructuras de sentido, es el acercamiento al texto a través del contexto, pues ningún marco interpretativo es arbitrario ni tampoco objetivo si se entiende por ello algo perfecta y absolutamente lógico.[7]

La Comprensión y el contexto son dos conceptos fundamentales para distinguir la hermenéutica, pues la esencia de la hermenéutica radica precisamente en la comprensión.

> La hermenéutica como teoría del comprender, abarca por un lado la reflexión filosófica básica sobre la estructura y las condiciones del comprender; por otra parte como teoría práctica del método incluye las orientaciones para la recta comprensión e interpretación de las proposiciones. Hay varias concepciones de la interpretación, más o menos influidas por el uso del término interpretación y por ideas hermenéuticas generales.[8]

[7] Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de interpretación constitucional", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 41-43, citado en Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, México, Edit. UNAM/IIJ, 2005, pp. 10-11.

[8] Germán Cisneros Farías, *Metodología jurídica*, 2ª ed., Ecuador, Editorial Jurídica Ceballos, 2004, p. 66.

Desde esta perspectiva, la hermenéutica es considerada como un proceso comunicativo en el lenguaje, cuyo modelo básico es el diálogo y la conversación. En relación directa con el diálogo y la conversación, la tradición, el horizonte y la alteridad son elementos esenciales de la hermenéutica gadameriana. A este respecto, Pérez Valera[9] señala como principios de la interpretación: 1) la estructura de horizonte, 2) la estructura dialógica o dialéctica, significa que se establece un diálogo entre el sujeto y el objeto, 3) la estructura de circularidad, y 4) la estructura de mediación, esto es, no se da una inmediatez del conocimiento, sino que todo conocimiento supone un sujeto, quien debe apropiarse el objeto del conocimiento.

La aplicación de los principios de la interpretación jurídica desde una perspectiva hermenéutica son expuestos por Cárdenas Gracia de la siguiente manera: "Los textos normativos exigen algo más que el análisis lingüístico. Exigen un círculo hermenéutico establecido entre el intérprete, las formulaciones normativas y los hechos, para enlazar la operación semántica con la operativa y provocar la conversión de la norma en hecho. El mundo de la experiencia jurídica no se deja reducir al universo intelectual del formalismo lógico o teórico".[10]

I.1. Filosofía analítica y hermenéutica

Ampliar la actividad interpretativa más allá del análisis lingüístico, ha llevado a los especialistas a distinguir básicamente entre dos posturas filosóficas: la escuela analítica (la filosofía analítica) y la hermenéutica.

> El debate no tardó mucho en estallar. Porque frente a la filosofía positivista de la ciencia se fue fraguando en el ámbito alemán, sobre todo, una tendencia antipositivista. A esta concepción metodológica la vamos a denominar *hermenéutica*, atendiendo algunos de sus rasgos más característicos.[11]

[9] Véase Víctor Manuel Pérez Valera, *op. cit*., pp. 369-371.

[10] Jaime Cárdenas Gracia, *op. cit*., p. 10. Asimismo, el autor citando a Frosini, especifica de manera más clara esta idea, desde la perspectiva que: "La interpretación jurídica esta siempre fundada en un 'círculo hermenéutico', esto es, en una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete y el texto legal y el hecho, entre la posición específica y puntual del intérprete y su conciencia jurídica global, conforme a la cual el intérprete piensa y actúa, vive su experiencia de vida como jurista".

[11] J. M. Mardones y N. Ursúa, *op. cit*., p. 22.

La hermenéutica postula una oposición al positivismo, sobre todo a su monismo metodológico y el rechazo a su neutralidad axiológica, en este sentido, se identifica a la filosofía analítica ligada al positivismo cientificista. La escuela analítica, la cual establece: una conexión entre la filosofía y el lenguaje; la crítica a todo tipo de metafísica; la actitud positiva hacia el saber científico, y el reconocimiento de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar.[12]

En este sentido, Cárdenas Gracia[13] señala que: dentro del debate entre los filósofos analíticos y hermenéuticos podemos encontrar comparaciones que arrojan luz sobre ambas escuelas, en especial sobre la hermenéutica. Las características comparativas son las siguientes:

Filosofía analítica	**Hermenéutica**
Se refiere al lenguaje jurídico.	Privilegia el discurso, esto es, entenderla en cuanto tejido de un mundo y de una vida común.
El filósofo analítico, tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas.	Para el filósofo hermenéutico, la unidad lingüística es el discurso, la norma es vista como argumento, como razones.
El filósofo analítico entiende la interpretación como atribución de significado.	El filósofo hermenéutico considera al derecho en su conjunto como una práctica interpretativa.
El filósofo analítico separa la ciencia jurídica y el derecho.	El filósofo hermenéutico une la ciencia con el .derecho, el discurso de la ciencia del derecho es una aplicación del discurso jurídico.

Si bien, en la filosofía analítica en la concepción del derecho y la actividad de interpretación jurídica se da primacía al análisis del lenguaje, las propuestas son diferentes desde la perspectiva de los partidarios del normativismo y del realismo jurídico.

Ronald Dworkin denomina a una parte del positivismo doctrinal de H. L. A. Hart, positivismo analítico.

[12] Jaime Cárdenas Gracia, *op. cit*., p. 8.

[13] *Ibid*., p. 11.

> El positivismo doctrinal analítico afirma que la independencia del derecho respecto a la moral no depende de ninguna interpretación o justificación política o moral de la práctica jurídica ni de ninguna doctrina política en el nivel de aplicación judicial de la teoría jurídica, sino que se desprende directamente del análisis correcto del propio concepto o idea o naturaleza del derecho.[14]

La influencia de la filosofía analítica, —distinguiendo los matices en ésta de los partidarios del normativismo y del realismo, las cuales en algunas ocasiones se encuentran mezcladas— está ampliamente difundida en los análisis actuales sobre la interpretación jurídica; sin embargo, si bien algunos señalan la interrelación entre filosofía analítica y hermenéutica,[15] otras consideran prudente señalar sus diferencias.

II. Interpretación e indeterminación del derecho

En relación con la aplicación del texto jurídico, la finalidad de la interpretación de la ley es lograr su aplicación en el caso concreto: "Cuando el intérprete ha logrado captar el sentido de la norma jurídica que expresa la fórmula legislativa, después de haber reconocido la estructura jurídica de esa norma, entonces, y sólo entonces, estará en posibilidad de aplicarla".[16] En este sentido, la labor del jurista no sólo se reduce a la interpretación del texto sino que incluya la activad de subsumir el caso concreto al texto de la ley. A este respecto, Galindo Garfias señala que: el intérprete habrá de comprobar que un determinado caso específico presenta los elemento conteni-

[14] Ronald Dworkin, *La justicia con toga*, Madrid, Edit. Marcial Pons, 2007, p. 40.

[15] En otras palabras: el descriptivísimo positivista es puesto en cuestión al descubrir y aceptar que entre la realidad y el observador no hay una conexión directa sino mediada por la cultura, o sea, por el lenguaje. Al experimentar la filosofía general el llamado "giro lingüístico", la filosofía del derecho se encamina por el análisis del lenguaje, y comienza a denominarse *teoría del derecho*. Ésta es, pues, la filosofía jurídica del pos-positivismo. Dos son sus enfoques fundamentales: la hermenéutica y la analítica. La teoría comunicacional del derecho se autodenomina, por lo dicho, teoría hermenéutico-analítica del derecho. y también teoría de los textos jurídicos, y análisis del lenguaje de los juristas. Estas son sus cuatro denominaciones posibles, cada una de las cuales pone el acento en un aspecto de dicha teoría. Gregorio Robles Morchón, "La teoría comunicacional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis", en Juan Federico Arriola Cantero, y Amandí Víctor Rojas (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Edit. Porrúa, 2010, p. 19.

[16] Ignacio Galindo Garfias, *Interpretación e integración de la ley*, México, Edit. UNAM/Facultad de Derecho, 2006, p. 5.

dos en el supuesto normativo, para concluir de allí en la aplicación de las consecuencias de derecho derivadas de la realización de la hipótesis. En el mismo sentido, la actividad interpretativa amplía su objeto a la interpretación de los hechos del caso concreto, puesto que de acuerdo con el autor citado: el juez, al aplicar el derecho, tiene que proceder a realizar otro proceso de interpretación. Ahora no respecto de la norma, sino de los hechos cuya realización produce consecuencias jurídicas.

Ahora bien, el primer problema con el que se enfrentan los juristas en la búsqueda de solución de un caso concreto, es el de la determinación del derecho contenida en los textos jurídicos (proceso que tiene por objeto identificar la norma que el enunciado expresa). En el fondo de este problema, subyace la falta de claridad y coherencia del lenguaje en el que están formulados las directivas de los enunciados normativos.

> Por todo esto, los textos normativos deben ser claros e inteligibles para que sean accesibles para quienes tiene que aplicarlos para regir su vida en sociedad, pero, además, para lograr certeza jurídica, se debe tratar de que el lenguaje de los textos (*técnico-jurídico*) sea uniforme y preciso, en el sentido de que las fórmulas o giros que se utilicen, conserven el sentido de las palabras y se evite un doble o triple uso analógico de la misma palabra o fórmula, todo esto para que los destinatarios conozcan con *certeza* el contenido normativo de una disposición y así sepan a qué atenerse.[17]

Pasar de la fase de la interpretación "en abstracto" u orientada al texto, a la fase de interpretación "en concreto" u "orientada al caso" plantean problemas de equivocidad de las disposiciones:

> La distinción entre las dos fases de interpretación en abstracto y en concreto refleja a la vez, lo que desde esta perspectiva, resultan ser dos problemas capitales de la interpretación jurídica: el problema de la *equivocidad de las disposiciones* (debida no sólo a factores puramente lingüísticos, y el problema de la *indeterminación (vaguedad de las normas abstractas*).[18]

[17] Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*, 3a. ed., México, Edit. Porrúa, 2012, p. 17.

[18] La interpretación en abstracto —observa Guastini, 2001 a: 144— obtiene de los enunciados normativos, normas inevitablemente vagas, con contornos indeterminados. La interpretación en

II.1. Lagunas textuales

Una vez que arribamos al análisis del problema de la claridad y coherencia del texto legal, y la necesidad de claridad del texto para su aplicación, consideramos necesario distinguir dos casos de lagunas que se pueden presentar en relación con la decisión judicial.

El primero es el caso de las lagunas textuales, el cual se presenta debido a la textura abierta del lenguaje utilizado en el texto jurídico y que da lugar a ambigüedades y lagunas para la interpretación de éste, es decir, es la presencia de dudas sobre qué significado tiene un texto normativo.

Las dudas de ambigüedad se presentan cuando una palabra o expresión lingüística tiene más de un significado o, lo que es lo mismo, expresa más de un concepto. Por su parte, las dudas de vaguedad se presentan cuando se trata de establecer cuáles son los objetos nombrados por una palabra de clase o expresión lingüística general, puede suceder que la misma se refiera, sin duda alguna, a ciertos objetos; que, sin duda, no se aplique a otros; pero que haya otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. Cuando esto sucede decimos que el significado (o concepto) expresado por la palabra o expresión es vago. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la ambigüedad es una propiedad de las palabras, mientras que la vaguedad es una propiedad de los conceptos o significados.[19]

II.2. Lagunas normativas

El segundo caso de lagunas relacionado con la decisión judicial es el de las lagunas normativas, éstas se producen según la clásica definición de Alchourrón y Bulygin, cuando un determinado caso genérico de un determinado universo de casos no está correlacionado con solución maximal normativa alguna […] Dicho más sencillamente, no hay disposición alguna que *prima facie* contemple un caso genérico.[20]

concreto reduce la vaguedad de las normas, decidiendo si la norma de que se trate es o no aplicable al caso en cuestión", citado en Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Edit. Marcial Pons, 2011, (Colección Filosofía y derecho), p. 78.

19 Joseph M. Vilajosana, *op. cit.,* p. 95.

20 Véase Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en Carlos Báez Silva, *et al.*, *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, México, Edit. Porrúa, 2009, p. 61.

La primera actividad del jurista en la práctica legal de solución de casos concretos es localizar (identificar) la norma aplicable al caso concreto; la segunda la interpretación de la norma; y la tercera, la aplicación. El problema para el juez o el abogado se plantea cuando no existe en el sistema jurídico una disposición normativa en la que se pueda subsumir el caso concreto en cuestión. En palabras de Mario Álvarez, la interpretación jurídica se presenta como la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para resolver la contradicción o la insuficiencia con que el aplicador del derecho se encuentre.

> Empero, existen otro tipo de dificultades en la aplicación del Derecho que se producen en función de la violación de las exigencias de compatibilidad y plenitud que deben satisfacer los ordenamientos jurídicos en tanto que sistema normativos. En concreto, nos referimos a los problemas de imprecisión (contradicciones o antinomias) e insuficiencia (cuando en un ordenamiento jurídico falta una norma o normas que sirvan para regular un caso o una materia, en la jerga jurídica se le denomina "laguna" o "lagunas".[21]

II.3. Otros tipos de lagunas

Martínez Zorrilla,[22] con base en Alchourrón y Bulygin, nos señala que en ocasiones, los juristas utilizan también el término "laguna" para referirse a situaciones que no son estrictamente de ausencia de regulación (laguna normativa). Estos tipos o clases de laguna son: a) de conocimiento, b) de reconocimiento y c) axiológicas.

> Llamaremos lagunas de conocimiento a los casos individuales, los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no sabemos si pertenecen o no a una clase determinada de casos (caso genérico). Llamaremos lagunas de reconocimiento a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión.[23]

[21] Mario L. Álvarez Ledesma, *op. cit*., p. 264.

[22] David Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid/España, Edit. Marcial Pons, 2010. (Colección Filosofía y derecho), pp. 109-110.

[23] Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimp., Buenos Aires-Argentina, Edit. Astrea, 1993, p. 63.

Las lagunas axiológicas, de acuerdo con Martínez Zorrilla, son situaciones en las que la "carencia" se sitúa en un plano valorativo o axiológico. Se trata de aquellas situaciones en las que se considera que el legislador, o la autoridad en general que dicta la norma, no ha considerado alguna circunstancia o propiedad que *debería haber sido tomada en cuenta*, porque se considera relevante desde un punto de vista moral o valorativo.

Finalmente, en lo referente a la indeterminación del derecho se puede presentar el problema del espacio vacío, esto es, un problema de subdeterminación, que de acuerdo con Vilajosana,[24] es el caso cuando no exista en el sistema jurídico una norma que regule el caso concreto. Empero, también se puede presentar el caso del espacio pleno, es decir, un problema de sobredeterminación, esto es, cuando en el sistema jurídico concurren dos o más normas que regulen un caso y que lo hagan de manera incompatible.

III. Teorías de la interpretación jurídica

Si bien las escuelas de exégesis, la escuela histórica del derecho, la jurisprudencia analítica y la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen, son el fundamento del derecho positivista formalista, legalista y normativista; frente a ellas, paulatinamente, se desarrollarán corrientes teóricas críticas, que además del método histórico, postulan la aplicación de los métodos sociológico y teleológico.

En la literatura moderna de la interpretación jurídica, Wróblewski propone la distinción entre dos tipos de teorías para determinar el sentido de las normas jurídicas: las estáticas y las dinámicas.

Las teorías estáticas, de acuerdo con el autor citado: son un grupo amplio de ideologías y teorías normativas de la interpretación jurídica, afirma que el sentido de una norma interpretada permanece constante hasta que no sea explícitamente cambiada con una acción apropiada por la autoridad que formula las normas. Se ve la estabilidad de sentido como un elemento esencial para garantizar la protección jurídica, la estabilidad y la certeza en la aplicación del derecho. Por su parte, las teorías dinámicas, parten del supuesto de que una norma, una vez emanada del legislador, tiene vida propia y se adecua a las circunstancias cambiantes de su contexto funcional. Además de tal con-

[24] Joseph M. Vilajosana, *op cit*., p. 91.

cepción del sentido de las normas jurídicas, estas ideologías (teorías) presuponen que la interpretación jurídica ha de tener un fin, que puede definirse como la actuación de la correspondencia más amplia posible entre el derecho y la "vida".[25]

Por ello, para Wróblewski, queda claro que interpretar una norma particular según directivas reconductibles a los dos tipos de ideologías o teorías normativas de la interpretación jurídica (estáticas o dinámicas) puede llevar a resultados diversos, especialmente en el caso que la norma jurídica interpretada haya sido emanada en un momento histórico en que tal situación era completamente diferente de aquella en la que se interpreta y se aplica la norma.

De acuerdo con Guastini, son tres teorías de la interpretación las que se confrontan en la literatura jurídica moderna: teoría "cognitiva" (o formalística), teoría "escéptica" y teoría "intermedia", entre las dos precedentes.[26]

Con base a la importancia de estas teorías de la interpretación, exponemos sus características fundamentes con base en Guastini,[27] Martínez Zorrilla[28] y Vilajosana.[29] Si bien, en ocasiones algunas propuestas de los autores pueden parecer redundantes, se citan desde la perspectiva de que cada autor incluye elementos que enriquecen la presentación de la idea que se analiza en la siguiente Tabla.

Tabla 2

Teoría cognitiva o formalística de la interpretación	**Teoría escéptica de la interpretación**	**Teoría intermedia**
Sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (Guastini).	Sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión (Guastini). Es decir, una actividad decisoria o estipulativa (Vilajosana).	Sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y, en ocasiones, una actividad de decisión discrecional (Guastini).

(Continúa)

25 Jerzy Wróblewsky, *Sentido y hecho en el derecho*, 2a. reimp. de la 1a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2008 (2001), (Colección Doctrina Jurídica Contemporánea núm. 9), p. 128.

26 Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Edit. Porrúa, 2012 (1999), p. 13.

27 *Ibid*., pp. 13-19.

28 David Martínez Zorrilla, *op. cit.,* pp. 49-57.

29 Joseph M. Vilajosana, *op.cit.,* pp. 100-107.

Teoría cognitiva o formalística de la interpretación	**Teoría escéptica de la interpretación**	**Teoría intermedia**
El objetivo de la interpretación es solamente "descubrir" este significado objetivo o esta voluntad subjetiva y preexistente (Guastini).	La tarea del intérprete no consiste en *descubrir* el significado objetivo o verdadero de la expresión, sino que se trata de una libre *asignación* o *atribución* de significado por parte de aquel. Por ende, la interpretación no es un acto de descubrimiento o conocimiento, sino una *decisión* o *elección* (Martínez Zorrilla).	Según esta teoría puede distinguirse entre "descubrir" el significado de un texto normativo y "adscribir" significado a un texto normativo. El intérprete decide el significado de un texto, cuando se mueve en el área de penumbra; es decir, cuando resuelve un caso dudoso (Guastini).
Todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda controversia cae siempre sobre el dominio de una, y sólo de una, norma preconstituida (Guastini).	Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado. Frecuentemente, a este modo de ver se acompaña la opinión de que los sistemas jurídicos no son necesariamente, y que de hecho no lo son nunca, ni completos ni coherentes (Guastini).	Los textos legales, pues, estarían indeterminados, y, por consiguiente, existen respuestas correctas para ciertos casos: en los casos típicos, el derecho se halla determinado y exige respuesta correcta para ellos; en los casos atípicos, en cambio, el derecho no se halla previamente determinado y no existe respuesta para ellos (Moreso, 1979) (Vilajosana).
El derecho ofrece siempre una (y sólo una) respuesta correcta para cada caso (Martínez Zorrilla). Cada cuestión jurídica admite, así, una única respuesta correcta: la que hace que el enunciado interpretativo sea verdadero (Vilajosana).	El derecho está *radicalmente* indeterminado, y *nunca* ofrece una única respuesta correcta o predeterminada a los casos en juego. Ninguna cuestión jurídica tiene, consiguientemente, una respuesta correcta previa a la decisión judicial, por la sencilla razón de que los textos legales son radicalmente indeterminados (Vilajosana).	No existe una única respuesta correcta, los jueces tienen cierto ámbito de libertad para tomar la decisión, lo cual no implica ni que puedan decidir cualquier cosa, ni que no sea necesario argumentar adecuadamente la decisión tomada (Martínez Zorrilla).

(Continúa)

Teoría cognitiva o formalística de la interpretación	Teoría escéptica de la interpretación	Teoría intermedia
A pesar de cualquier superficial indicio en contra, los jueces, de hecho, aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho y no crean nada nuevo (Guastini).	Frente a una laguna o a una antinomia. Los jueces crean derecho nuevo, tal como los legisladores. Por tanto, no puede trazarse una línea clara demarcación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo (Guastini). Para muchos autores realistas el "auténtico derecho son las decisiones judiciales y no lo que dice el legislador (Martínez Zorrilla).	Para toda norma, existen casos "fáciles", que seguramente recaen en su campo de aplicación, como también casos marginales "difíciles", respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que esos casos se sitúan en la "zona de penumbra" (Guastini).

En un sentido análogo a las teorías cognoscitivas, escépticas e intermedias, Ronald Dworkin ha propuesto una concepción del derecho basado en tres teorías, a fin de superar los criterios predominantes en la práctica legal de las denominadas por él teorías semánticas (iusnaturalismo, positivismo y realismo). A estas concepciones Dworkin las denomina "convencionalista", "pragmatismo legal" y "derecho como integridad".

> La primera de las tres, a pesar de que al principio parece reflejar el entendimiento del derecho del ciudadano corriente, es la más débil; la segunda, la más poderosa y sólo puede ser vencida cuando nuestro campo de batalla incluye la filosofía política. Y la tercera, teniendo todo en cuenta, es la mejor interpretación de aquello que hacen y parte de lo que dicen los abogados, profesores de derecho y jueces.[30]

El convencionalismo, por sus características, lo podemos asociar con la teoría cognoscitiva, es una concepción del derecho no escéptica pero si conservadora; la concepción del pragmatismo, la podemos asociar con las teorías escépticas; por su parte, la concepción del derecho como integridad, la podemos asociar a las teorías intermedias, aun cuando va más allá en tanto incluye la relación entre derecho y moral, así como la relación entre derecho y política, véase la siguiente Tabla.

[30] Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 77.

Tabla 3

Convencionalismo[31]	**Pragmatismo**[32]	**Derecho como integridad**[33]
Ofrece una teoría positiva, no escéptica sobre cuáles son los derechos legales que posee el pueblo: son aquellos derechos que las convenciones extraen de decisiones políticas del pasado.	Adopta una actitud escéptica con respecto a la suposición que consideramos personificada en el concepto del derecho: niega que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado.	Es también una teoría no escéptica de derechos legales: sostiene que el pueblo posee como derechos legales los avalados por los principios que proporcionan la mejor justificación de la práctica legal.
Protege la autoridad de la convención al insistir en que las prácticas convencionales establecen tanto el fin como el principio del poder del pasado sobre el presente.	Es una concepción escéptica del derecho porque rechaza los derechos legales genuinos y no estratégicos. No rechaza la moralidad ni los derechos políticos o morales. Sostiene que los jueces deberían seguir cualquier método para decidir los casos que produzcan lo que ellos creen es lo mejor para la comunidad.	Igual que el convencionalismo, acepta la ley y los derechos legales con sinceridad. Como modelo de las normas se impone a la concepción basada en reglas y sustenta la existencia de principios como derecho (derecho como integridad).
Hace que el derecho dependa de las distintas convenciones sociales que designa como convenciones legales; en particular, de las convenciones sobre cuáles instituciones deberían tener el poder de hacer la ley y en qué forma. Insiste en que toda comunidad política compleja posee dichas convenciones.	Estrictamente hablando rechaza la idea de la ley y del derecho legal. Niega que las personas poseen derechos legales.	Sostiene que los derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por tanto, tienen valor legal, no sólo cuando están explícitas en estas decisiones sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación.
Acepta la idea de la ley y de los derechos legales. La ley es la ley. No es aquello que los jueces creen que es sino lo que es en realidad. Su tarea es aplicarla y no cambiarla para adaptarla a sus propias éticas o convicciones políticas.	Considera que no tiene un sentido especial tratar de descubrir las intenciones de los legisladores muertos desde hace tiempo, intenciones que de cualquier manera deben ser oscuras, polémicas e inaccesibles para el público en general.	Las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.

(Continúa)

31 *Ibid*., pp. 90-91

32 *Ibid*., pp. 116-122.

33 *Ibid*., pp. 78, 92, 93, 124-135 y 164-185.

Convencionalismo	Pragmatismo	Derecho como integridad
Sostiene que no existe una ley para un caso difícil y, por tanto, un juez debe tener discreción al crear una nueva ley, que luego aplica en forma retroactiva a las partes del caso.	Sostiene que es mucho mejor insistir en que cuando un estatuto es confuso no puede ser la fuente de ningún derecho legal del tipo *como si*, que la regla correcta es aquella que será mejor para el futuro.	Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad resuelven casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad

Podemos observar, entonces, que la teoría de la integridad de Dworkin resalta la importancia de los principios de moralidad, así como los de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad. "Dentro de esta nueva estructura de la moral desempeña un papel en dos lugares de la teoría jurídica: en el nivel iusfilosófico, cuando se atribuye valor a la práctica jurídica, y en el nivel de la aplicación judicial, cuando los jueces son instados a hacer justicia".[34]

IV. Casos fáciles y casos difíciles

La concepción formalista del derecho indica que el derecho propiamente consiste en estándares de conducta establecidos por la autoridad institucionalizada, de casos típicos en el que (de acuerdo con Hart) el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio, es decir, no requiere interpretación sistemática, puesto que en *interpretatio cessant in claris*. Es el caso cuando una norma tiene un sentido suficientemente preciso para poder decidir la situación fáctica en cuestión.

> La idea de sistema jurídico se funda, en el carácter dinámico del derecho y en la unidad que forman los elementos que lo integran, y de la cual derivan ciertos presupuestos de interpretación como son la ausencia de lagunas, la compatibilidad de sus normas, la ausencia de contradicciones y la no redundancia de sus normas, la ausencia de

[34] Ronald Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit*., p. 31.

> contradicciones, la completitud y la independencia son consideradas por muchos autores como propiedades formales del sistema.[35]

La situación diametralmente opuesta se presenta cuando hay dudas en la elección del sentido de la norma general aplicable a un caso particular que presenta escenarios no contemplados cuando el legislador elaboró la norma. Las dudas pueden surgir debido a cuestiones de lagunas textuales o de lagunas normativas. De manera precisa y amplia, Wróblewski nos ofrece los contextos en los que se puede presentar la duda en un caso típico, por lo que lo citamos *in extenso*:

> La duda en un caso típico, está ligada, ya sea: a) a la ambigüedad lingüística de la norma; b) a la falta de delimitación precisa de los objetos designados por las normas; c) a la contradicción entre las normas tomadas en su sentido inmediato y las demás normas en vigor; d) el contraste entre el sentido inmediato de la norma y los fines a los que debe servir; e) a una apreciación negativa, desde el punto de vista de lo moral, de la equidad, etc., aceptadas por el intérprete, del sentido inmediato de la norma. La constatación de la duda está unida por regla general a una valoración salvo en los casos de diferencias semánticas del lenguaje jurídico o sus propiedades lógicas del sistema jurídico.[36]

El legislador no puede prever ni incluir en la norma general todas las posibilidades que se presenten en el futuro, de la manera que lo señala Hart, los legisladores no pueden tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar, trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. A este respecto, Mario Álvarez señala que es una errónea concepción de que el derecho tiene normadas todas las soluciones ante la infinita cantidad de problemas distintos que pueden presentarse ante un juez.

> Como se dijo antes, los ordenamientos jurídicos padecen distintos tipos de *imprecisiones e insuficiencias*. Por lo tanto, una cosa es que el juez deba dar una solución a los conflictos que se planteen, según exige por razones de certeza y seguridad jurídica el principio de plenitud

[35] Carla Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México, UNAM, 2009, p. 250.

[36] Jerzy Wróblewski, *op. cit*., p. 161.

> hermética, y otra muy distinta es que todas las soluciones estén ya prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual, por supuesto, resulta falso.[37]

El cuestionamiento de la concepción de la completud y la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y considerar que éste puede ofrecer soluciones para todos los casos posibles, e introduciendo la perspectiva que un ordenamiento jurídico tiene lagunas, nos plantea el problema de que el ordenamiento jurídico no puede brindar para todos los casos una solución con fundamento exclusivo en sus reglas o en alguna combinación de ellas. Por lo que estaríamos en presencia de los denominados casos difíciles.

Debido a lo expuesto, consideramos necesario señalar a *grosso modo*, las características de los casos fáciles y los difíciles.

IV.1. Los casos fáciles

De acuerdo con Martínez Zorrilla, es prudente partir de la perspectiva de que no todos los casos que se presentan al operador político plantean el mismo nivel de dificultad a la hora de justificar jurídicamente una respuesta.

> Las casos fáciles o *casos claros* serían aquellos en los que la justificación de la respuesta jurídica no planteé dificultades en la medida en que las premisas normativas y fácticas son claramente identificables: en relación con las premisas normativas, existe un amplio consenso entre los juristas acerca de cuál o cuáles son las normas aplicables, así como en relación con su interpretación, mientras que en relación con las premisas fácticas, resultan claros cuáles son los hechos del caso (hechos probados), así como su calificación jurídica.[38]

Los casos fáciles no plantean problema para el operador jurídico porque, de acuerdo a Guastini, caen en el "núcleo esencial" del lenguaje en el que están elaborados, las premisas están claras y gracias al razonamiento deductivo, existe una única y determinada respuesta. Esta respuesta puede ser deducida con relativa facilidad, casi de manera mecánica, utilizando argumentos como el silogismo jurídico.

[37] Mario L. Álvarez Ledesma, *op. cit*., p. 254.

[38] David Martínez Zorrilla, *op. cit*., p. 33.

Para Manuel Atienza casos fáciles son aquellos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho. "Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate.[39]

En suma, los casos fáciles parecen no requerir un especial esfuerzo interpretativo.[40]

IV.2 Casos difíciles

Los casos difíciles se presentan cuando existen dudas acerca de cómo ha de interpretarse la disposición normativa por aplicarse, esto es, cuándo hay lagunas textuales y normativas, cuándo los términos del texto caen en la zona de penumbra, cuándo existen formulaciones jurídicas cuyo significado es equívoco, así mismo cuándo la aplicación de una cierta norma es dudosa o genera controversia.

> O bien, en otros términos, dada una cierta norma existen: a) supuestos de hecho que seguramente recaen en su campo de aplicación (así como supuestos de hecho que de forma igualmente segura caen fuera de su campo de aplicación), y b) supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta, discutible o discutida. Los supuestos de hecho del primer inciso dan lugar a casos "claros" o "fáciles", los del segundo inciso dan lugar a casos "dudosos" o "difíciles", no se produce interpretación siempre que se resuelve un caso "claro".[41]

[39] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona-España, Edit. Ariel, 1996, pp. 22 y 23.

[40] En este punto es conveniente especificar que decimos "especial esfuerzo interpretativo", porque aun cuando la máxima *interpretatio cessant in claris.* No importa si el texto es claro u oscuro, fácil o difícil de interpretar siempre habrá interpretación, puesto que el resultado depende precisamente de ella. Como concluye Guastini: "Incluir o excluir un supuesto de hecho, del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación. Desde ese punto de vista, se produce interpretación, no ya en presencia de casos difíciles, sino en presenciad de cualquier caso: *la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación*. Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 9ª ed. 2ª reimp., México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 5.

[41] Ricardo Guastini, *op. cit.*, pp. 4-5.

De acuerdo con Wróblewski:

> Son relativamente raros los casos en los que surge la duda si una norma se adapta inmediatamente a la situación considerada; sin embargo, estos casos constituyen el centro de las discusiones científicas, en cuanto configuran el trabajo principal en la práctica apelación y/o revisión judicial, que compromete a tribunales de grado superior, implica técnicas más complicadas de argumentación jurídica y, sobre todo, de interpretación.[42]

Es indudable, entonces, que en los casos claros o fáciles, en donde no hay duda para el operador del derecho, no hay necesidad de interpretación sistemática, pero cuando se presentan situaciones atípicas, esto es, en el momento que surgen dudas con respecto al sentido de la norma aplicable a un caso determinado, se plantea la necesidad de racionalizar el sentido intuitivamente captado o de buscar aquel sentido con la ayuda de otras reglas.

Racionalizar el sentido de la disposición jurídica en un caso difícil implica introducir nuevas reglas; dado que el positivismo formalista, de acuerdo con Dworkin, se encuentra reducido sólo a reglas jurídicas por lo que no se admiten ningunas de otro tipo.

> Aún sin admitir plenamente la crítica al positivismo, siguiendo a nuestro autor (Dworkin), dice que la concepción de que el derecho se agote sólo en reglas jurídicas conlleva que en un caso no contemplado por la legislación el Juez debe acudir a la discrecionalidad, y entonces al resolver el caso que se le presenta con argumentos o razonamientos ajenos a ese sistema normativo, por lo que estaría creando derechos y obligaciones antes no contempladas.[43]

Para Dworkin, como las reglas para el uso de las palabras no son precisas ni exactas, permiten casos dudosos o indefinidos donde las personas hablan de manera diferente unas de otras. De modo que los abogados pueden utilizar la palabra "derecho" de una manera distinta en los casos marginales cuando algunos fundamentos y no todos están especificados como regla principal, y las diferencias se manifiestan en estos casos especiales.

42 Jerzy Wróblewski, *op. cit*., 116.

43 Véase Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*. En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4063/6.pdf, p. 162.

> Cuando la prueba inicial no discrimina entre dos o más interpretaciones de algún estatuto o línea de casos, surgirán casos difíciles para cualquier juez. Deberá entonces decidir entre las interpretaciones elegibles al preguntarse qué es lo que muestra la estructura de la comunidad, de las instituciones y de las decisiones bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora comprometidas.[44]

Se puede observar, entonces, que Dworkin con el reconocimiento de que existen casos difíciles se separa de los fundamentos del derecho propios para los casos normales, y plantea que para ellos deben considerarse un conjunto de principios relacionados con la justicia, la equidad y el debido proceso. Se crea así un vínculo entre derecho y moral, enlazado con una filosofía política democrática.

> […] Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad resuelven casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Ellos tratan de realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden.[45]

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles, así como la solución de estos últimos requiere nuevas concepciones acerca de interpretación jurídica, a fin de distinguir la manera en que los doctrinarios se han abocado a dar respuesta correcta a los casos difíciles.

V. A manera de conclusiones

La interpretación jurídica como las demás actividades jurídicas ha tenido una evolución de acuerdo con los cambios sociales, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

[44] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 3ª reimp., Barcelona, Gedisa Editorial, 2008, p. 184.

[45] *Ibid*., 183-184.

El cambio de paradigmas en la práctica jurídica ha sido resultado del debate histórico entre las teorías positivo-formalistas y las llamadas antiformalistas. El modelo epistemológico del positivismo jurídico ha predominado en el discurso jurídico contemporáneo. La concepción positivista del derecho, por tener su centro en la explicación de la norma, se le ha considerado como positivista jurídica, o normativista.

Sin embargo, en las últimas décadas, principalmente con Hart, se empieza a hablar de un positivismo flexible o suave, a partir de los debates Hart-Dworkin alrededor de las reglas secundarias (de reconocimiento, de adjudicación y de cambio) y la introducción de los principios jurídicos en la decisión judicial (justicia, equidad y debido proceso); así como el debate entre Hart y Devlin en torno a la relación entre derecho y moral. Se empiezan a cuestionar los principios esenciales del positivismo-formalista, tales como: la completud del sistema, la no existencia de contradicciones (antinomias), la no presencia de lagunas (textuales y normativas), y sobre todo la no indeterminación del derecho. Así mismo, el debate entre la inclusión y la exclusión de la moral del derecho, limita la conexión de la norma jurídica con el contexto social-valorativo.

En este contexto, el debate entre las teorías cognoscitivas, escépticas e intermedias, y las llamadas por Dworkin concepciones convencionalistas, pragmáticas y del derecho como integridad, replantearán el papel y la importancia de la interpretación jurídica.

El reconocimiento de la existencia de casos difíciles, es decir, casos en que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo (concibiendo a éste como un sistema conformado sólo por normas jurídicas y no admitiendo ninguna otra forma de regla, sea de origen moral o social), implica introducir la idea de que el sistema jurídico no se agota sólo en reglas jurídicas, por lo que es necesario una perspectiva integral del derecho (lo que Dworkin denomina derecho como integridad) que admita que los principios morales y las directrices políticas forman parte de ese modelo de las normas.

La interpretación jurídica no puede ser reducida, como lo hacía la teoría cognoscitiva y la concepción convencionalista, a desentrañar el sentido de la norma de una forma pasiva, sino a atribuir y dar significado a la norma jurídica que se estima aplicable al caso concreto, es decir, la interpretación creativa se erige como el nuevo modelo de interpretación, orientado a la

incorporación de lo axiológico en la decisión judicial, a fin de que ésta sea justa.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Álvarez Ledesma, Mario L. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Edit. Mc Graw Hill, 2008, (Serie jurídica).

Arriola Cantero, Juan Federico y Víctor Rojas, Amandí (coords.). *La filosofía del derecho hoy*. México, Edit. Porrúa, 2010.

Atienza Manuel y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona-España, Edit. Ariel, 1996.

Bárcena Zubieta, Arturo. "Enunciados interpretativos y argumentación. Algunos comentarios sobre el razonamiento judicial". En Báez Silva, Carlos *et al.*, *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. México, Edit. Porrúa, 2009.

Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. México, Edit. UNAM/IIJ, 2005.

Cisneros Farías, Germán. *La interpretación de la ley*. (reimp.), México, Edit. Trillas, 2005.

Cisneros Farías, Germán. *Metodología jurídica*. 2ª ed., Ecuador, Editorial Jurídica Ceballos, 2004.

Chiassoni, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2011, (Colección Filosofía y derecho).

Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. 3ª reimp., Barcelona, Gedisa Editorial, 2008.

Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2007.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley". En Báez Silva, Carlos, *et al.*, *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, Barcelona, Edit. Porrúa, 2009.

Galindo Garfias, Ignacio. *Interpretación e integración de la ley*. México, UNAM, 2006. (Serie Estudios Jurídicos No. 38).

Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México, Edit. Porrúa, 2012 (1999).

Hallivis Pelayo, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. 3a. ed., México, Edit. Porrúa, 2012.

Hart, Herbert. L. A. *El concepto de derecho*. 3ª ed. reimp., Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, 2012.

Huerta Ochoa, Carla. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México, UNAM, 2009.

Mardones, J. M. y N. Ursúa. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*. 8a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1997.

Martínez Zorrilla, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid/España, Edit. Marcial Pons, 2010, (Colección Filosofía y derecho).

Pérez Valera, Víctor Manuel. *Teoría del derecho*. México, Edit Oxford University Press, 2009.

Robles Morchón, Gregorio. "La teoría comunicacional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis". En Arriola Cantero, Juan Federico y Víctor Rojas Amandí (coords.). *La filosofía del derecho hoy*. México, Edit. Porrúa, 2010.

Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*). Buenos Aires-Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

Vilajosana, Joseph M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid, Edit. Marcial Pons, 2007. (Colección Filosofía y Derecho).

Wróblewsky, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. 2a. reimp. de la 1a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2008 (2001), (Colección Doctrina Jurídica Contemporánea No. 9).

Electrónicas

Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia. En:

https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4063/6.pdf.

La implementación de los juicios orales civiles en la Ciudad de México

Fermín Torres Zárate*

Resumen:

En este artículo se describe la manera en la que se implementaron los juicios orales en la Ciudad de México, en las distintas materias, enfocados con predominio en lo civil. Se hace referencia a la reforma constitucional de 2008 y a la del Código de Procedimientos Civiles, por las cuales se creó el "juicio oral", así como a los principios que lo rigen, sus ventajas y desventajas, poniéndose en duda su supuesta novedad porque en nuestros ordenamientos legales ya existía la oralidad.

Abstract:

In this article we describe the way oral trials were implemented in Mexico City, in the different subjects, focused mainly on civil matters. Reference is made to the 2008 constitutional reform and to the Code of Civil Procedures, by which the "oral trial" was created, as well as the principles that govern it, its advantages and disadvantages, putting its supposed novelty without doubt because in our legal systems already existed orality.

Sumario: Introducción / I. El juicio oral / II. Principios del proceso oral / III. Características de los juicios orales / IV. Facultades del juez / V. La supuesta novedad del juicio oral civil / VI. Las reformas / VII. La reforma en materia penal en la Constitución / VIII. Las reformas locales / IX. La problemática de la implementación / X. Ventajas del juicio oral / XI. Desventajas del juicio oral / XII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho por la Universidad Panamericana, Profesor-Investigador y Coordinador de Eje de Derecho Procesal y Amparo del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Introducción

Por virtud de las reformas constitucionales sobre seguridad y justicia de 2008, se planteó en nuestro país la implementación de los juicios orales, primero en materia penal, por ser la más relevante por la problemática social que representan: la impunidad, la inseguridad y la corrupción; y, después, en las materias del orden civil, mercantil y familiar, con la idea de contar con juicios en donde predomine la oralidad, publicidad, celeridad, así como la seguridad jurídica, con respeto a los derechos fundamentales y conseguir que la justicia sea pronta, completa e imparcial, ante lo cual los juicios orales representan un nuevo paradigma en la impartición y administración de justicia en nuestro país.

I. El juicio oral

Definición:

Es el proceso judicial en el cual predomina el uso de la palabra oral, expresada ante el juez, quien en audiencia pública escucha de viva voz a las partes, y con base en las pruebas desahogadas y de sus apreciaciones, dicta sentencia que resuelve la controversia planteada ante él.

> El matiz para hablar de los juicios orales es la *oralidad* como elemento que determina la forma del proceso para afirmar que se realizará un proceso oral, aunque también cabe decir que se usa como sinónimo el concepto *verbal*, en ambos casos connota la palabra hablada sin necesidad de escribirse.[1]

Cabe observar que a pesar de la designación como "juicio oral", no todos los actos procesales se llevan a cabo de esa manera, pues se requiere de lo escrito para tener constancia fidedigna de lo expuesto por las partes; por tal razón, la demanda y contestación en civil y la denuncia y querella en penal son por escrito. Si bien predomina la oralidad en el desahogo de las pruebas, en la formulación de los alegatos y en la explicación de la sentencia, esta también será por escrito, por tanto, estamos en presencia de un juicio mixto, porque

[1] Eduardo López Betancourt y Elías Polanco Braga, *Juicios orales en materia Civil*, México, Iure, 2011, p. 103.

la oralidad pura no existe. Al respecto Gómez Lara opina: "Los elementos de escritura y de oralidad se dan entremezclados en cualquier tipo de proceso moderno".[2]

De acuerdo con los artículos: 20 Constitucional en cuanto al proceso penal acusatorio y oral, 4° del Código Nacional de Procedimientos Penales, 971 respecto del Juicio Oral Civil, 1020 del Juicio Oral Familiar, del Código de Procedimientos Civiles (CPC), y 1390-Bis-2 del Juicio Oral Mercantil del Código de Comercio, el juicio oral en general, se basa en los principios de: oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración; y en materia familiar se agregan: dirección, impulso y preclusión procesal.

II. Principios del proceso oral

Son aquellas directrices, lineamientos o criterios fundamentales contenidos de forma expresa en el ordenamiento procesal, que rigen el procedimiento, al respecto, De la Fuente Rodríguez y Mondragón Pedrero opinan:

> Son las premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho procesal. Constituyen el origen y la naturaleza jurídica de todo sistema procesal, a la vez que actúan como directrices que orientan a las normas jurídicas para que logren la finalidad que medió su creación.[3]

Y Couture expresa: "Enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general".[4]

En los distintos ordenamientos procesales se hace referencia a dichos principios, por ejemplo: en el artículo 4 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los artículos 971 del Código de Procedimientos Civiles; 1390 Bis 2 del Código de Comercio y en el 1020 del Código de Procedimientos Civiles,

[2] Cipriano Gómez Lara, *Derecho procesal civil*, México, Trillas, 1990, p. 16.

[3] Jesús de la Fuente Rodríguez y A. Fabián Mondragón Pedrero, *Los juicios orales mercantiles*, México, Porrúa, 2015, p. 64.

[4] Eduardo Couture, *Vocabulario jurídico*, Argentina, Depalma, 1991, p. 477.

en materia familiar, se describe la manera en la que se materializan, no obstante agregamos:

Oralidad: Significa el predominio de lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los sujetos que intervienen en el proceso.

Este principio también implica que los juzgados tendrán tecnología: equipos de comunicación y videograbación, porque lo que acontezca en desarrollo de la audiencia, lo que digan las partes, los testigos, los peritos y el juez, quedara grabado en video.

La oralidad no quiere decir que todo sea oral, sino que se toma como un sistema en el que predomina la palabra hablada en el desarrollo del procedimiento.

La oralidad se relaciona con la celeridad del procedimiento, que se concentra en las audiencias públicas llevadas ante el juez y en presencia de las partes.

La finalidad de la oralidad es lograr una mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional y proporcionar al justiciable seguridad jurídica y certeza, porque al escuchar él mismo el desahogo de las pruebas, las alegaciones de su abogado, del contrario y del juez, podrá percibir de primera mano, el cómo y porqué se resolvió el juicio de la manera en que se hizo y así estará más seguro y confiable en la justicia impartida.

Publicidad: Lo actuado ante el juzgador será conocido por los sujetos procesales porque escucharán la forma en la que el juez lleva a cabo el desarrollo de las audiencias, a las cuales puede asistir cualquier persona (público), excepto cuando se determine que sean privadas.

En materia penal Ferrajoli opina: "conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor".[5]

Este principio se aplica en todas las materias del juicio oral, en las cuales la actividad que desarrolla el juez es conocida por los participantes y el público asistente, así es, que se elimina la secrecía y se observa el modo de actuar del juzgador.

[5] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 616.

Los actos del juez están bajo la fiscalización de los interesados, lo que permite evitar actuaciones ilegítimas. Las partes van a hacer valer sus derechos de audiencia, de defensa y contradicción ante la presencia del juez.

En un sistema democrático es esencial el principio de publicidad para estar al pendiente de las actuaciones de los tribunales. "La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas".[6]

Igualdad: Las partes tienen las mismas oportunidades dentro del proceso. No existen privilegios a favor de alguna. Así como el actor interpone su demanda, el demandado la contesta y opone reconvención, ambas partes tienen el mismo derecho de ofrecer pruebas, de desahogarlas, así como en el uso de la palabra para formular sus peticiones y objeciones, lo que permite la igualdad en la contienda.

Inmediación: Se refiere a la presencia del juez en las audiencias, para tener contacto directo con las partes, las conozca y escuche de forma inmediata sus peticiones y argumentos en defensa de sus intereses, que oiga las declaraciones de los testigos y peritos. Que perciba las actitudes de los sujetos procesales, si están o no diciendo la verdad, si fueron preparados, si se ponen nerviosos, si los testigos están siendo presionados, de tal manera que el juez adquiera una mayor visión del conflicto por resolver.

> El principio de inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas […].[7]

Contradicción: Significa que cualquier petición de una de las partes se hace del conocimiento de la contraria, para que manifieste su conformidad o su inconformidad. Por lo que ambas partes tienen el derecho de acceder a todos los datos que obren en el expediente o carpeta de investigación y así puedan

[6] Miguel Carbonell, *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, UNAM, 2015, p. 41.

[7] Giuseppe Chiovenda, *Curso de derecho procesal civil*, México, Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 433.

controvertir su contenido, para de esta manera cumplir con la máxima: Nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio.

Continuidad: Se refiere a que el juez tiene la obligación de desarrollar el proceso y evitar su diferimiento o suspensión, de tal manera que el caso se resuelva con el mínimo de actos procesales. Las diligencias judiciales no deben ser interrumpidas, por eso, una vez comenzada la audiencia se tiene que concluir y pasar a sentencia.

Concentración: Su objetivo es que toda la actividad procesal se lleve a cabo en el menor número de actos. Que en una sola audiencia se desahoguen las pruebas, pero también que se resuelvan todas las cuestiones planteadas por las partes en el debate. Se relaciona con la continuidad, celeridad y economía en el proceso, López Betancourt y Fonseca Luján señalan:

> Los principios de concentración, continuidad y abreviación, en tanto pretenden lograr el ahorro de tiempo, se relacionan directamente y determinan la economía procesal. Para las partes, el nuevo esquema procesal sólo se traducirá en un ahorro de recursos si se consolida como un ahorro de tiempo.[8]

Al aplicarse estos principios lo que se busca es la celeridad, la transparencia, el evitar expedientes voluminosos, la reducción de costos, que las partes se sientan escuchadas por el juzgador y así tener la seguridad que la resolución del caso se hizo con estricto apego a la legalidad.

Todos estos principios del juicio oral, en las distintas materias, implican que los actores jurídicos, como abogados, jueces, ministerio público y peritos, participantes, estén mejor preparados, porque ahora tendrán que desarrollar habilidades para narrar o describir los hechos materia del asunto en forma oral, interrogar a las partes, testigos y peritos, así como exponer argumentos jurídicos, tanto del punto de vista lógico, jurídico o prácticos. De manera particular, los litigantes deberán ser capaces de seducir, persuadir y convencer al juzgador, por lo que habrán de aprender a expresarse con seguridad, aplomo y confianza, sin nerviosismo, ni tartamudeo, pues estas deficiencias implican poner en evidencia, ante los asistentes al juicio, su falta de preparación o estudio.

[8] Eduardo López Betancourt y Roberto Fonseca Luján, *Juicios orales en materia familiar*, México, 2014, Iure, p. 173.

En estos juicios, los abogados tienen al lado a sus clientes, a los contrarios; al frente esta el juez y atrás al público, por lo que ante ellos deberán demostrar sus capacidades argumentativas, la estrategia procesal correcta a seguir para obtener sentencia favorable, su preparación y conocimientos jurídicos en la materia por resolver.

Por su parte, los jueces deberán desarrollar esas habilidades, pero sobre todo la capacidad y rapidez mental para examinar las pretensiones de las partes, dirigir los debates y así resolver, al momento, las peticiones que se les formulen; para ello se requiere de más destreza, preparación, capacidad, esfuerzo intelectual, de mayor velocidad y precisión en la toma de decisiones, lo que implica mucha experiencia resolutiva.

Al respecto, al hacer referencia a la oralidad, Chiovenda opina: "Estimula el ingenio del juez, del abogado, haciéndoles más sagaces, más rápidos, más penetrantes; asegura mejor la veracidad y sinceridad de la prueba […].[9]

III. Características de los juicios orales

De los principios anteriores se desprenden las siguientes características de los juicios orales, aplicables a todas las materias:

- El juzgador tiene la obligación de presidir las audiencias.
- El juez tiene trato directo con las partes.
- Las actuaciones se preservan en medios electrónicos.
- Se evita el abuso de promociones de las partes que persigan entorpecer el procedimiento.
- El procedimiento es más breve, se procura que en una sola audiencia se desahoguen todas las pruebas.
- La audiencia es pública.
- Se evita la interposición de recursos que retarden el procedimiento.
- Se reducen los plazos procesales.
- Se da relevancia a la conciliación de las partes.
- Los incidentes se plantean y resuelven en la misma audiencia.

[9] Chiovenda, *op. cit*., p. 435.

- Los interrogatorios entre las partes son libres, se limitan a la materia del debate.

Por tanto, la idea de estos juicios es resolver los conflictos de la manera más breve posible, en el que se cumplan las formalidades procesales con apego al respeto de los derechos fundamentales. La presencia del juzgador en la audiencia pública permite haya transparencia, igualdad y equilibrio entre las partes, por lo que sabrán el porqué se resolvió en la forma en que lo hizo el juez.

IV. Facultades del juez

De las características anotadas y en relación con los principios señalados, se desprende las múltiples facultades que tiene el juzgador en los juicios orales.

- Amplias facultades de dirección procesal para decidir de manera pronta y expedita lo que en derecho convenga.
- Dirigir el debate.
- Que se cumplan las formalidades.
- Moderar la discusión.
- Impedir alegaciones sobre aspectos no pertinentes o inadmisibles.
- Limitar el tiempo y el uso de la palabra a las partes.
- Interrumpir el uso abusivo de la palabra.
- Amplias facultades disciplinarias para mantener el orden.
- Ejercer el poder de mando de la fuerza pública e imponer las medidas de apremio.
- Limitar el acceso al público y ordenar la salida de personas que se presenten en condiciones incompatibles con la formalidad de la audiencia.
- El juez determina el inicio y conclusión de cada etapa de la audiencia y precluyen los derechos que debieron haberse ejercitado.
- El juzgador puede decretar recesos si lo estima necesario.
- Tendrá a su disposición aparatos y personal de auxilio para que las partes tengan acceso a los registros del procedimiento.

Con estas facultades, el juzgador debe conseguir que el juicio oral fluya y se desenvuelva con la mayor rapidez posible y se eviten dilaciones o promociones que sólo busquen retardar el procedimiento; lo relevante será que el juez aplique con prudencia sus facultades y permita el adecuado desarrollo de este tipo de juicios.

En cuanto a la brevedad y celeridad del procedimiento, Chiovenda afirma:

> La experiencia sacada de la historia nos permite agregar, sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que más conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad [...] hay un dato [...] y es que un proceso escrito dura, por término medio, tres o cuatro veces más que un proceso oral.[10]

V. La supuesta novedad del juicio oral civil

Para empezar podemos afirmar: los juicios orales no son una novedad en nuestro país. Desde los aztecas, la resolución de los conflictos se desarrollaban de forma oral, lo cual describe Josef Kohler, en su libro, *El derecho de los aztecas,*[11] en cuyo apartado VIII, "Derecho procesal", se relatan los procedimientos llevados a cabo por el tribunal de primera instancia que era colegiado y por el tribunal superior, *tlacxitlán*, bajo la presidencia del canciller de justicia, *cihuacoátl*, cuyas decisiones eran inapelables. "Los debates eran orales. "Los escribanos (*amatlacuilo)* llevaban sus protocolos en lenguaje azteca de signos y los jueces hacían sus notas en lenguaje jeroglífico. Los protocolos contenían la querella y las declaraciones de los testigos; también los fallos eran asentados por escrito".[12]

En la época de la Colonia también se utilizaban los procesos orales, por eso Salvador Cárdenas afirma:

> En nuestra tradición jurídica colonial la oralidad formaba parte de los procesos ordinarios en el desahogo de pruebas que se llevaba a

[10] *Ibid*., p. 429.

[11] Josef Kohler, *El derecho de los aztecas*, México, TSJDF, 2003, p. 150 y ss.

[12] *Ibid*., pp. 156-157.

> cabo ante la Real Audiencia y otros tribunales especiales. Tratándose de asuntos de menor cuantía se dispuso que los juicios no fueran por escrito. Así, en una ley dada por Felipe II en 1563 para los reinos de Hispanoamérica, se dispone lo siguiente: "Mandamos que sobre cantidad que baje de veinte pesos no se hagan procesos ni los escribanos reciban escritos ni peticiones de los abogados.[13]

La oralidad la encontramos en todas las leyes procesales de los siglos XVIII y XIX, tan es así que en el Código de Procedimientos Civiles de 1872, se estableció en el Título X, el Juicio Verbal, en el artículo 1079 y siguientes, el cual procedía en asuntos menores a 100 pesos o los que pasen de 1000 cuando las partes lo convinieren. También se hace referencia en el Capítulo III, a ese tipo de procedimiento ante los jueces de primera instancia, cuya característica era la comparecencia de las partes de forma oral, pero se levantaba un acta y constaba por escrito.

De igual manera en el Código de Procedimientos Civiles de 1880 también estaba regulado el Juicio Verbal en el artículo 1040 y consecutivos, así como ante los jueces menores y de paz, en el artículo 1049, y ante el juez de primera instancia, en el artículo 1095.

También, en el Código de Procedimientos Civiles de 1884 encontramos lo correspondiente a los juicios verbales en el artículo 1071 y siguientes, con pocos cambios.[14]

Ya en el Código de Procedimientos Civiles de 1932, vigente a la fecha, con múltiples reformas, (que comentaremos de manera breve y sólo relacionamos las reformas que versan sobre la oralidad, concentración y agilidad del procedimiento), entre las que están:

- 1964: Se reforman las reglas de la caducidad. *DOF,* 22 enero 1964.
- 1967: Se evita el diferimiento de las audiencias, no se permite la salida del expediente fuera del tribunal, se limitaron los documentos supervenientes. *DOF,* 30 diciembre 1966.

[13] Salvador Cárdenas Gutiérrez, "Los juicios orales en el México del siglo XIX", *en Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*, México, SCJN, 2010, p. 3.

[14] Los Códigos de Procedimientos Civiles de 1872, 1880 y 1884, se pueden consultar en Manuel Dublan y José María Lozano, *Legislación Mexicana, Colección completa de las obras legislativas, expedidas desde la independencia,* México, Imprenta del Comercio de E. Dublan y Comp. Tomo XII de 1882, tomo XV de 1886 y 1884, respectivamente, en el Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- 1971: Se crearon los jueces de lo familiar. *DOF,* 24 marzo 1971.
- 1973: La reposición de autos se hará por la vía incidental y se impone a los jueces y magistrados la obligación de recibir, ellos mismos, las declaraciones y las audiencias, no se requiere el acuse de rebeldía. *DOF,* 14 marzo 1973.
- 1974: Se ampliaron las facultades del juez para la separación de personas, para los exhortos no se requiere la legalización de firmas. *DOF*, 31 diciembre 1974.
- 1975: Cambian las reglas de la competencia. *DOF,* 31 diciembre 1975.
- 1985: Condenación de costas. *DOF,* 7 febrero 1985.
- 1986: Se declara la rebeldía sin que medie petición de parte. Se reprimen con energía las promociones de las partes que tiendan a suspender o retardar el procedimiento. La audiencia siempre será pública, con excepciones. Se crea la audiencia previa y de conciliación, y la regularización del procedimiento. *DOF,* 10 enero 1986.
- 1987: El juez procurará la mayor equidad entre las partes, el plazo para dictar sentencia será de 15 días, las notificaciones se practicarán dentro de tres días siguientes, las cuestiones de competencia y recusación ya no suspenden el procedimiento, la citación para los testigos se hará por conducto de la parte que haya ofrecido la prueba, el divorcio voluntario se decreta en una sola audiencia, en arrendamiento 5 días para contestar la demanda, los incidentes no suspenderán el procedimiento. La nulidad de actuaciones debe reclamarse en la actuación subsecuente. *DOF,* 14 enero 1987.
- 1988: Las reformas versaron sobre la Cooperación Procesal Internacional, haciendo más ágil la misma. Se limita la procedencia de la excepción de conexidad de la causa. *DOF,* 7 enero 1988.
- 1991: Hacen referencia a la publicación de los edictos para la inmatriculación. *DOF,* 14 enero 1991.
- 1996: Esta reforma es la más amplia que ha tenido el CPC, y de forma particular destacamos: se precisan los requisitos de la demanda, se establecen los requisitos para contestar la demanda, no se admitirán pruebas ofrecidas extemporáneamente, se hace más estricto el ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas, las excepciones procesa-

les se resuelven en la Audiencia Previa y de Conciliación, la prueba pericial deja de ser colegiada, se modifica lo relacionado con la vía especial hipotecaria para agilizar y garantizar lo reclamado en juicio, se modifican las reglas de la apelación, todas las apelaciones de un mismo asunto van al mismo toca, también se reforma de manera relevante el Código de Comercio. *DOF,* 24 mayo 1996.

- 1997: Se amplían las facultades del juez para resolver lo relacionado con violencia familiar. *DOF,* 30 diciembre 1997.
- 2000: El juez tendrá amplias facultades para determinar cuestiones de hijos menores, los honorarios de los peritos terceros se cubren por mitad de ambas partes, no se requiere diferimiento de la audiencia cuando sólo haya pruebas documentales, se autoriza buscar a personas por medio de instituciones que cuenten con registro de personas. *DOF,* 25 mayo 2000.
- 2007: Adquiere relevancia el Centro de Justicia Alternativa en conflictos familiares y otras materias. *DOF,* 2 febrero 2007.
- 2008: Los titulares de los juzgados deberán incluir la mediación e informar a los particulares sobre las características y ventajas de la misma, se abrevia la notificación por edictos, a la solicitud de divorcio, se incluye propuesta de convenio y a la contestación, contrapropuesta. *DOF,* 8 enero 2008.
- 2009: Se crea la notificación por adhesión, se autoriza la notificación por medios electrónicos, se autoriza el mandato judicial, se regula el pago de daños y perjuicios por motivo del desistimiento, para las excepciones procesales sólo se admitirá la prueba documental. Se hicieron modificaciones para hacer más ágil el embargo y se modifican las reglas del juicio arbitral, la última resolución en ejecución de sentencia no admite recurso, en arrendamiento, la prueba pericial para regular los daños, reparaciones y mejoras sólo se admite en ejecución de sentencia, la audiencia se difiere sólo por caso fortuito o fuerza mayor. *DOF* 10 septiembre 2009.
- 2011: En los alimentos y otras materias no hay días ni horas inhábiles, notificación a personas perjudicadas en caso de inmatriculación por edictos. *DOF,* 30 agosto 2011.

- 2013: Trata la Ley de Justicia Alternativa y el procedimiento de mediación, se amplía el plazo para la presentación de escritos en Oficialía de Partes Común, se crean normas para regular la caducidad de la instancia.

De manera particular se hacía referencia (porque ya está derogado) en el "Título Especial: de la Justicia de Paz", ante los Juzgados de Paz, en cuyo procedimiento predominaba la oralidad, pues las partes según el artículo 20 exponían oralmente sus pretensiones y en la audiencia se llevaba a cabo el desahogo de las pruebas de manera oral. *DOF,* 21 de febrero de 2013.

Al analizar estas reformas podemos afirmar que su intención es: agilizar y avanzar hacia la celeridad, oralidad, concentración y publicidad del procedimiento, por lo que la oralidad está presente, sobre todo en la recepción y desahogo de las pruebas de manera oral, en el interrogatorio verbal a los testigos y en la recepción oral de los alegatos, esto de acuerdo con los artículos 299, 360 y 394 del CPC. También es de considerar, en tales reformas se hace referencia al impulso que ha tenido la justicia alternativa, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, como figuras jurídicas para evitar los juicios.

Ante lo expuesto, podemos aseverar que la oralidad en los procedimientos de ninguna manera es una novedad, a lo largo de nuestra historia procesal ha estado presente.

> La implantación de los juicios orales en la codificación procesal no es una idea nueva, puesto que ya se cuentan algunos años desde el inicio de la presente década y aun algunos cuantos de la última del siglo pasado, en que se ha venido pugnando por implantarlos debido a que significan celeridad y transparencia, y constituyen un avance sensible para la impartición de justicia, sobre todo en materia penal [...].[15]

Lo que sucede es que los funcionarios judiciales nunca estuvieron de acuerdo en las cuestiones orales, no las llevaban a cabo y no cumplían con esas formalidades, además de no contar con las instalaciones adecuadas para tener la posibilidad de llevar a cabo las audiencias en forma oral. Los jueces por el cúmulo de trabajo dejaron la responsabilidad de dichas diligencias a los secretarios de acuerdos y rara vez salían de su oficina para atender el desaho-

[15] Gonzalo Uribarri Carpintero, "La oralidad en el siglo XX"*, en Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*, *op. cit.* p. 111.

go de las pruebas, por lo que se tergiversó la oralidad y se privilegió la escritura por ser de mayor facilidad su comprensión.

Así las cosas, no había necesidad de implementar los juicios orales, sólo se requería obligar a los jueces a llevar a cabo los procedimientos establecidos en el ordenamiento procesal respectivo, adecuar las instalaciones de los juzgados para dotarlas de salas de oralidad y hacer algunos cambios en distintos artículos, como por ejemplo: eliminar las notificaciones personales, obligar a los abogados a realizar sus peticiones en la audiencia oral y responsabilizar al juez de la audiencia.

Se vendió la idea de que el juicio oral dentro del sistema judicial mexicano, era novedoso, pero ya demostramos que esa afirmación es una falacia; tal procedimiento existió desde el derecho de los aztecas y más adelante en la época de la Colonia; además, también en los extintos juzgados de paz de principios de siglo, los juicios eran orales y a la fecha el desahogo de pruebas en el juicio ordinario civil, se lleva acabo de manera oral; así es que el juicio oral no tiene ninguna novedad, sólo la creación de las salas de oralidad, pero bien se pudieron materializar en el interior de cada juzgado, construir una sala pequeña con la tecnología indispensable para las grabaciones de audio y video, y con esto dotar a los juzgados de las herramientas para cumplir con su obligación de escuchar a las partes del juicio.

Los principios que hoy los jueces orales tanto pregonan y aplican como la oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, están contemplados en el CPC, por ejemplo: la oralidad en el desahogo de pruebas ya referida; la publicidad en los artículos 59, 299 y 387, según los cuales las audiencias serán públicas; la igualdad: en los artículos 279 y 398 fracción tercera; la contradicción: es la vista a que se refiere el artículo 69; continuidad y concentración están reguladas en las reglas de la audiencia que se refieren los artículos 298 y 398; la inmediación, se regula en los artículos 387 y 390.

Por tanto, dichos principios ya estaban contenidos en el ordenamiento procesal, lo que sucedió en la práctica, fue que los jueces del sistema escrito, con la excusa y pretexto del exceso de trabajo, no los aplicaban, tan es así que todo lo relacionado con el desahogo de las pruebas en la audiencia, se lo dejaron a los secretarios, quienes se hacían cargo de esa diligencia, para que el juez tuviera más tiempo y dedicarse sólo al dictado de las sentencias.

VI. Las reformas

Bases constitucionales

La reforma constitucional de Seguridad y Justicia publicada en el *DOF* del 18 de junio de 2008, a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 fracciones XXI y XXIII, 115 fracción VII y 123 fracción XIII del apartado B, para entrar en vigor sin exceder del plazo de ocho años posteriores, según el segundo transitorio, vino a modificar el sistema para la impartición de justicia penal imperante en ese tiempo, con predominio inquisitorial, basado en la culpabilidad del imputado, ahora con dichas reformas se pone en marcha el nuevo sistema acusatorio adversarial por el cual rige el principio de la presunción de inocencia del imputado.

La finalidad de tal transformación, fue el mejoramiento de las distintas instituciones que conforman el sistema de justicia penal, como el Sistema Nacional de Seguridad Pública, los Poderes Judiciales encargados de la procuración e impartición de justicia y lo referente a la reinserción social.

Además, dicha reforma constituye también la base general de los juicios orales en las distintas materias, pero se hace relevante el establecimiento del sistema acusatorio en nuestro país, por lo que cobró más importancia lo correspondiente a los juicios orales en materia penal, por lo cual se le dio mayor difusión.

VII. La reforma en materia penal en la Constitución

A partir del 18 de junio de 2016 entró en vigor el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial, con procesos más flexibles y transparentes y con alternativas de solución, con el objetivo de ahorro en costos y tiempos.

La idea principal del cambio fue transformar el sistema de justicia penal, pues hoy de manera explícita, todo acusado de algún delito se considera inocente hasta que se demuestre lo contrario, su detención está llena de formalidades respetándole sus derechos, ya no se inicia con una averiguación previa sino con una Carpeta de Investigación, la policía tiene un papel más activo en la investigación, el Ministerio Público asume la obligación de acreditar la culpabilidad y no el acusado su inocencia, la prisión se limita sólo a casos graves, como: 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.

El caso lo conoce un nuevo tipo de Juez llamado de Control, quien dicta un Auto de Vinculación a Proceso y después pasará con el Juez de Juicio Oral o Tribunal de Enjuiciamiento (formado por tres juzgadores), el cual dictará la sentencia, y el Juez de Ejecución se encargará de hacer cumplir las sanciones penales impuestas en la sentencia, situaciones, entre otras, que se desprenden de los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Carta Magna.

Esta reforma constitucional no sólo se refiere a la materia penal, sino también a los procesos mercantiles, civiles y familiares, en materia oral, que si bien no tuvieron tanta difusión como la penal, también son relevantes para el sistema de administración de justicia.

Al respecto en el artículo 16 de la Carta Magna se señala:

> Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

En el artículo 17, párrafos segundo, tercero, quinto y sexto se establece:

> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.
>
> Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales
>
> Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la

reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Por lo que, en ambos preceptos se hace referencia a los "procedimientos orales y a las reglas de la oralidad", lo que permite que en las leyes secundarias se legisle lo correspondiente a los juicios orales y sus principios, por ello se afirma que tales artículos son el fundamento para la implementación de los juicios orales en materia penal, civil, familiar y mercantil.

VIII. Las reformas locales

a) En materia penal

En materia penal, el 5 de marzo de 2014 se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales aplicable para la Ciudad de México, y con base en la "Declaratoria de Incorporación del Sistema Penal y Acusatorio"[16] tal código se incorporó al régimen jurídico penal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), instrumento jurídico que regulará la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales, por lo que se determinó que. para la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, se llevarían dos fases.

La primera: a partir de las cero horas del 16 de enero de 2015, para iniciar las funciones del Sistema Procesal Penal Acusatorio para los delitos culposos y aquellos que se persiguen por querella o acto equivalente de parte ofendida, así como los actos de investigación que requieran de autorización previa del Juez de Control, inherentes a esos delitos.

La segunda: iniciaría a las cero horas del 16 de junio de 2016, (fecha en la que se vencía el plazo de 8 años otorgados para la implementación de la reforma), para todos los demás delitos.

Es importante destacar que para cumplir con el Nuevo Sistema de Justicia Penal también se cambió la composición de los titulares de la función jurisdiccional, para quedar como sigue:

[16] La Declaratoria se publicó en la *Gaceta Oficial el Distrito Federal* de 20 de agosto de 2014.

a) Jueces de Control;
b) Tribunal de Enjuiciamiento;
c) Jueces de Ejecución de Sanciones Penales;
d) Tribunal de Alzada; y
e) Jueces de Control, Enjuiciamiento, Ejecución de Medidas Sancionatorias, así como Tribunal de Alzada, todos especializados en materia penal para adolescentes.[17]

Mediante Acuerdo 03-04/2015 del Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX), del 16 de enero de 2015, se autoriza la creación de los jueces en materia penal del Sistema Procesal Acusatorio, los jueces especializados en ejecución de sanciones, los jueces de justicia para adolescentes y los jueces de justicia para adolescentes especializados en ejecución de medidas sancionadoras. A la fecha se cuenta con los siguientes números de Juzgadores.

Jueces de control	Jueces de enjuiciamiento	Jueces de ejecución	Jueces de justicia para adolescentes	Jueces de medidas sancionatorias
102	12	18	9	3

b) En materia civil

En cumplimiento a la multicitada reforma constitucional, en la Ciudad de México, en la reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 10 de septiembre de 2009, se incorpora al CPC, el Título Décimo Séptimo del Juicio Oral Civil, que va de los artículos 969 al 1018, cuya finalidad fue para la solución pronta y expedita de los conflictos.

De acuerdo con el segundo transitorio, la reforma entraría en vigor a los trescientos sesenta y cinco días siguientes a su publicación, o sea el 10 de septiembre de 2010; sin embargo, el TSJCDMX no estaba preparado para el establecimiento, pues no tenía jueces ni personal capacitado, ni mucho menos las instalaciones ni la tecnología adecuada, por lo que fue necesario aplazar

[17] Véase la *Gaceta Oficial del Distrito Federal,* del 11 de junio de 2015. Aviso de publicación de Acuerdo 65-54/2014, del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

la entrada en vigor de dicha reforma, ahora para el 10 de marzo de 2011. Ante esa misma problemática, de nueva cuenta se retarda la entrada en vigor de la reforma en cuestión para el 27 de enero de 2012, pero todavía no se contaba con la preparación de los jueces, ni del personal del juzgado, ni tampoco se tenía infraestructura suficiente para las salas de oralidad, por lo que otra vez se difiere la puesta en vigor de estos cambios hasta el 1° de enero de 2013.

Con la implementación de los juicios orales, en el TSJCDMX, se fijaron como objetivos: contribuir al logro de la paz social, a través de un sistema de administración e impartición de justicia pronta, expedita, gratuita, completa, imparcial, transparente y confiable, que garantice el Estado de derecho, mediante la resolución de conflictos civiles, por medio de la sustanciación de juicios orales, en aquellas contiendas cuya suerte principal sea inferior a la establecida en el artículo 969, del CPC. A la fecha esa cuantía es de 633,075.88 pesos mexicanos.

Las razones por las cuales se crearon tales juzgados las encontramos en el Manual de Organización de los Juzgados Orales en Materia Civil de mayo de 2011, al tenor siguiente:

> El nuevo juicio oral en materia civil ofrece un cambio sustancial en cuanto a la forma como se desarrolla el proceso civil actualmente, por lo que es necesaria la creación de órganos jurisdiccionales con un modelo de gestión judicial diferente al que existe en estos momentos, lo que implica la preparación de servidores públicos con nuevas capacidades y habilidades que les permitan resolver en forma oral y presencial, los asuntos que se someten a su consideración; además de la organización, recursos materiales y tecnológicos que permitan alcanzar los objetivos de la reforma, en un proceso judicial diferente.[18]

[18] Este manual se modificó en abril de 2015 en donde se estableció: "*Misión*: Impartir Justicia pronta, expedita, gratuita, completa, imparcial, transparente, confiable y segura a los justiciables a través de la resolución de asuntos del orden civil, mediante la incorporación del nuevo modelo de juicio oral y los sistemas de gestión modernos, contribuyendo con ello a garantizar la paz social y la prevalencia del estado de derecho. *Visión:* Generar en los usuarios confianza y seguridad, al garantizarles el acceso efectivo a una correcta, pronta y expedita administración de justicia a través de la resolución de juicios orales transparentes, sencillos, ágiles y cortos, para lograr el reconocimiento social como órgano jurisdiccional probo y respetuoso de la ley y de los principios que rigen su actuación. *Valores:* Confianza, Probidad, Transparencia, Excelencia, Imparcialidad, Responsabilidad, Seguridad y Compromiso Social". En *www.poderjudicialcdmx.gob.mx/otros/descarga.php?arv=121/fr1/2016-T02/MO.*

Las actividades de los primeros 8 juzgados orales civiles se iniciaron el 7 de enero de 2013, en la actualidad están en funciones 20 juzgados orales civiles.

Competencia:

De acuerdo con el artículo 71 Bis, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (LOTSJ):

> Los Jueces de lo Civil de Proceso Oral conocerán:
>
> I. De los juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás derechos reales cuyo valor de la cosa sea inferior a la cantidad que el artículo 691 del Código de Procedimientos Civiles establece para que un juicio sea apelable, cantidad que se actualizará en términos del artículo 50, fracción II de esta Ley;
>
> III. De los negocios de jurisdicción concurrente, en los casos a que se refiere el artículo 1390 Bis del Código de Comercio;
>
> IV. De los medios preparatorios a juicio y de las providencias precautorias relacionados con los juicios que son de su competencia, en términos de las fracciones anteriores; y
>
> V. De los asuntos de jurisdicción voluntaria, así como de la diligenciación de exhortos, rogatorias, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con los juicios orales en materia civil y mercantil.

En relación con la cuantía, a la fecha conocen de hasta 633,075.88 pesos mexicanos, cantidad que se actualiza en forma anual con base al Índice Nacional de Precios al Consumidor, en términos del artículo 691 del CPC.

Por virtud de la jurisdicción concurrente prevista en el artículo 104 de la Constitución, también conocen de materia mercantil, con base en la cuantía citada, asimismo son competentes para resolver sobre los Medios Preparatorios a Juicio y Providencias Precautorias, la Diligenciación de Exhortos, Rogatorias y Despachos relacionados con los Juicios Orales en materia Mercantil, (en cumplimiento al Acuerdo Volante V-08/2018 expedido por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México de 19/enero/18.).

En consecuencia, estos juzgados orales civiles conocen del Juicio Oral Mercantil, regulado en los artículos del 1390-Bis al 1390.Bis-50 del Código de Comercio. Es importante resaltar que no conocen del Juicio Ejecutivo Mer-

cantil Oral previsto en los artículos del 1390-Ter al 1390-Ter-15, de dicho ordenamiento legal, debido a que la cuantía para la procedencia de este juicio es igual o superior a los 633,075.88 pesos mexicanos, citados y hasta 650.000.00 pesos mexicanos.[19]

c) En materia familiar

El procedimiento oral en materia familiar se creó por reforma al Código de Procedimientos Civiles, del 9 de junio de 2014, publicada en la *Gaceta Oficial del D.F.*, dicho procedimiento está previsto en los artículos del 1033 al 1080.

Los primeros seis Juzgados de Proceso Oral en materia Familiar se designaron por Acuerdo General 33-29/2014 de 9 de junio de 2014, con posterioridad se crearon cuatro juzgados más, e iniciaron sus labores hasta el 1° de junio de 2015, por lo que a la fecha existen 10 juzgados de proceso oral en materia familiar.

*Competencia***:**

Estos juzgados, en la actualidad, en cumplimiento al Acuerdo 34-21/2018 del Consejo de la Judicatura, publicado en el Boletín Judicial No. 92 del 28 de mayo de 2018,[20] conocen de las controversias relacionadas con:

Nulidad de matrimonio.

Filiación.

Interdicción contenciosa.

Pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social.

Adopción nacional.

Adopción por extranjeros.

Suspensión, pérdida, limitación, terminación, reconocimiento (ambos padres mueren), otorgamiento, recuperación, preferencia en el ejercicio y excusa de la patria potestad.

[19] Véase decreto publicado en el *DOF* de 28 de marzo de 2018.

[20] Nota. No se escribe la competencia de los juzgados de proceso oral en materia familiar a que se refiere el artículo 1019 del CPC., debido a que su competencia se ha determinado en base a Acuerdos del Consejo de la Judicatura, porque no se ha reformado la Ley Orgánica del TSJ.

Nulidad de actas.

Constitución de patrimonio familiar voluntario y forzoso.

Extinción de patrimonio familiar.

Disminución o aumento de patrimonio de familia.

Modificación de régimen patrimonial.

Liquidación de sociedad conyugal contenciosa y no contenciosa.

Nulidad de declaración de estado de interdicción y/o cesación de interdicción.

Divorcio incausado solicitado por ambas partes.

Dependencia económica.

Autorización para salida de menores del país.

Acreditación de concubinato.

d) En materia mercantil

Los juicios orales en materia mercantil se crearon por reforma del 27 de enero de 2011, *DOF*, y entraron en vigor en enero de 2012.

En la Ciudad de México, por virtud de la competencia concurrente citada, los jueces civiles conocen de la materia mercantil, y se tienen distintos jueces competentes en la misma, con base a la cuantía.

Los jueces de cuantía menor en materia civil, conocen de los juicios ejecutivos mercantiles cuando se reclama una suerte principal inferior a la cantidad de 633,075.88 pesos mexicanos, con base en los artículos 1339 y 1340 del Código de Comercio, para que un juicio sea apelable, sin tomar en cuenta intereses ni demás accesorios.

En cumplimiento al Acuerdo Volante V-08/2018 (19 de enero de 2018 citado), los jueces en materia civil de primera instancia, además de la materia civil, también son competentes para conocer del juicio ejecutivo mercantil oral cuya suerte principal sea igual o superior a la cantidad de 633,075.88 pesos mexicanos y hasta 4,000,000.00 pesos mexicanos, también en apoyo a los artículos 1339, 1340 y 1390 Ter-1 del Código de Comercio, pero, sólo los siguientes seis juzgados en materia civil conocen de dichos asuntos:

Juzgado Cuadragésimo Tercero,

Juzgado Cuadragésimo Octavo,

Juzgado Quincuagésimo,
Juzgado Quincuagésimo Tercero,
Juzgado Quincuagésimo Sexto,
Juzgado Quincuagésimo Noveno.

Los juicios ejecutivos mercantiles en los que se reclame una suerte principal superior a 4,000,000.00 pesos mexicanos, se conocerán por los otros juzgados civiles, que no están en dicha lista.

Esta determinación rompe con el esquema de los 20 jueces orales civiles citados, ya que los seis juzgadores también mencionados, conocerán de materia oral, respecto del juicio ejecutivo mercantil oral, lo que demuestra que el TSJ no se encuentra preparado para realizar los cambios en materia de oralidad, debido a que no tiene la infraestructura ni personal capacitado para tal efecto.

IX. La problemática de la implementación

El establecimiento de la reforma, no sólo implicó la modificación de los códigos, sino también contar con la infraestructura, como: espacios adecuados para las salas de oralidad, equipo tecnológico para la grabación en audio y video de las audiencias, la capacitad del personal y, lo más complicado, es el cambio de fondo en la mentalidad de los actores procesales como: el ministerio público, las policías, los jueces, abogados y peritos, quienes requieren de una mejor preparación en los distintos ámbitos de su competencia, por ejemplo: el representante social, los juzgadores y litigantes requerirán de mayores conocimientos en argumentación jurídica y expresión oral, para que puedan verter con claridad y precisión sus argumentos o razonamientos jurídicos al momento de exponer su motivación en el juicio, los policías de investigación ahora necesitan de más elementos para llevar a cabo la investigación del delito y la recopilación de evidencias.

Por otra parte, será necesario que las universidades modifiquen sus planes y programas de estudio para preparar a los nuevos licenciados en derecho en los juicios orales, ya que la tendencia es que dentro de diez años todos los conflictos se resuelvan por la vía de la oralidad, ante lo cual se requiere proporcionar a los abogados postulantes las herramientas necesarias e indispensables para su óptimo desempeño ante los jueces orales.

X. Ventajas del juicio oral

El principio de publicidad adquiere una relevancia capital en los juicios orales, ya que inhibe la corrupción. Por el hecho de que los actos procesales se lleven a cabo en presencia de las partes y del público, se elimina la opacidad con la que actuaba el juzgador. La publicidad permite la transparencia de las actuaciones, nada queda en el secreto, por tanto, favorece la impartición de justicia.

El juez tiene contacto directo con las partes, y ante ellas dicta sus resoluciones, lo que permite la transparencia judicial, en aras de un mayor control de la actividad jurisdiccional.

La publicidad también ejerce un control sobre los jueces, porque ahora su actividad es conocida por la opinión pública, por tanto, el juzgador al estar expuesto al escrutinio de la ciudadanía, tiene más cuidado en apegarse al derecho, en el dictado de sus sentencias.

Con el nuevo sistema, el propio juez es quien invita a las partes a conciliar y llegar a un convenio y por esta simple actitud puede lograr la terminación del procedimiento.

Ahora sí se va a cumplir con el principio de inmediatez, referente al contacto directo del juez con las partes, testigos y peritos.

Al grabarse las audiencias, se desahogan con mayor fluidez, lo que ayuda a eliminar lo voluminoso del expediente, ya que muchas de las peticiones de las partes se tendrán que hacer en forma oral en la audiencia.

XI. Desventajas del juicio oral

Los jueces deben tener una memoria privilegiada para retener los acontecimientos de la audiencia, como las declaraciones de las partes o de los testigos y conclusiones de los peritos; también, dominar los artículos de los códigos en la materia que resuelvan, para que de esa manera puedan desenvolverse con soltura en la audiencia y así preparar la motivación y fundamentación de sus resoluciones y sobre todo, al dictar y explicar la sentencia. Situación que no acontece en el juicio escrito, pues el juez tiene tiempo suficiente para analizar las constancias de autos y dictar sentencia.

El aburrimiento en el desahogo de las pruebas se hace patente, pues las audiencias pueden prolongarse por varias horas, lo que implica cansancio y fastidio, aunado a que habrá abogados que por su falta de preparación exasperen al juzgador, al no haber preparado la diligencia en cuestión o que por su ineptitud no se desempeñen debidamente en la audiencia.

Los jueces, antes de presentarse a la audiencia, tendrán que conocer las pretensiones de las partes, expuestas tanto en la demanda como en la contestación, lo que implica mayor tiempo en estudiar el asunto.

No se puede desestimar lo escrito. Trabajar sobre el expediente judicial plasmado en papel es de suma importancia, ya que al tener las constancias procesales de manera física, facilita a los jueces revisores (Sala), verificar el contenido del desahogo de las pruebas, la motivación y fundamentación empleada por el juez natural, por tanto, lo escrito es una forma de control de las garantías constitucionales de seguridad jurídica y legalidad a que se refieren los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, que si bien están contenidas en las videograbaciones del juicio oral, son más fáciles de verificar al estar en escrito.

XII. Conclusiones

Los juicios orales se establecieron con la idea de solucionar los problemas de la impunidad, corrupción y sobrecarga de trabajo en los juzgados de las distintas materias: penal, civil, mercantil y familiar; sin embargo, a la fecha, en la sociedad no se percibe ninguna mejoría al respecto.

El hecho de que las reformas citadas hagan referencia a los juicios orales, no implica que todas las actuaciones procesales se lleven por la vía oral. El procedimiento siempre requiere de lo escrito, como la carpeta de investigación en materia penal, la demanda y la contestación en las otras materias. La propia sentencia, nunca se podrá sustituir con la palabra hablada, por tanto, la denominación juicio oral, es incorrecta, la realidad es que es un juicio mixto o dual: escrito y oral.

El juicio oral vino a eliminar muchos formalismos del juicio escrito con la idea de hacer más expedita la impartición de justicia.

Se requiere de una profunda transformación en la idiosincrasia de los ciudadanos para que recurran a los distintos mecanismos alternativos para la solución de los conflictos.

Es importante dedicar más recursos materiales y económicos para la capacitación y profesionalización de los operadores jurídicos del nuevo sistema de justicia oral.

El proceso de la implementación de los juicios orales ha sido paulatino, tiene deficiencias, pero existe la voluntad de los tribunales para hacer más pronta y expedita la solución de los conflictos.

Es patente la deficiente capacitación de los operadores jurídicos como son: los elementos policiacos, tanto preventivos como de investigación, los peritos, los agentes del Ministerio Público, los jueces y abogados, quienes necesitan de una mejor y mayor capacitación y preparación para lograr la eficiencia de los juicios orales en cualquier materia.

En materia penal, se debe eliminar la percepción negativa que tiene la sociedad de que los juicios orales favorecen a los delincuentes, para lo cual con base en una mejor preparación de los operadores del nuevo sistema podrán integrar las carpetas de investigación para que el juez de control decrete la detención del probable responsable.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Carbonell, Miguel. *Introducción a los juicios orales en materia penal*. México, UNAM, 2015.

Cárdenas Gutiérrez, Salvador. "Los juicios orales en el México del siglo XIX". En *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*. México, SCJN, 2010.

Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. México, Pedagógica Iberoamericana, 1995.

Couture, Eduardo. *Vocabulario jurídico*. Argentina, Depalma, 1991.

De la Fuente Rodríguez, Jesús y A. Fabián Mondragón Pedrero. *Los juicios orales mercantiles*. México, Porrúa, 2015.

Dublan, Manuel y José María Lozano. *Legislación mexicana, colección completa de las obras legislativas, expedidas desde la independencia*. México, Imprenta del Comercio de E. Dublan y Comp. 1882, 1886.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 2009.

Gómez Lara, Cipriano. *Derecho procesal civil*. México, Trillas, 1990.

López Betancourt, Eduardo y Elías Polanco Braga. *Juicios orales en materia Civil*. México, Iure, 2011.

López Betancourt, Eduardo y Roberto Fonseca Luján. *Juicios orales en materia familiar*. México, Iure, 2014.

Kohler, Josef. *El derecho de los aztecas*. México, TSJDF, 2003.

Uribarri Carpintero, Gonzalo. *La oralidad en el siglo XX, en estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México.* México, SCJN, 2010.

Legislación

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México.

Código de Comercio.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Diario Oficial de la Federación.

La cuestión indígena, su paso por la revista *Alegatos* en el contexto neoliberal

Carlos Humberto Durand Alcántara*

Resumen:

Advertir la importancia desde la Universidad pública a cerca de la expresión que han guardado sus medios de difusión escrita, los que han reflejado el trabajo intelectual primigeniamente de sus investigadores, así como de diversos interlocutores comprometidos con las ciencias sociales y las humanidades, ha constituido un reto, y ha sido tarea compleja en el trayecto de la revista *Alegatos,* la que ha logrado formular durante más de tres décadas una visión interdisciplinaria, analítica y crítica a cerca no sólo de la problemática jurídica, sino de diversos tópicos de índole socioeconómico, político, e incluso filosófico y cultural.

Abstract:

Note the importance from the Public University to the expression that they have saved their written media, which have reflected the intellectual work of their researchers, as well as various interlocutors committed to the social sciences and humanities, has been a challenge , and it has been a complex task in the trajectory of the journal Alegatos which has been able to formulate, for more than three decades, an interdisciplinary, analytical and critical vision not only of the legal problematic, but of various topics of socio-economic, political and social indoles. and even philosophical and cultural.

Sumario: I. Marco de referencia / II. Del texto de *Alegatos* y su seriación relativa a los pueblos indígenas, algunos avatares en el neoliberalismo / III. Un acercamiento desde la UAM Azcapotzalco / IV. Breve antecedente de una guía endógena sobre los pueblos indígenas / V. Algún referente teórico y de hechos en proyección de la cuestión indígena en el neoliberalismo / VI. Inconclusiones / Fuentes de consulta

* Dr. en Antropología, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho y Coordinador de la Maestría en Derecho UAM-A, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Desde las sabias lecciones neozapatistas recientes, trataremos de pensar e impulsar las tareas derivadas de la labor constructiva y reconstructiva de los nuevos mundos no capitalistas, ni clasistas, ni prehistóricos* [...] *nuestra resistencia y nuestra rebeldía, junto a nuestra lucha por la construcción de nuestra propia libertad y autonomía.

Colectivo Contrahistorias.[1]

I. Marco de referencia

Para la elaboración de este trabajo sitúo *tres cortes* que inciden en su conformación. Por un lado, el de carácter *temático*, en cuyo caso expresa el interés por el estudio de la cuestión étnica en México, y dentro de ello, un énfasis especial en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuyo espacio se analiza específicamente desde la UAM-Azcapotzalco, a partir de la lógica del discurso que ha operado en la revista *Alegatos,* en el marco de más de tres décadas de su existencia y del arribo del ejemplar número 100, aspecto significativo, si acaso cualificamos las dificultades que guardan los medios impresos y su expresión, fundamentalmente cuando radica, en cierta medida, la crítica al *establishment*.

El segundo, es el corte *epistemológico*, y se funda en un breve balance del historicismo clásico a partir de la crítica de la Historia de Occidente, como un eurocentrismo y con algunos trazos de crítica al estructuralismo, aspecto que evidentemente habría extraviado durante siglos la visión heterogénea del mundo, y en lo que compete a este ensayo, la concomitante reivindicación de los pueblos indígenas como un discurso que proviene de los dominados, explotados y no hegemónicos (evidentemente negados en su condición humana por Occidente) y que se funda en las mejores tradiciones de una nueva eticidad intelectual, primigeniamente aquella que corresponde a los pueblos indígenas, al igual que en algunos casos incumben a académicos y activistas europeos, asiáticos, africanos y latinoamericanos, algunos de ellos procedentes del marxismo.

[1] Colectivo Contrahistorias, "Presentación", *Revista Contrahistorias, pensamiento crítico y contracultura,* núm. 27, marzo–agosto de 2017, p. 5

Ésta "otra visión epistemológica", se ha entendido como, la corriente poscolonial y en otro ángulo, como una filosofía o epistemología vista "desde el Sur".[2] En esta prospectiva se coloca, también, el estudio de la historiografía crítica,[3] como las "muchas historias", múltiples, complejas y diverso culturales de los pueblos indígenas, planteamiento que cuestiona de alguna manera los universalismos (y/o en su caso, desde el postcolonialismo, la posible búsqueda de "auténticos universalismos"), aspecto que se ubica más allá de la hegemonía de los centros de poder mundial (G-7).

Y el último corte, que si bien se inserta al de carácter *espacial–temporal* y que corresponde al específicamente *personal* y que se expresa como nuestra inserción —así en plural— de un grupo de profesores–investigadores, que le han dado vida y sustento a los derechos de los pueblos indígenas como una línea de trabajo, análisis, conocimiento e investigación particular y necesaria.

Idea que, desde luego, se tersa de manera indisoluble en el marco del papel, entre otros, que ha desempeñado la revista *Alegatos* y cuya periodización, relativa a los pueblos en mención, se inició en 1988[4] y ha permanecido hasta nuestros días.

Al tiempo que la idea de la *espacialidad* en este estudio compete, por un lado, al texto escrito en *Alegatos*, también corresponde al contexto más amplio en que se expresa y enmarca el argumento escrito (*Alegatos*).

Si bien, en el manejo categorial relativo a texto y contexto, se parte evidentemente de una visión de la hermenéutica (para un servidor metodológicamente la que corresponde a la literatura crítica), es importante ubicar un elemento significante que en nuestro caso adoptamos en el marco de este estudio y que se delinea a partir de la idea más general en el marco de la hermenéutica contemporánea, partiendo de una visión dialéctica, y en cuyo caso, el contexto de interpretación de los textos, por nuestra parte el que concierne a *Alegatos,* se enmarca bajo una idea de contexto, comprendido como el de una formación social concreta, como lo es, en la actual coyuntura, la del capitalismo neoliberal.

[2] Boaventura de Souza Santos, *Una epistemología del Sur*, Buenos Aires, Argentina, CLACSO/Siglo XXI. 3a reimpresión, 2012.

[3] Silvia Pappe, *Historiografía crítica, una reflexión teórica*, UAM A, 2001.

[4] Considero que la primera entrega y publicación, correspondió al trabajo del Dr. Eduardo Larrañaga Salazar que se publicó, en el número 8, de *Alegatos*, en el primer cuatrimestre (enero–abril) de 1988, intitulando: "Nación, identidad y diferencia (Apuntes sobre el tema)".

Es decir, el actual paradigma sociopolítico y económico, captado como una nueva fase y preeminencia del capital financiero, sobre la vida de millones de trabajadores y sus familias (dentro de ellos los indígenas), intensificando problemas fundamentales que tienen que ver con la acumulación y enriquecimiento de un grupo cada vez más reducido de oligopolios.[5]

II. Del texto de Alegatos y su seriación relativa a los pueblos indígenas, algunos avatares en el neoliberalismo

A casi siete lustros de entregas ininterrumpidas, y que llegarán a cien en este periodo, el tránsito editorial de la revista *Alegatos* se sitúa en un contexto convulso, por lo que hace a una de las temáticas desarrolladas, en nuestro caso, la relación de los pueblos indígenas y la hegemonía reinante, correspondiendo a la actual coyuntura, la expresión más intensa de las contradicciones de toda índole entre los sujetos subalternos,[6] y el poder omnímodo de referencia.

Más allá de la "guerra permanente"[7] en la que los ha colocado la reproducción ampliada del capital, advierto en los pueblos originarios del mundo,

[5] Adolfo Gilly, *Los vectores del orden neoliberal: flexibilización, desregulación, despojo, atomización,* Quito, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005,

[6] El término se refiere al perfil gramsciano que le dotó en su momento a diversos núcleos de la sociedad los cuales se encuentran desplazados, dominados, oprimidos y explotados innovando el sentido laxo que de alguna forma permaneció en el campo de las Ciencias Sociales y las Humanidades relativo a la clase social, concepto —subalterno— que utilizó Antonio Gramsci para referirse a condiciones de oprobio que corresponden a determinados núcleos que están incorporados en cierta casta, género, edad e inclusive clase social y que permean circunstancias de expoliación y dominación, lo cual permitió advertir con mayor nitidez a diversos sujetos sociales que son marginados.

Adecuación que vindico, ya que en nuestra idea esta categoría de conocimiento perfila debidamente los significados que guardan los pueblos indígenas del mundo contemporáneo. *Cfr.* Antonio Gramsci, "Note sulla storia d' Italia". En *Cuadernos de la cárcel,* México, Era, 1999. También en esta tesitura resultan interesantes en las postrimerías de la Escuela de Frankfurt ciertos postulados realizados por Herbert Marcuse, que introdujo en la categoría de marginados la existencia de diversos núcleos explotados, oprimidos, negados, etcétera, que develaban de alguna manera otro sentido, una adecuación para comprender a los explotados en el capitalismo, más allá de la visión clásica de clases sociales dominadas. *Cfr.* Del autor: *Revolución y revuelta*, Ciudad de México, Joaquín Mortiz, 1975.

[7] "La guerra más larga de la historia universal ha sido la guerra contra los pueblos indígenas. Hasta este momento, nuestro puesto en la civilización lo han decidido las naciones llamadas industrializadas, 'modernas', y se nos ha etiquetado de acuerdo con sus valores que han colocado a la población indígena en el último lugar de la familia humana. Hoy las Naciones Unidas inicia la tarea de conocernos, no por la historia distorsionada del colonizador, sino escuchando directamente

a sujetos sociales con quienes la sociedad y el Estado neoliberal guardan una gran deuda histórica en lo que compete a sus derechos, a sus territorios y bienes naturales, y al debido reconocimiento de sus vindicaciones como sujetos de su propia historia.

Este contexto, denominado por algunos como postmodernización, y para ciertos politólogos y economistas, así como en diversas disciplinas sociales y las humanidades, como neoliberalismo, globalización y mundialización,[8] este es un paradigma plasmado en la privatización a ultranza,[9] que se ha caracterizado por constituir la coyuntura de mayor conflicto para los indígenas, y cuyo epicentro radica en el problema del despojo, saqueo de sus territorios y bienes naturales.[10]

> La recopilación de realidades […] revela que los pueblos indígenas se enfrentan a los niveles más altos registrados de criminalización y violencia. Una y otra vez, los análisis locales ilustran que los derechos colectivos de los pueblos indígenas a tierras, territorios y recursos permanecen en el centro de conflictos sociales y ambientales, actualmente en ascenso a nivel mundial. Mientras el mundo se mueve velozmente en sus ansias de explorar y explotar nuevos territorios para satisfacer las crecientes necesidades de consumo, los pueblos indígenas se encuentran prácticamente desamparados en la primera línea de batalla defendiendo sus tierras […] los pueblos indígenas han enfatizado repetidamente que, para ellos, la tierra no es sólo un

nuestras voces […]". Intervención del Jefe Lakota William Means, en la ONU, quien fungía en la década de los noventa como Presidente del Consejo Internacional de Tratados Indios (América del Norte). En: Alexander Ewen, *La voz de los pueblos indígenas,* Barcelona, España, PLENUM/Madre Tierra, 1995, p. 53.

8 Para advertir el carácter de este paradigma *Cfr.*, Assem Prakash, *et al., Coping with Globalization*, Londres, Routledege, 2000. Appaduri A. *Globalization,* Duke University. Press, Durham- Londres. Bauman Zigmunt, *La Globalización. Consecuencias humanas,* 8ª, reimpresión, México, Ed. FCE, 2015.

9 Carlos Marx habría insistido que la existencia misma de la propiedad privada constituye en sí misma la propia conculcación de los derechos –burgueses–humanos, dígase el caso específico, aquel que corresponde a la propiedad. De ahí que en la actual coyuntura se pueda delimitar como "normal" el oprobio que significa aplicarle a los pueblos indígenas criterios de ocupación, y expropiación de sus bienes agrarios, todo ello a nombre de la supuesta "función social que cumple el Estado neoliberal". *Cf.* Carlos Marx, *La sagrada familia*, (trad.), W. Roces, México, Ed. Grijalbo, 1958, pp. 101 y 102.

10 Con el objeto de situar los márgenes de desenvolvimiento y proyección histórica y antecedentes del modelo neoliberal específicamente en nuestro entorno latinoamericano, resulta interesante la lectura de Jan Knippers Black, *Latin America Its Problems and Its Promise,* USA, Westview Press, 1998.

recurso económico sino un elemento vital para su supervivencia como pueblos. Los pueblos indígenas constituyen uno de los grupos marginados más expuestos a violencia y represión por hacer valer sus derechos. Las crecientes tensiones entre Estados y pueblos indígenas están llegando a un punto de inflexión y *El Mundo Indígena 2018,* aporta a los registros documentados que resaltan el aumento de ataques y asesinatos de personas indígenas al defender sus tierras.[11]

III. Un acercamiento desde la UAM Azcapotzalco

Punto de unción en la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, lo ha constituido, al paso de más de tres décadas, la visión que diversos académicos han guardado acerca de los pueblos indígenas, respecto de sus derechos, contradicciones, identidades culturales y de sus luchas,[12] valga precisar que con algunos de ellos además de congregar una visión que nos vinculó y relacionó, tanto en el campo de la academia, como en el del compromiso social, dio pauta a la incorporación de diversos ensayos en relación con la cuestión indígena, que a lo largo de estos años ha publicado *Alegatos*, y no sólo ello, sino que también con ciertos profesores, se dio paso a diferentes eslabones de pesquisa, como lo ha sido nuestra pertenencia a diversas redes.[13]

Esto no obsta en considerar importantes contribuciones que para la Revista (e incluso textos editados tanto por la UAM A, como con otras editoriales,

[11] Pamela Jacquelin-Andersen (comp.), IWGIA. Grupo de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas. *El mundo Indígena 2018,* Copenhague, Dinamarca, 2018, pp. 8-10.

[12] En este tenor recordamos a los colegas, Jorge Fernández Souza, Lucio Leyva Contreras, (Ł), Eduardo Larrañaga Salazar, Antonio Arguelles Pimentel, Alicia Torres Ramírez, Marcela Suarez Escobar, Jesús Trapaga Reyes (Ł), Herón Raymundo García, Fernando Tenorio Tagle, Agustín Pérez Carrillo (Ł), Ramiro Bautista Rosas, Javier Huerta Jurado, Octavio Loyzága de la Cueva, Patrick Staenlens Guillot, Ezequiel Maldonado López, David Chacón Hernández, María de Jesús Rodríguez Guerrero, Cruz Velázquez Galindo, Isaac González Ruiz, Marcos Daniel Silva Maldonado, Armando Sánchez Albarrán, y Francis Mestries Benquet.

[13] Al respecto encontramos: Red Internacional en Pobreza, Marginación, Desarrollo Rural, y Desarrollo Regional, como parte de las Redes Temáticas de Colaboración del programa PROMEP–SEP, conjuntamente con las Universidades de Chapingo, UNAM, Universidad de los Andes y el Cuerpo Académico en Sociología Rural de la UAM-A. Red Internacional e Iberoamericana de Investigación denominada Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos, en vínculo con 33 universidades de Iberoamérica. Sede Granada España. Red en Pobreza incidiendo, a través

relativos al tema en estudio),[14] han realizado estudiosos de la cuestión étnica, de diversas instituciones, tanto a nivel nacional, como internacional, dentro de los que se encuentran, Gilberto López y Rivas, Miguel Ángel Sámano Rentería, Alfredo Castellanos Suárez, Tahis Colaco, Armando Bartra, Julio Moguel, Héctor Díaz Polanco, Luis Villoro, Luis Javier Garrido, Francisco López y Gerardo Gómez, entre otros. Valga señalar que expresión de algunas de estas aportaciones lo constituyó el número monográfico de *Alegatos* que sobre pueblos indígenas coordinó el extinto profesor Lucio Leyva Contreras, que correspondió al número 36 y que fue publicado en el tercer cuatrimestre de 1997, delimitando que fue considerada la edición de este ejemplar de *Alegatos* a partir del influjo que habría generado el alzamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994.

Valga precisar que en mi caso he dado cuenta a partir del número 19 de la revista *Alegatos*,[15] acerca del argumento en estudio, lo que con su debida intermitencia ha trascendido entre septiembre de 1991 y agosto de 2017, con diecinueve contribuciones sobre esta materia.

En la coyuntura reciente (2016-2018), uno de los aspectos que ha derivado desde la academia, en el tratamiento de los derechos indígenas, lo constituye la adopción de la Maestría en Derecho, la cual ha incorporado en sus áreas de conocimiento los derechos de los pueblos originarios.

del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, OEA, sede, San José de Costa Rica, con más de 50 organizaciones No Gubernamentales y Universidades de América Latina. Red de Investigación denominada Programa Interdisciplinario Políticas Públicas, Derechos Humanos y Territorio (PIPPDEHT) de la Universidad Autónoma Metropolitana, que integra la participación de las cinco Unidades o Campus de la UAM, sede UAM-Lerma. Y Red Interuniversitaria Educación Superior y Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en América Latina (RED ESIAL), sede Buenos Aires Argentina, que agrupa a más de 40 Universidades de América Latina.

14 Por mencionar algunos, encontramos: *Derecho Nacional, Derechos Indios, Derecho Consuetudinario Indio (Los Triquis de Oaxaca, un estudio de caso)*, Universidad Autónoma Chapingo/Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 1998. *Educación agrícola, pueblos indios y nueva ruralidad en los umbrales del siglo XXI*, UAM-Azcapotzalco, 2001. *El derecho al desarrollo social, una visión desde el multiculturalismo (El caso de los pueblos indígenas)*, 2008. *Los derechos de los pueblos indios y la cuestión agraria*. Porrúa. 2005. *Derecho indígena*, Porrúa, 2005. *La autonomía regional en el marco del desarrollo de los pueblos indios, estudio de caso la etnia náhuatl del estado de Oaxaca, Santa María Teopoxco*, Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 2009. *La Cuestión Agraria mexicana desde el derecho agrario y los pueblos indios (La tierra y lo sagrado),* UAM-A, 2015. *La costumbre jurídica India como sistema de derecho*, México, Ed. Plaza y Valdés, abril de 2000. *Justicia indígena y autodeterminación*, México, Ed. SEDATU/Procuraduría Agraria. 2016.

15 *Cfr.*, "Derechos Indios en México […] derechos pendientes […] hacia una reformulación de la legislación mexicana en materia de pueblos indios". *Alegatos,* núm. 19, 1991.

Otras actividades que nos vincularon en torno a la problemática señalada llevarían incluso a que un núcleo de académicos participáramos, a propuesta de los protagonistas, y en términos de la Ley de Concordia y Pacificación en el proceso de asesoría en los Diálogos de Paz entre el EZLN y el Gobierno mexicano, aspecto que, indudablemente, además de dar cumplimiento a los fines que corresponden a la Universidad pública, enriqueció notablemente nuestro acervo acerca de los pueblos originarios de México, y del nuevo escenario que se presentaba, en correspondencia con la posible asunción de sus derechos.

Desde mi óptica, el movimiento del EZLN constituye el más importante parteaguas en la historia reciente de México, no tan sólo como un proceso generador de conciencias, sino incluso como una nueva opción para el cambio social guiado, como ellos señalan, desde abajo y a la izquierda, y cuyos frutos permitieron transitar, de la desfiguración en su condición humana; siguiendo a Agamben, como seres "matables",[16] a Zygmunt Bauman[17] como "desechos líquidos", y para Marx,[18] como entes cosificados, para ser vindicados como seres humanos.

A partir de la influencia neozapatista, los indígenas, serían de alguna manera "visibles", en el nuevo escenario, tanto político como jurídico de México, con derecho a plantearse un tránsito hacia vivir una vida digna, aspecto que incluso ha trascendido fronteras y ha dado cauce a diversos entramados de un movimiento mundial, que hace eco de construir un mundo en que quepan muchos mundos, aspecto guiado en la diversidad cultural.

Más que un posible recuento cuantitativo del marco en que se han ubicado aquellas contribuciones que, en *Alegatos,* hicieron patente nuestra idea en torno a los pueblos indígenas (lo cual resultaría evidentemente limitado en un estudio con las presentes características), es de mi interés reflexionar en ciertos aspectos que dan cuenta del ámbito cualitativo respecto de la manera en que se han tornado con sus concomitantes oscilaciones, en ocasiones intensificadas y en otras relativamente atenuadas; las relaciones asimétricas de los pueblos mencionados frente a la hegemonía mundial y que ha colocado a las

[16] *Cf.* Agamben Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, España, Ed. Pre-Textos, 2003.

[17] Bauman Zygmunt, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, Barcelona España, Katz, editores. 2008.

[18] K. Marx, *El capital*, tomo I, México, Siglo XXI Editores, 1977.

poblaciones de referencia en la situación de la crisis actual (2018), el análisis se inscribe, de manera fundamental, en la circunstancia de México.

De manera que en este estudio se buscan establecer algunos de los parámetros en que se ha desenvuelto esta relación inicua, con especial énfasis a la coyuntura actual, además de establecer algunos de los fundamentos teóricos que, a nuestro parecer, en nuestros días dan un fiel significado a la comprensión de las culturas indígenas.

IV. Breve antecedente de una guía endógena sobre los pueblos indígenas

El tratamiento de la cuestión étnica guarda entramados complejos que pasaron desde vindicaciones populares de orden agrario, económicas, ambientales, y las más importantes las sociopolíticas, guiadas en su etapa más reciente por la reivindicación autonómica, la autodeterminación y el manejo territorial de sus bienes.

La expresión endógena más representativa que precedió en América Latina la vindicación actual de los derechos indígenas, se ubica en la concepción política y filosófica del *Amauta* José Carlos Mariátegui, quien desde el marxismo sustentó el pensar indígena a partir de advertir una América desde sus raíces, es decir, un mirar hacia dentro de nuestras propias entrañas […] la de los pueblos originarios, así fue como nos dotó en obras clásicas, como: *Peruanicemos al Perú*[19] y *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*,[20] en las que si bien subyace la ideología marxista de la época, de igual forma abre por primera vez el significado diverso cultural, con la alternancia de los propios protagonistas que se "construyen como sujetos sociales" diferenciados […] los indios.

Por otro lado, el movimiento indígena latinoamericano recuperó, la importante influencia que generó la ideología fundada en la lucha contra el colo-

[19] Esta obra, al igual que otros trabajos del pensamiento de Mariátegui, surgieron como resultado de la codificación y edición de diversos artículos que el autor publicó en las revistas *Mundial* y *Variedades* y en el diario limeño *El Tiempo* en el decurso de los años 1923–1930, investigación que fue realizada por su familia. *Cf.* José Carlos Mariátegui, *Peruanicemos al Perú,* Lima, Ed. Amauta. 1970, pp 5 y 6.

[20] Dentro de esta obra se ubica el apartado denominado: "El Problema del Indio", *Cfr.*, *Siete Ensayos de interpretación de la realidad peruana,* Lima Perú, Ed. Amauta, 1928.

nialismo, como así aconteció por ejemplo con el pensamiento descolonizador en África, (guardando relevancia la Revolución argelina) teniendo algunos de sus antecedentes en el pensamiento de Frantz Fanon y Patrice Lumumba.

De igual manera, multiplicidad de movimientos armados de orden marxista, en América, incorporaron en su emancipación a importantes sectores de los pueblos indígenas, y con ello algunas de sus vindicaciones sociales, como así aconteció con la URNG (Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca), el FSLN (Frente Sandinista de Liberación Nacional, de Nicaragua), el FFMLN (Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional) de El Salvador, las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y en México, la ACNR, (Asociación Cívico Nacional Revolucionaria) y el PDLP (Partido de los Pobres), entre otros.

Si bien no siempre las demandas indígenas configuraron parte de estos escenarios, en virtud de cierta visión política subyacente, como así sucedió, por ejemplo, con la lucha de Bandera Roja en Venezuela, y en cuyo perfil ideológico, cada una de estas luchas emancipadoras daba cuenta acerca del significado de la alianza obrero –campesino y de importantes núcleos indígenas que reivindicaban, entre otros aspectos, la reforma agraria latinoamericana.

Si bien, es innegable la importancia del marxismo en la comprensión de las vindicaciones sociales, que en el caso latinoamericano tuvo como concreción y avance significativo de los explotados, a la Revolución cubana, con lo cual si bien advertimos que no eran consistentes como tal las vindicaciones étnicas, por primera vez en los hechos América tenía el ejemplo de un proceso de cambio alternativo. A esta circunstancia habría que agregar la lucha por su emancipación del pueblo vietnamita, aspectos que aunados al avance de diversas movilizaciones dio paso a la experiencia más importante del mundo contemporáneo con el conjunto de luchas emancipadoras del movimiento de 1968, el que, incluso, tocó puertas en los centros capitalistas más importantes del planeta.

El pensamiento marxista ha contado con interpretaciones diversas, que van desde su visión clásica, marxista-leninista, y también construcciones "neomarxistas", que parten de los periodos de las guerras mundiales, y de la pérdida del rumbo original leninista, de la Revolución rusa, como ocurrió, entre otros, con el movimiento espartaquista representado en Alemania por Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht, en esta corriente de "neomarxistas"

encontramos a uno de los intelectuales más importantes que ha contribuido, hasta nuestros días, en el enriquecimiento —desde el marxismo— de la teoría social y política, Antonio Gramsci.

En coyuntura más reciente ubicamos a la denominada corriente crítica, también conocida en el medio intelectual como la Escuela Frankfurt, y que si bien tuvo diversas expresiones y momentos, algunos de sus representantes fueron, entre otros, Theodor W. Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, Oskar Negt o Hermann Schweppenhäuser, Erich Fromm, Albrecht Wellmer y Axel Honneth.[21]

La relación de intelectuales que han contribuido a complementar y en ocasiones a criticar (al marxismo ortodoxo) esta visión filosófica del mundo es amplia, y de ninguna manera habría que advertirla como un *continuum*, sino tanto como un debate en el marco de la lucha" ideológica" y, en ocasiones, con algunas alternancias que han dado paso a crear vertientes de expresión, como ocurre por ejemplo, con el Instituto Gramsci.

Algunas otras de estas corrientes, ajustadas por la crítica acerca de construir un marxismo comprometido y militante, acuñando las antiguas tesis (II) de Feuerbach, que vinculan a la teoría con la práctica, rompiendo con los meros cánones "academicistas y teóricos", como los han criticado autonomistas, por ejemplo la práctica-teórica de Jurguen Habermas.

En el caso mexicano, la obra de José Revueltas y la corriente espartaquista de los años sesenta del siglo XX, constituyen un elemento significativo en la búsqueda del marxismo cifrado en los oprimidos y explotados, con la vindicación de las comunidades indígenas,[22] como una visión ligada a la praxis.

Al tiempo que concibo que no sería factible situar el tema indígena, dejando de lado el análisis acerca de las aportaciones que el marxismo ha dotado en el devenir de los derechos indios y de su pervivencia, entiendo que dadas las complejidades inherentes y dada su importancia, será tarea de análisis más profundos.[23]

[21] Gandler Stefan, *Fragmentos de Frankfurth: ensayos sobre la teoría crítica,* México, Siglos XXI.

[22] José Revueltas, *Proyecto de un proletariado sin cabeza*, Ed. Liga Leninista Espartaco, 1962.

[23] Por citar tan sólo un ejemplo, vale la pena analizar en la coyuntura reciente las aportaciones que sobre este debate —marxista— postula entre otros, la corriente denominada *autonomista,* iniciada en los años sesenta del siglo XX en Italia con el movimiento de *Potere operario* y expresada en nuestros días como la conjunción de diversas redes de participación política neoleninista y libertaria a nivel internacional vinculada entre otros movimientos, al EZLN. *Cfr.* Patrick Cuninghame, "Negri

Sin dejar de paso esta influencia, encuentro que el devenir de la cuestión indígena en el contexto neoliberal ha pasado después de tres décadas, de la reivindicación de luchas pragmáticas determinadas por coyunturas concretas y vinculadas a movimientos de la izquierda revolucionaria latinoamericana, ha transitado a un planteamiento cualitativo diferenciado a partir que desde la teoría se ha planteado la crítica al estructuralismo, así como de la historia de Occidente, sustentada como una visión eurocéntrica, y en la que se disimulaba la existencia de las otras culturas, en nuestro caso, las no hegemónicas.

Al decir de Walter Benjamin: "La historia de los oprimidos es un *discontinuum* […]. El *continuum* de la historia es el de los opresores. Si la idea de un *continuum* aplana todas las cosas, poniéndolas a ras del suelo, la noción de *discontinuum* es el fundamento de la verdadera tradición".[24]

V. Algún referente teórico y de hechos en proyección de la cuestión indígena en el neoliberalismo

V.I El poscolonialismo, la visión desde el Sur,[25] y el pensamiento autonomista, como alternativa de cambio, en la prospección de los pueblos indígenas

La transformación cualitativa del posible devenir de los derechos de los pueblos indígenas se sitúa en el contexto mundial a partir de dos vertientes (sin que esto agote necesariamente en estas, el avizoramiento de una "nueva adecuación" en la estrategia política de dichos pueblos), la primera se instala en las contribuciones que inicialmente desarrolló un núcleo de intelectuales hindúes, dentro de los que se encuentran Shaid Amin, Dipesh Chakrabarty, Partha Chaatterjee, Veena Das, Ranajit Guha, Gyan Pandey Gyan Prakash

Antonio", en ¡*Nicht für immer¡ ¡No para siempre¡ Introducción al pensamiento crítico y la Teoría frankfurtiana,* vol. II, Ambra Polidore, *et al.*, Barcelona España, Ed. Gedisa. 2017, pp, 1331–1341.

24 Walter Benjamin Über den Begriff der Geschite, *Gesammelte Schriften, Bd I*, Suhrkamp, Frankfurt. 1979. (trad. al castellano). Walter Benjamin, *Sobre el concepto de Historia*. *Obras I*, Madrid, Abada, 2008, p. 84.

25 Se entiende por pistemología del Sur la búsqueda de conocimiento que otorguen visibilidad y credebilicen las prácticas cognitivas de las clase, de los pueblos y de los grupos sociales que han sido históricamente victimizados explotados, y oprimidos por el colonialismo y el capitalismo globales. El Sur es, pues, usado aquí como metáfora del sufrimiento humano sistemáticamente causado por el por el colonialismo y el capitalismo. *Cfr.* Boaventura de Souza Santos, *Una epistemología del Sur,* 3a reimpresión, CLACSO/Siglo XXI, 2012.

y de manera muy importante, Gayatry Chakravorty Spivak,[26] todos ellos académicos-investigadores de las ciencias sociales, de diversas universidades de la India, Australia y Estados Unidos, que crean a finales de los años setenta, en Londres, la revista *Subaltern Studies. Writings on South Asian* y cuya visión consistió en una crítica a la visión universalista-humanista de Occidente, que no concebía a la diversidad cultural de los dominados y cuyo planteamiento central se situaba en la reivindicación epistemológica de la otredad, como una visión endógena de los pueblos y culturas de los no hegemónicos. Indudablemente que en esta visión poscolonialista, de igual manera constituye un punto de inflexión básico el estudio de la obra desarrollada por Edward Said, militante y profesor, de origen árabe, dentro de cuyas obras la más importantes, en términos de ésta corriente filosófica, se encuentra *Orientalismo*.[27]

En relación con un breve acercamiento a la idea que guarda el poscolonialismo encontramos:

> La apuesta de la que trata la crítica postcolonial […] es por lo tanto una denuncia de las estructuras geopolíticamente diferenciadas del humanismo europeo (en su declinación de la ciudadanía, de los derechos, del individuo). Pero ello a partir de un horizonte hermenéutico que Éttiene Balibar ha denominado con acierto una aporética de lo universal: en otros términos, un horizonte que lejos de cancelar las conquistas del universalismo surgido de la modernidad europea las somete a una tensión constante, reconociendo en ellas al mismo tiempo su indeleble *historicidad y su ineludible indispensabilidad*.[28]

[26] Para la debida comprensión del tema en cuestión encontramos a nivel continental la compilación y traducción de Silvia Rivera Cusicanqui y Rossana Barragán que dan cuenta de algunos de los ensayos más importantes en la obra intitulada: *Debates poscoloniales una introducción a los estudios de la subalternidad,* Ed. Historias/Aruwiyiri–Taller de Historia Andina /SEPHIS, "South Exchange Programme for Research on the History of Development", La Paz, Bolivia, 1997. Y en un enfoque al que podríamos denominar más complejo es muy significativo el análisis que sobre el poscolonialismo realiza Emanuela Fornari, en su libro *Linee di confine*, Torino, Italia, Ed, Bollati Boringhieri, 2011 y cuya versión en castellano se editó recientemente bajo el título: *Líneas de frontera. Filosofía y postcolonialismo,* Barcelona, España, Gedisa, 2017.

[27] Said Edward, *Orientalismo (ensayo),* 2a ed., México, debolsillo, marzo de 2016, (Penguin Random grupo, Barcelona), 2002.

[28] Emanuela Fornari, *Líneas de frontera. Filosofía y poscolonialismo,* Barcelona España, Gedisa, 2017, p. 29.

Y la segunda vertiente cualitativa concierne a la adaptación de las reivindicaciones étnicas a partir del *pensamiento desde el Sur* en clara alusión a la ruptura frente al Occidente hegemónico y en el que han guardado raigambres muy importantes el pensamiento, entre otros, de Jaques Derrida, Michel Foucault, Edgar Morin, y Boaventura de Souza Santos, esta reflexión se enraíza en las culturas originarias y plantea otra epistemología e historiografía fundadas en una visión que opera desde la periferia de los pueblos oprimidos.

Estas dos vertientes, si bien no sintetizan otras expresiones y/o adaptaciones del movimiento indígena en la consecución de sus libertades y derechos colectivos y sociales,[29] sí contienen un mismo eje que se sitúa a partir de un posicionamiento indígena que determina su condición endógena como específicamente propia.

En esta ubicación podríamos considerar, entre otros, el pensamiento de Pablo González Casanova, quien ha contribuido enormemente en la comprensión del problema de la democracia inherente a los pueblos de América Latina y que al referirse a la diversidad cultural se ciñe a conceptos tales como el de colonialismo interno, quizás bajo una apreciación gramsciana, delimitando el carácter subalterno de los pueblos indígenas, que implica sometimiento, explotación, dominación; sin embargo al igual que otros intelectuales de México y el mundo, el movimiento surgido en Chiapas encabezado por el EZLN, "subyugó" el trabajo intelectual de éstos, como así ocurrió con el exrector de la UNAM, Pablo González. Por mencionar sólo una de las consideraciones en torno al neozapatismo encontramos que su prologuista, Marcos Roitman señala:

> Así, desde la insurrección del 1 de enero de 1994, el EZLN es concebido por Pablo González Casanova como la primera Revolución del siglo XXI. A partir de entonces no ha dejado de manifestar su apoyo, su capacidad de asombro y su aprendizaje. En sus textos destaca el tipo de discurso del EZLN, que no está dirigido sólo a ellos, ni a la sociedad mexicana, sino que se abre a un interlocutor múltiple convertido en actor potencial; al uso diferente de la pala-

[29] En esta tesitura consultar de José Bengoa. *La emergencia indígena en América Latina,* Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2007 y fundamentalmente, la colección de 16 ejemplares editados por la *Revista Chiapas*, publicados por el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM/Era. Que constituyen uno de los acervos más importantes a nivel iberoamericano en aquello que concierne al estudio de los pueblos indígenas y sus variadas expresiones teóricas.

> bra, la comunicación, la estética de dominar la forma y la capacidad persuasiva de quienes lo usan. Señala la belleza del lenguaje, razonando que viaja del cuento a la fábula, a la poesía, la prosa y el discurso científico. Para González Casanova, el EZLN ha sabido combinar el sentido común y la capacidad de juicio crítico, destacando su concepto del mandar obedeciendo, la responsabilidad ética, su dignidad. Igualmente, subraya el aporte realizado desde la organización. Los zapatistas son plurales, dice, no se ciñen a un solo camino, buscan diferentes vías y sin renunciar a ninguna eligen la más acertada. Es el verdadero proyecto de democracia incluyente y universal.[30]

En nuestro caso, en algunos de los trabajos publicados en *Alegatos* (en ocasiones en coautoría) he situado la importancia acerca de la visión desarrollada por el movimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), cuyo enfoque entrelaza las cosmovisiones indígenas con fundamentos deconstructivos, siguiendo en cierta medida a Jaques Derrida,[31] fundados en su práctica concreta a partir de sus entramados sociales y de sus colectividades o "caracoles" en los que la vivencia de que otro mundo es mejor, a partir de sus propias autonomías, aún incluso a contracorriente del Estado que incumplió los Tratados firmados con los pueblos indígenas,[32] habiendo simulado la reforma acerca de sus derechos. Así los neozapatistas, se organizaron de *facto*,

[30] Marcos Roitman Rosenmann, "Antología y presentación", en: Pablo González Casanova, *De la sociología del poder a la sociología de la explotación, Pensar América Latina en el siglo XXI,* México, Ed. CLACSO/Siglo XXI, 2015, p, 21.

[31] Jaques Derrida, *Deconstructivismo, estructuralismo y posestructuralismo*, Cátedra, 2008.

"Hay que entender este término, ´deconstrucción´, no en el sentido de disolver o de destruir, sino en el de analizar las estructuras sedimentadas que forman el elemento discursivo, la discursividad filosófica en la que pensamos. Este analizar, pasa por la lengua, por la cultura occidental, por el conjunto de lo que define nuestra pertenencia a esta historia de la filosofía. La palabra 'deconstrucción' existía ya en francés, pero su uso era muy raro. A mí me sirvió en primer lugar para traducir un par de palabras: la primera que viene de Heidegger, quien hablaba de "destrucción", la segunda que viene de Freud, quien hablaba de "disociación". Pero muy pronto, naturalmente, intenté señalar de qué modo, bajo la misma palabra, aquello que llamé deconstrucción no se trataba simplemente de algo heideggeriano ni freudiano. He consagrado, no obstante, bastantes de mis trabajos para marcar una cierta deuda tanto con Freud como con Heidegger, y al mismo tiempo una cierta reflexión sobre aquello que llamé deconstrucción". Editorial de le Monde. ¿"Que es la deconstrucción"? Entrevista. a Jaques Derrida, *Le Monde*, martes 12 de octubre 2004. En http://rupturacolectiva.com/que-es-la-deconstruccion-jacques-derrida/, consulta 16 de junio de 2017.

[32] *Cfr.* Luis Hernández Navarro y Ramón Vera Herrera, *Acuerdos de San Andrés*, México, Era, 2000.

estableciendo en sus territorios liberados derechos de los niños, de las mujeres y los ancianos, entre otros.

Se educa siguiendo la visión de Iván Ilich[33] por fuera de la acción reproductora de la hegemonía estatal, se trata de una escuela zapatista sin institución estatal, de ahí sus experiencias en Oaxaca, y en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas,con las "Universidades de la Tierra" y de las escuelas comunitarias de los treinta municipios neozapatistas.

Uno de los últimos eslabones de la estrategia neozapatista lo constituyó el haberse insertado en la simulación democrática-electoral, planteada desde la hegemonía imperante, con toda la parafernalia que ello imbricó y en la que los medios de comunicación jugaron un papel decisivo y cuyo objeto se situaba, al parecer del EZLN, en el campo de la *contra historia*, es decir, participar con una candidata indígena, María de Jesús Patricio Martínez,[34] de origen náhuatl, que de manera consabida pretendió a lo largo y ancho de México, abrir conciencias en un contexto nacional en que se sabía medraba la alienación, cosificación y el tratamiento como esclavos de los grupos subalternos y en el que los pueblos indígenas de México vivían —y viven— el terror del despojo territorial a través de megaproyectos, carreteras, aeropuertos, ocupaciones y expropiaciones de sus bienes, como lo intensificaron los gobiernos panistas y, en particular de manera intensa, las reformas estructurales de Enrique Peña Nieto, que ligados al problema del narcotráfico y la nueva esclavitud están removiendo a vastos sectores de poblaciones indígenas.[35]

33 *Cfr.* Del autor, *Un mundo sin escuelas*, México, Ed. Nueva Imagen, 1977.

34 En un acto sin precedente, el 28 de mayo de 2017, el Congreso Nacional Indígena y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, integraron el Consejo Indígena de Gobierno (CIG), para contender por la presidencia de México en las elecciones federales de 2018, bajo la figura de candidatura independiente, responsabilidad que entregaron a su portavoz, la indígena nahua, María de Jesús Patricio Martínez (Marichuy). Los representantes de 58 pueblos e igual número de lenguas de 32 estados de México que participaron en la Asamblea Constitutiva señalaron que "desde abajo y a la izquierda, la reconstitución de nuestro país es posible, y así organizarnos sin miedo. Podemos reconstruirnos y sembrar sobre las ruinas dejadas por el capitalismo y terminar con el orden racista-patriarcal". *Cf.*, Congreso Nacional Indígena. *Propuesta de un concejo indígena de gobierno y su vocera candidata mujer indígena,* mayo-junio 2017.

35 En relación con la visita que realizó la Relatora de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas encontramos que: Destacó en su declaración de cierre de misión son las siguientes. Primero y principal, el hecho que los pueblos indígenas no están siendo apropiadamente consultados, de acuerdo con los estándares internacionales, sobre proyectos y otras decisiones que afectan sus derechos, incluyendo el derecho a la vida. Un alarmante índice de 99% de impunidad en los casos de violaciones de los derechos humanos que afectan particularmente a personas indígenas (feminicidios, masacres, asesinatos, tráfico de personas, o despojo de tierras). La Relatora hizo

En alusión a la idea que plasmó el EZLN en la "campaña", la compañera María de Jesús, recordemos las palabras de Rosario Castellanos: "Mi literatura de combate o como se le quiera llamar no está hecha para las manos y los ojos de alguien que vaya a resolver la situación. Yo simplemente quiero que se haga conciencia […] por lo menos hacerme yo conciencia".[36]

El entretelón de fondo en la concepción de los neozapatistas, rebasa y por mucho, en su pensar y quehacer, la visión idílica respecto de tan sólo proponer la estrategia de las autonomías indígenas, de ahí que dentro de sus propuestas no deja de encontrarse en la construcción de otro mundo posible, las interacciones, redes, entramados de los dominados, y de entre de ellos, los pueblos indígenas. Al referirse a esta temática en un balance comparativo de la propuesta autonomista del movimiento antiglobal en Italia y Europa y el caso de los zapatistas, Jérôme Baschet señala:[37]

> No dicen otra cosa los zapatistas, cuando plantean desertar el terreno de la lucha por el poder de Estado y privilegiar la autoorganización de la sociedad, que no es sino su autonomía. En tema conexo, Hardt y Negri insisten en que la lucha ya no puede ser una actividad de *representación* (asumida por el partido, el sindicato y sus líderes, como representantes de las necesidades de los explotados) y, de igual manera, los zapatistas cuestionan las formas tradicionales de la práctica política: si bien el 'mandar obedeciendo' parece mantener la representación pero controlándola, el rechazo zapatista a la noción de vanguardia ubica un punto clave en las derivaciones de la representación y la sustitución (de la clase por el partido, y del partido por los líderes). Mientras los zapatistas formulan esta crítica y buscan poner en práctica sus consecuencias, Hardt y Negri la ubican en su dimensión

hincapié en la violencia que enfrentan los grupos indígenas que luchan por sus derechos, en particular en casos de megaproyectos extractivos, pues recordó que 35% del territorio nacional está afectado por más de 29,000 concesiones mineras, hidroeléctricas, y de energía eólica, del cual 17% está en territorios indígenas, incrementándose la negación a su derecho al territorio. En el "Informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de México". Cit. en: Pamela Jacquelin-Andersen, *op. cit.,* p. 84.

36 Rosario Castellanos, "Introducción a Balún Canán", *Obras*, tomo I. Narrativa letras mexicanas, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 13.

37 Jérôme Baschet, "¿Los zapatistas contra el imperio? Una invitación a debatir el libro de Michael Hardt y Toni Negri", en Revista *Chiapas,* núm. 13, México, IIE UNAM/Era, febrero de 2002.

teórica e histórica: la representación como principio fundamental de la forma moderna de la soberanía.

VI Inconclusiones

La actividad intelectual no deja de expresar vínculos, redes, articulaciones, identidades que relacionan no tan sólo el trabajo individual, sino más bien estos aspectos dan cuenta de la traza colectiva que permite identificar el verdadero sentido del texto en el contexto, como ha quedado plasmado por un núcleo de académicos en su aportación por más de tres décadas, y la publicación del número 100, de la revista *Alegatos*, en nuestro caso, por lo que concierne al conocimiento e investigación en materia de los derechos que de forma apremiante corresponde reivindicar a los pueblos indígenas.

Al tiempo que existe un paralelismo cronológico entre el desenvolvimiento de *Alegatos* con el paradigma neoliberal, existe un eslabón que concatena estos procesos con la expresión que adquirió durante las últimas tres décadas el movimiento indígena, campesino y rural en América Latina y en determinadas latitudes de Asia y África, y que se refiere a que *per se,* ha sido capaz de forjar una identidad propia, de ahí en buena medida las contribuciones que nos han brindado las concepciones poscolonialistas, así como el pensamiento y filosofía vista desde el Sur, y en el caso mexicano, el pensar y acción de los neozapatistas, para comprender la cosmovisión, múltiple y diversa de los subalternos que hace más de tres décadas han tomado la palabra y exigen el respeto a sus identidades, forjando sus propios poderes autonómicos, de ahí la importancia de las aportaciones que a nivel mundial ha brindado la experiencia zapatista y que en nuestros días ha puesto de relevancia el movimiento autonomista mundial, y en donde la corriente política por la transformación no se agota "en las fronteras étnicas", sino que se concatena a centenares de luchas cuyos entramados coligen en los fines de todos los oprimidos por el capital.

Al tiempo que los afanes neoliberales por expandir y ampliar la influencia de sus oligopolios en América Latina, el movimiento campesino e indígena consiguió durante este periodo matices cualitativos diversos que influyeron no sólo en la adecuación de nuevas legislaciones que vindicaban los derechos de los pueblos indígenas, sino confluyendo de igual manera, en el adveni-

miento de las Declaraciones de los pueblos indígenas de la ONU y OEA. Si bien, se pueden realizar diversas lecturas de la "reforma indígena" en América Latina, es indudable que los avances sociopolítico, jurídico relativo a los pueblos originarios, ha sido factible con el protagonismo indígena.

Mientras que en ciertas latitudes del planeta algunas culturas están destinadas a su total extinción, como viene aconteciendo en el África septentrional y norte,[38] algunos pueblos a nivel planetario han alcanzado logros importantes en el ejercicio de sus derechos colectivos ello no obstante los avatares en que se sustenta el actual paradigma socio económico, como así ha acontecido por ejemplo con los aborígenes australianos[39] y particularmente con diversas culturas de América Latina.

[38] Consideremos, por ejemplo, a los "Twa" de Burundi, Ruanda, República Democrática del Congo (RDC) y Uganda. Sus estilos de vida y el nivel de deforestación los han mantenido en movimiento por décadas y los han vuelto vulnerables, cayendo por las grietas de un sistema social y jurídico moderno que, en condiciones normales, aseguraría tanto la propiedad de sus tierras como de sus medios de vida. La presión creciente para preservar las pocas selvas tropicales restantes en los países más densamente poblados de la región de los Grandes Lagos hace que se vean excluidos de sus hábitats tradicionales. Por décadas, el Estado de Ruanda ha aumentado su control sobre las áreas de bosques, impulsado por la necesidad de políticas de conservación más protectoras, por el crecimiento de la industria turística y por los problemas de seguridad en la frontera con la RDC, Burundi y Uganda. Los "Batwa" han sido los más afectados por estas medidas, que los han desarraigado de sus estilos de vida tradicionales y de sus medios de sustento. No han logrado hacer una transición exitosa hacia una vida sedentaria y una economía de mercado. La mayoría de las comunidades indígenas, incluyendo a los "Twa", nunca fueron compensadas luego de su expulsión de las "áreas protegidas" o las "reservas estatales" en las que solían vivir, debido a su tradicional marginación y a las fallas de los marcos legales y políticos. Como resultado de esto, sus condiciones de vida se han deteriorado aún más. Hoy en día, la mayoría de los "Batwa" llevan una vida horriblemente pobre. Un informe reciente del Programa de Pueblos Indígenas (Forest Peoples Programme) señala que los "Twa" están en peligro de extinción, a menos que se tomen acciones masivas y coordinadas para revertir su declive. *Cf.* (versión en inglés). Korir Sing'Oei Abraham, "The rights of indigenous peoples in Africa", Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Cemiride), *Pambazuka*,13 de noviembre de 2007.

[39] El caso Mabo —Eddie Mabo contra el estado de Queensland— fue una decisión del Tribunal Supremo de Australia, la que justificó que la tierra aborigen no estaba ocupada tras la invasión británica y que Australia no era *"terra nulius*", en latín tierra vacía. Koiki, o Eddie, Mabo, era un miembro de los Meriam, los tradicionales dueños de la isla Murray, sus islas cercanas y arrecifes. En 1982 el caso Mabo cambió nuestra forma de pensar sobre las leyes y Australia. Aunque la soberanía de la corona inglesa continúa, la *terra nullius* se demuestra que nunca existió. Las costumbres aborígenes y los terrenos nativos aborígenes son reconocidos legalmente por la comunidad británica mediante un estatuto. Hay dos formas de considerar el título de tierra nativa, aborigen legalmente. Los que la reclaman han de demostrar que les pertenece al Tribunal de los Aborígenes y de las gentes del Estrecho de Torres, que son los descendientes de aquellos a los que pertenecía en 1788 y deben tener una continua asociación con esos lugares. En respuesta al Caso Mabo, el gobierno federal aprobó el Título de Tierra Nativa en diciembre de 1993 y se ha establecido una fundación nacional de la tierra en 1994. Korir Sing'Oei Abraham, *op. cit*.

En el caso mexicano, aún las tareas por la vindicación de los derechos indígenas se encuentran en una coyuntura delicada con lamentables costos sociales que van desde la remoción de amplios sectores de la población rural de sus lugares de origen, hasta el asesinato político, y aun incluso indiscriminado, como ocurre ahora con el problema del narcotráfico en territorios étnicos y en cuyo énfasis el discurso neoliberal, al tiempo que ha incorporado reformas a la legislación, sigue insistiendo que las grandes obras públicas, como, por ejemplo, los megaproyectos[40] sustentados en nuevos desarrollos portuarios como se está realizando en el Pacífico mexicano y en la península de Yucatán, y que son explicadas por el Estado neoliberal como "obras de supuesto beneficio social".

Finalmente, nos encontramos ante un nuevo entramado gubernamental heterogéneo en su composición política, que en el imaginario social advierte posibles cambios en la estructura de poder, afirmación respecto de la cual considero que más bien serán los pueblos y la sociedad quienes tendrán la última palabra ante la asunción de Andrés Manuel López Obrador.

Cerremos con un pensamiento de Castoriadis: "La sociedad es creación, y creación de sí misma auto creación. Es la emergencia de una nueva forma ontológica —un nuevo *eidos*— y de un nuevo nivel y modo de ser. Es una cuasi totalidad cohesionada que mantenga la cohesión de los componentes de una totalidad inmanente.[41]

[40] "El surgimiento de los megaproyectos, a lo largo de la historia, ha transformado los espacios locales a través de cambios en el paisaje, en la vida y en la práctica cotidiana de las comunidades donde se han asentado. Éstos han contribuido considerablemente a delinear la expansión física de las ciudades y el territorio. Sin embargo, desde la década de los ochenta del siglo pasado la velocidad con que estas grandes obras se ejecutan y las enormes cantidades de recursos financieros y tecnológicos en que se les suministran, han provocado que su emergencia sea tan inesperada, que difícilmente las comunidades pueden enterarse con oportunidad sobre los planes de sus promoventes.

Si bien los megaproyectos son parte de una problemática que se vive a nivel global, en México, las afectaciones que puedan provocar antes o al ambiente deben asumirse como parte de las externalidades: es decir, como mecanismos ajenos al proceso, […]". *Cfr.* Margarita Pérez Negrete, *Megaproyectos capital y resistencias*, México, Ed. La casa Chata/CIESAS, 2017.

[41] Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria de la sociedad*, vol. I, "Marxismo y Teoría Revolucionaria", Barcelona, 1995.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Agamben Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España, Ed. Pre-Textos. 2003.

Appaduri A. *Globalization*. Londres, Duke University, Press, Durham, 2001.

Assem Prakash. *et al*, *Coping with Globalization*. Londres, Routledge, 2000.

Bauman Zygmunt. *La Globalización. Consecuencias humanas*. México, 8ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2015.

_____. *Múltiples culturas, una sola humanidad*. Barcelona, España. Ed., Katz, 2008.

Bengoa José. *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile, FCE, 2007.

Benjamin Walter. "Über den Begriff der Geschichte, Gesammelte Schriften". *Bd I*, Suhrkamp, Frankfurt, 1979, (Trad.) al castellano, Walter Benjamin, "Sobre el concepto de Historia". *Obras I*, Madrid, Abada, 2008.

Boaventura de Souza Santos. *Una epistemología del Sur*. 3a reimpresión, Buenos Aires, Argentina, CLACSO/Siglo XXI, 2012.

Castellanos Rosario. "Introducción a Balún Canán". *Obras*. Tomo I, México, Narrativa Letras Mexicanas, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Castoriadis Cornelius. "La Institución Imaginaria de la Sociedad". Vol. I, *Marxismo y Teoría Revolucionaria*, Barcelona, 1995.

Congreso Nacional Indígena. Propuesta de un Concejo Indígena de gobierno y su vocera candidata mujer indígena, mayo-junio, 2017.

Cuninghame Patrick. "*Negri Antonio", en ¡Nicht für immer¡ ¡No para siempre¡ Introducción al pensamiento crítico y la Teoría frankfurtiana*. Vol. II., Ambra Polidore *et al*, (Editores), Barcelona, España, Ed. Gedisa, 2017.

Ewen Alexander. *La voz de los pueblos indígenas*. Barcelona, España, PLENUM/Madre Tierra, 1995.

Fornari Emanuela. *Linee di confine*. Torino, Italia, Ed, Bollati Boringhieri, 2011. Versión en castellano, *Líneas de frontera. Filosofía y postcolonialismo*. Barcelona, España, Gedisa, 2017.

Gandler Stefan. *Fragmentos de Frankfurth: ensayos sobre la Teoría Crítica*. México, Siglo XXI, 2009.

Gilly Adolfo. *Los vectores del orden neoliberal: flexibilización, desregulación, despojo, atomización*. Quito, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

Gramsci Antonio. "Note sulla storia d' Italia". En *Cuadernos de la cárcel*. México, Era, 1999.

Hernández Navarro Luis y Ramón Vera Herrera. *Acuerdos de San Andrés*. México, Era, 2000.

Ilich Iván. *Un Mundo sin Escuelas*. México, Ed, Nueva Imagen, 1977.

Jacquelin-Andersen Pamela. (comp.). *El Mundo Indígena 2018*. Copenhague, Dinamarca, IWGIA, Grupo de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas. 2018.

Knippers Black Jan. *Latin America Its Problems and Its Promise*. USA, Westview Press, 1998.

Korir Sing'Oei Abraham. "The rights of indigenous peoples in Africa". Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías, (Cemiride), *Pambazuka,* 13 de noviembre de 2007.

Marcuse Herbert. *Revolución y revuelta*. Ciudad de México, Joaquín Mortiz, 1975. Mariátegui José Carlos, *Peruanicemos al Perú*. Lima, Ed, Amauta, 1970.

_____. *Siete Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima, Perú, Ed. Amauta. 1928.

Marx Carlos. *La sagrada familia*. (trad.), W. Roces. México, Ed, Grijalbo, 1958.

_____. *El Capital*, Tomo I, México, Siglo XXI Editores, 1977.

Pappe Silvia. *Historiografía crítica, una reflexión teórica*. México, UAM A, 2001.

Pérez Negrete Margarita. *Megaproyectos capital y resistencias*. México, Ed. La Casa Chata/CIESAS, 2017.

Revueltas José. *Proyecto de un proletariado sin cabeza*. Ed, Liga Leninista Espartaco, 1962.

Rivera Cusicanqui Silvia y Rossana Barragán. *Debates postcoloniales una introducción a los estudios de la subalternidad*, La Paz Bolivia, Ed. Historias/Aruwiyiri – Taller de Historia Andina /SEPHIS, South Exchange Programme for Research on the History of Development, 1997.

Roitman Rosenmann Marcos. "Antología y presentación". En González Casanova Pablo. *De la sociología del poder a la sociología de la explotación, pensar América Latina en el siglo XXI.* México, Ed, CLACSO/Siglo XXI, 2015.

Said Edward. *Orientalismo* (ensayo), México, debolsillo, 2da ed, marzo de 2016. (Penguin Random grupo, Barcelona), 2002.

Electrónicas

Editorial de *Le Monde* ¿"Que es la deconstrucción"? Entrevista a Jaques Derrida. *Le Monde*, martes 12 de octubre 2004. En http://rupturacolectiva.com/que-es-la-deconstruccion-jacques-derrida/, consultada el 16 de junio de 2017.

Hemerográficas

Colectivo Contrahistorias. "Presentación", Revista *Contrahistorias, pensamiento crítico y contracultura,* núm, 27, marzo-agosto, 2017.

Durand Alcántara Carlos Humberto. "Derechos Indios en México… derechos pendientes… hacia una reformulación de la legislación mexicana en materia de pueblos indios". *Alegatos,* núm. 19, 1991.

Larrañaga Salazar Eduardo. "Nación, identidad y diferencia". En *Alegatos,* núm. 8, primer cuatrimestre (enero – abril) 1988.

¿Y qué hay de los derechos humanos campesinos?

David Chacón Hernández*

Resumen:

El campesinado adolece, por desgracia y casi por tradición, de una realidad muy específica a la vez que lamentable. Es un sector social desvalorado cuyos derechos prestacionales —constitucionales y convencionales— no han evolucionado. Si en algún país se les dotó de tierras y aguas para producir y vivir, y ser propietarios en lugar de peones o jornaleros, hoy viven una realidad que ha revertido el reparto de tierras, lo que ha hecho renacer nuevamente un proceso de proletarización.

A pesar de los derechos económicos sociales y culturales ya establecidos, los campesinos pobres aún carecen de una protección específica que pueda proyectarlos hacia una vida más digna.

Abstract:

The peasantry suffers, unfortunately and almost by tradition, from a very specific and at the same time regrettable. It is a devalued social sector whose benefits rights —constitutional and conventional— have not evolved. If in some country they are given land and water to produce and live, be owners instead of laborers or day laborers, today they live a reality that has reversed the distribution of land, which has led to the rebirth of a process of proletarianization.

In spite of the established social and cultural economic rights, the poor peasants still lack a specific protection that can project them towards a more dignified life.

Sumario: Introducción / I. ¿Derechos humanos para todos? / II. Los campesinos, sin derechos fundamentales / III. Construyendo una propuesta / IV. La Reforma Agraria como un derecho humano / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho por la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

Los más de 70 artículos relacionados con temas agrarios y los más de 50 que se dedican a hacer de diversas maneras apología de los derechos humanos en 99 números de la revista *Alegatos*, no se han dedicado a encontrar una razón —aunque sea mínima— del sector campesino que no cuenta con derechos humanos especiales como sujeto o como clase social. Entre quienes han escrito y omitido el problema de la ausencia de esos derechos, se encuentra a este autor, desafortunadamente. No obstante, la apreciación de semejante omisión me lleva a saldar una deuda en lo que debe considerarse un tema esencial.

La visión y la misión de nuestra revista han buscado que lo dicho, no sólo sea un aporte de ideas pretendidamente interesantes, sino que, además, proponga argumentos alternativos a las posiciones más comunes y tradicionales del derecho sin alterar la pluralidad de ideas. Consecuentemente con ello, entiendo que el tema de los derechos campesinos ha sido estudiado desde la perspectiva del derecho agrario y, a veces, disociado de otras temáticas jurídicas. En esta ocasión, intento abonar a la discusión de una carencia histórica: los derechos campesinos desde la óptica de los derechos humanos, y no desde la reflexión convencional de una rama jurídica como el derecho agrario que, en la actualidad, está limitada por el reduccionismo legal, doctrinario y académico.

De esta guisa, hemos dado por hecho que los campesinos ya están protegidos y criticamos cualquier atentado en contra de sus garantías, pretendiendo que esto es suficiente para su bienestar y prosperidad, no obstante, no sólo no están del todo protegidos, sino que cada vez ven más reducidos sus derechos. Es por ello que dedico esta defensa y reivindicación del campesinado en virtud de los atentados que los gobiernos neoliberales han hecho a la propiedad social. Tanto sacrificio con sudor y sangre para conseguir derechos agrarios durante más de 70 años en este país, en un proceso llamado de consolidación de la Revolución, en especial el derecho a recibir tierras en dotación, para que de un plumazo se cancelaran gran parte de esos derechos.

Después de la reforma de 1992 en México, el campesinado ha caído en una especie de orfandad jurídica y política, sin la posibilidad aparente de salir de ella, tal vez acaso con la modificación del estilo de lucha sobre sus demandas que, ahora, deben integrar nuevos discursos. Visto desde este ángulo, el reto de este trabajo es articular la defensa de los derechos sociales de uno de los segmentos de la población más desvalidos, con el discurso —demoledor— de la propuesta y defensa de los derechos humanos. Será posible la consecución de estos derechos para los campesinos. Si es así, ¿qué hay al respecto? ¿Bajo qué argumentos serían defendibles? Ese es uno de los más importantes desafíos del propio campesinado, más que de quienes intentamos su planteamiento.

I. ¿Derechos humanos para todos?

Por definición, decimos que los derechos humanos son para todas las personas, por lo que, conforme a esta idea general, todo ser humano estaría igualmente protegido. Así debería ser, sólo que la realidad nos dicta que en lo formal, cualquier persona, no sólo debería tener derechos, sino que debería gozar de todos los derechos de cualquier otro. Es la llamada característica de universalidad de los derechos humanos que "quiere significar que le son debidos al hombre —a cada uno y a todos— en todas partes —o sea, a todos los Estados—, pero conforme a la situación histórica, temporal, y espacial que rodea a la convivencia de esos hombres en ese Estado".[1] Pero la *universalidad*, comúnmente apunta hacia una idea totalitaria de pretensiones de estandarización en la cual todos los derechos reconocidos ya en el derecho internacional de los derechos humanos son dados a toda persona, no obstante, esto no es exactamente así.

Los seres humanos somos distintos como entes culturales, lo que viene a establecer, indudablemente, la visión plural de la cultura y junto con ellos de los derechos, especialmente en sociedades tan multiculturales como las actuales. Esto nos enmarca en una concepción con la cual, los derechos comunes y los humanos, convertidos en fundamentales, no son iguales, ni en

[1] Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 120, 1993, pp. 3 y 4.

cada época y en cada lugar, pues es un *derecho vivo*, propio de cada pueblo, como lo establecía Eugen Ehrlich.[2] Los derechos cambian, y en su constante evolución nos damos cuenta que hay lagunas importantes que mucho tienen que ver con lo que desean regular; el contenido de la normatividad se adecua a los propósitos de la sociedad, o a veces lamentablemente, sólo a los de sus gobiernos. Pero en referencia con los derechos humanos, el propósito de la adecuación más común es buscar la protección de quien carece de ella, en ese sentido, la trayectoria de su evolución transita de modo deductivo, esto es, de lo general a lo especializado.

Es así que la universalidad de los derechos humanos no impide la sectorización de ellos, es decir, no puede determinar que los derechos para ciertas personas con cualidades específicas sean extendidos llanamente a otras con cualidades diferentes. Lo real es que hay derechos generales y derechos específicos, como igualmente real es que la producción de los derechos generales ha venido cediendo espacio a los instrumentos que protegen los derechos esenciales de las personas o grupos de personas con características especiales, lo que marca un nuevo derrotero en el derecho internacional de los derechos humanos. Esa es la razón por la cual es necesario tener sumo cuidado a la hora de entender el carácter universal de los derechos. Son para todos, sí, pero para todos los que se encuentran en una cualidad que el propio derecho contiene, de otro modo, no hubieran surgido derechos plasmados en los instrumentos internacionales que otorgaran prerrogativas específicas para las mujeres, para los niños, para los adultos mayores, para los migrantes, para los indígenas, para los trabajadores (en diversas facetas), para los maltratados por la autoridad, para la población carcelaria, para los que no tienen vivienda, los enfermos, los mal nutridos, los desaparecidos, los desplazados (refugiados y asilados), entre otras categorías que ya comienzan a tener una protección especial. Todos los mencionados adolecen de una misma característica que, podríamos decir, es una desventaja frente a otras personas que no la tienen y para las cuales hay que buscar una mayor protección acorde a sus necesidades.

Uno de los iusfilósofos más importantes de la actualidad es Luigi Ferrajoli, para quien, en una especie de breve definición puesta en un subtítulo de una

[2] Así lo toma como referencia Ana Cebeira Moro, "Pluralismo jurídico y derecho vivo: la concepción sociológica del Ehrlich", en Nuria Belloso Martín y Alfonso De Julios-Campuzano (Coords.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2008, p. 79 y ss.

de sus obras, ha planteado que los derechos humanos son "la ley del más débil".[3] Si bien, hay derechos de todas las personas, sin distinción alguna, como el derecho a la vida o a la libertad de creencia confesional, los hay también para grupos con cualidades específicas, como los mencionados, cuya única característica es encontrarse en condiciones de mayor precariedad frente a otros sectores de la sociedad, pero también, frente al Estado, al que se le imponen las *obligaciones fundamentales* de atender a esas personas.[4]

Y mucha razón le asiste a Ferrajoli en virtud de saber que en el antecedente histórico más concreto de una visión holística de los derechos humanos, son los que surgieron de la Revolución francesa, según los cuales, los llamados derechos del hombre y del ciudadano, tuvieron osadía de proteger al sujeto más desfavorecido, es decir, al ciudadano respecto de cualquier sujeto que representara al poder público, sólo que la ciudadanía no es única ni está configurada por las mismas características en personas tan diversas, por el contrario, la variedad de las identidades sociales requieren hoy de un *derecho a modo*, es decir, derechos configurados para los rasgos particulares de grupos que se encuentran en una determinada forma de desventaja o vulnerabilidad. Ese es el caso de los campesinos, ya sea como clase social, ya como grupos diversos, su forma de vida y su condición social y económica los pone, en la mayor parte de los países, como sujetos en desventaja frente a otros sectores de la sociedad. En el imaginario social, el concepto de campesino está asociado, invariablemente a la pobreza, precarización, atraso y hasta paradójicamente, a males como la desnutrición; curiosamente en el espacio donde se producen los alimentos de primera mano y materias primas para la alimentación de toda la población.

El campesinado adolece, por desgracia, y casi por tradición, de una realidad muy específica a la vez que lamentable. Es un sector social desvalorado para quien los derechos prestacionales no le han evolucionado. Si en algún país, como el caso mexicano, se les dotó de tierras y aguas para producir y vivir, y ser propietarios en lugar de peones o jornaleros, hoy viven una realidad que ha revertido el reparto de tierras, lo que ha hecho renacer nuevamente

[3] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Trad.), 4a. Ed., Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

[4] *Vid*, Jesús Ballesteros, "Elementos constitutivos de los derechos humanos", en Megías Quirós, José Justo (coord.), *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos del siglo XXI*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, p. 139.

un proceso de proletarización, en muchos casos tan humillante como los que padecieron al momento de crearse las reformas agrarias. Lo cierto es que, a pesar de los derechos económicos, sociales y culturales ya establecidos, los campesinos pobres aún carecen de una protección específica que pueda proyectarlos hacia una vida más digna.

II. Los campesinos, sin derechos fundamentales

Qué hay para los campesinos como derechos fundamentales de su clase en sí. Por sus propias características, la clase campesina y quien a ella pertenezca, merecen derechos especiales por sí mismos que hasta ahora no existen, no al menos de manera formal. La protección para los pueblos indígenas a razón del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege parcialmente a quienes viven en el campo, siempre y cuando sean indígenas. Pero un sector importante de esta parte de la ruralidad del mundo parece ser solamente protegida por derechos generales que no alcanzan a cubrir las necesidades particulares. No se trata de excluirlos de todos aquellos derechos que como personas poseen, sino específicamente como parte de una clase que a nivel mundial se encuentran en condiciones de desventaja frente a aquella parte de la población que no vive del campo, ni en el campo, ni para el campo. Entonces sobrevienen algunas interrogantes, tales como: ¿son necesarios derechos especiales?, ¿podrán existir algún día? En efecto, la respuesta parece evidente pues se puede afirmar que son necesarios, pero lo que no tiene certeza es saber cuándo podrían emitirse derechos específicos a la condición del campesino. Falta también establecer los fundamentos para proponer esas prerrogativas. Por lo pronto, muchos consideran que con los derechos existentes está protegida esta clase social y ya no es necesario crear nuevas facultades, sin embargo, otros consideramos que no sólo hacen falta sino que son urgentes, especialmente el derecho a la tierra para convertirlo en un derecho de la tierra.

Los igualitaristas sostienen que todas las personas se deben considerar iguales en el mayor número de aspectos, tales como lo social, lo político, lo jurídico y lo económico[5] y, por tanto, no serían necesarios los derechos especia-

[5] Juan Gómez Morante, "Vocablo igualitarismo", en *Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales*, vol. II, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1975, p. 1052.

les. Los proclives a esta doctrina, creen firmemente en el reconocimiento —e incluso el otorgamiento— de derechos generales para todos, es decir, independientemente de que no se señale, toda persona debe estar amparada por los derechos establecidos en las leyes sin distinción alguna, y para concretar el igualitarismo jurídico, sólo basta con aplicarlos tal como las leyes lo señalan.

Aunque hay varios tipos de igualitarismo, al menos señalo tres que son fundamentales. El primero, de corte más clásico y, por ende más antiguo que en su momento fue revolucionario y hoy es conservador, es el igualitarismo que luchara contra los privilegios del antiguo régimen o feudalismo, y con el que había que eliminar todo tipo de desigualdad. Hablo de los revolucionarios burgueses que, con el paso del tiempo, se convirtieron en conservadores y, una vez consolidados como la clase superior, se opusieron a crear una igualdad especialmente económica, privilegiando la libertad por encima de la igualdad, lo que fue ampliamente combatido por el segundo tipo de igualitarismo. El ascenso de la burguesía al primer plano social los hace sentir más cómodos, pues hay que recordar que la oposición hacia la nobleza como clases social se cimentaba en la nula movilidad social, lo que hacía que los privilegios clasistas fueran prácticamente vitalicios; se nacía y se moría noble, independientemente del caudal que la familia tuviera. Debe recordarse que ser noble, más que una posición económica, es un estatus social que integra con la heráldica del nombre, con la estirpe sanguínea y con la tradición de la posesión sobre la mayor proporción de tierra. Por supuesto que bajo la nueva organización económica del capitalismo, los fundamentos medievales tienen poco sustento y había que transformarlos hacia una formación social que permitiera la movilidad social independientemente del origen social y familiar.

Por otra parte, encontramos al segundo tipo de igualitarismo defendido por los socialistas en contra, justamente, de los burgueses, quienes ahora se oponen a los derechos iguales para todos, "[…] se preocuparon, inversamente, por el problema de las desigualdades sociales, entendiendo a estas como supresoras de las libertades individuales".[6] Esta posición considera que las igualdades no sólo deben ser formales, sino materiales y en todos los aspectos, por tanto, es un nuevo sistema social el que puede llevar a la humanidad a una igualdad real. La base de la igualdad, más que en los derechos, estriba en

[6] Eduardo Ángel Russo, *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, EUDEBA, 1999, p. 53.

la prohibición de la propiedad privada que, estipulada como garantía jurídica, no ha sido más que una vía de concentración de la riqueza.

Falta aclarar que, en las primeras dos formas doctrinales de igualitarismo, una se decantó más por la conservación de la libertad, lo que ahora son conocidos más como liberales, mientras que el segundo, sacrificó la libertad para privilegiar la igualdad.[7] Los primeros son parcialmente igualitarios, incluso su igualitarismo es mínimo, pues se reduce al otorgamiento de la libertad de propiedad, lo que nunca se logra ante tanta concentración de bienes por unos cuantos.

Uno de los grandes acertijos es la consecución del equilibrio entre la libertad y la igualdad, lo que ha sido de suyo muy complicado. Pocas sociedades han alcanzado un apreciable nivel de libertad y un grado aceptable de igualdad, como las sociedades de los países nórdicos y en ellos habría que incluir a Islandia y Nueva Zelanda. Parecen sociedades menos desiguales, más equilibradas y con menos conflictos sociales, de hecho más pacíficas y con mayor sensación de felicidad entre sus ciudadanos. Lejos están de ser sociedades perfectas pero al menos aparecen menos contradicciones.

Con la puesta en crisis del socialismo en décadas pasadas, surge con mayor fuerza el tercer modo doctrinal del igualitarismo, según el cual, se "[…] afirma la necesidad de rectificar las desigualdades inmerecidas y que concede prioridad moral al bienestar de los menos favorecidos".[8] Ante los movimientos sociales reivindicativos, este tipo de los igualitaristas, contrario a los anteriores, son los que propugnan derechos para los grupos más vulnerables como la de John Rawl y su teoría de la Justicia, con la propuesta de un *liberalismo igualitario* bajo el principio de igualdad en la libertad.[9] En este modelo surgen quienes estuvieron a favor de otorgar derechos políticos a la mujer, a las etnias, a los migrantes, a los homosexuales, a los adultos mayores, y otros grupos que, en el concierto de las relaciones sociales exigen derechos, digamos, específicos, como medio de encaminarse a una igualdad más real. Por lo menos son estas dos últimas posturas las que "[…] han acusado al capitalismo

[7] *Idem*, p. 91.

[8] Will Kymlicka, *La política vernácula. Nacionalismo multiculturalismo y ciudadanía*, (trad.) de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Barcelona, Paidós, 2003, p. 388.

[9] John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2a ed., 1995. Se recomienda en especial el capítulo VI.

de ser autor protector de un régimen fundado en la desigualdad económica",[10] y que ahora buscan, además, otros modos de igualdad como la sexual, la de género, la cultural, la social y la de ciudadanía, todas ellas como medio de alcanzar un mayor respeto a las identidades colectivas e individuales.

El tema central de cualquier tipo de igualitarismo es entender que su proposición deviene de un reconocimiento intrínseco o extrínseco de la desigualdad.

> Una cosa es plantearnos que todos seamos iguales ante la ley, y otra muy diferente que la ley deba garantizar la igualdad de oportunidades de todos. De la misma manera, si planteamos que el problema es garantizar igualdad de oportunidades o de condiciones, de entrada suponemos que existen desigualdades que es necesario atender.[11]

Otro argumento es la falta de identidad social, pues mientras que en el campesinado unos son propietarios, otros no lo son, lo que hace difícil determinar una comunión de intereses. Tal es la desigualdad en el campo que hay fundos muy grandes que rebasan los límites legales de la propiedad, pero que los propietarios se las arreglan para no parecer latifundios ilegales; hay propiedades medias productivas, pero también hay muy pequeñas propiedades (minifundios) que realmente son insuficientes hasta para mantener a la familia de sus poseedores. Michel Gutelman sostenía que las reformas agrarias modernas, dentro de ellas la mexicana, en realidad se parecía más a una revolución burguesa que había logrado consolidar una clase de pequeños propietarios cuyos intereses, sin duda, no podrían coincidir con la lucha de los trabajadores que, en su anhelo de revolución socialista, están en contra precisamente de la propiedad privada.

> Cambiar completamente el reparto de la tierra sin que se suprima la apropiación privada del conjunto de los medios de producción no puede hacer que el productor escape a la dominación de las leyes del mercado y de todos los mecanismos inherentes a la economía

[10] Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1993. p. 90.

[11] Camilo Borrerro García, *Derechos humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión*, Bogotá, CINEP, Fundación Centro de Investigación y Educación Popular. En http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/cinep/textos/derechos.pdf, consultada el 17 de junio de 2018, p. 67.

de mercado. Redistribuir la tierra equivale sobre todo a distribuir en forma nueva la renta agraria.[12]

En algunos países, los campesinos obtuvieron derechos, considerados garantías sociales, pero es cierto que en la mayoría de ellos esos derechos se han revertido. Si al principio el reparto de tierras parecía enfilarse a lograr una igualdad, semejante incluso a las pretensiones del socialismo, hoy se ha desfigurado cualquier logro en este sentido, pues hay quienes son propietarios de la tierra y a la vez son jornaleros en tierras ajenas. El objetivo de lograr con esas garantías mejorar su nivel de vida, se ha desvanecido. Ya sean propietarios o no, el hecho es que la mayoría de los campesinos viven en pobreza y que, los derechos sociales consolidados en el derecho internacional de los derechos humanos no les otorgan consideraciones jurídicas como se hace con otros sujetos sociales. Esa es la razón por la que hay que reflexionar si son acreedores de derechos humanos específicos.

III. Construyendo una propuesta

Es indispensable que se vea lo que hay en los organismos internacionales, por antonomasia, productores y protectores de los derechos humanos respecto de la clase campesina.

Precisamente, en ese plano internacional, que es por donde los derechos humanos han formado grupos de trabajo para analizar la probabilidad de proponer instrumentos para proteger a los grupos más desfavorecidos. De este modo, contamos con instrumentos que reconocen derechos de las mujeres, de los trabajadores —con diferentes características—, de los niños, de los migrantes, de los indígenas, de los pobres, de los discriminados por motivos raciales o de otro tipo, de los maltratados judicialmente, así como de los adultos en plenitud.[13] Sin embargo, los campesinos pobres, con tierra o sin tierra, que como clase social generaron movimientos sociales y hasta revoluciones para luchar por la propiedad, colectiva o individual de la tierra, no han visto surgir una declaración o parte de ella que les otorgue derechos especiales como a

[12] Michel Gutelman, *Capitalismo y reforma agraria en México*, 6ª. ed., México, Ediciones Era, 1980, p. 17.

[13] Algunos de estos instrumentos son de tipo universal, mientras que otros son de corte continental, específicamente para el caso de América.

otros grupos vulnerables, entendiendo que las declaraciones son, por lo común, los prolegómenos de los convenios.

Al respecto, es cierto que desde el año 2012 viene trabajando un grupo de expertos relacionados a cuestiones rurales, cuya misión es proponer una "Declaración de derechos de los campesinos". Este grupo de trabajo fue auspiciado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU a petición de organizaciones internacionales campesinas de mucha presencia como: la Vía Campesina, el Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), FIAN Internacional (Red de Acción Primero la Alimentación), sólo por mencionar las más influyentes con carácter consultivo para la ONU en la materia, y todas ellas con una fundamentación muy convincente de los derechos humanos de los campesinos.[14]

Muchas reuniones ha tenido el grupo de trabajo y las discusiones no sólo versan en qué derechos ha de contener la Declaración, sino en enmarcar el concepto de campesino. Sabemos que no es fácil establecer a quién se aplica debido a la gran diversidad de condiciones en las que se desempeña el habitante de zonas rurales. Hasta hoy, la última propuesta del proyecto establece que el "Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales", en su cuarta sesión celebrada del 15 al 19 de mayo de 2017, propone, desde el artículo primero, que:

> […] "campesino" es toda persona que se dedique o pretenda dedicarse, ya sea de manera individual o en asociación con otras o como comunidad, a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comerciar y que para ello dependa, sobre todo, aunque no necesariamente en exclusiva, del trabajo en familia o en el hogar y de otras formas no monetarias de organización del trabajo, y que tenga una especial dependencia y apego a sus tierras.

Esta definición busca abarcar a todas las personas que, no sólo vivan en el campo, sino que se dediquen a cualquier actividad rural, especialmente productiva, independientemente de que sean propietarias o no, y es por eso que

[14] *Vid*: http://www.eurovia.org/wp-content/uploads/2018/02/ECVC-FIAN-Peasants-Rights_2018_ES_Info-Note.pdf; véase también, http://www.cetim.ch/derechos-para-los-campesinos/; además, https://viacampesina.org/es/una-declaracion-de-los-derechos-campesinos/.

también, en el título de la propuesta se habla de otras personas que trabajen en zonas rurales.

La dedicación y el espacio es lo que se destaca de esta concepción que ha buscado ser lo más amplia e incluyente posible. Por otro lado, también está el aspecto de los sujetos, para lo cual, el mismo artículo del proyecto menciona que se aplicaría "a toda persona que se dedique a la agricultura artesanal o en pequeña escala, la ganadería, el pastoreo, la pesca, la silvicultura, la caza o la recolección, así como a las artesanías relacionadas con la agricultura u otras ocupaciones similares en una zona rural". Por supuesto que esta descripción incluye a los pueblos indígenas, quienes prácticamente todos, o la gran mayoría, se encuentran en cualquiera de los supuestos señalados. Por tanto, una eventual Declaración de los derechos de los campesinos incluye a los indígenas, lo que vendría a complementar la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas de 2007 y el Convenio 169 de la OIT de 1989, los que por sí mismos no protegen a todos los campesinos.

Debe saberse que el Proyecto de Declaración, en su versión más acabada hasta mayo de 2017, pero también en sus anteriores versiones, ha venido dejando subyacente la idea del campesino como sujeto pobre. De acuerdo a los debates y lo dicho en el preámbulo, el campesino no es cualquier sujeto productor, sino el productor pobre y el trabajador que depende de su fuerza de trabajo y que por tanto es también pobre. De esta definición quedan excluidos los grandes productores, los propietarios de grandes extensiones de tierra en otrora llamados latifundistas. Porque de hecho el latifundio continúa a pesar de que en países como México, estén disfrazados de límites máximos.[15] Esos límites son muy comúnmente rebasados por ser adscritos a diferentes miembros de la misma familia, cuando no de prestanombres. Esa es una de las grandes fisuras en los sistemas de limitación en la tenencia de la tierra.

Por ese sentido, los grandes acaparadores no pueden ser considerados campesinos, no hay puntos de comparación entre quienes tienen una dedicación material a las actividades agrícolas, en su gran mayoría de sobrevivencia, y entre quienes detentan la tierra como una empresa en la cual la producción se efectúa con mano de obra asalariada.

[15] Recordemos que, conforme al artículo 27 Constitucional y a la Ley Agraria, una persona puede tener 100 hectáreas en terrenos de riego o hasta 200 hectáreas en terrenos de temporal, 400 de agostadero y 800 ha. en terrenos de monte. Si las tierras se dedican a cultivos especiales, se pueden dar hasta 300 y 800 ha. de tipo forestal. Una misma familia puede multiplicar estas extensiones si son inscritas en diversos miembros.

Queda de manifiesto el carácter de *pobre* —el que considero resaltar— que ha sido, históricamente, un sello de los campesinos. Ni siquiera es viable ya señalar como una característica diferenciadora al campesino pobre de un campesino (dicho así simplemente) aparentemente no pobre, puesto que, prácticamente, todo campesino tiene carencias, lo que pone la fórmula a nivel de un pleonasmo. Lo que hay son personas dedicadas al campo que, por diferentes motivos tienen más ingresos unos que otros. Sólo por mencionar algunas causas: una familia campesina que la forman varios miembros con edad laboral, tiene más ingresos que una familia cuyo único miembro que aporta en dinero o en especie es un jefe de familia; lo es incluso una diferencia en el salario, puesto que eso no es igual en todos los espacios laborales. No obstante, la mayoría se encuentra en condiciones de pobreza por tener una o varias carencias, desde las alimentarias, que son las más básicas, hasta carencias patrimoniales, esto es, la falta de tenencia de bienes raíces, ya sea en tierras de cultivo, o simplemente de falta de predios para construir una vivienda propia. A eso hay que añadir otras necesidades fundamentales como servicios de salud, educación u otros bienes importantes para el ser humano actual, como medios de información, entre ellos a las nuevas tecnologías (TIC). Esto hace que el entorno del campesino sea, inexorablemente, un espacio de pobreza y desventaja frente a la población rural que es la que más ha progresado. Se estima que casi el 80% de la población rural de todo el mundo es pobre.[16]

A lo anterior hay que añadir el desvalor social de los que son víctimas. En efecto, ser campesino en muchos países —si no es que en todos— implica estar en lo más bajo de la escala social. Pocos lo dicen, pero muchos lo piensan, lo cierto es que en la opinión común, el trabajo al que menos se está dispuesto a dedicarse como un medio de vida es el de la producción agrícola y las demás actividades asociadas, como la ganadería, la silvicultura, la pesca, la caza y hasta el trabajo artesanal del mismo entorno. Esto explica en gran medida que los campesinos que migran a la ciudad, prefieren dedicarse a oficios más propios del ámbito urbano. Vueltos a sus comunidades en forma de visita periódica, hay una sensación de progreso con respecto a quien se mantiene en la labor de campo. Estas y otras son las razones por la que hay que considerar derechos diversos de los campesinos como especiales en conjunto con todos los demás que ya están en el llamado catálogo de los derechos humanos.

[16] Véase el documento *La alimentación y la agricultura en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. En: http://www.fao.org/sustainable-development-goals/goals/goal-1/es/.

Los derechos que se proponen en el proyecto de declaración son variados y acertados. Algunos de ellos son derechos especiales y específicos, pero algunos son sólo reafirmaciones de lo que ya se encuentran en diversos instrumentos internacionales que incluyen, declaraciones o convenciones que ya operan e incluso son vinculantes como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos del Niño. Hay que añadir otros instrumentos que, aunque carecen de valor vinculante, son indicativos, tales como los informes respecto del estado de la agricultura y la alimentación, así como el documento surgido de la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural, el Informe de la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural y la Carta del Campesino, estos últimos son documentos auspiciados por la Oficina de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

Sobre los derechos que se proyectan, difícilmente habría una discusión en sentido contrario debido a que el campesinado de cualquier parte del mundo requiere del listado de derechos que en el Proyecto se despliegan, entre los más importantes, los siguientes: *La igualdad y la no discriminación*, ya sea entre personas del mismo ámbito rural, como también entre los campesinos y sus familias en relación con las personas que no viven en este contexto. Destacan los *derechos de mujeres campesinas*, considerando que en el entorno rural es donde hay más desigualdad de género. La permanencia de prejuicios y estereotipos de desigualdad está presente con mayor incidencia en las zonas rurales que en las urbanas, y de ello, en donde mayor pobreza impera. Por eso, es una obligación de Estado, y sólo de él, promover políticas de igualdad que incluyan todas las instituciones que lleven hasta el ámbito rural la implementación de los programas respectivos para evitar cualquier forma de segregación y diferenciación negativa.

Por su parte, está también incluye el *derecho al desarrollo*, en este caso, con todo lo que implica la Declaración sobre el desarrollo de 1986, en cuyo ar-

tículo primero se señala que "es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales […]" Es un derecho amplio e integral con el que se deben concretar el reconocimiento y respeto de prácticamente todos los demás derechos humanos, tanto personales como colectivos. Conjuntamente con lo anterior, hay que mencionar la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social de 1969, en cuyo artículo 10 destaca como objetivos: la garantía de derecho al trabajo en todas sus categoría, la eliminación del hambre y la malnutrición y la eliminación de la pobreza, todas ellas asignaturas pendientes en el ámbito rural.[17]

Además de lo anterior, el proyecto contempla la ratificación de los derechos: a *la vida*, a *la libertad* y a *la seguridad de las personas*, especialmente en el contexto de represión que ha vivido el campesinado en muchos lugares. No es extraño que en países en vías de desarrollo los gobiernos conservadores, varios de ellos dictatoriales, han visto al campesino como un factor de oposición y un peligro para la estabilidad. De allí que hay muchos casos de represión estatal en contra de la población rural, tal vez al considerar que los movimientos revolucionarios han surgido precisamente en ese ámbito.

Se contempla también las libertades de: *circulación*, *pensamiento* y *expresión*, *asociación* y de *participación* cuando se trate de modelar programas y políticas públicas que afecten su tierra y sus actividades. A pesar de que existen contenidos jurídicos muy claros en las constituciones al respecto, se ha considerado importante reafirmar estos derechos en función de que la población campesina es a menudo desoída en sus propuestas y del reclamo de sus necesidades. Los conflictos en el campo tienen como elemento protagónico la disputa por la tierra —y muy pronto, por el agua—, que si se analizan a fondo, viene como resultado que esa problemática la ha causado el propio Estado al traslapar los repartos de tierra —en la época en que se hacía— o llevar a cabo beneficios corporativos conforme al mercado electoral.

Está presente el *derecho a la información*, por lo que se refiere a producción, comercialización y distribución de la producción; quiere decir, que es necesario poner a disposición del campesino y del trabajador rural toda la información referente acerca de los factores de riesgo que afecten a la produc-

[17] Ambas declaraciones fueron aprobadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

ción, la elaboración, la comercialización, la distribución de sus productos y en general, toda la actividad que realizan. Lo que se busca con esto es, precisamente, la disminución del riesgo en las actividades que dañen lo poco que el campesinado tiene.

El *acceso a la justicia* es otro derecho importante del Proyecto de Declaración. La población rural es la que menos nivel de educación tiene y eso repercute en la ignorancia de las formas de acceder a la justicia. Con este derecho se busca que accedan a todas las instancias jurisdiccionales para resolver de manera eficiente las controversias en las que se ven envueltos. Por supuesto que esos derechos se hacen extensivos a la asesoría jurídica, que puede ser la diferencia entre involucrarse o no en problemas judiciales.

El *derecho al trabajo* no podía faltar. Gran parte de la población rural, considerada campesina, trabaja como fuerza de trabajo asalariada. En la medida que las políticas de reforma agraria ya no prosperan, aumenta el nivel del jornal agrícola. Sean causas de falta de tierra en propiedad, o sea por conveniencia o necesidad, un alto porcentaje de campesinos trabajan como empleados, a los que hay que buscar, no sólo los derechos laborales de las leyes nacionales y los convenios internacionales promovidos por la Organización Internacional del Trabajo, sino que se considera importante reafirmar derechos laborales que promuevan la remuneración digna y suficiente, a la vez que impida el trabajo forzoso. Esto último no es banal si se toma en cuenta que la mayor parte del trabajo forzado o esclavitud laboral ocurre en el medio rural, razón por la que se ratifica la libertad de trabajo.

El *derecho a la seguridad y a la salud* son derechos relacionados al derecho al trabajo. Es muy frecuente que los trabajadores agrícolas carezcan de seguridad social y junto con ello de una falta importante de acceso a la atención a la salud. Muchas de estas carencias obedecen a la condición temporal de sus empleos o actividades, así como a la condición migratoria. El trabajo del campo requiere, en su mayoría, empleados estacionales, lo que genera una resistencia de los empleadores a inscribirlos en los sistemas de seguridad social. El proyecto de Declaración busca que, independientemente del tipo de trabajo y su duración, se tenga acceso a todos los derechos laborales. Ahora bien, el problema de la salud no sólo pasa por tener acceso a atención médica en clínicas y hospitales, sino a no ser expuestos con elementos de riesgo para la salud. Expresamente el artículo 14 establece que "Los campesinos y otras

personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a no utilizar productos agroquímicos o contaminantes agrícolas o industriales y a no exponerse a ellos". El uso de determinados productos dañinos para la salud, debe pasar por una decisión libre e informada del trabajador y, en caso de decidir trabajar con ellos, tener una atención oportuna que disminuya los efectos del riesgo.

El *derecho a la alimentación* y *a la soberanía alimentaria* son más que necesarios, aunque parezcan obvios. No se trata sólo de la aspiración de un país sino de un derecho individual y colectivo de los campesinos. Con el derecho a la alimentación se "incluye el derecho a producir alimentos y a tener una nutrición adecuada, lo que garantiza la posibilidad de disfrutar del máximo grado de desarrollo físico, emocional e intelectual". El derecho a la alimentación, también se refiere a no sufrir hambre. Hay que recordar, según datos de la FAO, que 815 millones de personas padecen hambre, a pesar de que hay suficiente potencial para alimentar satisfactoriamente a toda la población del mundo. Esta cifra ha aumenta respecto del año 2015, en la que se registraron 777 millones de personas con hambre.[18] De esto viene otro objetivo y a su vez prerrogativa, según se señala en el artículo 15 del Proyecto de Declaración: "La soberanía alimentaria es el derecho de los pueblos a una alimentación saludable y culturalmente apropiada, producida mediante métodos socialmente justos que tengan en cuenta consideraciones ecológicas". Este derecho también surge a partir de la malnutrición existente que alcanza, según la FAO, hasta 1561.5 millones de personas en el mundo.[19] Es por eso que los Estados y los organismos internacionales deben enfocar sus esfuerzos, no sólo a combatir el hambre, sino también la malnutrición que trae males como la inanición, la anemia, sobrepeso y obesidad.

Otro de los derechos que se hacen presentes es el acceso a *ingreso* y *medios de vida dignos*, así como a los medios de producción. No es menor la importancia de llegar a considerar lo anterior como derechos humanos, si acaso se toma en cuenta que los campesinos y los trabajadores rurales deben percibir ingresos suficientes que garanticen una vida digna. No se trata sólo del salario, sino de ingresos que provienen de actividades comerciales, muchas veces complementarias o simplemente alternativas. Para producir, es necesa-

[18] Afirmación categórica de la FAO en el Informe "El Estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2017", en http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/es/.

[19] Tan sólo en México, la FAO estima hasta 2017 que hay 5.4 millones de personas malnutridas. En http://www.fao.org/faostat/es/#country/138.

rio tener acceso a "las herramientas de producción, la asistencia técnica, los créditos, los seguros y otros servicios financieros". En caso de tener necesidad de acceder a los mercados locales o regionales para vender sus productos, deben hacerlo a precios justos que garanticen ingresos dignos. Recordemos que el intermediarismo es uno de los fenómenos que más afectan a los campesinos productores, a quienes se les pagan precios irrisorios como efecto de que los agentes intermediarios ganen, bajo el absurdo de que el intermediario llega a ganar más que el productor. Es por eso que también se hace mención, en el artículo 16, que los productores deben tener acceso directo a los consumidores.

No podía faltar el *derecho al medio ambiente seguro, limpio y saludab*le, con el objetivo de que los campesinos no sufran contaminación en el entorno en que se desenvuelven mediante materiales peligrosos que se viertan en sus tierras. Asimismo, se considera un daño a los campesinos los efectos nocivos del cambio climático, por razones evidentes, como son las sequías, las heladas, las inundaciones u otros fenómenos que tienen su causa directa en el calentamiento global.

El *derecho a las semillas*, es una de las contribuciones más importantes del Proyecto de Declaración. Consiste en proteger a los campesinos respecto de los conocimientos tradicionales y las semillas que se han obtenido de ese conocimiento. Se añade en este derecho la participación "en la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos". Esta mención mucho se relaciona con la complicada discusión que existe respecto de la aplicación de semillas transgénicas que están socavando los métodos de producción y alterando los productos obtenidos. Esta aplicación de semillas genéticamente modificada no debe pasar por alto la información fidedigna que deben tener los campesinos, incluyendo la obtención de beneficios por su aprobación y, en su caso, a ser respetados en no modificar las semillas utilizadas tradicionalmente en sus cultivos.

Vinculados a este derecho surge el relativo a *la biodiversidad*, conforme al cual los campesinos "tienen derecho a mantener sus sistemas tradicionales de agricultura, pastoreo y agroecología de los que dependen su subsistencia y la renovación de la biodiversidad agrícola", pero también en la pesca y en la ganadería. Este se relaciona a otros instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica,[20] según el cual, uno de los objetivos

[20] Instrumento que fue puesto a firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

es "la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos […]" por lo que es importante que los campesinos sean garantes de la preservación de la biodiversidad biológica de la que pueden ser altamente favorecidos.

El derecho a *la vivienda digna* aparece en el Proyecto, no en el sentido de asegurar fuentes de financiamiento para que los campesinos y los trabajadores en zonas rurales accedan a la vivienda, sino a no ser perturbados de ellas. Entra aquí el tema de los desplazamientos forzados debido a que muchas comunidades indígenas se ven removidas de sus hogares por la ejecución de obras de desarrollo. Muchos de estos desplazamientos son realizados por la fuerza y sin su consentimiento mediante actos de amenaza o por coacción directa. Es aquí, donde entre el derecho a no ser desalojados contra su voluntad; más en caso de ser inevitable por causas de seguridad, "el Estado debe proporcionar o garantizar una indemnización justa y equitativa por las pérdidas materiales o de otro tipo", según establece el artículo 24. Lo que se busca es que exista, en su caso, un reasentamiento "[…] a otra vivienda que reúna los requisitos de adecuación, es decir, la facilidad de acceso, asequibilidad, habitabilidad, seguridad de la tenencia, adecuación cultural, adecuación del emplazamiento y el acceso a derechos esenciales como la salud, la educación y el agua". En este caso, no sólo se trata de darles condiciones iguales a las que tenían antes del reasentamiento, sino de mejorar sus condiciones en caso de haber tenido carencias.

El derecho a *la educación y a la formación*, no podían faltar. No se trata sólo de tener acceso a la escuela, sino de ser acreedores de una formación que tome en cuenta "el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades prácticas de esas personas, e incorporarán su historia, sus conocimientos y su sistema de valores". El artículo 25 es muy puntual respecto de las aspiraciones y las necesidades del entorno rural. Establece que "Los programas de formación deben comprender temas como, por ejemplo, la mejora de la productividad, la comercialización y la capacidad para hacer frente a las plagas, los patógenos, las perturbaciones del sistema, los efectos de los productos químicos, el cambio climático y los fenómenos meteorológicos conexos". Se trata de una educación no sólo para dar conocimiento en general, sino para aportar conocimiento especial respecto de necesidades propias del entorno que a su vez ayude a solventar los problemas a los que se enfrentan cotidianamente.

En cuanto a los *derechos culturales* y *ejercicio de conocimientos tradicionales*, se puede decir que se reafirma o el espíritu del Convenio 169 de la OIT, aunque se extienden los derecho para los campesinos y los trabajadores en zonas rurales que no tengan precisamente una identidad indígena. En este sentido, "tienen derecho a preservar, expresar, controlar, proteger y desarrollar sus conocimientos tradicionales, como la forma de vida, los métodos de producción o la tecnología o las costumbres y la tradición". No es nimia la importancia de señalar que la modernidad global que hoy inunda a todo el mundo impone estereotipos de progreso a partir de "superar rezagos", es decir, de mantener formas de vida tradicionales. Permanecer en estos estilos es un indicador de atraso, a lo que muchos gobernantes partidarios de la globalización, entienden la transformación de todo, aun de la cultura misma de los pueblos, pensando en *progreso*, pero actuando con discriminación. Es por ello contradictorio querer cambiar los métodos de producción y de vida del campo, pero a la vez, defendiendo la lengua y las tradiciones. Todo es integral y son los mismos campesinos, en lo individual y en lo colectivo quienes deciden mantenerse o asimilarse, no debe ser inducido ni forzado. Por tal razón, es necesario evitar la discriminación, que en este caso no quiere decir que no se acepte la cultura de los campesinos, sino que se conviva con ella y no se piense que esos modos de vida son inferiores. Debemos saber que, a menudo, los citadinos no hablamos mal de lo rural y lo indígena, pero en nuestra mentalidad subyace el concepto de inferioridad de sus actitudes, lo que genera en todos sentidos, un obstáculo para la superación de la discriminación. Este es, precisamente, el espíritu del artículo 26 del Proyecto de Declaración.

IV. La Reforma Agraria como un derecho humano

En el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Campesinos no podía faltar el *derecho a la tierra* y otros recursos como el agua y su saneamiento. Y por su importancia, he preferido dejar al final este derecho, puesto que es, sin duda, el más controvertido, que no es sólo un derecho en sí mismo, sino que es, a su vez, transversal en todo el documento que permanece en discusión. ¿Qué son los derechos de los campesinos y de los trabajadores de campo sin el derecho a la tierra? Digamos que "la articulación de un derecho a la tierra se percibe como una manera de impulsar la protección y la promoción de una cuestión social clave: el reconocimiento de que

las poblaciones locales tienen derecho al uso, la propiedad y el control de los desarrollos realizados en sus propias tierras. Los derechos sobre la tierra no sólo tienen un impacto directo sobre los derechos de propiedad individual, son también esenciales para la justicia social".[21]

Para lo anterior, debemos tomar en cuenta que la población rural no sólo vive de los productos que cultiva, sino de la recolección de especies de flora y fauna que complementan, culturalmente, su dieta o coadyuvan a buscar formas alternativas de carácter sanitario. Por gusto, necesidad, tradición o todas, los campesinos buscan alternativas no onerosas para sobrevivir o complementar su sustento; por ese motivo, no hay razón para negar el acceso a los recursos naturales de los que tienen alcance. Entre los recursos más importantes está el acceso a la tierra. Según el artículo 17 del Proyecto de Declaración: "Los campesinos y otras personas que viven en zonas rurales tienen derecho, individual y colectivamente, a las tierras, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos y los bosques que necesitan para alcanzar un nivel de vida adecuado […]".

La tierra no lo es todo, pero sí es esencial en todo proceso productivo de las zonas rurales. A pesar de que pueda parecer obsoleto hablar de reparto agrario, el Proyecto de Declaración hace presente este derecho, lo que lo elevaría a rango de derecho humano. Y es que no existe otra forma de dar certeza al vínculo del campesino con la tierra, sino haciéndolo tenedor de ella. Esa es la razón por la que se señala en el punto 6 del mismo artículo 17 lo siguiente:

> Los Estados llevarán a cabo reformas agrarias redistributivas para facilitar el acceso amplio y equitativo a la tierra y otros recursos naturales utilizados en sus actividades y necesarios para disfrutar de condiciones de vida adecuadas, en particular de los jóvenes y las personas sin tierra, y para promover un desarrollo rural inclusivo. Las reformas redistributivas deben garantizar a hombres y mujeres el acceso a la tierra, las pesquerías y los bosques en condiciones de igualdad, y limitar la concentración y el control excesivos de la tierra, teniendo en cuenta su función social.

[21] Jérémie Gilbert, "Derecho a la tierra como derecho humano: Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra" en *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Sao Paulo, vol. 10, núm. 18, dic. 2013, p. 125.

Es muy claro el instrumento propuesto y tal vez esta sea una de las razones por las cuales no se ha aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Muchos países tienen especial resistencia por los intereses que pueden afectar y, en consecuencia, no han aplicado políticas de reparto y otros, como México, las han cancelado. Mucho antes de que se aplicara en 1992 lo que se consideró una "contrarreforma agraria",[22] había surgido la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural con una Declaración de Principios y una Carta del Campesino, en cuyo contenido se reafirmaba la necesidad de aplicar y fomentar —en sus respectivos casos— políticas de reforma agraria que significaban reparto a quienes vivieran en el campo y de él. Esta idea imperó en muchos teóricos de la reforma agraria, como así lo señala el Informe del Seminario Latinoamericano sobre Reforma Agraria y Colonización, celebrado en Chiclayo, Perú, en 1971, en el que participaron varios conocedores del tema de diversos países Se concluía que "la reforma agraria es un proceso y no sólo un acto legal y económico o social. Como tal, está abocado, a profundos y constantes reajustes dentro de un contexto político muy dinámico que obedezca a metas concretas […]".[23]

Eso indica que nuestro país, con la cancelación del reparto agrario ha actuado en contra de lo que se recomienda en las discusiones de tipo internacional, que ven en las políticas de reforma agraria un método de minimizar la pobreza y la desigualdad. Por consiguiente, si las políticas de reparto luchan por la disminución de ambos flagelos, entonces es un indicativo que debe ser considerado como un derecho humano de tipo específico, que puede venir, como todos los demás derechos de esta clase, del ámbito internacional y que se cristaliza hasta que surgen convenios para su firma y ratificación.

> Por lo general, los derechos de propiedad relativos a la tierra se conciben sin tener en cuenta los derechos humanos. Sin embargo, se trata de una cuestión esencial ya que los derechos relativos a la tierra tienen un impacto real sobre el disfrute del derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al trabajo, a un medio ambiente saludable, al desarrollo […] y sin acceso a la tierra, muchos pueblos

[22] *Vid*, David Chacón, "Hacia la contrareforma agraria", en David Chacón y Francis Mestries. *Debate sobre las reformas al agro mexicano*, México, UAM Azcapotzalco, 1993, p. 59 y ss.

[23] Editado por Jorge Martínez Ríos, *Seminario latinoamericano sobre reforma agraria y colonización*, México, UNAM, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1975, p. 29.

> o comunidades están privados de sus medios de subsistencia, como puede observarse un poco por todo el mundo.[24]

El espíritu de esos instrumentos todavía no vinculantes, que reivindican derechos del campesinado, va encaminado a fundamentar el desarrollo y progreso de la población rural en el acceso, prioritariamente como propietarios, de la tierra y demás recursos adyacentes como el agua. Es en ese sentido que ahora puede acusarse como violatorio de derechos humanos, tanto la privatización de los recursos hídricos en detrimento de los pequeños productores, tanto como de la permisión de la concentración de la tierra en latifundios modernos.

Sin duda alguna el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Campesinos resultará un instrumento casi completo, a excepción de que la garantía del acceso a la tierra es un tanto tibio. Al respecto, debemos ser más puntuales en el sentido de que se busca que quienes ya sean propietarios o poseedores tengan la seguridad jurídica de que no serían confiscados o despojados, o en su caso, se les debe restituir. Empero, para los campesinos que no tengan tierras, la obligación del Estado de desplegar una política de reforma agraria o de reparto debe ser más contundente y aparecer en un orden primario y prioritario de la posible Declaración.

En el artículo 17, en el punto 6, se menciona sin estridencias ni expresiones enfáticas que:

> Los Estados llevarán a cabo reformas agrarias redistributivas para facilitar el acceso amplio y equitativo a la tierra y otros recursos naturales utilizados en sus actividades y necesarios para disfrutar de condiciones de vida adecuadas, en particular de los jóvenes y las personas sin tierra, y para promover un desarrollo rural inclusivo. Las reformas redistributivas deben garantizar a hombres y mujeres el acceso a la tierra, las pesquerías y los bosques en condiciones de igualdad, y limitar la concentración y el control excesivos de la tierra, teniendo en cuenta su **función social**. Debe darse prioridad a los campesinos y otros trabajadores rurales sin tierras y a los pequeños

[24] Milena Kobler y Margot Lourdel, *Derecho a la tierra*, (Trad.) de María Josep Parés, Ginebra, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2014, p. 3.

pescadores en la asignación de tierras, pesquerías y bosques de titularidad pública.[25]

Considero que este es el punto más intenso de la Declaración, el cual no establece cómo se obligaría a los estados a desplegar una política de reparto de tierras con base en la función social. Queda también en la vaguedad el incumplimiento de la obligación de repartir tierras a los campesinos que carezcan de ellas.

El Proyecto de Declaración, en su artículo segundo menciona las obligaciones de los estados respecto de los derechos de los campesinos, no obstante, no se menciona el diseño y ejecución de una política de reforma agraria. Considero que es de gran trascendencia la redistribución de la tierra en virtud de haberse dado, aún en países donde hubo reforma agraria, un nuevo proceso de acumulación de la tierra. Además, el abandono de grandes superficies es suficiente motivo para redistribuirlas, lo que daría vida al principio de la función social de la propiedad conforme al cual, quien no la utilice por no necesitarla, debe hacerse a un lado para que la usen quienes la necesiten, en este caso, justamente los campesinos. Este es el sentido de la función social de la propiedad, según la cual, "los bienes no quedan al capricho del poder público en contra del tenedor; tampoco debilita la propiedad privada que tanto fue defendida por el derecho natural". Lo anterior, siguiendo las concepciones de Léon Duguit,[26] se busca con ello que la tierra esté siempre produciendo, lo que traería beneficios importantes a la economía nacional, regional y familiar.

La base de los derechos de cualquier campesino es el acceso en propiedad a la tierra. De no ser posible entran en función otros derechos, como los laborales; sin embargo, el trabajo asalariado en el campo no es el objetivo del campesinado. De siempre, aún en diversos modos de producción, la tenencia de la tierra asegurada ha sido la motivación de la dedicación a la agricultura y a las actividades asociadas al ámbito rural. Pero no basta con que se tenga acceso a algún tipo de propiedad o posesión de la tierra, el complemento viene con el acceso a medios de apoyo para hacer efectiva la producción de la parcela propia, por ejemplo, los créditos y diversos apoyos técnicos y tecnológicos.

[25] El destacado es mío.

[26] David Chacón, "La propiedad social en México, ¿vuelta a la función social para resolver la crisis del agro?", en *Revista Estudios Agrarios*, núm. 55-56, México, Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, Procuraduría Agraria, 2014, p. 80.

En ese renglón, el Proyecto de Declaración es preciso, así como en intentar preveer futuras circunstancias. Esto es, las cuestiones relacionadas al acceso de recursos naturales del entorno y lo medioambientales. Propietarios o no, el campesinado requiere de tener reconocidos y garantizados derechos que produzcan bienestar. De todos ellos, junto con la propiedad de una parcela, estaría el derecho al agua y su saneamiento. Sabemos que la tierra no produce sola, sobre todo si en donde se encuentra no se da un buen nivel de precipitación pluvial. Por tanto, ahora que la tecnología se ha desarrollado de modo importante, las obras hidráulicas son más factibles, por lo que, el suministro de aguas es el segundo plano más importante de todos los derechos que se reclaman.

Y es que el Proyecto de Declaración es justamente eso, una serie de reclamos que, al no estar garantizados en el ámbito nacional, buscan forjar, desde lo internacional, su ingreso en el orden jurídico en virtud de ser declarados derechos humanos y, a partir de allí, presionar a los gobiernos a reconocerlos.

La Declaración de los Derechos de los Campesinos es muy probable. Pero debemos recordar que se trata de un instrumento no vinculante, al menos un referente para que tome la ruta de una probable Convención, que es a lo que las organizaciones internacionales dirigen sus objetivos; un instrumento que sea de obligatorio cumplimiento para los países que la firmen y la ratifiquen.

El camino es largo y, por lo pronto, la ruta está trazada. Lo primero es conseguir la Declaración, lo segundo es enfilarse a la creación de un Convenio, lo tercero será convencer a los gobiernos de que adopten la Convención. Esta última parte es la más difícil puesto que implica múltiples esfuerzos financieros y políticos para reestructurar el campo, la producción agrícola y el bienestar de la población que a ello se dedican. Implica poner un freno a los procesos de concentración de la tierra y de la riqueza en la estructura agraria, algo que los gobiernos no siempre están dispuestos a llevar acabo, evitando con ello la molestia de las empresas que detentan las grandes plantaciones.

Mientras los instrumentos no surjan y se materialicen, los derechos humanos de los campesinos son posibles en la formalidad pero muy difíciles en lo concreto.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Ballesteros, Jesús. "Elementos constitutivos de los derechos humanos". En: Megías Quirós, José Justo (Coord.). *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos del siglo XXI*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006. Norberto Bobbio. *Igualdad y Libertad*. Barcelona, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

Borrerro García, Camilo. *Derechos Humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión*. Bogotá, CINEP, Fundación Centro de Investigación y Educación Popular, año s.d.

Cebeira Moro, Ana. "Pluralismo Jurídico y Derechos vivo: la concepción sociológica del Ehrlich". En: Nuria Belloso Martín y Alfonso De Julios-campuzano (coords.). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid, Editorial Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2008.

Chacón, David. "Hacia la contrareforma agraria". En: David Chacón y Francis Mestries. *Debate sobre las reformas al agro mexicano*. México, UAM Azcapotzalco, 1993.

_____. "La propiedad social en México, ¿vuelta a la función social para resolver la crisis del agro?" En: *Revista Estudios Agrarios*. Núms. 55 y 56, México, Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, Procuraduría Agraria, 2014.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Trad.), Andrés Ibáñez, 4a. Ed., Madrid, Editorial Trotta, 2004.

Gómez Morante, Juan. "Vocablo igualitarismo". En *Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales*. Vol. II, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1975.

Gutelman, Michel. *Capitalismo y reforma agraria en México*. 6a Edición, México, Ediciones Era, 1980.

Kobler, Milena y Lourdel, Margot. *Derecho a la Tierra*. (Trad.), de María Josep Parés, Ginebra, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2014.

Kymlicka, Will. *La política vernácula. Nacionalismo multiculturalismo y ciudadanía*. (Trad.), de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Barcelona, Paidós, 2003.

Martínez Ríos, Jorge. *Seminario latinoamericano sobre reforma agraria y colonización*. México, UNAM, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1975.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. 2a. Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Russo, Eduardo Ángel. *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*. Buenos Aires, EUDEBA, 1999.

Electrónicas

http://www.eurovia.org/wp-content/uploads/2018/02/ECVC-FIAN-Peasants-Rights_2018_ES_Info-Note.pdf.

http://www.cetim.ch/derechos-para-los-campesinos/.

https://viacampesina.org/es/una-declaracion-de-los-derechos-campesinos/.

La alimentación y la agricultura en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En http://www.fao.org/sustainable-development-goals/goals/goal-1/es/.

Informe *El Estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2017*. En http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/es/.

http://www.fao.org/faostat/es/#country/138.

Hemerográficas

Gilbert, Jérémie. "Derecho a la Tierra como Derecho Humano: Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra". En: *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo, vol. 10, núm. 18, dic. 2013.

Una perspectiva de la investigación de la justicia alternativa en el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco

Luis Figueroa Díaz*

Resumen:

El artículo ofrece una perspectiva general y particular de la investigación, y un acercamiento doctrinal en el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco de la justicia alternativa, destacando algunos de los aspectos que permiten considerarla como un paradigma de cambio con sentido interdisciplinario, crítico y con postulados teóricos propios.

Abstract:

The article offers a general and particular perspective of the investigation and a doctrinal approach in the Department of Law of the UAM Azcapotzalco of alternative justice, highlighting some of the aspects that allow to consider it as a paradigm of change with an interdisciplinary and critical sense and with their own theoretical postulates.

Sumario: Preámbulo / I. Hipótesis de estudio en esta perspectiva de la justicia alternativa / II. Breves consideraciones de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde esta perspectiva de investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco / III, Somera perspectiva del uso de la justicia alternativa en México / IV Conclusiones / Fuentes de consulta

* Mtro. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

Preámbulo

En los últimos años el estudio de la justicia alternativa[1] ha desarrollado diversas rutas de investigación nutridas por el enfoque conceptual y analítico propio del método interdisciplinario que se ofrece en la investigación de la Universidad Autónoma Metropolitana-Departamento de Derecho.

Al respecto, existe un importante debate doctrinal sobre lo que significa la justicia alternativa, donde para la conceptualización que reflejan los principios filosóficos de la justicia restaurativa, la que considera todos aquellos procedimientos distintos al proceso jurisdiccional cuyo objetivo es llegar a un acuerdo entre las partes, y cuyo documento final tiene la característica de cosa juzgada.[2]

Sin embargo, para otras posturas se le considera como un conjunto de mecanismos de solución de conflictos individuales que tienen en común que no se sometan a la justicia formal o llamada también tradicional y cuya vocación consiste incluso en evitarlo y por tanto esos medios alternativos de solución de conflictos son no tradicionales, distintos al Poder Judicial, dando solución al conflicto entre las partes ya sea por una negociación u acuerdo donde intervenga un tercero, ya sea mediante la intervención de este en el arbitraje o la conciliación.[3]

En nuestro país adquiere este debate, así, un impulso renovador ante el grave deterioro del estado de derecho y de la función de los tribunales, pero también debemos considerar que ya desde hace muchas décadas, particularmente en los Estados Unidos de Norteamérica, viene practicándose una reducción de la operatividad de la justicia pública a través del *Alternative Dispute Resolution (ADR)* que agrupa formas de solución o arreglo de litigios que se ubican fuera de la jurisdicción estatal y llamándola justicia privada.[4] Así, por ejem-

[1] En la noción de justicia alternativa tomemos en consideración, como señala Jhon Rawls que la teoría particular sobre las condiciones formales de lo justo radican en cómo las condiciones formales se derivan de la misión que tiene la justicia de resolver las demandas que las personas se hacen una a otras y sus instituciones. Y que dicha teoría ha de tener principios generales puesto que "incluso si una persona puede conseguir el acuerdo de otras, no sabrá cómo elaborar principios que le sean ventajosos" (Ver Jhon Rawls, *Teoría de la justicia,* México, FCE, 2015, pp. 130-131.

[2] Erika Bardales Lazcano, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa,* México, Flores editor y distribuidor, 2011, p. 95.

[3] Oscar Peña González, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos, teoría y práctica*, México, Flores editor y distribuidor, 2010, pp. 39-40.

[4] Julio Cabrera Dircio, *Estado y justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional,* México, ediciones Coyoacán, p. 8.

plo, en el derecho positivo mexicano se le refleja como "procedimientos distintos a los jurisdiccionales para la solución de conflictos entre particulares".[5]

Por ello, ante este significativo contexto académico y formal, es objetivo de este trabajo el sumar algunos elementos que permitan mostrar una perspectiva de la investigación de la justicia alternativa en el Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

Asimismo, aprovechamos la ocasión de que la revista *Alegatos* del Departamento de Derecho de la antes señalada institución, cumple su número 100 para reiterar características, elementos, y explicaciones que ya hemos sistematizado en otras tantos trabajos que sobre el tema han sido ofrecidos al lector en la propia revista pero que nos parece es oportuno volver a ellos en función de que este número 100 nos permite recrear una de las perspectivas de investigación propia de la UAM en función de su proyecto de educación superior.

Los productos de estos análisis han sido publicados en lo particular en números[6] que integran parte de la ya amplia colección *Alegatos*.

Abundando, en cada uno de ellos, la lectura de las reformas al artículo 17 constitucional, párrafos tercero y quinto mexicano que establece en el máximo nivel de la pirámide jurídica la incorporación de los medios alternos de solución de controversias (MASC) en las leyes secundarias del país nos ha permitido constatar que la fórmula general no es restrictiva, ni debe asumirse desde una supuesta síntesis acabada de la relación tradicional entre la teoría de la justicia jurisdiccional de los tribunales y la teoría de la autocomposición negociadora, dado que a la letra en ella se lee:

> Artículo 17… "Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. […]
>
> Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial […].

[5] Ver *Ley de justicia alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal,* Artículo 2 fracción VIII.

[6] Ver revista *Alegatos* en sus números 47/48, 50, 62, 68/69, 76 y 88.

A partir de esta consideración, asumimos que la expansión legislativa que se ha producido en México a partir de la Ley de Justicia Alternativa para el estado de Quintana Roo de finales del año 1997 y que abarca hoy día prácticamente a todos los estados de la federación, amén de las sendas legislaciones que sobre los MASC en particular son aplicables a la materia penal; constituyen una primera etapa de la construcción de un régimen sobre la justicia alternativa en México.

Esta primera etapa de construcción no debe ser así vista como una dicotomía donde la justicia alternativa y justicia ordinaria se contraponen y tienen por finalidad imponerse una a la otra.

Por ello, en lo general debemos considerarle como una visión y opción real para alcanzar la justicia desde otra perspectiva, donde el principio general fundamental radica en la voluntad de las partes.[7]

Abundando sobre ello, en el presente siglo, en concreto los MASC han arraigado en México como un núcleo de conocimiento que ya no es factible desmembrar en función de las viejas concepciones de las figuras jurídicas de la conciliación, la transacción, el arbitraje o la mediación, y que por tanto, asumen un desarrollo doctrinal de lo "alternativo" hacia lo paralelo, hacia la creación de formulados jurídicos que permitan la conexión de un modelo de justicia adversarial y un modelo de justicia no adversarial, siendo este último distintivo e identificado en la cultura de paz.

Esto es lo que consideramos será el siguiente paso necesario en la instrumentación de ese régimen de la justicia alternativa, para lo cual, como indicamos, es menester ahondar en su interpretación académica y funcional. A nosotros, pensamos, nos corresponde la labor académica y conceptual y para ello, estamos ciertos, que contamos con el generoso espacio que proporciona la revista *alegatos* del Departamento de Derecho.

Finalmente, para cerrar este preámbulo, aspiramos a que esta perspectiva de línea de investigación que explicamos y donde modestamente deseamos contribuir a celebrar el número 100 de la revista *Alegatos*, motive a que otros investigadores y estudiosos de la UAM aborden esta temática sobre la justicia alternativa y contribuyan a ese régimen desde una perspectiva de investiga-

[7] Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steelee Garza, *Métodos alternativos de solución de conflictos,* México, editorial Oxford, 2012, p. 4.

ción más cercana a lo autocrítico, a lo humano, a lo social y alejado del rigor positivista que en ocasiones prevalece en los análisis doctrinales del derecho.

I. Hipótesis de estudio en esta perspectiva de la justicia alternativa

Así, expuesto el objetivo de este trabajo desde la perspectiva de estudio de la justicia alternativa, esta nos ofrece una primera línea de investigación particular que se concibe a partir de que su génesis ha sido producto de una gradual crisis de los sistemas de impartición de justicia tradicionales, es decir, por tal, en este trabajo entendemos a los que se integran mediante el *desiderátum* de la jurisdicción con la presencia adversarial de las partes y el juez.

Esta problemática gradual de la crisis de la justicia de los tribunales, desde nuestra opinión, es resultado de multifactores que, en lo general, bien pueden ser considerados todos ellos en un contexto de desgaste y de la inaplicabilidad del estado de derecho, así como por la escalada de violencia que se ha generado en el país; aspectos que han tenido una influencia negativa en la manera de percibir por el ciudadano el acceso y la impartición de la justicia tradicional.

Algunos de estos factores se ubican en grandes rubros relacionados con la igualdad ante la comparecencia de los ciudadanos en los tribunales, la falta de asignación del personal de justicia a partir de concursos de oposición, la separación funcionalmente óptima de las responsabilidades administrativas y jurisdiccionales, la autonomía de la función judicial y de los recursos asignados, el agotamiento del monopolio estatal judicial como función exclusiva del Estado, entre otros muchos.[8]

De esta manera, derivado de estos análisis, una segunda línea de investigación propone que estamos en presencia de una rama del derecho aparentemente ligada al derecho procesal pero que tiende a separarse de el en vista de un elemento emergente relacionado con su tendencia a ser un paradigma

[8] Estos aspectos han sido analizados en el trabajo; "El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano", revista *Fuentes Humanísticas*, UAM-Azcapotzalco, número 44, 2012, en colaboración con la Maestra Diana Margarita Magaña Hernández.

de cambio, es decir, la utilización de los viejos y nuevos medios alternos de solución de conflictos a partir de una caracterización innovadora.[9]

El hecho de ubicar a la justicia alternativa y los MASC en ella como paradigmas emergentes nos conduce necesariamente a avanzar sobre otra línea de conocimiento revolucionaria, en el sentido de que es un modelo que comienza a ser aceptado cada vez más por los estudiosos y juristas y que se le mira ya a través del consenso académico con cualidades y principios generales propios.

Sobre este particular en el trabajo "la enseñanza del derecho y los medios alternos de solución de controversias"[10] expusimos que desde la perspectiva científica del modelo UAM, la justicia alternativa plantea un ajuste en la forma de comprender la funcionalidad del derecho y de las normas jurídicas, atendiendo a la crítica de los modelos positivistas en los que está ausente el problema de la eticidad del derecho; por lo que aparece como elemento común sobresaliente, un sentido de ejercicio de la intersubjetividad.

Al respecto de ese elemento de la intersubjetividad, aún en el medio de los estudios ortodoxos se cuestiona si el modelo es para solucionar controversias, es decir, asuntos ya planteados en la *litis* o es más amplio, como un esquema que se aborde no sólo dentro sino fuera de lo controversial y donde la solución tenga un efecto cuyo alcance jurídico sea tan definitivo como si se tratara de una sentencia, y tomando en cuenta que ocurre en ellos una transferencia de aprendizaje donde se desarrollan habilidades comunicativas y elementos distintos al planteamiento de posturas y alegatos en un juicio.

Tal como señala Pascual Hernández Mergoldd:

> El litigio no parece ser la solución para una buena parte de los problemas legales. Los procesos globalizadores nos demuestran que el tráfico jurídico ha adquirido tal velocidad y complejidad, que las herramientas clásicas del Estado Moderno, como lo es el proceso judicial, ya no responden de manera tan efectiva como lo hicieron en el

[9] Para otros pensadores, la justicia alternativa y los MASC son una forma de fortalecer el sistema judicial, dado que tienen como fin reducir la carga judicial y hacer más eficaz los servicios judiciales y por tanto no tienden a privatizar la justicia. (Ver el interesante estudio de Oscar Peña González, *Mediación y conciliación judicial,* México, editorial Flores editor y distribuidor, 2010, p. 62.

[10] Ver el trabajo del autor "La enseñanza del derecho y los medios alternos de solución de controversias" en revista *Alegatos*, núm. 76, septiembre-diciembre 2010, pp. 787-801.

siglo XIX y XX, para alejar los conflictos jurídicos entra las personas.[11]

Así, la validez de un modelo paradigmático es sostenible desde la perspectiva teórica y académica porque supone el revisionismo del modelo de los tribunales y contribuye a su modificación ante un esquema de realismo jurídico.

Además, tiene un sentido de paradigma porque plantea un cambio en la enseñanza y aprendizaje de ese modelo de justicia, al producir en las nuevas generaciones de juristas y abogados en México la necesidad de desarrollar habilidades específicas en el terreno de la justicia alternativa y de los MASC.[12]

Por esto último una ruta de investigación más, que hemos explicado y analizado a lo largo de las contribuciones a la revista *Alegatos* sobre el tema, nos llevan a otra hipótesis, que adquiere sentido mediante la construcción doctrinal y epistemológica autónoma y propia de la justicia alternativa, esto es, que a partir de ciertos principios generales a de surgir en algún momento una nueva rama del derecho mexicano.

La Constitución mexicana, en un sentido amplio, deriva esta hipótesis si consideramos que el contenido del artículo 17 párrafo quinto se refiere a llevar a cabo una incorporación de los MASC en todas y cada una de las leyes sin distinguirla en apartados o ramas del derecho, aun cuando tiene una importante excepción cuando se refiere y califica al derecho penal mexicano.[13]

En síntesis, por todas estas líneas de investigación e hipótesis principales y secundarias es que sostenemos que la calificación y desarrollo en México de una "justicia alternativa" nos parece aún materia de revisión pues no refleja cabalmente el sentido y alcance que emergen de ciertos principios generales de esa justicia.

[11] Ver *Once años de mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,* México, TSJDF, 2014, p. 8.

[12] Este reto, por otra parte, ha sido asumido por el Departamento de Derecho en el plan de estudios de su maestría al incluir una asignatura sobre los MASC en su tronco general y a la cual hemos contribuido con contenidos y reflexión académica bajo la dirección de su coordinador Dr. Carlos H. Durand Alcántara.

[13] Al respecto, en el número 62 de la revista *Alegatos*, enero-abril del 2006, pp. 73-86, se presentó el trabajo "*Reflexiones en torno de algunos aspectos de la regulación jurídica de la mediación en México",* donde expusimos que la autocomposición alcanza un sentido de etapa superior cuando el mediador sólo tiene una función de conducir un procedimiento adecuado, más no inducir, ni provocar un resultado particular, por lo que si esa forma de solucionar los conflictos se aleja de la instancia judicial alcanza una verdadera autonomía.

Para ello nos auxiliamos del marco metodológico que nos proporciona John Rawls, y donde podemos leer a propósito del estudio de algunos de los principios de la justicia que:

> Por supuesto, no es necesario suponer que en la vida cotidiana las personas no hacen sacrificios importantes unas por otras, ya que, por el contrario, los hacen a menudo movidas por el afecto y por vínculos sentimentales. No obstante, tales acciones no son exigidas por motivos de justicia por la estructura básica de la sociedad.
>
> Además, el reconocimiento público de los dos principios de justicia da un mayor apoyo al respeto que los hombres se tienen a sí mismos, lo que a su vez repercute aumentando la eficacia de la cooperación social. Es claramente racional para los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización.[14]

Por consiguiente, relacionar a la justicia alternativa con los planteamientos de Rawls, es porque sostenemos que en el fondo de estos argumentos radica una concepción de la justicia como equidad, donde los principios de libertad e igualdad tienen una nueva expresión en la necesidad de crear medios redistributivos que coadyuben al mejoramiento y bienestar de las personas.

La justicia alternativa se basa en la eticidad, en la cultura de paz y la intersubjetividad puesto que advierten sobre la urgente necesidad de que en México no sólo se dé el acceso de los ciudadanos a procesos imparciales, sino con un renovado sentido del bien común, y por ello el sentido de justicia de Rawls sostiene epistemológicamente esta cuestión al advertir que las instituciones justas son aquellas que desempeñan también un rol unificador de la sociedad.

Advertimos, no obstante, que alrededor de los planteamientos de Rawls existen divergencias, y tan sólo verbigracia citamos a Robert Nozick que señala sobre la justicia privada y el principio de la imparcialidad que:

> A un independiente podría prohibírsele hacer uso de la justicia privada en virtud de que se sabe que su procedimiento entraña mucho

[14] Jhon Rawls, *op cit.*, pp. 171-172.

> riesgo y peligro —esto es, tiene un riesgo más alto, (en comparación con algún otro procedimiento) de castigar a una persona inocente o de excederse en el castigo a una persona culpable—, o bien en virtud de que no se sabe que su procedimiento no sea riesgoso.[15]

Dado el alcance y sentido que nuestro trabajo tiene en esta ocasión, sobre este interesante debate habremos de reflexionar y profundizar en una futura colaboración, dejando sólo apuntado brevemente en este trabajo.

II. Breves consideraciones de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde esta perspectiva de investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco

Un sentido propositivo de algunos de los principios generales de la justicia alternativa desde la óptica investigativa del Departamento de Derecho en la UAM-Azcapotzalco nos conduce a que la creación de la justicia alternativa en el país puede insertarse en un principio general que recalca la preminencia crítica, científica e interdisciplinaria.

En este sentido, uno de los tantos medios de solución de conflictos que podemos agrupar en la justicia alternativa es la mediación que, en nuestra opinión, siendo una especie del género justicia alternativa, refleja con mayor certidumbre aquellos elementos. Recordemos aquí, tan sólo que la mediación ha sido definida por el modelo de *Harvard* como una negociación colaborativa asistida por un tercero; por el modelo transformativo como un procedimiento para promover la revalorización y el reconocimiento de cada persona; y que para el modelo narrativo de Sara Cobb como un procedimiento que tiene como objetivo llegar a un acuerdo, pero con el énfasis puesto en la comunicación y en la interacción de las partes.[16]

[15] Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, Nueva York, Basic Books Inc, 1974, p. 94, texto disponible en la página electrónica https://austrianlibrary.files.wordpress.com, consultada el 10 de octubre de 2018.

[16] Francisco Diez y Gachi Tapia, *Herramientas para trabajar en mediación,* Buenos Aires, editorial Paidos, 2006, p. 26.

Si hablamos así del sentido crítico de la justicia alternativa es porque la reciente implementación en el país, verbigracia, de la mediación,[17] como una de los MASC más recientes e innovadores, supone que una controversia o un conflicto no es necesariamente encauzado sólo por el rol de un juez, de un ministerio público, de un fiscal o de cualquier otra autoridad administrativa o jurisdiccional que depende del poder del Estado.

Ongay Flores sostiene, entre muchas agudas razones, que en la naturaleza privada del mediador destaca un carácter autónomo porque no se subordina a un interés o poder ni público ni privado y porque un convenio de mediación con intervención de mediador privado adquiere la calidad de documento público y al ser registrado asume la calidad de cosa juzgada, siendo ejecutable en vía de apremio.[18]

Paralelamente a esta funcionalidad institucional, se presenta desde siempre y en forma ancestral el poder de los propios miembros de una comunidad, de los ciudadanos o de los gremios y estamentos de la sociedad para encontrar formas de solucionar sus conflictos y sus controversias. Consiste en la recreación de una actividad cívica por convencimiento y conveniencia social que no radica en el sentido punitivo y de control social del Estado.

Esta asunción de empoderamiento para solucionar conflictos choca, no obstante, con el moderno propósito de la gobernabilidad y de la arrogancia del sistema de justicia de los tribunales, porque la razón de Estado se presenta en ellos como la razón racional última para evitar la confrontación entre los miembros de una sociedad.

Por ello, ante la tradición histórica positiva es posible imponer al Estado el reconocimiento de un principio general de la justicia alternativa, donde se exprese lo que ya en otras publicaciones hemos explicado acerca del carácter informal de algunos de los MASC, especialmente de la mediación, donde el elemento central radica en que no se imponga un procedimiento de autoridad para su conducción, y que éste obre más bien como un acto comunicacional y conversacional.[19]

[17] De acuerdo con Pascual Hernández Mergoldd, *op cit*., p. 5, la mediación hasta hace pocos años era prácticamente desconocida jurídicamente como medio de solución de conflictos, pues nuestro derecho positivo sólo la contemplaba como forma de intermediación comercial.

[18] Ver el muy interesante estudio recientemente publicado de Carlos Afredo Ongay Flores, *"Mediación privada en la Ciudad de México*", México, editorial IUS Literatus, primera edición, 2018, pp. 57-64.

[19] Ver al respecto el estudio del autor "Solución alterna de conflictos: mediación y derecho económico", en revista *Alegatos,* números 47-48, enero-agosto de 2001, pp. 103-110.

Porque ese reconocimiento implica sostener que la justicia alternativa no es sólo utilizada para resolver conflictos en el gremio mercantil y en el orden pecuniario, puesto que su principio crítico radica como propuesta privada o ciudadana o comunitaria donde afloran elementos donde el Estado no tiene ya el monopolio de la decisión.

La expresión, sin embargo, ha de recaer, en la propuesta de un principio general científico, donde el derecho construya esos elementos nuevos, asumiendo que "cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos".[20]

El carácter científico se sustenta así en lo interdisciplinario porque hay que comprender que la justicia alternativa se desenvuelve en la realidad cívica que es compleja y no unidimensional. Luis Miguel Díaz, decía respecto de la manera de mediar y negociar que ésta debe prepararse bajo la estimación de las condiciones imperantes, de la capacidad jurídica de los negociadores, de su grado de influencia, de los posibles enfoques, de las actividades preliminares, porque "todos los días, familiares, vecinos, parejas, trabajadores, jefes, clientes, vendedores, abogados y naciones, enfrentan el mismo dilema de cómo dar el sí sin ceder".[21]

La justicia alternativa tiene así principios generales jurídicos que se basan en lo crítico, en lo científico y en lo interdisciplinario apoyándose en elementos doctrinales necesarios para darle sentido y consistencia.

Auxiliados y apoyados en la teoría de Thomas Khun[22] consideramos así que reúne como paradigma emergente los elementos para agrupar un núcleo de conocimiento básico que establecen un todo que podemos calificar como un modelo de medios alternos de solución de conflictos, como fue llamado en los países anglosajones, asignándoles características comunes a esas instituciones jurídicas y un sentido funcional unívoco.

Para nuestra visión este nuevo núcleo de conocimientos no es igual al conocimiento anterior del arbitraje, de la conciliación, la transacción, sino, por el contrario, es una teoría espejo donde es posible advertir mediante su estudio, las carencias y crisis por las que pasa la justicia ordinaria de los tribunales

[20] Jhon Rawls, *op. cit.*, p. 235.

[21] Luis Miguel Díaz, *Moralejas para mediar y negociar*, México, editorial Themis, 1999, pp. 19-20.

[22] Thomas Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1996.

y por ello, si observamos las distintas leyes de justicia alternativa de las entidades federativas nacionales, encontramos que en ellas se comparten principios jurídicos rectores sobre voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía.[23]

Sobre ese mismo núcleo de conocimientos, la justicia alternativa en México está en una fase inicial de expansión puesto que algunos otros medios de solución de conflictos como son el de pequeño juicio, juicio multipuertas o uso de jueces retirados con funciones de mediación, son prácticamente desconocidos en el país y no son utilizados, ni siquiera como exploración de las ventajas o desventajas que pudieran acarrear para la realidad mexicana. El sustento constitucional incluso en la justicia adversarial, no obstante, está dado por una aún tibia y prudente reforma al artículo 17 párrafo tercero en el que se puede leer:

> Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.[24]

Pero volviendo a la justicia alternativa o no adversarial, en el conjunto de los medios alternos de solución de conflictos, dos de ellos se destacan como los más utilizados en el país y sobre ellos hemos ya desarrollado diversos estudios que remarcan sus elementos comunes y disímbolos.

Uno que tiene un arraigo de muchos años en el país, que es el arbitraje y otro que es la punta de lanza del modelo implementado en los centros de justicia alternativa antes y a raíz de la reforma al artículo 17 constitucional y que consiste en la mediación.[25]

Pero más allá de sus peculiaridades como instituciones jurídicas, lo que es de subrayarse es el origen del arbitraje como un medio de solución de con-

[23] Sobre el estudio de las distintas leyes de justicia alternativa del país y sus comparaciones hemos ya publicado con la maestra Diana Margarita Magaña Hernández, un adelanto en el artículo "El conflicto y la negociación: elementos para su reflexión normativa en el marco de la justicia alternativa en México", revista *Alegatos*, núm. 88, septiembre-diciembre de 2014, pp. 639-660.

[24] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en www.diputados.gob.mx>pdf, consultada el 18 de mayo del 2018.

[25] Sobre las diferencias particulares entre mediación y arbitraje puede consultarse el texto del autor "Mediación y arbitraje", publicado en la revista *Alegatos* 50, enero-abril 2002, pp. 167-172.

flictos surgido del sentido de la *ius mercantoría*, en tanto los estatutos de los comerciantes lo hicieron arribar como una especie de peritaje y a la vez procedimiento de composición planteado desde las perspectivas mismas del oficio de comerciante y para el consumo de los propios comerciantes.

Esta peculiaridad se ha mantenido en algunos casos en que se utiliza dicho arbitraje en México, como es el supuesto de su práctica por las cámaras de comercio o el empleo de este en los conflictos entre médicos y pacientes.

Por su parte, la mediación, puede ejercerse en el país por profesionistas que tengan una certificación del Estado o por aquellos que se ofrecen como tales y son aceptados por las partes en el conflicto, tengan o no tengan esa certificación.

En este sentido el esfuerzo de la institucionalización de la mediación en los centros de justicia alternativa fundados en el país ha sido enorme, dotándoseles de recursos, instalaciones y personal para hacer crecer a la mediación como alternativa a la justicia adversarial.

Algunos centros se han declarado así, instancias fundamentalmente erigidas para practicar la mediación en tanto otros entienden que su acotación a este medio exclusivamente es una limitante de la base constitucional y del espíritu abierto hacia otros medios que en ella se plasma.

La capacitación en el personal de los centros, sin embargo, ha sido principalmente en el papel de mediadores asumiendo y caracterizando a esta como una herramienta más del Estado para intervenir en los conflictos, pero sin abordar el paso subsiguiente donde la propia ciudadanía sea capaz de instrumentarla y practicarla independientemente de esos centros.

El siguiente paso en la dirección de concebir a la mediación no sólo como un auxiliar de la justicia ordinaria o de los tribunales consiste en su expansión como figura comunitaria. Sobre esta consideración hay mucho camino jurídico aún por construir en México.[26]

[26] La cuestión de la mediación fuera del centro de mediación no es del todo obviada porque existen esfuerzos importantes, por ejemplo, del centro de justicia alternativa de la ciudad de México, donde se instrumentan proyectos de sinergia para la capacitación de las personas que desean implementar la mediación escolar o la mediación comunitaria, tal como puede ser consultado en el texto "Once años de mediación en México", *op. cit.*, pp. 9-11.

III. Somera perspectiva del uso de la justicia alternativa en México

En este sentido hemos desarrollado en diversas publicaciones de la revista *Alegatos* el camino que se ha seguido tanto constitucionalmente como legislativamente para instaurar en el país un sistema de centros encargados de la aplicación de la justicia alternativa, cuestionando de manera crítica, el papel que el Estado juega en ellos.

Abundemos sobre éste particular: porque la vía ordinaria o de la justicia de los tribunales tuvo un origen ciertamente en la necesidad de dirimir los conflictos en la sociedad, pero en muchos análisis también se la arropa la función del control social, que de sí, establece una diferencia notable con la justicia alternativa porque esta última no tienen como elemento fundante la perspectiva del Estado de participar y fungir como elemento disuasivo y punitivo, sino que su origen se establece desde la perspectiva de exclusión de la autoridad en la propuesta de solución de los conflictos y/o de controversias.

En otras palabras, la realidad mexicana de oprobio que se vive actualmente donde el crimen, la delincuencia y la muerte violenta se han convertido en lo ordinario, y donde el paradigma normal de los tribunales no es capaz en principio de frenar la impunidad, encuentran entonces una mirada que no es sólo desde su interior, sino que es externa y desde una perspectiva distinta, como puede ser el uso de la justicia alternativa.

Por esto, a la par de la fundación de los centros de justicia alternativa en prácticamente todas las entidades federativas del país, existen centros privados de mediación tales como la Cámara de Comercio y servicios de Turismo de la Ciudad de México, el Instituto de Mediación México, el Instituto Mexicano de Mediación, el Centro Mexicano de Mediación, el Centro de Mediación Notarial, el Centro Interdisciplinario para el Manejo de Conflictos, la Asociación para la Resolución de Conflictos,[27] entre otros.

Desde luego, el uso de la justicia alternativa en los centros privados implica diversas y profundas obligaciones para los mediadores privados, así como nuevos enfoques de las viejas instituciones autocompositivas.[28]

[27] Todos ellos referidos en el estudio del maestro Luis Miguel Díaz, ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?, Anuario Mexicano de derecho Internacional, vol. IX, UNAM, 2009, p. 730.

[28] Para una aproximación a estos aspectos y otras más como son la estructura de un convenio emanado de la mediación privada, su registro ante los centros de mediación, el contrato de transacción y el

Ahora bien, en lo que respecta al uso del régimen jurídico de la justicia alternativa, en otros espacios hemos señalado que en la construcción positiva y hermenéutica mexicana aún se considera a éstos como instituciones que realizan una función de auxilio de la justicia en tribunales y que por tanto no son parte de un derecho procesal jurisdiccional como tal.

Es frecuente encontrar en los estudios el análisis académico sobre la judicialización de los MASC entendidos como justicia alternativa, y de establecer la dicotomía entre proceso y procedimiento, por lo que como señalan Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steele Garza:

> Podemos considerar que el efecto de la judicialización de los MASC es un problema actual de la impartición de la justicia en nuestro país, ya que en muchas ocasiones reproducimos la forma de trabajar y actuar de ambos sistemas. Sabemos que el conflicto de la impetración de la justicia ha alcanzado parámetros preocupantes en nuestra sociedad, debemos entender por impetración la búsqueda de soluciones abiertas a los diferentes conflictos que surgen con motivo de la impartición de justicia.[29]

La explicación de su naturaleza radicaría en que su elemento esencial es la declaración de la voluntad encontrando su asidero ya sea en la postura de la teoría contractualista o privatista, en la teoría jurisdiccional o publicista o en la teoría ecléctica.[30]

Calificados doctrinalmente antes de las reformas al artículo 18 constitucional como medios autocompositivos y por tanto de excitación voluntaria, solían ser usados como instrumentos de una etapa donde las sociedades resolvían conflictos con ellos porque aún la presencia del Estado era escasa o débil o había cedido espacios de control y organización hacia los particulares o se encontraba sin medios para instrumentar los debidos procesos mediante tribunales.

Este uso primigenio aún impacta en el sentido moderno y basta con señalar que en México su discusión es ardua cuando se trata del ámbito penal, puesto

convenio de mediación privada o la ejecución de los convenios, puede consultarse el reciente y profundo estudio de Carlos Alfredo Ongay Flores, *op. cit*.

29 Francisco J. Gorjón Gómez y José G. Steelee Garza, *op cit*., p. 7.

30 Ver Erika Bardales Lazcano, *op. cit.,* 2011, pp. 1-5.

que como acertadamente señala Erika Bardales Lazcano, los MASC pueden presentarse en cuatro momentos: de manera *pre-procesal, intra-procesal, extra-procesal* o *post-procesal*.[31]

Por otra parte, la sobreproducción legislativa ha conllevado que en México existan múltiples enfoques y definiciones de la conciliación con respecto de la mediación u otros MASC y que además otras leyes sean modificadas para incluir MASC como parte de la justicia alternativa, algunas en forma casuística y otras en forma más sistematizada para dar efectos concretos a los convenios de mediación u otros resultados de la justicia alternativa en función de sus consecuencias y alcances con respecto de procesos jurisdiccionales abiertos o para que sean tomados en cuenta con plenos resultados debido a posibles juicios.

Su uso está así ya previsto de manera ejemplificativa y sin ser exhaustivos, en lo mercantil en la ley general de sociedades mercantiles, la ley de instituciones de crédito, la ley de sociedades cooperativas, ley general de instituciones y sociedades mutualistas de seguros, le de instituciones de fianzas, ley del mercado de valores, ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros, ley de concursos mercantiles, ley federal de protección al consumidor, ley federal de derecho de autor; en materia familiar en el código de procedimientos civiles para el distrito federal, ley de asistencia y prevención de la violencia familiar, en materia ciudadana en la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, ley del notariado para el distrito federal, ley de la procuraduría social del distrito federal, ley para el diálogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas, en materia ambiental en la ley general del equilibrio y protección al ambiente y en la ley orgánica de la procuraduría ambiental y del ordenamiento territorial del distrito federal, en materia pública en la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, ley federal de turismo, además de muchas otras como la ley agraria, ley para el tratamiento de menores infractores para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal, ley federal del trabajo, Ley Nacional de mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal.

Además, hay que considerar que su uso está en abundantes leyes locales en las entidades federativas del país.

[31] *Ibid*, p. 78.

Lo que parece así claro, sin detrimento de esta gran abundancia legislativa, es que la justicia alternativa en México aún no avanza hacia su uso como derecho autónomo del derecho procesal clásico y se requiere de un gran trabajo teórico para consolidarla en esa dirección.

IV. Conclusiones

Como señala Jhon Rawls, la teoría particular sobre las condiciones formales de lo justo radica en cómo las condiciones formales se derivan de la misión que tiene la justicia de resolver las demandas que las personas se hacen unas a otras, y sus instituciones. Y que dicha teoría ha de tener principios generales.

Así, si bien el término justicia alternativa tiene distintas conceptualizaciones,[32] se advierte que su composición está dada por el desarrollo efectivamente de tales principios generales, en los cuales puntualizamos, desde una perspectiva de estudio de la investigación en el Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco, los que se refieren al carácter crítico, social, humanista, científico e interdisciplinario.

Por ello, la justicia alternativa es ya una destacada e importante línea general de investigación en la UAM-Azcapotzalco, Departamento de Derecho y sus argumentos académicos son ofrecidos con regularidad en la revista *Alegatos*, donde se pueden advertir diversas hipótesis de estudio y líneas particulares de investigación.

Destacamos así en estas líneas particulares de investigación la problemática gradual de la crisis de la justicia de los tribunales, que han derivado en un desgaste creciente de la confianza del ciudadano en el acceso y la impartición de la justicia tradicional en el país y donde es necesario profundizar en los análisis particulares sobre la comparecencia de los ciudadanos en los tribunales, la falta de asignación del personal de justicia a partir de concursos de oposición, la separación funcionalmente óptima de las responsabilidades

[32] Oscar González Peña se refiere a la justicia alternativa o medios alternativos de solución de controversias como aquellos mecanismos de solución del conflicto individual que escape a la regla común de someter el mismo a la justicia formal. Erika Bardales Lazcano, en cambio porque considera que en ella debe incluirse términos y mecanismos más amplios. (ver texto de Erika Bardales Lazcano, *op. cit*, pp. 1-5.

administrativas y jurisdiccionales, la autonomía de la función judicial y de los recursos asignados, el agotamiento del monopolio estatal judicial como función exclusiva del Estado.

Asimismo, aquella línea concreta que refleja a la justicia alternativa como un paradigma emergente con cualidades y principios generales propios y que en un futuro cercano nos conduce a un debate sobre un emergente régimen de derecho.

Como consecuencia de lo anterior la investigación de la justicia alternativa en la UAM Azcapotzalco, concibe una línea más de investigación particular que se identifica con la expansión y su recreación por los estudiosos y juristas del Departamento de Derecho, al considerar que contiene principios generales jurídicos que se basan en lo crítico, en lo científico y en lo interdisciplinario.

Finalmente estos estudios y esfuerzos pueden definir un núcleo de conocimientos que articule desde una perspectiva particular de la propia UAM Azcapotzalco, Departamento de Derecho, una base teórica, científica y propositiva de la justicia alternativa como paradigma de cambio.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Bardales Lazcano, Erika. *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa.* México, Flores editor y distribuidor, 2011.

Díaz, Luis Miguel. *Moralejas para mediar y negociar.* México, editorial Themis, 1999.

_____. ¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico? Anuario mexicano de derecho Internacional, vol. IX, UNAM, 2009. Oscar Peña González. *Mediación y conciliación judicial,* México, editorial Flores editor y distribuidor, 2010. Diez, Franco y Tapia, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación.* Buenos Aires, editorial Paidos, 2006.

Gorgón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G. *Métodos alternativos de solución de conflictos.* México, editorial Oxford, 2012.

Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, TSJDF, 2014.

Ongay Flores, Carlos Alfredo. *Mediación privada en la Ciudad de México.* 1a edición, México, editorial *Ius literatus*, 2018.

Khun, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México, FCE, 1996.

Rawls, Jhon. *Teoría de la justicia*. México, FCE, 2015.

Electrónicas

Nozick, Roberto. *Anarquía, Estado y utopía*, Nueva York, Basic Books Inc, 1974. En https://austrianlibrary.files.wordpress.com.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En www.diputados.gob.mx>pdf.

Hemerográficas

UAM-Azcapotzalco. Departamento de Derecho. Revista *Alegatos* en sus números 47/48, 50, 62, 68/69, 76 y 88.

El derecho ambiental en México. Evolución y situación actual

Miguel Ángel Cancino Aguilar*

Resumen:

En este artículo se describen los cambios experimentado en el derecho ambiental a partir de las reformas constitucionales de 2011 y 2012 en materia de derechos humanos (artículo 1º) y la que establece el derecho de las personas a un *medio ambiente sano* para su desarrollo y bienestar (artículo 4º), son modificaciones que le dan un significado nuevo a la elaboración y aplicación de la normatividad ambiental en sentido amplio. La protección del derecho a un medio ambiente sano no sólo compromete la aplicación de la normatividad interna, sino que además exige el estudio de los instrumentos internacionales en la materia, en tanto que son de obligatorio cumplimiento para las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Abstract:

This article describes the changes experienced in environmental law since the constitutional reforms of 2011 and 2012 in the field of human rights (article 1º) and that establishes the right of people to a healthy environment for their development and well-being (Article 4º), are modifications that give a new meaning to the development and application of environmental regulations in a broad sense. The protection of the right to a healthy environment not only compromises the application of internal regulations, but also requires the study of international instruments in the matter, as they are mandatory for authorities exercising control of constitutionality and conventionality.

Sumario: Introducción / I. Las bases constitucionales / II. Los tratados internacionales / III. La legislación ordinaria / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Procurador Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México, Profesor de Posgrado de la Universidad Panamericana, Profesor-Investigador UAM-Azcapotzalco.

Introducción

El 8 de febrero de 2012 se modificó el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), con el propósito de establecer el derecho de las personas a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar,[1] ajustando el texto que se había incorporado en la propia Constitución desde 1997.

Ese y otros cambios a la normatividad secundaria, algunos de ellos de gran complejidad técnica, han generado un nuevo marco jurídico para la protección del derecho al medio ambiente en México. De esta manera, se podría afirmar que nuestra dogmática en materia ambiental se encuentra en un proceso de revisión y reconstrucción por las implicaciones que tiene en materia de control de convencionalidad, aplicación de principios de derechos humanos[2] y reformas a la Ley de Amparo. No obstante lo anterior, existen elementos que pueden ayudarnos a dar un panorama general de la legislación ambiental mexicana y su problemática. Podríamos adelantar, desde esa perspectiva, que hay avances, pero que también existen aspectos que aún es necesario enfrentar y solucionar.

I. Las bases constitucionales

I.1. Las normas constitucionales referidas al ambiente

Las disposiciones jurídicas que constituyen las bases constitucionales de la legislación ambiental, están contenidas en los artículos 1º, 4º, 25, 27, 73 y 115 de nuestra Carta Magna.[3] Sin embargo, el propio texto constitucional incluye otras disposiciones que se relacionan de manera más específica con aspectos ambientales, de recursos naturales o de ordenamiento territorial, como es el caso de la regulación de las aguas nacionales, la propiedad mine-

[1] La Constitución señala en su artículo 4, vigente: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar".

[2] Principalmente destaco la reforma Constitucional al artículo 1 del 10 de junio de 2011 y la reforma en materia de amparo del 6 de junio del mismo año.

[3] Antonio Azuela de la Cueva; Miguel Ángel Cancino Aguilar y Concepción Contreras Morales, *El ordenamiento ecológico del territorio en México: génesis y perspectivas,* México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2006, (Colección Investigación) p. 70.

ra, la salubridad general, la zona económica exclusiva, el aprovechamiento de los hidrocarburos y la actividad pesquera, entre otras.[4]

A continuación se describirán las disposiciones que conforman las bases constitucionales del derecho ambiental.

a) Artículo 1º constitucional

Se podría señalar que en la actualidad todos los derechos humanos considerados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales, deben ser considerados conforme a las reglas de interpretación y aplicación contenidos en el artículo 1º de la Carta Magna. Tomando en cuenta estos aspectos, los retos en la aplicación del derecho humano a un medio ambiente sano se amplían, entre otros, a los siguientes aspectos.

La interpretación conforme

Como es sabido, el segundo párrafo del artículo 1o constitucional señala que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y los tratados internacionales en la materia. Hasta el momento, principalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha abordado este problema al determinar ciertas reglas para la aplicación de dicho artículo, conforme a la jurisprudencia emitida por el pleno.[5] En materia administrativa, sobre todo en materia ambiental, no nos hemos preocupado por este aspecto. No obstante, debemos cumplir con esta obligación constitucional. La interpretación conforme, precisamente, es una herramienta de armonización entre las normas jurídicas internacionales y nacionales, que busca aplicar la norma más idónea para ciertas circunstancias.

Dadas las peculiaridades del derecho ambiental y su origen de naturaleza internacional, la aplicación de los tratados internacionales en los actos de autoridad, así como en las demandas de los particulares, será más común que

[4] El primer tratamiento doctrinal importante sobre la materia fue la obra de Raúl Brañes, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano,* 2ª Ed., México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 772.

[5] Una de las obras más recientes sobre el tema es la de José Luis Caballero Ochoa, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad,* (Pról.) Juan N. Silva Meza, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional), pp. 274.

en otros derechos humanos. En ese sentido, el reto es saber si aplicaremos tal cual las reglas que el Poder Judicial sugiere,[6] o sí, en su caso, utilizaremos algunas reglas que atiendan las peculiaridades de lo ambiental. Insisto, es de llamar la atención, la falta de discusión en nuestro medio sobre este tópico, cuando el derecho humano a un medio ambiente sano exige una interpretación conforme.

El principio pro persona

En el mismo segundo párrafo del artículo 1o constitucional, se específica que en esta interpretación conforme se favorecerá "en todo tiempo a las personas la protección más amplia". Este principio, conocido como *pro persona* e implica acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos. E, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria.[7]

Si bien este principio también se encuentra en construcción en nuestra dogmática constitucional, en materia ambiental adquiere otra connotación. En efecto, a diferencia de otras materias jurídicas, el principio pro persona en nuestro caso, siempre será referido a una colectividad. Es decir, el derecho humano a un medio ambiente sano siempre buscará la protección más amplia de las personas en su colectividad. Esta peculiaridad implica cierto matiz interpretativo en el ámbito ambiental. Aun así, parte del problema subsiste, pues las reglas de aplicación determinadas por la SCJN también deben ser respetadas.

Los principios de derechos humanos

En el párrafo tercero del mismo artículo 1º constitucional, se prevé que toda autoridad, en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de

[6] Ver la tesis "Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex oficio en materia de derechos humanos", núm. De Registro: 160, 525, Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo: Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, Tesis: P. LXIX/2011 (9ª), p. 552.

[7] Ariel Alberto Rojas Caballero, "El control de convencionalidad *exofficio.* Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación", en *Serie Cuadernos de Jurisprudencia,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, núm. 8, octubre de 2012, p. 39.

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Cumplir con esta obligación es otro reto para la materia ambiental.

De inicio, sabemos que hoy tenemos que considerar la relación de interdependencia entre el derecho a un medio ambiente sano con otros derechos humanos; como los de la salud, la alimentación, agua o vivienda. En el mismo sentido, por su naturaleza de progresividad, saber que las personas que dañen el ambiente no pueden deteriorarlo más, sin siempre buscar una mejora constante de las condiciones de ejercicio del mismo.

El derecho humano a un medio ambiente sano ya no puede verse en su individualidad. No se trata de un problema de mera conceptualización. Va más allá, a la aplicación e interpretación de este derecho fundamental. Una vez más, las autoridades ambientales tenemos mucha tarea por realizar en el futuro inmediato.

b) Artículo 4º constitucional

En 1998 se aprobaron las modificaciones al artículo 4º de la CPEUM para considerar que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Como ya se ha dicho, en 2012, se sustituyó el término adecuado por el de sano.

Sin duda, éste es uno de los derechos más importantes que una persona puede tener en cualquier sistema jurídico, ya que constituye la base para ejercer acciones en contra de obras o actividades que perjudiquen o puedan llegar a afectar negativamente el ambiente o los recursos naturales. Es decir, ese derecho es la llave de acceso a la justicia ambiental, una justicia eficaz, eficiente y oportuna que reconozca ese derecho fundamental como sujeto a protecciones procesales específicas.[8]

Por lo mismo, la forma y términos en que se establezca su naturaleza jurídica, los alcances que se le asignen y la reglamentación a que esté sujeto su ejercicio, son aspectos esenciales que deben ser resueltos satisfactoriamente en los sistemas jurídicos.[9]

[8] Antonio Azuela de la Cueva y *et. al.,* p. 71.

[9] *Loc. cit.*

Pese a que el derecho a un medio ambiente, conforme a las reformas constitucionales ya referidas, no tiene ya la naturaleza de programático, sino que puede ser un derecho exigible, una de las tareas pendientes en esta materia es precisamente legislar de mejor manera para crear y fortalecer el acceso a la justicia ambiental, una justicia que proteja efectivamente los derechos fundamentales de los individuos para disfrutar de su medio ambiente y considere además la necesidad de desarrollar actividades y procesos productivos que generen la riqueza necesaria para incrementar la calidad de vida de la población, con todo lo que ello implica.

c) Artículo 25 constitucional

Al establecer que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, el Estado mexicano queda obligado a incluir la variable ambiental en la planeación nacional, consiguiéndose así la regulación relativa a la preservación, restauración y aprovechamiento de los recursos naturales; en otras palabras, se estableció que el desarrollo económico no debería realizarse a costa de la depredación y deterioro del capital natural del país, sino que debería encontrarse un punto de equilibrio entre las actividades productivas y su aprovechamiento racional.[10]

d) Artículo 27 constitucional

Sin duda, éste es uno de los preceptos más importantes entre las bases constitucionales del derecho ambiental, en virtud de los alcances de sus disposiciones sobre las actividades que generen o puedan generar efectos adversos en el ambiente.[11]

Desde su texto original de 1917, el artículo 27 permitía regular conductas encaminadas a la protección ambiental, aunque no con el carácter integral que establece su texto vigente. En efecto, de ese texto destacan dos disposiciones previstas en sus párrafos primero y tercero. En el primer caso, el artículo 27 constitucional expresa que: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente

[10] Cortina, Sofía, *et. al*., *Océanos y Costa*s, *Análisis del Marco Jurídico e Instrumentos de Política Ambiental en México*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2007, p. 42.

[11] *Ibidem.,* p. 72.

a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de trasmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".[12]

De ese primer párrafo destacan dos normas: la que otorga a la Nación la titularidad originaria de tierras y aguas, y la que establece el derecho de propiedad privada como un derecho derivado, secundario, precario. Lo anterior, significaba negar la naturaleza del derecho de propiedad privada que hasta ese momento había prevalecido en nuestro sistema jurídico; se desconoce el carácter de la propiedad como un derecho natural, anterior y superior a cualquier otro derecho, y se sustituye por un derecho que tiene una función social o que debería cumplir una función social.

Llevar a cabo un análisis o descripción pormenorizada de las implicaciones históricas, económicas, sociales, jurídicas de ese precepto, rebasa con mucho las intenciones de este trabajo. Sin embargo, basta decir que tal disposición es el eje de regulación para el ejercicio del derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico desde 1917, y que entre sus alcances sobresale el hecho de que el ejercicio del derecho de propiedad que corresponde a las personas, siempre estará supeditado al interés de la Nación,[13] como la titular originaria de cualquier tipo de derecho sobre tierras y aguas en el territorio nacional.[14]

Ello implica que la extensión del derecho de propiedad en la realización de cualquier actividad productiva estará limitada por los intereses que la Nación tenga y que se expresen en la propia Constitución y en las leyes que deriven de ella. Es justamente aquí donde adquiere relevancia el tercer párrafo del artículo 27 del ordenamiento que comentamos. En efecto, en él se expresa lo siguiente:

> La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación,

12 Primer párrafo del artículo 27 Constitucional.

13 Un análisis ya clásico, sobre el derecho de propiedad puede encontrarse en Martín Díaz y Díaz, *Ensayos sobre la propiedad, (*Comp). Antonio Azuela de la Cueva, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, (Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie Doctrina Jurídica, núm. 636), p. 9 y ss.

14 Antonio Azuela, Miguel Ángel Cancino y *et al*., *op. cit.,* p. 72.

> lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana […].

Estas previsiones permiten restringir, limitar, regular el ejercicio del derecho de propiedad cuando, en el desarrollo de actividades o procesos productivos, se pretenda hacer prevalecer los intereses superiores de la sociedad, de la colectividad o de la Nación, sobre intereses o derechos subjetivos, individuales. Asimismo, se establece el derecho de regular los elementos (recursos) naturales susceptibles de apropiación para cuidar de su *conservación*.[15]

En 1976 se modificó ese párrafo, con el propósito de adicionar previsiones relacionadas con la planeación de los asentamientos humanos. A partir de esa reforma, el texto del 27 constitucional en la parte relativa estableció que: "En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población […]".

A partir de esa modificación, el ejercicio del derecho de propiedad sobre el territorio se deberá supeditar a las disposiciones de orden público e interés social que expidan, en el ámbito de sus respectivas competencias, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados y los municipios, con el propósito de hacer valer la disposición constitucional que comentamos.[16]

Además, se institucionaliza el proceso de planeación de los asentamientos humanos, al considerarlos una política pública de carácter social.

En el mismo sentido, en 1987, se modificó nuevamente el párrafo tercero que venimos comentando, para establecer lo siguiente: "En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para […] preservar y restaurar el equilibrio ecológico […]".

Con ello, se incorpora al texto constitucional la previsión que obliga al Estado a adoptar acciones y programas encaminados al cumplimiento de los fines citados, es decir, la imposición de modalidades a la propiedad y la regulación del aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales se vinculan a la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

[15] *Ibidem.,* p. 74.

[16] *Loc. cit.*

e) Artículo 73 constitucional

Este precepto establece las diferentes materias en que el Congreso de la Unión es competente para legislar. Las fracciones XXIX-C y XXIX-G de este artículo establecen que dicho órgano legislativo está facultado para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir con los fines previstos en el párrafo tercer del artículo 27 de esta Constitución; y en los mismos términos, para la protección del ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Con fundamento en estas disposiciones y conforme a lo dispuesto en el propio artículo 27 de la Constitución, el Congreso de la Unión emitió la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH) y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), como ordenamientos que establecen dos tipos de normas: las federales, que se proponen regular las materias que las propias leyes consideran de competencia de ese orden de gobierno, y los criterios y lineamientos a seguir por las legislaturas locales para que los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios puedan ejercer las atribuciones que en cada uno de las materias se les asignan y correspondan.

Al margen del contenido normativo de las distintas materias que se contemplan con la LGAH y en la LGEEPA, conviene señalar que en el caso del último de los ordenamientos, una de sus características fundamentales es la descentralización de funciones en favor de los gobiernos locales.

Si se revisa la legislación emitida y aplicada en el periodo que va de 1917 a 1970, se podrá observar que uno de sus rasgos fundamentales es su carácter federal. En 1971, se reforma el propio artículo 73 constitucional en su fracción XVI para refrendar el carácter federal de la materia.[17]

En efecto, en dicha fracción, que establece la facultad del Congreso de la Unión para dictar leyes sobre salubridad general y donde se señalan las bases para ello, se incorpora la siguiente disposición:

> Las medidas que el Consejo (de Salubridad General) haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustan-

[17] *Ibidem.,* p. 76.

cias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan.

Este fue el fundamento constitucional de las leyes y disposiciones reglamentarias que se emitieron entre 1971 y 1987, que tuvieron un carácter higienista y fueron formuladas y aplicadas por las autoridades federales.[18]

Para descentralizar la materia y propiciar la participación de los gobiernos locales en la atención de las problemáticas ambientales que se presentan en sus circunscripciones territoriales, la LGEEPA les otorgó diversas facultades. A partir de la expedición de esa ley, todas las entidades federativas del país emitieron sus propias leyes locales en materia ambiental y, cada vez más, exigen hoy una mayor participación en espacios "reservados exclusivamente" a las autoridades federales.

En materia de asentamientos humanos la cuestión es distinta, porque si bien la LGAH establece un conjunto amplio de atribuciones en favor de los gobiernos locales, desde la aparición del federalismo en nuestro país, con todo y sus peculiaridades, estos últimos cuentan con atribuciones para regular lo que sucede respecto de su territorio. A partir de 1917, muchas atribuciones relacionadas con el uso, aprovechamiento y disposición de la propiedad territorial en las entidades federativas, son centralizadas en el Gobierno Federal por fines políticos o económicos. Sin embargo, baste recordar que la fracción II del artículo 121 de nuestra Carta fundamental, vigente desde el año de 1917, establece que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

f) Artículo 115 constitucional

Este artículo plantea que los estados adoptarán para su régimen interior la forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, al municipio libre, conforme a las bases establecidas en dicho artículo.

En la actualidad, este artículo otorga a los municipios diversas atribuciones; en su texto original, únicamente planteaba que éstos serían administra-

[18] *Ibidem*., p. 77.

dos por un ayuntamiento de elección popular directa, y que no habría ninguna autoridad intermedia entre éste y el gobierno del Estado. Asimismo, los municipios administrarían libremente su hacienda, la cual se formaría con las contribuciones que señalaran las legislaturas de los estados y que serían investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.

Diversas reformas siguieron a este artículo desde su publicación en 1917. Sin embargo, para efectos del presente estudio, resultan de gran importancia las que se formularon en 1983 y 1999, por lo que nos ocuparemos de su análisis.

El 3 de febrero de 1983 se publicó la octava reforma a este precepto constitucional, la cual, en esencia, en su fracción III facultaba expresamente a los municipios para la prestación de diversos servicios públicos. Adicionalmente, la fracción V de dicho precepto estableció que los municipios, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarían facultados para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; controlar y vigilar la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales; intervenir en la regulación de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones, y participar en la creación y administración de zonas de reserva ecológica. Para el efecto y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueran necesarios.

Esta reforma, aunque muy importante, porque señaló de manera concreta las atribuciones correspondientes a los municipios y les otorgó la posibilidad de regular directamente todo lo relacionado con el desarrollo urbano y el uso del suelo dentro de sus circunscripciones territoriales, dejaba a salvo la posibilidad de que tales facultades no fueran ejercidas inmediatamente por los mismos o que, dado el interés general, tanto el Gobierno Federal como el local pudieran continuar ejerciéndolas.

Tal y como lo señalaba la fracción X del precepto de referencia, la Federación y los estados podrían convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, siempre que el desarrollo económico y social lo hicieran necesario.[19]

[19] *Ibidem.,* p. 80.

Los estados estaban facultados para celebrar esos convenios con sus municipios, a efecto de que éstos asumieran la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior.

Estas facultadas fueron detalladas y reforzadas en 1999, con una reforma en la que se especificaba que los municipios podrán expedir los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general en sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

Aunado a lo anterior, a los servicios ya previstos en la reforma de los ochenta se agregó competencia de los municipios en materia de drenaje, tratamiento y disposición de aguas residuales, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; equipamiento de calles, parques y jardines. En el mismo sentido, se mejoró lo establecido en la fracción V, en materia de desarrollo urbano y uso de suelo y se adicionó un párrafo que los obligaba, en términos del artículo 27, a expedir los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios. No sobra decir, que esta última disposición jurídica prácticamente no es utilizada por los ayuntamientos del país.

Tal como podemos observar, la participación de los municipios en materia ambiental, como en el uso del suelo y la vinculación de ambos en la protección del medio ambiente y los recursos naturales, es muy importante. Desafortunadamente, son atribuciones prácticamente no ejercidas por los mismos.

II. Los tratados internacionales

En la práctica, México ha firmado todos los instrumentos internacionales relacionados con el medio ambiente.[20] De ellos destacan, principalmente, 84 de naturaleza vinculante y 29 no vinculante.[21]

Ante las lagunas de la legislación en materia ambiental, los distintos actores en dicha materia, tanto servidores públicos como particulares, era común

[20] En esta construcción internacional del derecho ambiental en nuestro país destacan las *Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental,* México, SEMARNAT-INE, 2003. 632 pp.

[21] Información recabada por la Oficina del Procurador de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal.

invocar a los tratados internacionales. No obstante, este uso resultaba ser poco eficaz. Con la reforma al artículo 1º de la Constitución, en su segundo párrafo, obliga a todas las autoridades mexicanas a interpretar la ley de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Esta disposición constitucional, ahora hace que los tratados internacionales en materia ambiental sean obligatorios. Pero no sólo eso, hace que si los tratados regulan de mejor manera una determinada circunstancia, inclusive por arriba de los estándares constitucionales, se pueda hacer prevalecer las disposiciones previstas en el tratado. En otras palabras, en nuestro país ya no sólo existe el control de legalidad y el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad.

El cambio es tan radical, que el incumplimiento de un tratado internacional, en México, puede implicar no sólo responsabilidad en el ámbito local, sino también en el internacional.

Esta interpretación fue ratificada recientemente[22] por la SCJN, al señalar que los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, tienen rango constitucional. Con esta interpretación, nuestro país abre el abanico de los derechos protegidos por nuestro sistema jurídico. No obstante, uno de los problemas que quedan sin ser resueltos, es la manera en que estas disposiciones constitucionales y jurisprudenciales serán aplicadas en la materia ambiental.

Estas modificaciones fortalecen, no sólo nuestra diplomacia ambiental, sino también nuestro derecho interno. Ya no tenemos que esperar a que las normas internacionales se internalicen, ahora ya forman parte de nuestro derecho y son aplicables directamente. No nos ocuparemos en esta ocasión del contenido específico de los instrumentos internacionales reconocidos y ratificados por México, pero sí señalaremos que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, fue el más alto logro en la historia de la humanidad para avanzar en un desarrollo que no afecte a la naturaleza y a las generaciones futuras.[23]

[22] El 3 de septiembre de 20013. Contradicción de tesis 293/2011, suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.

[23] Alberto I. Glender Rivas, "Las relaciones Internacionales del desarrollo sustentable", en Alberto Glender y Víctor Lichtinguer, (Comp.), *La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las*

Los antecedentes de la Conferencia citada se remontan a la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo del 5 de junio de 1972, en la que por vez primera, el problema ambiental era tomado en serio como un límite para el crecimiento económico irracional.[24]

A pesar de los años que han pasado desde entonces, aún quedan muchas cosas por resolverse, tanto desde la perspectiva teórica como desde la práctica. La respuesta a algunos de estos problemas son los instrumentos internacionales regionales, que son fundamentales para integrar una política ambiental a nivel iberoamericano. El medio ambiente es una materia que, por naturaleza, rompe las fronteras. En este caso, también es fundamental la participación comprometida de los distintos actores. Las comunidades, los países y los organismos internacionales deberán volver a plantearse la operatividad y eficacia de las acciones tomadas, tratando de mejorarlas para el futuro.

Indudablemente, México ha dado un importante paso, logrando que los tratados internacionales formen parte de su argumentar jurídico diario. El problema que falta por resolver es técnico, como hacer valer en las actuaciones administrativas las normas ambientales internacionales, sobre todo, cuando estas son superiores a nuestro derecho interno. Evidentemente, el control de convencionalidad administrativa, dista mucho de la jurisdiccional. Sobre este tema, en México, prácticamente no se ha dicho mucho.

Otro aspecto importante a considerar dentro de nuestra región, es si se ha cumplido con las "normas ambientales internacionales mínimas", es decir, si todos nuestros países cuentan con un ordenamiento jurídico básico que permita igualar y armonizar nuestro actuar. Evidentemente, el principio de progresividad también es aplicable al derecho internacional. En ese sentido, debemos promover e impulsar una evolución progresiva del derecho internacional en materia ambiental.

III. La legislación ordinaria

Para contextualizar la evolución que ha tenido la legislación ambiental en México en las últimas cuatro décadas, se deben considerar diversos facto-

Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Fondo de Cultura Económica, 1994, (Sección de Obras de Política y Derecho), p. 254.

24 *Loc. cit.*

res sociales, económicos y políticos que han detonado la juridificación del ambiente en nuestro país. Es importante mencionar que este fenómeno no se ha presentado de manera homogénea ni simultánea en todo el territorio nacional, por el contrario, se ha ocurrido en espacios y tiempos determinados, que obedecen a lógicas distintas, por lo que se puede hablar de diversas etapas en la evolución del derecho ambiental en nuestro país:[25]

a) *La primera etapa*, de 1917 a 1970, se caracteriza por la dispersión legislativa, la elaboración de leyes sectoriales, con una visión dispersa y segmentada, marcada por un tratamiento fragmentado de la legislación por tipo de recurso, derivada fundamentalmente del artículo 27 constitucional (primeras leyes forestales, de agua de propiedad nacional, de caza, de pesca y los códigos sanitarios).

b) *La segunda etapa*, que abarca de 1970 a 1982, en donde se dan los primeros intentos por sistematizar la legislación ambiental, lográndose la expedición de la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental de 1971, y creándose en 1972 la Subsecretaría de Mejoramiento del Ambiente, hechos que se presentaron a la par de la Conferencia de Estocolmo.

c) *La tercera etapa*, de 1982 a 1987, en la cual se expide la Ley Federal de Protección al Ambiente en 1982, con una marcada tendencia centralizadora de la materia ambiental, creándose la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (SEDUE).

d) *La cuarta etapa*, que comprende de 1988 a 1994, en la que se presenta una sistematización de la legislación ambiental, expidiéndose en 1988 la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), la cual se presenta como una ley marco de la materia, validando la participación de los tres niveles de gobierno. En 1992 se crea la Secretaría de Desarrollo Social sustituyendo a la SEDUE, con dos órganos desconcentrados: el Instituto Nacional de Ecología y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. En 1994 se crea la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca.

[25] Luis Escobar Aubert, "El desarrollo de la Legislación Ambiental en México", en Memorias del 6° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, México, 2008, p. 247 y ss.

e) *En la quinta etapa*, de 1995 a 2001,[26] se redimensiona la legislación ambiental con las reformas de la LGEEPA, presentando novedades importantes como la incorporación de incentivos fiscales y económicos, el acceso a la información ambiental, la participación ciudadana y la legitimación de las comunidades para accionar cuando se vieran afectados por obras o proyectos, así como la inclusión de principios orientados a la prevención de la contaminación. En 2001 se crea la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales a la cual se suman los órganos desconcentrados siguientes: Comisión Nacional del Agua, Instituto Mexicano de Tecnología del Agua y Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

f) *La sexta etapa*, de 2002 a 2009, se caracteriza por una nueva sectorización por materia bajo una visión especializada y sistémica, surgiendo así, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos, y reformas a la Ley de Aguas Nacionales. De manera paralela fue surgiendo en cada entidad federativa la legislación en materia ambiental, creándose las procuradurías ambientales estatales.[27]

g) *La séptima etapa*, de 2010 a la fecha, se distingue por la adjetivación del derecho ambiental con las reformas constitucionales del 2010, en materia de acciones colectivas con su consecuente regulación en el Código Federal de Procedimientos Civiles, modificaciones que junto con la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo del 2011, la incorporación del principio contaminador pagador y el derecho al agua al artículo 4º constitucional del 2012, y la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental en 2013, establecieron los mecanismos necesarios para consolidar el acceso a la justicia ambiental en México.

En este sentido y como señala la doctora Carmona Lara,[28] "el Derecho Ambiental en México tiene sus primeras expresiones como tal a través de los textos legales, la primera norma fue la Ley Federal para Prevenir y Combatir

[26] El mejor análisis de esta época sigue siendo Raúl Brañes*, op. cit.* En la actualidad carecemos de un estudio jurídico que vaya más allá de lo descriptivo en las nuevas realidades del derecho ambiental.

[27] Actualmente existen 19 Procuradurías Ambientales Estatales.

[28] María del Carmen Carmona Lara, *Derechos en relación con el medio ambiente,* México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p. 55.

la Contaminación, con un criterio sanitarista. La segunda ley fue publicada en 1982 con el nombre de Ley Federal para la Protección al Ambiente, está ya con un criterio más ambiental", sin que se considerara a los elementos de ambiente de una manera integral y sistémica, reservando toda la competencia al orden federal.

Sin embargo, a raíz de la participación de México en diversas conferencias internacionales, como Estocolmo (1972) y Río de Janeiro (1992), se permitió que en México, al igual que en muchos países, los principios de prevención, precaución, contaminador pagador, responsabilidad común pero diferenciada, entre otros, permearán en la legislación interna, pasando por un proceso de recepción en el sistema jurídico mexicano, primero a nivel de la legislación general y después a nivel constitucional, aunque de manera tardía (1999 con el reconocimiento del derecho a gozar de un ambiente adecuado —actualmente sano— y en 2012 con la incorporación del principio contaminador pagador).

Aunado a estos compromisos internacionales, México pasó por diversos acontecimientos a partir de la década de los ochenta, que han marcado de varias maneras la cuestión ambiental.[29] Lo anterior se une a las relaciones comerciales del país, en particular la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (hoy T-MEC), que dio lugar a la formulación y aprobación de la mayor parte de la legislación ambiental.

No se puede dejar a un lado el hecho de que en los últimos 15 años, el país ha pasado por una intensa transformación política, democrática y de despliegue de derechos, marcado por la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, la participación ciudadana y el efectivo acceso a la justicia ambiental con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, acciones colectivas y responsabilidad ambiental, las cuales consolidarán la adjetivación del derecho ambiental.

III.1. Características generales de la legislación ambiental

La legislación ambiental en México se caracteriza por ser dinámica, en constante evolución, que comprende un orden materializado con distintos ordenamientos especializados por temas. Es decir, existe una ley marco por excelencia, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Am-

[29] Eventos como la explosión de San Juanico en 1984 y la explosión de Guadalajara en 1992 han contribuido también a la juridificación del ambiente en el país.

biente, y a partir de ella se articulan las leyes generales en materia de Vida Silvestre, Desarrollo Forestal Sustentable, Prevención y Gestión Integral de los Residuos y Cambio Climático, así como sus reglamentos, normas y programas.

Asimismo, se trata de una normatividad que se encuentra dispersa en diversas leyes, tratados internacionales, reglamentos, normas oficiales mexicanas, acuerdos y decretos, entre otros, pudiéndose encontrar disposiciones ambientales no sólo en la legislación en la materia, sino también en la administrativa, civil, penal, laboral, de salud, vivienda, desarrollo urbano, e incluso en la fiscal, por mencionar algunos de los campos en los que incide esa materia.

Cabrera Acevedo menciona que el derecho ambiental "es un derecho de muy difícil o imposible codificación en la mayoría de los casos, por lo menos en su etapa actual. De aquí que se encuentre disperso en numerosas leyes y reglamentos federales, estatales y municipales, tratados y acuerdos internacionales".[30]

Asimismo, es una legislación concurrente, lo cual en ocasiones se traduce en traslapes y complejidad en la distribución de competencias entre el gobierno federal, y los gobiernos de las entidades federativas, municipios y alcaldías.

La adjetivación de la legislación ambiental se encuentra aún en construcción, pues las reformas en materia de acciones colectivas, amparo colectivo, derechos humanos y responsabilidad ambiental son relativamente recientes y están en proceso de ser aplicadas a casos concretos en la materia para el pleno desarrollo de la jurisprudencia ambiental.

Ahora bien, en México, aunque la legislación ambiental partió, al igual que en otros países, de las legislaciones conocidas como de primera generación, caracterizadas por ser de tipo reactivo, centradas en las técnicas de comando y control, el sistema jurídico mexicano ha sufrido una transformación a partir de las reformas a la LGEEPA de 1996, al introducir normas con enfoques preventivos, dando paso a una segunda generación.

La reglamentación de las leyes ambientales y la formulación de normas oficiales mexicanas, a cargo del Ejecutivo Federal, han sido instrumentos de

[30] Lucio Cabrera Acevedo, *El amparo colectivo protector del Derecho al Ambiente y de otros Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 71.

gestión importantes para facilitar la aplicación de la legislación, aunado al desarrollo institucional para su verificación y cumplimiento.

IV. Conclusiones

Si bien el presente ensayo tiene por objetivo hacer una revisión de la evolución histórica de la legislación ambiental, en los últimos años, no se nos puede escapar la importancia que tiene la evolución del derecho humano a un medio ambiente sano, mismo que se enfrenta a nuevos problemas en virtud del nuevo marco jurídico que nos rige. En ese sentido, el volver a analizar su contenido, titularidad, naturaleza y alcances, resulta pertinente. Las nuevas reglas de derechos humanos deben ser utilizadas eficazmente para la defensa de los derechos a un medio ambiente sano, al agua, a la alimentación u otros relacionados.

La interpretación, conforme el principio *pro persona*, los principios de derechos humanos y el interés legítimo son los nuevos retos dogmáticos a los que debemos hacer frente. La materia ambiental siempre se ha caracterizado por ser pionera en el desarrollo de nuestro derecho. Hoy tenemos nuevos retos. El derecho humano a un medio ambiente sano puede volver a ser paradigmático en nuestro derecho nacional, para lograrlo necesitamos trabajar conjunta y coordinadamente, las autoridades ambientales y la ciudadanía.

Adicionalmente, debemos acostumbrarnos a la aplicación directa de los tratados internacionales y a la consideración de las nuevas herramientas jurídicas que permitan un mejor acceso a la justicia ambiental. La historia de nuestra legislación ambiental, marca un camino, ahora nos corresponde seguir construyendo las nuevas rutas en su evolución. No sólo se trata de proteger derechos humanos, es una cuestión de abordar racionalmente la satisfacción de las necesidades colectivas.[31]

[31] Elaine L. Hugles, Alastair R. Lucas y William A. Tilleman II, *Environmental Law and Policy,* Toronto, Canada, Edmond Montgomery Publications Limited, 1993, p. 553 y ss.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Azuela de la Cueva, Antonio; Cancino Aguilar, Miguel Ángel y Contreras Morales, Concepción. *El ordenamiento ecológico del territorio en México: génesis y perspectivas.* México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2006. (Colección Investigación).

Brañes, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano.* 2ª Ed. México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica, 2000.

Caballero Ochoa, José Luis. *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad.* (Pról.) Juan N. Silva Meza. México, Editorial Porrúa–Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013. (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional).

Cabrera Acevedo, Lucio. *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos.* México, Editorial Porrúa, 2000.

Carmona Lara, María del Carmen. (Compiladora). *Derecho ambiental.* México, Editorial Porrúa- Escuela Libre de Derecho, 2012 (Obra jurídica enciclopédica). 270.

Cortina, Sofía; Ibáñez, Mariela; Brachet, Gaëlle y Quiñones, Leticia. *Océanos y Costas, Análisis del Marco Jurídico e Instrumentos de Política Ambiental en México*. México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2007.

Díaz y Díaz, Martín. "Ensayos de propiedad". (Comp.) Antonio Azuela de la Cueva. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. (Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie Doctrina Jurídica, núm. 636, p. 5.

Glender, Alberto y Lichtinguer, Víctor. (Compiladores). *La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.* México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Fondo de Cultura Económica, 1994. (Sección de Obras de Política y Derecho).Hughes, Elaine L. y *et al. Environmental Law and Policy.* Toronto, Canada, Emond Montgomery Publications Limited, 1993.

Rojas Caaballero, Ariel Alberto. "El control de convencionalidad exofficio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación". En *Serie Cuadernos de Jurisprudencia*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, núm. 8, octubre de 2012.

Secretaria del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca-Instituto Nacional de Ecología. *Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental.* México, Secretaria de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca- Instituto Nacional de Ecología, 2003.

Cinco décadas de derecho y gestión ambientales en México

José Juan González Márquez*
Ivette Montelongo Buenavista**

Resumen:

Este artículo analiza la evolución del derecho ambiental mexicano durante las últimas cinco décadas. El análisis se divide en tres apartados. En el primero se diserta en torno a las modificaciones constitucionales que dan base a la promulgación de la legislación ambiental nacional y a la institucionalización de la gestión ambiental. En el segundo apartado, discutimos sobre la manera en que se va construyendo un derecho ambiental nacional, con identidad propia y con relativa autonomía respecto del derecho administrativo, a partir de la promulgación de la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación, en 1971. El tercer apartado, versa sobre gestión ambiental y en él se analizan las diferentes instituciones que, a partir de los años setenta, se han encargado de la aplicación de la normatividad ambiental.

Abstract:

This paper analyses evolution of Mexican environmental law during the last five decades. The study is divided into three parts. In the first of them it disserts in regard constitutional reforms that provide support to environmental legislation as well as the establishment of environmental agencies. The second part analyses the process of construction of national environmental law since the Federal Law for Pollution Prevention and Control was passed. Finally, the third focuses on environmental management and includes the analysis of all those agencies that have been in charge of enforcing environmental law since seventies.

Sumario: Introducción / I. El desarrollo de las bases constitucionales del derecho ambiental / II. La legislación ambiental / III. La gestión ambiental / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

** Profesora-Investigadora del Departamento de Ingeniería Ambiental, UAM-Azcapotzalco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

La preocupación por atender el deterioro del entorno surge en México desde hace casi cinco décadas con la promulgación de la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación (LFPCC), en 1971. A partir de ese año se observa un proceso de transformación del orden legal e institucional con el cual se va dando forma a un nuevo entramado jurídico al cual denominamos "derecho ambiental". Las Cumbres de las Naciones Unidas celebradas en Estocolmo (1972), Río de Janeiro (1992), Johannesburgo (2002) y Río de Janeiro (2012), así como la incorporación de México en la economía global y el florecimiento de una conciencia social cada vez más preocupada por los grandes problemas ambientales, son factores que en su momento impulsaron el desarrollo de esta disciplina jurídica. Sin embargo, la considerable actividad legislativa que se observa en estos cincuenta años no necesariamente ha tenido como resultado la construcción de un sistema normativo adecuado para hacer frente de manera eficaz a esos problemas. Como se analizará en este trabajo, la legislación ambiental es compleja, contradictoria e incompleta, al tiempo que son muchas las oficinas gubernamentales que participan en su aplicación sin que exista un modelo institucional homogéneo. Por su parte, en fechas recientes, el Poder Judicial ha sido convocado por las reformas a la Carta Magna y la legislación que deriva de ellas, al debate sobre el futuro de nuestro hábitat; de igual forma, la sociedad civil recién ha logrado conquistar su derecho a saber, participar y, en su caso, ir a juicio en defensa del ambiente. Este artículo hace un balance de la evolución del derecho ambiental mexicano y propone algunas ideas que conduzcan a su fortalecimiento.

I. El desarrollo de las bases constitucionales del derecho ambiental

El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no se refirió directamente al tema ambiental, pero su artículo 27 otorgó a la nación dos facultades que dieron base a la promulgación de diversas leyes sobre el uso y aprovechamiento de algunos recursos naturales mucho antes de la Cumbre de Estocolmo. En efecto, el párrafo tercero del artículo 27 constitucional dispuso que la nación tendrá en todo tiempo

el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Con base en las normas constitucionales se dictaron leyes sobre caza, pesca, aprovechamiento forestal, uso de aguas nacionales, etcétera.

Es hasta la década de los setenta cuando la idea de la protección ambiental comienza a introducirse en la Carta Magna. A partir de esos años el texto constitucional se modificó en seis ocasiones para incorporar, de manera más precisa la preocupación por el ambiente. La Tabla 1 ilustra esas reformas.

Tabla 1
Modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de los años setenta

Año	Precepto	Contenido incorporado
1971	Adición de la base cuarta a la fracción XVI del artículo 73	Se facultó al Consejo de Salubridad General para adoptar las medidas necesarias para prevenir y combatir la contaminación ambiental.
1983	Artículo 25	Se incluyó una referencia a la relación entre medio ambiente y desarrollo económico en los siguientes términos: "bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicta el interés público y al uso, en beneficio general de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente".
1987	Artículo 27	Se precisó que el ejercicio de las facultades de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público o para regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, debería tener, entre otros objetivos, el de la preservación y restauración del equilibrio ecológico.
1987	Artículo 73	Se adicionó la fracción XXIX-G en la cual se facultó al Congreso de la Unión para "expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos locales y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente de la preservación y restauración del equilibrio ecológico".
1999	Artículo 4	Se incorporó al texto constitucional el derecho al ambiente adecuado como un derecho subjetivo público. El texto adicionado señala: "toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar".

(Continúa)

2011	Artículo 4	El derecho a un medio ambiente adecuado pasó a ser considerado como un derecho humano.
2012	Artículo 4	Se introdujo al lado del derecho al ambiente adecuado el principio de la responsabilidad por daño ambiental señalando: "El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley".
2012	Artículo 4	Se incorpora el "derecho de acceso al agua", señalando: "toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El estado garantizará ese derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines".

Sin embargo, como se verá a lo largo del artículo, las reformas constitucionales referidas no han tenido un impacto considerable en el contenido de la legislación ambiental, pues la mayoría de los instrumentos de regulación que contienen las leyes ambientales se siguen basando en las facultades que el artículo 27 otorga a la nación para imponer modalidades al derecho de propiedad y regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación y, sólo de manera parcial, los principios constitucionales arriba referidos han impulsado el desarrollo de modelos novedosos de regulación ambiental.

II. La legislación ambiental

Las bases constitucionales que hemos descrito en el apartado anterior dieron fundamento a la expedición de las diferentes leyes generales, federales y locales que integran el derecho ambiental mexicano. En los apartados siguientes analizaremos de manera general esas leyes.

II.1. Las Leyes Generales Ambientales

La primera ley ambiental que se promulgó en México fue la LFPCC de 1971,[1] que luego fue abrogada por la Ley Federal de Protección al Ambiente

[1] *DOF*, 23 de marzo de 1971.

(LFPA), de 1982.[2] Ambas leyes fueron de carácter federal a pesar de que la Constitución no otorgaba aún al Congreso Federal la facultad para legislar en materia ambiental. En 1987 se modificó la Constitución para introducir el sistema de concurrencia de competencias[3] en materia ambiental y, con esa base, se promulgó la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), que entró en vigor en 1988 y que ya no tiene carácter federal.

Entre las innovaciones introducidas por la LGEEPA destacar tres. En primer lugar, el nombre mismo del ordenamiento sugiere la idea de que este se planteó el objetivo de dar una protección holística al ambiente y no sólo a los elementos naturales como ocurriría con las leyes anteriores que estuvieron mucho más enfocadas al control de la contaminación del aire y a la protección de los recursos naturales de manera separada.

En segundo lugar, esa ley se ocupó, por primera vez, de establecer los principios rectores a los cuales debía ceñirse la política ambiental y reguló algunos de los instrumentos para la aplicación de esa política.[4] Finalmente, la LGEEPA desarrolló por primera vez el sistema de facultades concurrentes en materia ambiental previsto por la reforma al artículo 73, fracción XXIX-G, que permitió a las entidades federativas y al Distrito Federal (hoy Ciudad de México) emitir sus propias leyes locales ambientales. Con base en la LGEEPA de 1988, fueron emitidos cuatro reglamentos que desarrollaron su contenido regulatorio.[5]

De esta forma, la LGEEPA se convirtió en el ordenamiento legal que tutelaba de manera integral diversos aspectos de la protección ambiental, ya sea

[2] *DOF*, 11 de enero de 1982.

[3] La concurrencia de competencias significa, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tanto la federación como las entidades federativas tienen la facultad de legislar sobre medio ambiente, pero que será el Congreso Federal que, en una ley general, defina los aspectos que corresponde atender a cada uno de esos niveles de gobierno.

[4] La LGEEPA se ocupó de regular dos instituciones fundamentales del derecho ambiental, a saber: la ordenación ecológica del territorio y la evaluación del impacto ambiental; así como otros instrumentos específicos de política ambiental, tales como el estudio de riesgo, las áreas naturales protegidas, la licencia de funcionamiento como instrumento específico de control de la contaminación del aire y el registro de generadores de residuos peligrosos.

[5] El Reglamento en Materia de Impacto Ambiental; el Reglamento en Materia de Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera; el Reglamento en Materia de Residuos Peligrosos; y el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Generada por Vehículos Automotores que circulan por el Distrito Federal, hoy Ciudad de México y los Municipios de su Zona Conurbada.

a través de su contenido normativo o de los reglamentos que ampliaron su ámbito de aplicación; no siempre de la manera más ortodoxa, pues es sabido que los reglamentos no pueden ampliar el contenido de la ley, no pueden modificarla ni tampoco pueden contradecirla y, en muchos casos, los reglamentos mencionados incluyeron regulaciones que no tenían un claro asidero legal. Cabe mencionar también que la LGEEPA no abrogó a otras leyes de carácter sectorial que se ocupaban fundamentalmente de la regulación del aprovechamiento de los recursos naturales, tales como la Ley de Caza[6] o la Ley Forestal.[7]

En los años noventa se produce la primera reforma a la LGEEPA;[8] entre los cambios que incluye destacan los siguientes: la modificación del objeto de la ley y la definición de diversos conceptos; la redefinición del sistema de distribución de competencias y cooperación entre los niveles de gobierno; la precisión de los principios de política ambiental y los instrumentos para aplicarla; la adecuación de diversos aspectos relativos a la protección de la biodiversidad y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales; la protección del ambiente como objeto de la Ley; el reconocimiento de la participación social e información ambiental; la protección de los intereses jurídicos en materia ambiental; y, sendas modificaciones al régimen de inspección y vigilancia, sanciones administrativas y delitos.

Con la reforma comentada, la LGEEPA dio un paso importante hacia una mejor integración de los instrumentos de política ambiental, pero varios aspectos de la protección del entorno quedaron aún pendientes, por ejemplo, la adecuada regulación de los instrumentos económicos de política ambiental, la tutela de los intereses jurídicos colectivos o la reglamentación de un sistema de responsabilidad por daño ambiental.

A partir del año 2000 se inició un proceso vertiginoso de reformas a la LGEEPA, que no siempre tuvieron trascendencia y que solamente dan cuenta de la falta de claridad en la definición de la política ambiental nacional, pues ese ordenamiento llegó incluso a modificarse en varias ocasiones durante un mismo mes, sin que tales modificaciones fueran resultado de un proceso de reflexión científica.

6 La Ley de Caza de 1952

7 *DOF*, 16 de enero de 1960.

8 La primera reforma a la LGEEPA se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 1996.

De todas esas reformas las realmente trascendentes son: la del 28 de enero del 2011, que reconoció el interés legítimo para impugnar las resoluciones emitidas por la autoridad ambiental y la del 30 de agosto de ese mismo año, que, en concordancia con las reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles de ese año, incorporaron las llamadas acciones colectivas para la defensa del entorno. A la luz de las diversas reformas se expidieron nuevos reglamentos de la LGEEPA, a saber: el Reglamento en Materia de Ordenamiento Ecológico;[9] el Reglamento en Materia de Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes;[10] el Reglamento en Materia de Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera;[11] el Reglamento en Materia de Evaluación de Impacto Ambiental;[12] el Reglamento en Materia de Autorregulación y Auditorías Ambientales;[13] el Reglamento en Materia de Áreas Naturales Protegidas;[14] y, el Reglamento en Materia de Residuos Peligrosos.[15]

Sin embargo, este proceso de modificaciones a la LGEEPA y la promulgación de nuevos reglamentos durante las últimas dos décadas del siglo XX, no es realmente positivo pues, al mismo tiempo, se comienza a observar un proceso de sectorización de la legislación ambiental que tiene lugar a través de la promulgación de nuevas leyes generales y federales en materia ambiental.

II.2. Otras leyes generales

La promulgación de la LGEEPA permitió, en un primer momento, la integración de una política ambiental nacional uniforme, así como el establecimiento de lineamientos generales para el mantenimiento del equilibrio ecológico y la tutela del ambiente, dejando a las leyes sectoriales la protección de los elementos de base propiamente.

Sin embargo, en el nuevo milenio, a la luz de la amplitud con que está redactada la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional, que aparentemente permite la emisión, no de una sino de varias leyes generales, fueron

[9] *DOF*, 8 de agosto de 2003.

[10] *DOF*, 3 de junio de 2004.

[11] *DOF*, 25 de noviembre de 1988.

[12] *DOF*, 30 de mayo de 2000.

[13] *DOF*, 29 de marzo de 2010.

[14] *DOF*, 30 de noviembre de 2000.

[15] *DOF*, 25 de noviembre de 1988.

aprobadas diversas leyes en la materia, a saber: (LGEEPA, 1988);[16] Ley General de Vida Silvestre (LGVS, 2000);[17] Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGFDS, 2003);[18] Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos (LGPGIR, 2003);[19] Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables (LGPAS, 2007);[20] Ley General de Cambio Climático (LGCC, 2012);[21] Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA, 2013);[22] Ley Federal de Vertimientos en las Zonas Marítimas Mexicanas (LFVZMM, 2014);[23] Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTDU, 2016);[24] Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS, 2018).[25]

II.3. Evaluación de las leyes generales

Toda vez que la principal innovación del derecho ambiental mexicano es su articulación en leyes generales que a su vez dan fundamento a la legislación local en esta materia, resulta pertinente analizar su idoneidad. Para ello, los siguientes apartados evalúan el nivel de desarrollo de los diferentes instrumentos de política ambiental que establecen las leyes generales.

II.3.1. La multiplicidad de leyes

La promulgación de las nuevas leyes generales ha traído consigo dos consecuencias. En primer lugar, los diferentes aspectos de la protección ambiental se encuentran regulados en más de una de esas leyes. Por ejemplo, la protección de la biodiversidad tiene cabida tanto en la LGEEPA como en la LGVS. De igual forma, la regulación de los residuos peligrosos puede encontrarse tanto en la LGPGIR como en la LGEEPA.

16 *DOF*, 28 de enero de 1998.
17 *DOF*, 03 de julio de 2000.
18 *DOF*, 25 de febrero de 2003.
19 *DOF*, 8 de octubre de 2003.
20 *DOF,* 24 de julio de 2007.
21 *DOF*, 6 de junio de 2012.
22 *DOF*, 7de junio de 2013.
23 *DOF*, 17 de enero de 2014.
24 *DOF*, 28 de noviembre de 2016.
25 *DOF*, 5 de junio de 2018.

En segundo lugar, las nuevas leyes tampoco avanzan mucho en la construcción de instrumentos jurídicos que permitan arribar a las dos grandes metas del derecho ambiental: el medio ambiente adecuado y la sustentabilidad. Todas esas leyes siguen basándose en las facultades de la nación para imponer modalidades a la propiedad privada y para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación. Por lo mismo, esas leyes desarrollan muy pocos instrumentos novedosos de regulación, como los mercados de servicios ambientales y los de emisiones de carbono, cuestiones que apenas se insinúan en leyes como la LGDFS.

En tercer lugar, todas las leyes generales reparten las competencias que la LGEEPA ya había repartido; se sobreponen una a otra, haciendo compleja la comprensión del sistema jurídico y, al mismo tiempo, propician que en el plano local se emitan también leyes sobre vida silvestre, desarrollo forestal, prevención y gestión de residuos y cambio climático. Esas leyes no siempre son compatibles con las leyes generales y tienden a provocar conflictos en la interpretación de la norma. Por ejemplo, en muchas ocasiones no es fácil determinar si la evaluación de impacto ambiental debe regirse por la ley general o la ley local. De la misma manera, resulta complicado definir cuál es el nivel de gobierno competente para legislar en materia de ruido.

II.3.2. El acento en la prevención

En cuarto lugar, todas las leyes generales ponen el acento en la prevención y control de la contaminación, pero se ocupan poco o casi nada de la reparación de daños al ambiente. Por ejemplo, la reforma a la LGEEPA de 1996 tan solo agregó al artículo 203 la expresión: "Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable".

Mas adelante, la LGVS del 2000 incorporó un breve capítulo, relativo a la responsabilidad por el daño a la vida silvestre e incluso asignó jurisdicción a los Tribunales Federales de Distrito en esa materia, pero es hasta el 2013 cuando se promulga la LFRA. No obstante, esta ley tiene tantas deficiencias en su redacción que es poco probable su aplicación.[26] Por ejemplo, cuando se

[26] Véase al respecto. José Juan González Márquez, *Tratado de derecho ambiental. La responsabilidad por el daño ambiental*, México, UAM, 2018.

trata de la contaminación de suelos y su reparación resulta mucho más conveniente aplicar las reglas que contiene la LGPGIR que las de la LFRA, pues esta es muy confusa en cuanto a la reparación del daño ambiental. En consecuencia, la responsabilidad por daños al ambiente y su reparación sigue siento un tema pendiente para la legislación ambiental mexicana.

II.3.3. El objeto de tutela del derecho ambiental

La reforma constitucional de 1987 incorporó al texto de los artículos 27 y 73 fracción XXIX-G de la CPEUM la referencia a los conceptos de *equilibrio ecológico* y la *protección al ambiente*. Con esa base, la LGEEPA sugiere que en la legislación nacional se ha trazado la intención de proteger al ambiente como un bien jurídico en sí mismo. Sin embargo, ni en esa ley ni en el resto de las leyes generales y federales que se han promulgado en las últimas décadas, se identifica al ambiente como un objeto específico de tutela legal. De hecho, ni siquiera la acepción que de este bien jurídico proporciona la LGEEPA es correcta. Esta Ley define al ambiente como "El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados".

La definición es imprecisa pues, si bien los recursos naturales y el ambiente están relacionados, no son lo mismo, de manera tal que debemos distinguir entre elementos de base del ambiente (aire, agua, suelo, flora y fauna), funciones ambientales y ambiente como tal. Los recursos naturales han sido objeto de tutela jurídica desde antaño, tanto en el derecho privado, como en el derecho público. De igual forma, los diferentes recursos naturales están sujetos a un estatuto de propiedad específico; algunos de ellos caen dentro del ámbito de la propiedad privada (por ejemplo, el suelo) mientras que otros forman parte del *demanio*[27] (por ejemplo, algunas aguas).

Las funciones ambientales pueden, en principio, ser consideradas como una accesión de la propiedad de los recursos naturales. Así, si el recurso natural es de propiedad privada, entonces el propietario tiene derecho a la explotación de las funciones ambientales que ese recurso proporciona.

[27] Dominio público, agrupación de bienes públicos, esto es, pertenecientes a un ente público que se caracterizan por estar sujetos a un régimen jurídico específico, en buena parte distinto del que rige para los bienes patrimoniales de la Administración. Demanio, *Enciclopedia Jurídica Básica,* Madrid, España, Editorial Civitas, vol. II, p. 2097.

En cambio, el ambiente es un bien jurídico que se forma por las interacciones que se presentan entre las funciones ambientales y que permiten mantener un equilibrio ecológico al interior de los ecosistemas y entre ellos.

La distinción descrita es fundamental para entender que el verdadero objeto de tutela del derecho ambiental es el equilibrio ecológico (es decir el ambiente) y, una vez hecho lo anterior, diseñar los instrumentos jurídicos adecuados para la protección de un bien jurídico tan heterodoxo como el que hemos descrito. Entonces, en la construcción del derecho ambiental es fundamental considerar que no es lo mismo proteger a los recursos naturales que proteger el equilibrio entre las funciones ambientales. En ocasiones, incluso es menester provocar un daño a un elemento natural en aras de guardar el equilibrio ambiental, es decir, con la finalidad de proteger el ambiente.

Las legislaciones ambientales promulgadas en las últimas décadas cometen el error de confundir la protección de los elementos de base con el ambiente propiamente y pocos se ocupan aún del equilibrio entre las funciones ambientales. Lo anterior resulta particularmente relevante si se considera que el equilibrio entre funciones ambientales es lo que otorga al ambiente su cualidad para ser soporte adecuado de vida.

II.3.4. El escaso contenido normativo de la legislación ambiental

Juntas, las leyes generales y federales en materia ambiental integran un entramado que agrupa 1,291 disposiciones legales sin incluir los artículos transitorios.[28] Sin embargo, la revisión de esas leyes nos permite afirmar que el contenido normativo es, en todos los casos, limitado. Las leyes ambientales son más programáticas que preceptivas.

En primer lugar, las leyes ambientales generales tienen varios tipos de contenidos: reparten competencias, establecen lineamientos de política ambiental, se refieren a la gestión ambiental de sectores específicos y regulan aquellos aspectos que las propias leyes consideran de carácter federal.

En segundo lugar, la mayoría de las regulaciones se basan en el ejercicio de las facultades que otorga el artículo 27 a la nación para imponer modalidades al derecho de propiedad y para regular el aprovechamiento sustentable de los

[28] LGEEPA 204, LGVS 130, LGDFS 163, LGPGIR 125, LGPAS 152, LGCC 116, LFRA 56, LFVZMM 63, LGAHOTDU 119 y LGDFS 163.

recursos naturales. Por ejemplo, la LGEEPA contiene instrumentos jurídicos, como las áreas naturales protegidas o el ordenamiento ecológico del territorio, cuyo principal objetivo es limitar el ejercicio de los derechos inherentes al propietario del suelo en aras de la conservación de los hábitats que se consideran fundamentales para la protección de especies de flora y fauna.

De igual manera, la LGDFS impone a los propietarios de bosques la prohibición de cambiar el uso de suelo y los sujeta a una autorización previa para el aprovechamiento de los recursos forestales que son de su propiedad.

En la misma perspectiva, algunas leyes ambientales regulan el aprovechamiento de ciertos recursos naturales que no caen dentro del dominio privado ni del dominio público. Es el caso, por ejemplo, de la LGVS, que no reconoce el derecho de propiedad sobre las especies de flora y fauna que se localizan dentro de un predio de propiedad privada, pero sí otorga a los propietarios, el derecho preferente de aprovechamiento bajo ciertas reglas que se consideran regulaciones sobre el aprovechamiento de esos recursos.

En tercer lugar, las regulaciones que imponen las leyes generales pueden dividirse en tres categorías. En la primera cabrían todas aquellas que se consideran regulaciones directas; en la segunda se incluirían las regulaciones basadas en mecanismos de mercado; y en la tercera, se agrupan las regulaciones de carácter voluntario. Por ejemplo, la LGEEPA contempla como regulaciones administrativas a la evaluación del impacto ambiental, el estudio de riesgo y la licencia de funcionamiento, mientras que entre los instrumentos de mercado, menciona a los tributos ambientales, los fondos ambientales y los mercados de emisiones. Esta Ley también incorpora instrumentos voluntarios, tales como la auditoría ambiental, la autorregulación y la constitución voluntaria de áreas naturales protegidas.

II.3.5. Las leyes federales

En virtud de que la reforma constitucional de 1987 incorporó al artículo 73 la fracción XXIX-G que establece la concurrencia de competencias en materia ambiental, el Congreso de la Unión está facultado para determinar el alcance de las atribuciones de los congresos locales para legislar en esta materia, pero no puede, bajo ninguna circunstancia, privarlos de esa posibilidad. Por ello, en materia ambiental no es admisible la aprobación de leyes federales. Sin embargo, actualmente pueden enlistarse tres leyes con esa ca-

racterística: la Ley de Aguas Nacionales (LAN), la LFRA y la LFVZMM; cada una de ellas puede ser cuestionada por diversas razones.

La LAN es una ley federal, pero a la luz de lo dispuesto por el artículo transitorio tercero del decreto por el que se reforma el artículo 4 constitucional de 2012[29] esta ley debe transformarse también en una ley general. Sin embargo, el Congreso de la Unión no ha cumplido con ese mandato.

La LFRA, por una parte, es aplicable cuando, en violación de las leyes generales, se produzca un resultado dañino; mientras que, por otra parte, se sujeta a la jurisdicción exclusiva de la federación las consecuencias jurídicas de ese resultado, limitando a los estados en sus facultades para legislar sobre responsabilidad por daño ambiental.

En cambio, la LFVZMM es de carácter federal porque las zonas marinas tienen esa naturaleza. Sin embargo, la constitucionalidad de esta ley resulta cuestionable porque no sólo se refiere a la regulación de las zonas marítimas en sí mismas, sino a los aspectos ambientales de vertimientos contaminantes en estas.

En consecuencia, la constitucionalidad de estas tres leyes es cuestionable a la luz de lo que dispone la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional.

II.3.6. Las leyes locales

El sistema de competencias concurrentes en materia ambiental introducido en la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional en 1987 y las propias leyes generales dieron fundamento a la expedición de una ley local por cada ley general en materia ambiental. Algunos ejemplos son la Ley de Mitigación y Adaptación al Cambio Climático y Desarrollo Sustentable para la Ciudad de México (2011), la Ley del Equilibrio Ecológico del Estado de Oaxaca (1998), la Ley de Vida Silvestre para el Estado de Quintana Roo (2012), Reglamento de la Ley Ambiental del Estado de San Luis Potosí en Materia de Residuos Industriales no Peligrosos (2005), el Reglamento de Prevención y Gestión Integral de los Residuos de Manejo Especial para el Estado de Tamaulipas (2013) y la Ley de Cambio Climático para el Estado de Querétaro (2018), entre otros.

Tras el análisis de las diferentes legislaciones locales podemos afirmar que:

[29] *DOF*, 8 de febrero de 2012.

a) El proceso de emisión de las leyes locales aún no concluye y podría nunca concluir, pues cada vez que se modifica una ley general, las leyes locales deben adecuarse a su nuevo contenido.
b) En algunos casos, los gobiernos locales han optado por emitir reglamentos en lugar de leyes, lo cual podría resultar más conveniente sobre todo en los casos como el de la LGPGIR, que prácticamente no confiere a los congresos locales ninguna facultad para legislar.
c) El entramado jurídico que integran en su conjunto las leyes generales y las leyes locales es, hoy en día, muy complejo.

III. La gestión ambiental

Aunque a lo largo de los años que se analizan en este trabajo, se realizaron varias modificaciones en la organización de la estructura de la administración pública ambiental, hasta hoy, no ha sido posible contar con una única dependencia encargada de la aplicación de las leyes ambientales, ni con una encargada de ejercer las funciones de procuración de justicia ambiental. Lo anterior, no solamente porque el sistema de competencias concurrentes establecido por la Constitución implica la participación de los tres niveles de gobierno en la gestión ambiental, sino porque, además, al interior del gobierno federal se han distribuido diferentes competencias ambientales a distintas autoridades. Incluso, es posible atestiguar la existencia, dentro de una misma dependencia, de diferentes áreas administrativas desconcentradas que poseen diversas atribuciones para la aplicación de las leyes ambientales. Es el caso, por ejemplo, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), que, a pesar de su nomenclatura, no es la única autoridad en materia de medio ambiente y recursos naturales, sino que comparte algunas atribuciones con otras dependencias, como la Secretaría de Marina (SEMAR). Amén de lo anterior, en la SEMARNAT existen tres órganos desconcentrados que tienen facultades de policía, en materia ambiental, a saber: la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), la Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente (ASEA) y la Comisión Nacional del Agua (Conagua).

Distinguir entre las facultades que corresponden a la Conagua y a la PROFEPA es en principio fácil, pues podemos decir de manera general que a la

Conagua le corresponde la aplicación de la Ley de Aguas Nacionales y a la PROFEPA la aplicación de la LGEEPA. Sin embargo, en casos específicos, puede resultar difícil identificar cuál de las dos autoridades es competente, por ejemplo, cuando estamos en presencia de un caso de contaminación de aguas nacionales con residuos peligrosos provenientes de una fuente de contaminación de carácter federal, ambas dependencias tendrán parte de la competencia.

En el ámbito federal, son varias las dependencias de la administración pública que tienen participación en la aplicación de las diferentes leyes ambientales.[30]

Las estructuras orgánicas de los diferentes órganos desconcentrados encargados de la aplicación de las leyes ambientales no son uniformes. Por ejemplo, no existe coincidencia en cuanto al nombramiento de los titulares de los órganos desconcentrados encargados de la gestión ambiental como lo ilustra la Tabla 2.

Tabla 2
Nombramiento de los órganos desconcentrados

Órgano	Nombramiento secretarial	Nombramiento presidencial
PROFEPA	X	
CONAGUA		X
ASEA		X
COFEPRIS		X

[30] Entre estas se encuentran la SEMARNAT, la Secretaría de Salud (Salud), la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), la Secretaría de Turismo (SECTUR), la Secretaría de Energía (SENER), la Secretaría de Marina (SEMAR) y la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATUR), que son dependencias del Ejecutivo Federal. Así como Conagua y la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA) que son órganos administrativos desconcentrados de la SEMARNAT; la PROFEPA y la Comisión Nacional de las Áreas Naturales Protegidas (CNANP) que son órganos desconcentrados de la SEMARNAT; el INECC que es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía de gestión, sectorizado en la SEMARNAT; el Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA) que es organismo público descentralizado coordinado sectorialmente por la SEMARNAT; y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) que es un órgano desconcentrado de la salud.

De igual forma, mientras que la PROFEPA es un órgano de procuración de justicia ambiental y un vigilante del cumplimiento de la ley, la Conagua, la ASEA y la COFEPRIS son al mismo tiempo agencias reguladoras y policías ambientales.

III.1. Las autoridades locales

La publicación de las leyes ambientales locales vino acompañada de la creación de autoridades ambientales encargadas de su aplicación, cuya competencia está definida en esas leyes.

Con fundamento en lo que disponen las leyes ambientales generales citadas y las leyes locales específicas, los gobiernos locales han establecido sus propias autoridades ambientales, a las cuales les han atribuido tanto las facultades de aplicar los instrumentos regulatorios de esas leyes como de vigilar su cumplimiento.[31]

III.2. La delegación de facultades federales en las entidades federativas

Además de la concurrencia de competencias que establecen las leyes generales, esos mismos ordenamientos establecen mecanismos que permiten que las facultades reservadas a autoridades federales puedan ejercerlas los responsables locales. Lo anterior, sin prejuicio de que aun en los casos en que no exista delegación de facultades federales hacia autoridades locales, puede haber un ejercicio descentralizado de esas facultades a través de las delegaciones estatales de las dependencias federales que tiene su fundamento en la LOAPF.[32]

Las leyes ambientales generales contemplan un régimen normativo más o menos homogéneo que rige el traspaso de facultades del ámbito federal al local. A través de los mecanismos que describen las leyes, las autoridades

[31] En los estados de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, Veracruz y Ciudad de México se ha optado por crear tanto una secretaría como una procuraduría; mientras que en los estados de Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán únicamente crearon una secretaría. En los estados de Morelos y Sonora se crearon comisiones; en Oaxaca y Zacatecas son institutos. En Guanajuato cuentan con una procuraduría y un instituto, en Nuevo León con una secretaría y una subsecretaría y en Tlaxcala optaron por una coordinación general.

[32] *DOF*, 29 de diciembre de 1976.

locales no sólo pueden ejercer aquellas atribuciones que las diversas leyes les adjudican, sino también otras que en principio son federales pero que en virtud de la celebración de sendos convenios les son encomendadas.

Todas las leyes ambientales generales contemplan un esquema de delegación de facultades hacia los estados más o menos uniforme. Los fundamentos de estos convenios se encuentran plasmados en las leyes generales: LGEEPA, LGVS y LGPAS se ocupan de ello (en artículos 11 y 12); LGPGIR y LGAHOTDU, (artículos 12 y 13); LGCC, (artículo 10) y LGDFS, (artículos 21 y 22).

Las disposiciones legales necesarias establecen cuáles son las materias susceptibles de ser incluidas en esos convenios.

De esta manera, las autoridades locales pueden ejercer dos tipos de facultades: las que les otorga la Ley General y las que reciban en delegación mediante convenio.

III.3. El Poder Judicial y la jurisprudencia

Aunque a nivel mundial se observa una tendencia cada vez mayor hacia la creación de tribunales y cortes ambientales, en México no existe aún una jurisdicción específicamente especializada en esta materia.[33]

Sin embargo, en los últimos años, diversas reformas al orden jurídico mexicano han dotado de competencia jurisdiccional para resolver conflictos que involucran la protección del ambiente a determinados tribunales. Por ejemplo, en 1999, la Ley Ambiental del Distrito Federal señaló en su artículo 223 que en el caso de demandas por daños al ambiente cualquier juez sería competente.

Más tarde, en el año 2000, la LGVS señaló en su texto original del artículo 109 que:[34]

[33] Un estudio reciente señala que los jueces, los tribunales y las cortes ambiéntale no son nuevos y han existido en tiempos antiguos y modernos. Por ejemplo, en la antigua Roma el *Praetor Urbanus* conocía de disputas entre ciudadanos romanos mientras que el *Praetor Peregrinus* tenía jurisdicción para resolver controversias entre extranjeros y ciudadanos romanos. De igual forma, en Europa, las Cortes eclesiásticas se especializaban en casos de demandas contras ministros de la Iglesia. En tiempos más recientes han surgido tribunales especializados en materias tales como la laboral, la mercantil o la fiscal. Pring George Rock y Catherine Pring, Greening Justice. *Creating and improving environmental courts and tribunals. The Access Initiative,* World Resources Institute. 2009.

[34] Por reforma publicada en la *Gaceta Oficial del DF.* el 17 de septiembre de 2013 esta ley pasó a denominarse Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal.

> Serán competentes para conocer de la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y su hábitat los Juzgados de Distrito en materia civil, conforme a la competencia territorial que establezcan las disposiciones respectivas, regulándose el procedimiento conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por otra parte, debido a que en México, como en otros muchos países, el derecho ambiental surgió y se desarrolló bajo el cobijo del derecho administrativo, en un primer momento los actos de las autoridades ambientales que vulneraban derechos de los particulares, incluyendo el derecho al ambiente adecuado, fueron sometidos a la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Federación, sobre todo cuando se trataba de juzgar la legalidad de actos de la autoridad ambiental federal, así como multas administrativas impuestas por estas que pudieran afectar la esfera de intereses de los particulares. Ello condujo a que, por reforma del año 2000 a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, se ampliase la competencia de ese tribunal a la materia administrativa en general y a que su denominación fuera cambiada por la de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA).[35]

Más recientemente, por Acuerdo del 3 de junio del 2013,[36] se creó al interior del TFJFA la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación, con sede en el Distrito Federal, que tiene competencia en todo el territorio nacional para:

> 1) Tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos, que encuadren en los supuestos previstos por las fracciones III, XI, XII y XIV, penúltimo y último párrafos, del artículo 14 de la Ley, dictadas por los Órganos Reguladores a que se refiere esta fracción, Secretarías de Estado, entidades de la Administración Pública Federal, así como por las entidades federativas en los casos de coordinación y concurrencia previamente establecidos en la legislación correspondiente, directamente relacionadas con las materias que sean competencia de los Órganos Reguladores de la Actividad del Estado.

[35] Decreto por el que se reforman diversas disposiciones fiscales. Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Fiscal de la Federación publicado en el *DOF* el 31 de diciembre del 2000.

[36] *DOF*, 3 de junio de 2013.

> 2) Tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos, que encuadren en los supuestos previstos por las fracciones III, XI, XII y XIV, penúltimo y último párrafos, del artículo 14 de la Ley, dictadas con fundamento en la LGEEPA, en la LGDFS, LGVS, LGPGIR, LGCC y Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de protección al medio ambiente, o que tengan alguna injerencia en la citada materia, que no sea del conocimiento de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual.
>
> 3) Tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra normas oficiales mexicanas publicadas en el *DOF*, cuando sean autoaplicativas o cuando se controviertan en unión o con motivo del primer acto de aplicación, de conformidad con lo previsto por el artículo 2o. de la Ley.

Finalmente, la nueva LFRA ordena, en su artículo 30, la creación de Tribunales de Distrito con competencia para conocer de acciones por daños al ambiente. Este precepto dispone:

> El Poder Judicial de la Federación contará con juzgados de Distrito con jurisdicción especial en materia ambiental. En ausencia de los anteriores serán competentes para conocer de los procedimientos judiciales de responsabilidad ambiental a que hace referencia el presente Título los jueces de distrito que correspondan según la materia.

El artículo tercero transitorio de la LFRA indica que esos juzgados especializados deberán establecerse en un término máximo de dos años. Sin embargo, el propio precepto transitorio citado señala que:

> La Jurisdicción especializada en materia ambiental podrá otorgarse a los Juzgados de Distrito en funciones en cada circuito jurisdiccional o de acuerdo a lo que disponga el Consejo de la Judicatura Federal, sin que esto implique la creación de nuevos órganos jurisdiccionales.

En todo caso, el artículo tercero transitorio de la Ley en comento dispone que el personal de los juzgados, ya sea de los que se creen o de aquellos a los

que se asigne la jurisdicción ambiental, deberán recibir capacitación especializada en materia de normatividad ambiental.

La participación del Poder Judicial en la aplicación de la legislación ambiental es aún limitada. No sólo porque no existen tribunales ambientales como tal, sino porque los tribunales tradicionales a los que se les ha asignado jurisdicción para conocer sobre casos en los que se involucra la aplicación de las leyes ambientales han sido poco creativos.

III.4. La participación ciudadana en la política ambiental

El reconocimiento del derecho a la información sólo se justifica si tiene como objetivo proporcionar a la gente la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones o garantizar el acceso a la justicia.

En consecuencia, los derechos a la información, a la participación pública y el acceso a la justicia se encuentran fuertemente vinculados. De hecho, como se comentó, el llamado derecho de acceso incluye:[37] *a*) El acceso a la información, *b*) La participación dentro del proceso de toma de decisiones, y *c*) El acceso a la justicia. En los apartados siguientes analizaremos cada uno de estos derechos.

III.4.1. El derecho a la información

El derecho a la información básicamente impone a los gobiernos dos obligaciones: por una parte, la de producir información en respuesta a una petición y, por la otra, la de recopilar y difundir cierta clase de información aun cuando no haya sido requerida por el público.

Hasta hace poco tiempo la existencia del derecho general a la información sólo podía fundamentarse en lo previsto en los artículos 6 y 8 de la CPEUM.

La reforma a la LGEEPA de 1996, que introdujo un capítulo específico en materia de acceso a la información sobre el medio ambiente.[38]

[37] Véase por ejemplo, Guillermo Cauña, "The principle of access to information, participation and justice in environmental matters in Latin–America: New spaces, new rights?", en Maria Eugenia Di Paola (ed.) *Proceedings and Declaration of Buenos Aires*. Buenos Aires, The Word Bank / unep, 2003, p. 73.

[38] Lo mismo ocurre por ejemplo en Argentina donde la Ley General del Ambiente de 2002 (artículos 16, 17 y 18) se refiere tanto a la obligación del gobierno de entregar a la ciudadanía la información que ésta solicite como la obligación general de poner a disposición del público la información sobre el medio ambiente.

Los artículos 159 bis, 159bis 1 y 159bis 2 se refieren de manera general a la obligación de la autoridad ambiental de recopilar, sistematizar y difundir información sobre el medio ambiente, pero es el artículo 159bis 3 el que consagra el derecho de acceso a que nos referimos en este apartado.

El resto de los preceptos citados, regulan el procedimiento para la solicitud y entrega de la información, así como las excepciones a este derecho.

De conformidad con el artículo 159bis 5, la autoridad ambiental debe responder por escrito a quien haya solicitado la información en un plazo no mayor a veinte días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud y en caso de que la respuesta sea negativa deberá especificar las razones por las cuales niega la información.

El marco jurídico que tutela el derecho de acceso a la información en México se fortaleció considerablemente cuando en el año 2002, el Congreso de la Unión aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.[39] El ámbito de aplicación de esta Ley incluye el acceso a la información sobre asuntos ambientales. De conformidad con el artículo 1, esta Ley tiene por objetivo garantizar a la gente el acceso a la información que poseen los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como los organismos autónomos y cualquiera otra entidad federal.

Esta Ley creó al Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, como un órgano de la Administración Pública Federal dotado de autonomía jurídica, presupuestaria y operativa, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades.

El ordenamiento jurídico en cuestión, establece una serie de excepciones al principio de libre acceso entre las cuales se incluyen: *a*) la información clasificada como secreta por razones de seguridad nacional y *b*) la información reservada por razones comerciales, judiciales o políticas.

En el 2015 entró en vigor la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública que hizo factible que las entidades federativas también legislaran sobre el particular.

[39] *DOF*, 11 de junio de 2002.

Esta ley no abroga a la Ley Federal. En consecuencia, la nueva ley amplía significativamente el alcance del derecho a la información ambiental. El objeto de la Ley General es mucho más amplia que el de la Ley Federal, pues según el párrafo segundo del artículo 1°, este comprende:

> [...] establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad u órgano y organismo de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que recibe y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, de las Entidades Federativas y de los Municipios.

Con base en esta Ley, el derecho de acceso a la información ambiental consagrado en la LGEEPA se amplía considerablemente.

III.4.2. La participación pública

El derecho a participar en la toma de decisiones en México ha sido reconocido básicamente de tres maneras: en primer lugar, la LGEEPA contiene un capítulo específico, dedicado a regular la participación pública que se integra por tan sólo tres preceptos —artículos 157, 158 y 159— y que se refiere a las formas en la cuales la autoridad ambiental deberá promover la participación pública en la planeación, ejecución, evaluación y vigilancia de la política ambiental y de recursos naturales, entre otras, a los consejos consultivos; en segundo, en materia de evaluación de impacto ambiental, el artículo 34 de la LGEEPA señala que la SEMARNAT debe poner a disposición del público las manifestaciones de impacto ambiental.

De conformidad con el párrafo tercero del artículo 34 mencionado, la SEMARNAT, a solicitud de cualquier persona de la comunidad en donde el proyecto sujeto a Estudio de Impacto Ambiental (EIA) pretende llevar a cabo una consulta pública en la que cualquier interesado, dentro del plazo de veinte días siguientes a la fecha en la cual se puso a disposición del público el EIA puede sugerir la aplicación de medidas de prevención y mitigación adicionales, así como realizar cualquier observación que considere pertinente. La propia Secretaría deberá agregar al expediente las observaciones

realizadas por los participantes en la consulta y las consignará en la resolución correspondiente cuando dichas observaciones hayan sido realizadas por escrito.[40]

III.4.3. Acceso a la justicia

Se ha dicho que la protección legal del ambiente y el ejercicio real del derecho al medio ambiente adecuado, demandan la transformación de las reglas tradicionales de acceso a la justicia para otorgar a las personas el derecho de acción en defensa del ambiente, aun en los casos en que no resulten directamente afectadas, es decir, legitimarlas para:

a) Combatir una resolución administrativa que niegue el acceso a la información.
b) Prevenir daños al ambiente o reparar los daños causados.
c) Demandar la aplicación de las leyes ambientales.

Hasta muy recientemente, en México, la legislación sólo le reconocía interés jurídico al directamente afectado por una resolución administrativa en materia ambiental o por un daño civil. En efecto, el artículo 176 de la LGEEPA establece la regla general que permite recurrir a las resoluciones administrativas emitidas por las autoridades administrativas, al señalar:

> Las resoluciones definitivas dictadas en los procedimientos administrativos con motivo de la aplicación de esta Ley, sus reglamentos y disposiciones que de ella emanen, podrán ser impugnadas por los afectados, mediante el recurso de revisión, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, o ante las instancias jurisdiccionales competentes.

Sin embargo, la legitimación procedimental para interponer el recurso señalado, en el caso específico de la autorización en materia de impacto ambiental, fue ampliada por la reforma al artículo 180 de la LGEEPA de 1996 que

[40] Algo similar ocurre en Chile, en donde la Ley de Bases Generales del Ambiente de 1994 en sus artículos 26, 27 y 28 permite el acceso a la información y a la participación dentro del procedimiento de EIA. Eduardo Astorga, *Derecho ambiental chileno. Parte General.* Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 26.

modificó ese artículo para reconocer el derecho de las comunidades afectadas para impugnar los actos administrativos que pudieran afectarles.[41]

Mas recientemente, una serie de reformas constitucionales y legales han fortalecido el sistema mexicano de acceso a la justicia en materia ambiental.

a) Reforma al artículo 17 constitucional de julio de 2010 que da fundamento a la legislación sobre acciones colectivas.
b) Reforma al artículo 180 de la LGEEPA de enero de 2011 que reconoce el interés jurídico legítimo a las comunidades afectadas no sólo para interponer el recurso de revisión, ante la propia autoridad que emite el acto, sino para acudir directamente ante el TFJA para recurrir cualquier resolución definitiva dictada con base en esa Ley y no solamente la autorización en materia de impacto ambiental.
c) Reformas de 6 de junio de 2011 a los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales que permiten la interposición del juicio de amparo para la defensa de derechos colectivos.
d) Reformas de 10 de junio de 2011 al Título I de la CPEUM por el cual las garantías individuales pasan a considerarse derechos humanos.
e) Reformas al CFPC del 30 de agosto de 2011 que introdujeron en ese código un Título V sobre acciones colectivas.
f) Nueva Ley de Amparo de 2013 que reglamenta la reforma constitucional de 2011.

IV. Conclusiones

La revisión general del derecho ambiental que hemos hecho en este trabajo nos permite afirmar que la aprobación de diferentes leyes y la creación de una serie de dependencias encargadas de su aplicación y vigilancia no sig-

[41] Este artículo señala: Tratándose de obras o actividades que contravengan las disposiciones de esta Ley, los programas de ordenamiento ecológico, las declaratorias de áreas naturales protegidas o los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de la misma, las personas físicas y morales de las comunidades afectadas tendrán derecho a impugnar los actos administrativos correspondientes, así como a exigir que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sean observadas las disposiciones jurídicas aplicables, siempre que demuestren en el procedimiento que dichas obras o actividades originan o pueden originar un daño a los recursos naturales, la flora o la fauna silvestre, la salud pública o la calidad de vida. Para tal efecto, deberán interponer el recurso administrativo de revisión a que se refiere este Capítulo.

nifican en sí mismas un fortalecimiento de esa nueva disciplina jurídica, por las siguientes razones:

a) La legislación ambiental es compleja y a pesar de lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXIX-G de la Carta Magna, no hay uniformidad entre las diferentes leyes que la integran, pues al lado de las leyes generales también hay leyes de carácter federal que centralizan la regulación de algunos aspectos de la protección del entorno, reservándolos al ámbito federal.
b) Son muchas las autoridades con atribuciones para aplicar y vigilar en cumplimiento de la legislación ambiental, pero no existe uniformidad ni en su estructura organizativa ni en el modelo de organización de las facultades que ejercen.
c) La forma en cómo se ejerce la concurrencia de competencias en materia ambiental, tampoco es uniforme. En el ámbito de competencia de la SEMARNAT se han firmado convenios de colaboración que permiten a las autoridades locales ejercer las facultades que las leyes federales otorgan a las autoridades federales, mientras que en el caso del ámbito competencial de la Salud, se crean organismos de coordinación específicos.
d) A pesar del reconocimiento amplio del derecho a la información en sus tres vertientes, no existen aún en México tribunales con competencia específica en materia ambiental.

En virtud de lo anterior, resulta necesario pensar en una reforma integral de la legislación ambiental vigente que, con base en los principios establecidos por la Constitución, refunda todas esas leyes que se han promulgado en los últimos años en un solo texto mas organizado y homogéneo que incorpore, al lado de los instrumentos tradicionales de regulación, a otros mucho más novedosos y que encomiende a una sola autoridad federal su aplicación. De igual forma, en esa nueva legislación se determine jurisdicción específica en materia ambiental que permita el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la justicia ambiental y, finamente, que se ocupe no solo de la prevención sino también haga posible la reparación del daño ambiental.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Brañes, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano.* México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

García López, Tania. *Derecho ambiental mexicano.* México, Editorial Bosch, 2013.

Gil Corrales, Miguel Ángel. *Crónica de políticas públicas ambientales en México.* México, FCE, Semarnat, INE. 2007.

González Márquez, Jose Juan. *Tratado de derecho ambiental. Las instituciones fundamentales del derecho ambiental*. México, UAM, 2018.

_____. *Tratado de derecho ambiental. La responsabilidad por el daño ambiental*. México, UAM, 2018.

Leme Machado, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro.* Brasil, Malheiros Editores, 1996.

Martín Mateo, Ramón (2003). *Tratado de derecho ambiental.* Vol. I, Madrid, Trivium, 1991.

Prieur, Michel. *Droit de l`environment*. Paris, Dalloz, 2001.

Pring George Rock y Catherine Pring. *Greening Justice. Creating and improving environmental courts and tribunals. The Access Initiative.* World Resources Institute, 2009.

El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. ¿El sistema UPOV vigente atenta contra los derechos de los agricultores y la seguridad alimentaria?

Arcelia González Merino

Resumen:

El sistema de propiedad intelectual ha tenido un avance de tal magnitud que actualmente se puede "proteger" la materia viva: variedades vegetales, especies animales, material genético humano, microorganismos, etcétera. El avance de este sistema ha posibilitado que en la mayoría de los países de América Latina se puedan proteger variedades vegetales, principalmente a través del sistema Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), ya sea que estén adscritos a UPOV 78 o UPOV 91.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar hasta qué punto el actual sistema de UPOV puede atentar contra los derechos de los agricultores y a la seguridad alimentaria en México.

Abstract:

The intellectual property system has had a breakthrough of such magnitude that it is now possible to "protect" living matter: plant varieties, animal species, human genetic material, microorganisms, etc. The advancement of this system has made it possible in most Latin American countries to protect plant varieties, mainly through the UPOV system, whether they are affiliated with UPOV 78 or UPOV 91

The purpose of this paper is to analyze the extent to which the current UPOV system may violate the rights of farmers and food security in Mexico.

Sumario: Introducción / I. La biotecnología y el sistema de propiedad intelectual asociado. Hegemonía e imperio tecnológico / II. Seguridad alimentaria, diversidad biológica y derechos de los agricultores / III. La selección histórica de las semillas y la obtención de híbridos. Derechos de los agricultores y derechos de los obtentores / IV. Propiedad intelectual. Derechos de obtentor y derechos de los agricultores: ¿Conflicto de intereses? / V. Sistema de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales en México / VI. ¿Un sistema alternativo de protección para proteger los derechos de los pequeños agricultores? / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. en Ciencias Políticas por la UNAM, Profesora-Investigadora del Departamento de Sociología por la UAM-Azcapotzalco y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

Sin duda, todo sistema de propiedad intelectual busca "premiar" e incentivar la creatividad innovadora de nuevas tecnologías; sin embargo, es importante analizar si este sistema de protección no atenta contra los derechos de los agricultores, principalmente el derecho de intercambiar semillas y volver a utilizar la semilla protegida sin tener que pagar regalías. Es importante estudiar, asimismo, si el sistema de propiedad intelectual, representado en los derechos de obtentor, no atenta de alguna manera, contra la seguridad alimentaria.

Promover y estimular el desarrollo tecnológico de nuevas variedades vegetales, debiera tener como condición indispensable el no atentar contra derechos colectivos milenarios de intercambio de semillas que, no sólo es una actividad producto de una práctica histórica de pequeños agricultores y comunidades indígenas, sino que si la innovación de variedades vegetales promueve el cultivo extensivo y homogéneo de estas, atentando contra la diversidad biológica, está poniendo en riesgo la seguridad alimentaria. La Organización Mundial para Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), y sinnúmero de investigaciones al respecto, han demostrado el vínculo estrecho entre la diversidad biológica y la seguridad alimentaria. Esto se explicará más adelante.

La Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), la cual es fundada en 1961, en París, se establece con la finalidad de premiar al obtentor, al fitomejorador que, con un proceso de hibridación constante obtiene variedades mejoradas, cuidando características de homogeneidad, estabilidad y, por supuesto, de novedad. La producción de híbridos, sin duda, ha contribuido a un mayor rendimiento de los cultivos; sin embargo, las características propias que exige el sistema de propiedad intelectual UPOV, de homogeneidad, y de estabilidad, también han contribuido a la pérdida de variedades vegetales y con ella, a una inseguridad alimentaria.

I. La biotecnología y el sistema de propiedad intelectual asociado. Hegemonía e imperio tecnológico

I.1. Hegemonía en el desarrollo de la biotecnología agrícola

Hegemonía, desde la perspectiva de Antonio Gramsci es entendida como la capacidad de liderazgo y de establecer consensos con las clases aliadas.

La hegemonía a la que se refería Gramsci es la del proletariado, que aludía a una alianza con el campesinado y a la necesaria participación de la clase intelectual. Gramsci, sin embargo, no sólo abordó el tema de la hegemonía para referirse al proletariado y, entonces, a la capacidad que éste debía ejercer para establecer consensos y a la vez liderazgo, sino en la hegemonía que desempeñaba la clase burguesa en ciertos territorios del contexto mundial.[1]

Ceceña y Barreda, retomando el concepto de hegemonía en Gramsci, señalan que la hegemonía en general incluye cuatro aspectos: *a*) el económico, que se refiere al desarrollo de las fuerzas productivas: *b*) el reproductivo, referido a la fuerza de trabajo; *c*) el militar, como elemento regulador y sancionador de las jerarquías y un eficaz medio de acceso o monopolización de los recursos naturales; *d*) el geográfico, geopolítico y geoeconómico, fundamento de las fuerzas productivas en el contexto mundial. La hegemonía económica consistiría en la capacidad para determinar el paradigma tecnológico sobre el cual se asienta la reproducción material y global, y para establecer modos de su implantación generalizada, así como la posibilidad creada desde la propia tecnología para apropiarse el plusvalor generado en la sociedad mundial.[2]

El concepto de hegemonía gramsciano sirve a los objetivos de éste trabajo para explicar cómo es que países industrializados como Estados Unidos despliegan esta capacidad de consenso y de convencimiento para imponer los criterios que en materia de desarrollo biotecnológico de propiedad intelectual, asociada a este, le convienen para desarrollar su propio liderazgo. Esta capacidad de establecer consensos y de generalizar la propia visión del mundo, el país norteamericano la ejerce hacia los países en donde pretende que se hagan válidas sus disposiciones sobre biotecnología y propiedad intelectual.

El desarrollo de la biotecnología agrícola moderna en Estados Unidos habría que entenderla desde esta postura teórica, junto con el desarrollo de la propiedad intelectual sobre la materia viva. De manera que tanto el gobierno estadounidense como las grandes empresas biotecnológicas han marcado la pauta para el desarrollo de esta tecnología. Han logrado incidir no sólo en su política nacional, sino a nivel internacional y, entonces, sobre la política en biotecnología agrícola en México.

[1] Antonio Gramci, citado en Arcelia González, P*olíticas de propiedad intelectual y bioseguridad en biotecnología. Una propuesta regional dentro del marco internacional*, 2006, p. 39.

[2] Ceceña y Barreda, 1995, citado en Arcelia González, *op. cit*., p. 40.

I.2. Imperio tecnológico en el desarrollo de la biotecnología agrícola y el sistema de propiedad intelectual asociado

El concepto convencional de imperio, tiene que ver con la expansión territorial y con la imposición de ideas y reglas, ejemplos de estos se encuentran en el Imperio romano y la apropiación territorial que ejerció Gran Bretaña, en su momento.[3] Sin embargo, existen también otras formas de imperio, que se basan en una extensión del poder, aunque no necesariamente territorial, sino tecnológico, es el caso de la biotecnología agrícola moderna.

Autoras como Sheila Jasanoff sostienen que la biotecnología agrícola opera políticamente de diferentes maneras. En primer lugar, como material tecnológico; en segundo, construye plantas resistentes a insectos y tolerantes a herbicidas, que pueden causar daño; en tercero rediseña piezas de la naturaleza, tales como genes, que desempeñan nuevas tareas en nuevos ambientes. Desde esta perspectiva, Jasanoff señala que la biotecnología ejerce este imperio a través del desarrollo tecnológico de punta, concentrado en países más industrializados como Estados Unidos y empresas transnacionales, con lo cual ejerce su poder sobre los países menos desarrollados, "imponiendo" la producción y consumo de sus productos a través del mercado y de incluir disposiciones, en materia de propiedad intelectual, dentro de acuerdos de libre comercio —como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (a partir del 30 de noviembre de 2018, T-MEC).[4]

Ante este proceso de control, sin embargo, surgen nuevas formas también de organización civil, justo en contra del funcionar y de los productos de la biotecnología moderna. Jasanoff explica cómo, desde finales de los noventa —justo durante el periodo de autorización de los organismos genéticamente modificados (OGM) para su comercialización— surgen diferentes movimientos sociales bajo la forma de movimientos de resistencia. Jasanoff describe las movilizaciones en diferentes países de Europa, Brasil y, en general, a nivel mundial, como movimientos que manifestaron su oposición a los OGM. Muchos de los movimientos en contra de la biotecnología moderna identificaron a esta como símbolo de homogeneización ambiental, económica y cultural y también denunciaron a empresas como Monsanto ante el posible riesgo de da-

[3] Sheila Jasanoff, *Biotechnology and empire: The global power of seeds and science*, 2006.

[4] *Ibid*, p. 284.

ño a seres vivos que no se pretendía modificar, como es el caso de la mariposa monarca.[5]

1.3. Imperio en el desarrollo de la propiedad intelectual en biotecnología agrícola

El concepto de imperio también lo han usado autores como Peter Drahos para analizar la evolución de los derechos de propiedad intelectual a nivel global. Interesa aquí revisar esta tendencia por la importancia que ha tenido el desarrollo de la propiedad intelectual sobre la materia viva asociado al propio desarrollo de la biotecnología moderna.

Drahos nos explica, que el desarrollo de la propiedad intelectual se ha desplegado en tanto imperio, desde el siglo XX, específicamente desde finales del mismo. Es en la década de los ochenta cuando se impulsa la creación de un acuerdo de propiedad intelectual dentro de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Multilaterales Comerciales, en la revisión de lo que fuera el General Agreement Trade and Tariffs (GATT, por sus siglas en inglés) y que después se convirtiera en la OMC. Estas negociaciones produjeron el Acuerdo sobre el Comercio Relacionado a los Derechos de Propiedad Intelectual (TRIP,[6] por sus siglas en inglés).[7] La relevancia del TRIP, radica en que, al incluirse en los acuerdos que fundaron la OMC, obliga a los países miembros a establecer estándares mínimos de protección sobre todas las innovaciones.

El concepto de imperio que utiliza Drahos para explicar la evolución de la propiedad intelectual a nivel global, tiene que ver con la propia dinámica de este sistema. Drahos nos explica cómo es que países como Estados Unidos ha sido uno de los principales —si no es que el más importante— en darle este carácter de sistema imperial. Es Estados Unidos el que antes de que se aprobara la inclusión del TRIP dentro de la OMC, ya había desarrollado acuerdos bilaterales o trilaterales con diferentes países a nivel mundial para garantizar

[5] *Idem*.

[6] TRIP es uno de los 28 acuerdos que formaron parte del Acta Final de la Ronda de Uruguay de las Negociaciones de Comercio Multilateral. Negociaciones que empezaron en la Ronda del Este en 1986, culminado en 1994 con la firma del Acta final y la creación de la Organización Mundial de Comercio (Drahos, 2003).

[7] Peter Drahos, *Expanding intellectual property's empire: The role of FTAs*, 2003, p. 1.

la implementación de estos derechos.[8] En el despliegue de estos acuerdos bilaterales y globales también se encuentran grandes empresas químicas, farmacéuticas y biotecnológicas multinacionales impulsando disposiciones cada vez más consistentes de propiedad intelectual, de manera que sus innovaciones puedan tener la protección adecuada, validez mundial y entonces controlar y monopolizar sus propias innovaciones a nivel global.

Ante este contexto de poder, imperio y hegemonía, sin embargo, cabe aquí señalar el papel que han desempeñado los actores de la sociedad civil, desde una postura alternativa.

Autores como Andrew Feenberg han desarrollado el concepto de racionalización democrática para referirse a la participación de la sociedad civil, cuestionando el desarrollo de la tecnología como poder. Feenberg señala que el desarrollo y progreso tecnológico no deben ser vistos como sinónimo de una búsqueda de eficiencia. Nos advierte que en este desarrollo tecnológico la sociedad civil está teniendo un papel que se asocia con una praxis democrática. Esta praxis democrática, Feenberg la ve en la participación, por ejemplo, de movimientos sociales resistiendo un tipo de hegemonía tecnológica.[9] Este tipo de movimientos sociales, como por ejemplo, el ambientalista, tiene la característica de desafiar el desarrollo tecnológico hegemónico.[10]

II. Seguridad alimentaria, diversidad biológica y derechos de los agricultores

Para abordar el tema de la seguridad alimentaria y cómo los derechos de la propiedad intelectual sobre los recursos genéticos vegetales pueden poner en riesgo a esta misma, es importante, en primer lugar, explicar el concepto de seguridad alimentaria.

De acuerdo con la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), la "Seguridad alimentaria, a nivel individuo, hogar, nación y global, se consigue cuando todas las personas, en todo mo-

[8] Drahos nos menciona que Estados Unidos había ya firmado acuerdos de propiedad intelectual con países como Chile, Australia, Singapur, del Sureste Africano y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN). En www.fao.org/seeds/es.

[9] Andrew Feenberg, 1998.

[10] Andrew Feenberg, *op. cit*.

mento, tienen acceso físico y económico a suficiente alimento, seguro y nutritivo, para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias, con el objeto de llevar una vida activa y sana". El concepto de seguridad alimentaria surge en la década de los años setenta del siglo pasado, en los ochenta se añadió el concepto de acceso, tanto económico como físico, y para la década de los noventa, se llegó al concepto actual que incorpora la inocuidad y las preferencias culturales.[11]

II.1. Diversidad biológica y seguridad alimentaria

Por diversidad biológica se entiende "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas, terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas".[12]

Organizaciones como la FAO, la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad y, en general, investigaciones de académicos especializados, han enfatizado la importancia de la conservación y mejora de la diversidad biológica para garantizar una seguridad alimentaria. Desde los genes hasta las especies, el medio ambiente y la biomasa toda, la biodiversidad es un importante recurso para la humanidad.

La FAO señala que la biodiversidad y la seguridad alimentaria se encuentran relacionadas de múltiples formas. La biodiversidad contribuye a la regulación del ciclo de nutrientes y del agua, así como ayuda a mitigar el efecto del cambio climático. El aprovisionamiento de agua limpia y una amplia oferta de alimentos, es de vital importancia para la humanidad.[13]

La biodiversidad también proporciona la materia prima e información genética para el desarrollo y mejoramiento de múltiples variedades vegetales y animales. Un sin número de variedades distintas de cultivos deben su existencia a más de miles de millones de años de evolución biológica natural, así como a la evolución y escrupulosa selección de nuestros agricultores a lo largo de la historia agrícola de miles de años. Se considera que la diversidad

[11] En www.fao.org/3/a-at772s.pdf. Con acceso desde Internet el 3 de marzo del 2018.

[12] ONU, Convenio para la Diversidad Biológica, 1992.

[13] En localhost/Users/arceliagonzalez/Desktop/BiodiversityFoodSecuritysynergies.html, con acceso desde Internet el 14 de octubre del 2018.

biológica representa al menos 40% de la economía mundial y cubre el 80% de las necesidades en situación de pobreza. Un ejemplo de ello es el caso del maíz en México. México es centro de origen y diversidad del maíz, en donde existen más de 59 razas. La diversidad biológica, así, está asociada a la diversidad cultural.[14]

II.2. Derechos de los agricultores

Movimientos como el de los campesinos, de agricultores e indígenas, han demandado sus derechos colectivos sobre los recursos fitogenéticos. Esta lucha y participación han contribuido a que se establezcan acuerdos internacionales reconociendo estos derechos, es el caso del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación (TIRFAA).[15]

El artículo 9.1 del TIRFAA define así los derechos colectivos del agricultor:

> Las partes contratantes reconocen la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación y desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola del mundo entero.

En el artículo 9.3 señala también que "Nada de lo que se dice en este artículo se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda".[16]

El sistema de propiedad intelectual asociado a las variedades vegetales, específicamente el sistema de patentes y el sistema UPOV 91 (que más adelante analizaremos), se encuentra, así, en contradicción con el TIRFAA, ya que mientras el primero limita el intercambio de semillas protegidas, el segundo promueve no limitar ningún intercambio.

[14] Miguel Escalona, "La biodiversidad como estrategia para la seguridad alimentaria", 2005.

[15] FAO, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, 2009. En www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf. Con acceso desde Internet el 13 de mayo del 2018.

[16] FAO, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

El imperio, que buscan establecer países desarrollados y grandes empresas biotecnológicas en materia de propiedad intelectual, es contradictorio con los objetivos de organizaciones no gubernamentales, ejerciendo fuerzas de contrapoder, defendiendo sus derechos colectivos a intercambiar semillas, lo cual contribuye a la seguridad alimentaria.

III. La selección histórica de las semillas y la obtención de híbridos. Derechos de los agricultores y derechos de los obtentores

Desde hace más de 10,000 años, la selección de semillas es parte esencial del desarrollo agrícola de la humanidad. Esta selección ha tenido como objetivo conseguir el sustento alimenticio básico, mediante la búsqueda, adaptación y utilización de recursos fitogenéticos.[17, 18]

Las semillas son la base del sustento humano, así como las depositarias del potencial genético de las especies agrícolas y sus variedades resultantes del continuo mejoramiento y la selección a través del tiempo.[19] Las semillas son también la unidad de reproducción sexual de las plantas y tienen la función de multiplicar y perpetuar la especie a la que pertenecen;[20] son el primer eslabón en la cadena alimenticia y representan el esfuerzo milenario de agricultores y mejoradores, se han adaptado a cambios climáticos y a las variables características del suelo.[21]

Hacia finales del siglo XVIII, comienza el fitomejoramiento[22] sistemático por selección, después de varios miles de años. El fitomejoramiento sistemáti-

[17] Por recursos fitogenéticos, la Food and Agricultural Organization (FAO), entiende a cualquier material genético de origen vegetal. Se ha usado este término para analizar, sobre todo por organizaciones como la propia FAO, los recursos que tengan valor real o potencial para la alimentación y la agricultura. En www.fao.org, consultada el 9 de febrero de 2018.

[18] En www.fao.org. con acceso desde Internet el 10 de marzo del 2018.

[19] En www.fao.org/seeds/es, con acceso desde Internet el 13 de febrero del 2018.

[20] Jessica Doria, "Generalidades sobre las semillas: su producción, conservación y almacenamiento", 2010, p. 1.

[21] Enrica Senini, "Farm saved seeds: A right to use or a right abused", 2018, p. 1.

[22] El fitomejoramiento es la aplicación de la genética para la selección de plantas con características deseables como por ejemplo, un mayor rendimiento, tolerancia a plagas, etcétera. En www.fao.org, consultada el 14 de marzo de 2018.

co se desarrolla también cuando algunos agricultores, con capacidad de inversión, identificaron la posibilidad de realizar significativos avances mediante la selección de semillas.[23] Durante años, los agricultores seleccionaron las características que mejoraran sus variedades o que más les gustaran, transformando y domesticando los cultivos vegetales de su mayor interés.

La hibridación comercial de especies vegetales comenzó en Estados Unidos desde mediados de los años veinte del siglo pasado, con el maíz. Desde este periodo, pero con mayor énfasis desde la década de los setenta —década en la cual comienza la decadencia de la política del Estado benefactor—, la iniciativa privada ha tenido cada vez mayor interés e injerencia en el desarrollo de híbridos vegetales para el mercado. Características como la heterosis[24] y la combinación de propiedades que permite a las semillas mayor resistencia a estrés y a múltiples enfermedades, son las que interesaban a los fitomejoradores.[25] El desarrollo de estas características con grandes ventajas para los propios fitomejoradores de la iniciativa privada, impulsó el establecimiento de la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), en 1961.[26]

Desde la Revolución verde, periodo que abarca desde la década de los cincuenta hasta los setenta del siglo XX, se obtuvieron múltiples variedades de semillas mejoradas, derivadas del fitomejoramiento, provenientes de los sectores público y privado. Junto con una política de riego, mecanización, producción de fertilizantes y agroquímicos, se obtuvieron importantes mejoras en el rendimiento de la producción de semillas; sin embargo, la uniformidad que trajo consigo la producción de variedades mejoradas, también provocó una pérdida de diversidad biológica de múltiples variedades vegetales autóctonas.[27]

[23] En www.upov.int, con acceso desde Internet el 23 de enero del 2018.

[24] La heterosis es un término utilizado en genética para la crianza y mejoramiento selectivo. También es conocida como vigor híbrido, lo cual se refiere a la mayor fortaleza de diferentes características en los mestizos; la posibilidad de obtener los mejores individuos por la combinación de individuos de sus padres, mediante la exogamia, entendiéndose ésta última como la técnica de reproducción dirigida entre individuos cuyo grado de parentesco es menor a la media de la población a la cual pertenecen.

[25] Un fitomejorador es aquél que utiliza técnicas de mejoramiento de las plantas, buscando mayor rendimiento, resistencia a estrés, etcétera. En ww.fao.org.

[26] João Carlos da Silva Dias, "Impact of improved vegetable cultivars in overcoming food insecurity", 2010.

[27] En www.fao.org, con acceso desde Internet el 17 de abril del 2018.

Desde la década de los cincuenta, también se da a conocer el funcionamiento del ácido desoxirribonucleico (ADN). El biólogo estadounidense James Watson, y el físico inglés, Francis Crick, fueron los primeros en describir el funcionamiento de la molécula del ADN, lo que posibilitó el desarrollo de la biotecnología moderna, la iniciativa privada tuvo un papel preponderante en el proceso de obtención de variedades vegetales.

Es hasta la década de los setenta, sin embargo, que se inicia la transferencia de genes mediante técnicas de recombinación de ADN y se recurre a la fusión protoplasmática en la fitogenética. Para la década de los noventa se inician los primeros ensayos en campo para las variedades vegetales obtenidas con ingeniería genética, para que, en esa misma década, inicie la comercialización de variedades modificadas genéticamente.[28]

La comercialización de cultivos modificados genéticamente también vino acompañada de todo un sistema de propiedad intelectual que garantizaba a los desarrolladores de ésta técnica (países como Estados Unidos y empresas transnacionales como Monsanto) el control en la producción y comercialización de este tipo de cultivos.

IV. Propiedad intelectual. Derechos de obtentor y derechos de los agricultores: ¿Conflicto de intereses?

La propiedad intelectual, el otorgar derechos por innovar, data desde el siglo XV, sin embargo, la propiedad intelectual sobre la materia viva, data del siglo XIX. Fue en 1873 que se otorgó una patente sobre la levadura a Louis Pasteur. Posteriormente, en 1930, se otorgó la primera patente a una planta, en especial a aquellas que se reproducen asexualmente. Es hasta 1961 que se crea la UPOV.[29]

El sistema UPOV surge con el establecimiento del Convenio Internacional para las Obtenciones Vegetales que se firmó el 2 de diciembre de 1961 en París. Bajo este convenio los países miembros se obligan a proteger, vía derechos de propiedad intelectual, el proceso de fitomejoramiento. Esto, con el fin de alentar a los obtentores a desarrollar variedades de semillas mejoradas.

[28] En www.fao.org, con acceso desde Internet el 7 de mayo del 2018.

[29] En www.upov.int con acceso desde Internet el 9 de febrero del 2018.

Este sistema de protección a las variedades de semillas, ha sido catalogado como sistema *sui generis*, alternativo al sistema de patentes y específico para variedades vegetales. La justificación del propio sistema UPOV de porqué estimular o premiar a los "innovadores" con un sistema así —llamado derechos de obtentor— se explica señalando que el proceso de fitomejoramiento es largo y costoso, y pocos obtentores dedicarían muchos años de su vida a este mejoramiento vegetal, realizando inversiones económicas elevadas, si no existiera la posibilidad de que el desarrollo de nuevas variedades se viera compensado, en este caso por un sistema de propiedad intelectual.[30] Los que están a favor de este sistema UPOV, y el propio convenio, señalan que el gran progreso en la productividad agrícola se debe a la obtención de variedades mejoradas, por lo que compensar a los "innovadores", con un sistema de protección como los derechos de obtentor contribuye a que se siga incrementando esta productividad.

La UPOV entró en vigor en 1968, fue revisada en 1972, 1978 y 1991. La propuesta de la Convención de UPOV es asegurar que los miembros de la Unión reconozcan el logro de los obtentores de desarrollar nuevas variedades de plantas, otorgando un derecho de propiedad intelectual, sobre la base del establecimiento de principios claramente definidos.[31] Actualmente se pueden diferenciar dos actas de la UPOV, UPOV 78 y UPOV 91, diferenciándose así, por los años en que fue revistada la Convención de UPOV.

IV.1. UPOV 78

Bajo el Acta de UPOV 78, la variedad que se pretende proteger, por esta figura de propiedad intelectual debe ser: *a*) nueva, el artículo 6 de la Acta de 1978, señala que debe ser claramente distinguible de otras variedades de conocimiento común, por una o más características importantes, que no se haya vendido ni comercializado previamente; *b*) la variedad debe ser suficientemente homogénea, considerando su reproducción sexual o propagación vegetativa; *c*) la variedad debe ser estable en sus características esenciales; *d*) la variedad protegida debe recibir una denominación.[32]

[30] En www.upov.int con acceso desde Internet el 9 de febrero del 2018.

[31] Jorge Cabrera, "The Relationship Between the Access and Benefit Sharing International Regimen and Other International Instruments: The World Trade Organization and The International Union for the Protection of New Varieties of Plants", 2010.

[32] En www.int.upovlex/conventions/1978/w_up780_html#_6.

Las características que señala UPOV 78 para que la variedad de semilla pueda protegerse, refieren ciertas limitaciones y derechos para los agricultores.

Respecto del ámbito de protección, por ejemplo, señala en su artículo 5 que:

> 1) el derecho concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa: la producción con fines comerciales; la puesta a la venta; la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad.
>
> El material de multiplicación vegetativa abarca las plantas enteras. El derecho del obtentor se extiende a las plantas ornamentales o a las partes de dichas plantas que normalmente son comercializadas, en el caso de que se utilicen comercialmente como material de multiplicación con vistas a la producción de plantas ornamentales o de flores cortadas. 2) El obtentor podrá subordinar su autorización a condiciones definidas por él mismo. 3) No será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas. En cambio, se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad.[33]

El sistema de derechos de obtentor, caracterizado como el Acta de UPOV 78, ofrece, además, dos excepciones importantes al derecho exclusivo de explotación: la primera es conocida como el privilegio del agricultor y consiste en que este podrá reutilizar como semilla parte de la cosecha obtenida con la variedad protegida, sin que exista la obligación de pagar regalías al obtentor; la segunda, se le llama excepción del obtentor y consiste en que un fitomejorador podrá hacer uso de la variedad protegida como fuente inicial para el desarrollo de nuevas variedades.[34]

Las grandes inversiones de las grandes empresas fitomejoradoras, dio un fuerte impulso al establecimiento de una nueva acta de protección de variedades vegetales, el Acta UPOV 91.[35]

[33] UPOV, 1978, pp. 6 y 7.

[34] José Luis Solleiro, "Propiedad Intelectual: ¿Promotor de la Innovación o Barrera de Entrada?", 1997.

[35] José Luis Solleiro, *op. cit*.

IV.2. UPOV 91

El ámbito de protección del Acta de 1991 es para todos los géneros y especies de semillas. Asimismo, señala como requisitos de protección los criterios de: novedad, distinción, uniformidad y estabilidad.

En el artículo 6 del Convenio de UPOV 91, se establece que

[…] la variedad será considerada nueva si, en la fecha de presentación de la solicitud de derecho de obtentor, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de cosecha de la variedad no ha sido vendido o entregado a terceros de otra manera, por el obtentor o con su consentimiento, a los fines de explotación de la variedad.[36]

La adscripción a las Actas UPOV 78 o UPOV 91, por parte de los países más industrializados y los considerados en desarrollo ha provocado gran controversia, ya que existen importantes diferencias entre ambas actas. En términos generales, el Acta UPOV 78 permite que: las variedades de plantas de especies y géneros posibles de proteger, las puedan definir los propios gobiernos, y el Acta UPOV 91 permite proteger a todos los géneros y especies de plantas; el periodo de protección es menor que el del Acta UPOV 91, 15 años bajo UPOV 78 y 20 años para UPOV 91; el Acta de 1978 permite a los fitomejoradores usar las variedades protegidas para desarrollar una nueva variedad y que se permita la producción de variedades esencialmente derivadas de una variedad protegida, y bajo UPOV 91, no. En la actualidad, muchos países menos industrializados, entre ellos México, están adscritos a UPOV 78. Cabe señalar, sin embargo, que existe una fuerte presión por parte de la propia Convención de la UPOV y de los gobiernos de los países más industrializados y empresas transnacionales para que cada vez más países miembros de UPOV, se adhieran a UPOV 91.[37]

En el caso de México, representantes del Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas (SNICS), han sostenido que sería importante, que México, en aras de promover el progreso y la innovación, se debiera adherir a UPOV 91.

[36] En www.upov.int/upovlex/es/conventions/1991/act1991.html#P183_7556, con acceso desde Internet el 26 de marzo del 2018.

[37] Carlos Correa *et al*., "La protección de las obtenciones vegetales para los países en desarrollo. Una herramienta para el desarrollo de un sistema sui generis de protección de las obtenciones vegetales", 2015.

Sin embargo, el tema de los derechos de los agricultores, el derecho de intercambiar sus semillas y de utilizar libremente la semilla protegida, es uno de los aspectos más controversiales, y organizaciones de agricultores y no gubernamentales de los diferentes países en desarrollo, se oponen a que sus gobiernos se adscriban a UPOV 91, Falck y otros señala:

> Los productores agrícolas pueden usar libremente los materiales cosechados de una variedad protegida para cualquier propósito bajo UPOV 78. Bajo UPOV 91, los gobiernos adquieren el derecho a decidir si se les permite a los productores sembrar la semilla de variedades protegidas que han cosechado en sus propios campos, sin la autorización del obtentor de derechos. Sin embargo, no se les permite vender o intercambiar dicho material.[38]

La Convención de UPOV 91, como se mencionó fue el resultado de los objetivos de inversión de las grandes empresas con una fuerte capacidad de investigación y desarrollo tecnológico.[39] El Acta UPOV 91, por sus disposiciones en materia de propiedad intelectual, es muy parecida al sistema de patentes y es, en

UPOV: Actas 78 y 91

Disposición	**1978**	**1991**
Objeto de protección	Listado nacional	Todo género y especie
Requisitos	Novedad Denominación Homogeneidad Estabilidad	Novedad Denominación Homogeneidad Estabilidad
Plazo	Mínimo 15 años	Mínimo 20 años
Alcance	Material de propagación	Todo el material
Excepciones Fitomejorador Agricultor	 Sí Sí	Optativa
Doble protección	No	Sí

[38] José Falk Zepeda *et al*., "La biotecnología agropecuaria en América Latina. Una visión cuantitativa", 2009, p. 32.

[39] José Luis Solleiro, *op. cit*.

gran parte, el porqué del interés de grandes empresas y de los países más industrializados en que estos se adscriban a UPOV 91. El Sistema UPOV 91 permite, asimismo, la doble protección, vía patentes y derechos de obtentor.

IV.3. Acuerdo TRIPS (Trade Related of Intellectual Property Rights)

El Acuerdo TRIPS (por sus siglas en inglés) o ADPIC (Aspectos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Vinculados al Comercio), es el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual, entró en vigor en 1995 y fue resultado de los acuerdos de la Ronda de Uruguay, dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) antes GATT (General Agreement of Trade and Tariffs).[40]

Los objetivos de este acuerdo son, conjuntamente, reducir los obstáculos al comercio internacional y fomentar la protección de los derechos de propiedad intelectual. Específicamente, en el artículo 7 se señala que:

> […] la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de los conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.[41]

El que existan, así, disposiciones de propiedad intelectual dentro de un acuerdo multilateral de libre comercio como la OMC, implica que los países firmantes están obligados a cumplir las reglas que en materia de propiedad intelectual estén incluidos y al no cumplirlas pueden tener sanciones comerciales.

El Acuerdo TRIPs establece estándares mínimos de protección y comprende las siguientes figuras de propiedad intelectual: "derechos de autor, marcas comerciales, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes (incluida la protección de nuevas variedades vegetales, la protección vía derechos de obtentor se considera aquí como un sistema *sui generis*), diseño de trazado de circuitos integrados y secretos comerciales".[42]

[40] En www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm, con aceeso desde Internet el 13 de abril del 2017.

[41] En www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27- .

[42] En www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm, con acceso desde Internet el 17 de mayo del 2018.

Este acuerdo no sólo incluye casi todas las figuras de propiedad intelectual, sino que contiene disposiciones que han sido objeto de gran controversia, sobre todo en países menos desarrollados.

Uno de los artículos del acuerdo TRIPs más controversiales es el 27 (3) b ya que señala que:

> Los Miembros podrán excluir la patentabilidad de: "las plantas y los animales, excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste.[43]

Es decir, aunque señala que los países miembros podrán excluir las patentes sobre las plantas, no es obligatorio. Son muchos los países que han adoptado la disposición de excluir las patentes sobre las plantas, entre ellos se encuentran México, Brasil, Colombia, etcétera. Sin embargo, la tendencia a adscribirse a UPOV 91 posibilita el que, a mediano o largo plazos, se otorguen patentes sobre plantas.

De manera que mientras en países en desarrollo, comunidades locales y pequeños agricultores demandan su derecho a la seguridad alimentaria y a intercambiar libremente su conocimiento en mejoramiento vegetal, grandes empresas biotecnológicas y los gobiernos de los países más industrializados, demandan un sistema de propiedad intelectual sobre sus invenciones e incrementar sus ganancias.[44]

La situación se vuelve compleja, no sólo por esta demanda de un sistema de protección más avanzado, en materia de propiedad intelectual, por parte de empresas biotecnológicas transnacionales, sino porque la concentración del mercado de semillas se encuentra, desde la década de los noventa del siglo XX y hasta la actualidad, concentrado en pocas compañías. Se estima que grandes compañías transnacionales cuentan con 82% del mercado mundial de semillas. Las tres empresas transnacionales, líderes: Monsanto, Dupont y Syngenta, cuentan con 47% del mercado mundial de semillas, Monsanto sola,

[43] En www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, sin fecha de acceso.

[44] Enrica Senini, *op. cit.*, 20018.

cuenta con 23%.[45] Toda esta concentración en la producción de semillas, lleva asociada, por supuesto, una figura de propiedad intelectual, ya sean patentes o derechos de obtentor (UPOV).

Desde una perspectiva de seguridad alimentaria, y dado que el propio TRIPs contempla la posibilidad de excluir a las plantas de otorgar patentes, debiera establecerse, como parte de una política alimentaria, el no otorgar patentes sobre plantas, ya sean producto de la ingeniería genética o no.[46]

V. Sistema de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales en México

Desde 1997, México es miembro de la UPOV, específicamente se adhirió al Acta de UPOV de 1978. En México, las disposiciones de la Ley de Variedades Vegetales, aprobada en 1996, están en concordancia con el Acta de UPOV 78.[47]

Los requisitos para otorgar un derecho de obtentor, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Variedades Vegetales, son acordes con los criterios de UPOV 78. Es decir, la variedad deberá ser: nueva, entendiéndose por esta el que *a*) "no se hayan enajenado en territorio nacional, o bien se hayan enajenado dentro del año anterior a la fecha de presentación de la solicitud de título de obtentor, y *b*) no se hayan enajenado en el extranjero o bien la enajenación se haya realizado dentro de los seis años anteriores a la presentación de la solicitud, para el caso de perennes (vides, forestales, frutales y ornamentales), incluidos sus portainjertos, y dentro de los cuatro años anteriores a la solicitud, para el resto de las especies". La variedad deberá ser también, como lo explicamos, distinta, estable y homogénea.[48]

Asimismo, es importante enfatizar que, dado que si México continúa siendo parte de UPOV 78, la Ley de Variedades Vegetales contempla la excepción al derecho de obtentor. Es decir, esta ley señala, en el artículo 5, del Capítulo

45 Enrica Senini, *op. cit.*

46 Carlos Correa, "Flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC en materia de patentes y seguridad alimentaria. Opciones para los países en desarrollo", 2012, p. 8.

47 En www.gob.mx/snics/articulos/mexico-y-el-convenio-de-la-upov?idiom=es, con acceso desde Internet el 15 de abril del 2018.

48 Cámara de Diputados, Ley de Variedades Vegetales, 2012.

I, que: "No se requiere el consentimiento del obtentor de una variedad vegetal para utilizarla:

1. Como fuente de insumo de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales.	2. En la multiplicación del material para uso propio, utilizado como grano para consumo o siembra.	3. Para el consumo humano o animal, en beneficio del que cosecha.

De manera que los agricultores que utilicen la variedad protegida con los fines señalados en los recuadros no deberán pagar regalías al obtentor.

Cabe señalar que en 2012 se planteó una modificación a la Ley de Variedades Vegetales para que México fuera parte de UPOV 91 y ya no de UPOV 78. Sin embargo, representantes de la sociedad civil, organizaciones de campesinos, ambientalistas y académicos, manifestaron los riesgos que implica esta modificación para los derechos de los agricultores, sobre todo para los pequeños productores y comunidades indígenas.[49]

Asimismo, el Acuerdo de Asociación Transpacífico contiene disposiciones sobre propiedad intelectual que obligan a México a adscribirse a UPOV 91.

El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) tiene como objetivo ampliar la liberación comercial e integración de la región Asia–Pacífico. Serían países miembros: Brunei, Chile, Nueva Zelanda, México, Singapur, Australia, Perú, Vietnam, Canadá, Malasia, Japón y Estados Unidos. Este acuerdo tiene un artículo sobre propiedad intelectual, el 18.2, que señala: La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezca el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones, señala también que:

Artículo 18.7.2 Cada Parte deberá ratificar o adherirse a la fecha de entrada en vigor de este Tratado para dicha Parte: UPOV 1991.[50]

[49] En www.semillasdevida.org.mx, con acceso desde Internet el 17 de enero del 2018.

[50] En www.gob.mx, con acceso desde Internet el 30 de agosto del 2018.

Ante la posibilidad de que México se adhiera al TTP, sin Estados Unidos como país miembro, diferentes organizaciones no gubernamentales, como Greenpeace,[51] Grain y la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad (UCCS) se han manifestado en contra, por lo que implica ser parte del TTP y con él, adscribirse al Acta de UPOV 91. La UCCS, en especial ha señalado que:

> [...] el Acta de UPOV representa el escenario jurídico ideal, para que en el largo plazo, al autorizarse en forma paralela la siembra de transgénicos y contaminarse las variedades nativas con los eventos transgénicos patentados, serían las corporaciones oligopólicas, dueñas de las patentes, las que representarían el despojo más grave en la historia de la humanidad.[52]

VI. ¿Un sistema alternativo de protección para proteger los derechos de los pequeños agricultores?

El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales vigente (incluso UPOV 78), evidentemente y dada su naturaleza de "premiar" al inventor de nuevas variedades y proteger los intereses de los obtentores y no propiamente los derechos de los agricultores a intercambiar y conservar sus semillas, no contempla, dentro de sus estatutos, la protección de semillas nativas, que constituyen la base de la diversidad biológica.

En México, una de las semillas más importantes para el consumo y que constituyen una identidad cultural histórica para un sinnúmero de productores y consumidores, es el maíz. Ningún otro cultivo tiene tanta importancia como el maíz. El maíz grano representa 85% del volumen nacional de cereales y 2.8% de la producción mundial, ocupando el cuarto lugar.[53]

Proponer un sistema de conservación de las variedades nativas de maíz en México ha llevado a algunas instituciones, que fungen como bancos de germoplasma, como el Centro de Mejoramiento de Maíz y Trigo (CIMMYT) a proponer, tanto condiciones *in situ* como condiciones *ex situ*. La conservación

[51] En www.greenpeace.org, con acceso desde Internet el 27 de junio del 2018.

[52] En www.uccs.mx/article.php?story=mexico-no-debe-adherir-version-1991-del-convenio-para-patentar-variedades-vegetales, con acceso desde Internet el 24 de junio del 2018.

[53] Sagarpa, 2013.

ex situ, en cautiverio o en colecciones, es la aplicación de diferentes técnicas e infraestructura que pretenden contribuir a la recuperación y sobrevivencia de estas variedades fuera de su hábitat natural.[54]

La conservación *in situ*, es la conservación de variedades vegetales dentro de su hábitat natural. Desde la perspectiva de este trabajo, la conservación *in situ* es la mejor manera de mantener el maíz nativo, "fomentando su manejo comunitario […] sin crear instrumentos que limiten o prohíban el libre intercambio de las semillas campesinas y sin quitarles a las comunidades indígenas y campesinas la autonomía para manejar y conservar sus recursos genéticos".[55]

VII. Conclusiones

La tendencia del sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales a nivel mundial es adscribirse a UPOV 91. Este sistema, muy parecido al sistema de patentes, no sólo posibilita que el agricultor debe pagar regalías si quiere volver a usar la semilla protegida, sino que promueve la protección de variedades vegetales que tienen altura inventiva, es decir, promueve la protección de variedades que poseen grandes empresas transnacionales y no los pequeños agricultores y comunidades indígenas.

Los que están a favor de la propiedad intelectual sobre la materia viva justifican su aprobación señalando que, tanto los derechos de obtentor (en especial UPOV 91) y el sistema de patentes promueven la innovación tecnológica para un mejor desarrollo agrícola; sin embargo, cabría señalar que este sistema de protección, junto con el sistema de mejoramiento vegetal con base en la producción de semillas híbridas atentan no sólo contra los derechos de los agricultores, sino contra la seguridad alimentaria al promover no sólo la innovación, sino la homogeneización y producción masiva de sus variedades, en contra de la diversidad biológica.

El reconocimiento internacional, que se ha logrado, por ejemplo, con el establecimiento del TIRFAA, tratado especial que reconoce los derechos de los agricultores a intercambiar semillas y al mismo tiempo reconoce la contri-

[54] Maite Lascuráin *et al*., "Conservación de especies *ex situ* en Capital Natural de México", 2009.

[55] Elena Álvarez Buylla, "Comunalidad: imprescindible para la sobrevivencia de la diversidad del maíz campesino", 2014.

bución histórica que han hecho las comunidades indígenas y pequeños agricultores al mejoramiento fitogenético, se encuentra en contradicción con el actual sistema de propiedad intelectual que prevalece a nivel internacional, especialmente el sistema de patentes y el Acta UPOV 91.

Desde la perspectiva del presente trabajo, México debe permanecer adscrito al Acta UPOV 78 para proteger los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas a intercambiar su semilla, incluida la protegida, la coyuntura política actual posibilita tal propuesta.

Se deben proteger las semillas nativas como base de la diversidad biológica y de la seguridad alimentaria; se debe fomentar la conservación de estas en su hábitat natural, difundiendo la importancia de su producción y su conservación.

El imperio tecnológico de empresas biotecnológicas y el poder tecnológico de países como Estados Unidos, avanza defendiendo al sistema de propiedad intelectual para controlar la producción y comercialización de semillas. Sin embargo, organizaciones no gubernamentales como Greenpeace, la UCCS, etcétera, fungen como fuerzas de resistencia defendiendo los derechos colectivos a intercambiar semillas y a conservar la diversidad biológica de México y con ella a la seguridad alimentaria.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Álvarez-Buylla. "Comunalidad: imprescindible para la sobrevivencia de la diversidad del maíz campesino". En Elena Álvarez Buylla, Areli Carreión y Adelita San Vicente, *Haciendo Milpa. La protección de las semillas campesinas y la agricultura campesina.* Edit. UNAM, Semillas de Vida, 2014.

Cabrera, Jorge. "The Relationship Between the Access and Benefit Sharing International Regimen and Other International Instruments: The World Trade Organization and The International Union for the Protection of New Varieties of Plants", Sustainable Development Law and Policy, International Center for Sustainable Development Law, Montreal, 2010.

González, Arcelia. "Políticas de propiedad intelectual y bioseguridad en biotecnología. Una propuesta regional dentro del marco internacional", tesis de doctorado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, septiembre, 2006.

Solleiro, José Luis. "Propiedad Intelectual: ¿Promotor de la Innovación o Barrera de Entrada? en José Luis Solleiro, Carmen del Valle y Ernesto Moreno (coordinadores)

Posibilidades para el Desarrollo Tecnológico del Campo Mexicano. Tomo II, México, Editorial Cambio XXI, 1996.

Electrónicas

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. "Ley de Variedades Vegetales", Secretaría General, última reforma *DOF* 09-04-2012. En www.diputados.gob.mx.

Da Silva Dias, João Carlos. "Impact of improved vegetable cultivars in overcoming food insecurity", Euphytica 176: 125-136, DOI 10:1007/s10681-010-0237-5, 2010.

Doria, Jessica. "Generalidades sobre las semillas: su producción, conservación y almacenamiento". En Cultivos Tropicales, vol. 31, núm. 1, La Habana, ene-mar, scielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0258-59362010000100011, 2010.

Falck-Zepeda, José, Cesar Falconi, María José, Sampaio Amstalden, José Luis Solleiro, Eduardo Trigo y Javier Veráztegui. "La Biotecnología Agropecuaria en América Latina. Una Visión Cuantitativa". International Food Policy Research Institute (IFPRI). En www.ifpri.org/pubs/otherpubs.htm#dp, 2009.

FAO. "Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la Agricultura". Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, Italia. En www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf, 2009.

"ISAAA Brief 52-2016: Resumen Ejecutivo". En www.isaaa.org/resources/publications/briefs/52/executivesummary/default.asp.

www.upo.int.

www.upov.int/upovlex/es/conventions/1991/act1991.html#P183_7556.

www.int.upovlex/conventions/1978/w_up780_html#_6.

www.fao.org/seeds/es.

www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm.

www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm.

www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

www.uccs.mx/article.php?story=mexico-no-debe-adherir-version-1991-del-convenio-para-patentar-variedades-vegetales.

www.fao.org/pgrfa-gpa-archive/hnd/files/Tratado_internacional_sobre_los_recursos_fitogeneticos_para_la_alimentacion_y_la_agricultura.pdf.

www.fao.org/3/a-at772s.pdf.

localhost/Users/arceliagonzalez/Desktop/BiodiversityFoodSecuritysynergies.html.

Hemerográficas

Correa, Carlos. "Flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC en materia de patentes y seguridad alimentaria. Opciones para los países en desarrollo", *Guía sobre Políticas*, Quaker UN Office, International Centre for Trade and Sustainable Development, September, 2012.

Correa, Carlos *et al.* “La protección de las obtenciones vegetales para los países en desarrollo. Una herramienta para el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección de las obtenciones vegetales”, APBREBES, 2015.

Drahos, Peter. “Expanding Intellectual Property´s Empire: The Role of FTAs”, *Regulatory Institutions Network, Research School of Social Science*, Australian National University, 2003.

Escalona, Miguel. “La biodiversidad como estrategia para la seguridad alimentaria”, *Revista la Ciencia y El Hombre, Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Universidad Veracruzana*. vol. XVIII, núm. 2, mayo-agosto, 2005.

Jasanoff, Sheila. “Biotechnology and Empire: The Global Power of Seeds and Science”, Osiris, 21: pp. 276-292, 2006.

Lascurán, *et al*. “Conservación de especies ex situ en Capital Natural de México”. vol. II, México, Estado de Conservación y Tendencias de Cambio, CONABIO, 2009.

Naciones Unidas. “Convenio para la Diversidad Biológica”. 1992.

Pray, Leslie. “Discovery of DNA Structure and Funtion: Watson and Crick”, Nature Education vol. 1, núm. 1:100, 2008.

Senini, Enrica. “Farm Saved Seeds: A right to Use or a Right Abused?” European Food & Feed Law Review (EFFL), 2, 2018.

Conagua y el derecho humano al agua 1989-2018: entre el despojo y la gobernanza

Armando Sánchez Albarrán*
Santa Isabel Sierra Martínez**
Guadalupe Urbina Martínez**

Resumen

Sin consulta previa a la población, en el marco del Día Mundial del Medio Ambiente, el presidente Enrique Peña Nieto firmó el 5 de junio de 2018, 10 decretos de reserva de agua que eliminan las vedas de 300 cuencas hidrológicas que equivalen al 55% de lagos y ríos de México. Por lo anterior, el objetivo de este trabajo es analizar las repercusiones jurídicas, socioeconómicas y ambientales de dichos decretos y su relación con el derecho humano al agua en contraposición entre el régimen jurídico de veda y otro de reserva que eventualmente permitiría al sector privado canalizar el vital líquido para favorecer su manejo y comercialización en favor del sector privado, así como para su uso en las explotaciones como la minería y el *fracking.*

Abstract:

Without prior consultation with the population, in the framework of World Environment Day, President Enrique Peña Nieto signed on June 5 of 2018, 10 water reserve decrees that eliminate the closures of 300 hydrological basins equivalent to 55% of lakes and rivers of Mexico. Therefore, the objective of this paper is to analyze the legal, socioeconomic and environmental repercussions of these decrees, and their relationship with the human right to water as opposed to the legal regime of ban to reserve that would eventually allow the sector private channel the vital liquid to favor its management and commercialization in favor of the private sector, as well as for its use in farms such as mining and fracking.

Sumario: Introducción / I. El derecho humano al agua / II. Conagua. Gestión del agua y su marco jurídico / III. Legislación neoliberal y propuesta de decretos: ¿Agua para todos? / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor-Investigador del Departamento de Sociología, e Integrante del Cuerpo Académico de Sociología Rural de la UAM-Azcapotzalco.

** Lic. en Derecho, UAM-Azcapotzalco.

*** Lic. en Derecho, por la UNAM.

Para los pueblos y comunidades indígenas el agua es sagrada ya que, junto con la tierra, nos da vida; el agua es la sangre de nuestra madre tierra y es lo que nos mantiene vivos.[1]

Introducción

El propósito del presente artículo es reflexionar respecto a las reformas en el marco jurídico correspondiente al agua que en los últimos casi treinta años ha estado a cargo de la Comisión Nacional del Agua (Conagua). Se analiza el cambio de dirección en la política del agua, que favorece a las empresas privadas; principalmente trasnacionales. Así mismo, se examina el derecho humano al agua y su relación con los diez decretos de reserva de agua que el Congreso aprobó en junio de 2018. Además, se pretende contribuir al debate en relación con las modificaciones de la Ley de Aguas Nacionales, que surge tanto de los planteamientos oficiales, como de las partes que aseveran que las mismas transformaciones conducen a una apertura del líquido vital a la iniciativa privada para su explotación.

La Conagua, tiene como objetivo principal garantizar el agua en cuanto a cantidad y calidad suficiente; lograr que se utilice de manera eficiente y proteger las extensiones de líquido potable para asegurar un desarrollo sustentable y preservar el medio ambiente; lo cual recupera lo esencial del artículo 1º de la Ley de Aguas Nacionales. Sin embargo, después de 29 años de existencia, muestra su interés verdadero: el despojo del agua. Estudiar las acciones que dicha dependencia ha ejecutado por más de un cuarto de siglo en la gestión del agua, es el propósito de este artículo. Para tal fin, se reflexionará sobre la tendencia hacia la privatización del servicio promovido por la Conagua, así como los esfuerzos de la sociedad civil y los movimientos campesinos e indígenas por revertir tal proceso.

En los últimos treinta años, los gobiernos conservadores o de corte neoliberal (encabezados por el PRI y el PAN), han apostado por el libre mercado con la apertura comercial y la flexibilización de un marco legal que facilita la privatización y promueve activamente la inversión del capital internacional. Los bancos centrales y las instituciones supranacionales, como el Banco

[1] Palabras de los abuelos y abuelas de las Comunidades de Valles Centrales, Oaxaca.

Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI), impulsaron reformas en los países en desarrollo para enquiciar la inversión del capital privado en áreas que, con anterioridad, eran competencia de los Estados Nacionales, como la generación de energía (energía eólica), la explotación petrolera, que facilita la inversión extranjera; la reforma agraria neoliberal, que permite la privatización del ejido; la propiedad del agua que se traduce en concesiones del agua al capital privado;[2] la minería en manos de concesiones mineras, principalmente, a empresas canadienses; el control de las semillas de granos básicos a favor de empresas como Bayer y Monsanto, por nombrar sólo algunas.[3] De esta manera, los gobiernos facilitaron la apropiación privada del territorio y de los recursos naturales comprometiendo la soberanía nacional, alimentaria y el desarrollo nacional.[4]

El capital internacional ha profundizado el proceso de acumulación capitalista. La mundialización del capitalismo promueve transformaciones sociales y ambientales a consecuencia de la privatización y del despojo de los bienes comunes sobre acuíferos, ríos, lagos y mares, lo que provoca una degradación ambiental con la contaminación y sobreexplotación de los recursos naturales.[5] En México, el 52% del territorio es propiedad social: comunal y ejidal. En este proceso económico, el Estado es pieza clave en la orientación de una política de gestión del agua y del territorio en beneficio del capital nacional y transnacional.[6]

En esta línea, el capital transnacional se ha orientado hacia el extractivismo de los recursos naturales y se apoya en la adopción de nuevas tecnologías. El país ingresó en una etapa de acumulación caracterizada por la reconcentración y recentralización identificada como acumulación por desposesión;[7] es un proceso reenfocado hacia la extracción de materias primas (petróleo,

[2] El cual, aunque tendrá que esperar 6 meses más, podrá acceder a éstas desde la comodidad del Internet y adquirirlas en línea, mediante el uso de la Firma Electrónica que emite el Servicio de Administración Tributaria y que evidentemente, lo pone en ventaja sobre los pueblos originarios.

[3] David Harvey, "Disputas por los territorios y recursos naturales: el modelo extractivo", en Osorio, A. (2009), "El Estado en el centro de la mundialización; la sociedad civil asunto del poder, México, FCE, 2004.

[4] Patricia Ávila, "La neoliberalización del agua y sus impactos territoriales en Latinoamérica", en *revista ALASRU*. Territorio, Conflicto y Justicia, núm. 8, nueva época México, 2014.

[5] *Idem*.

[6] Jaime Osorio, *El Estado en el centro de la mundialización: la sociedad civil asunto del poder*, 2009.

[7] David Harvey, *op. cit*.

minas, y otros productos naturales estratégicos) y a la exportación de productos agrícolas y pecuarios, especialmente frutas y hortalizas. De esta manera, el capital transnacional encontró un lugar próspero para la inversión en la extracción y procesamiento de petróleo, la explotación minera, la producción de energía hidroeléctrica y eólica, la construcción de carreteras y presas, y la expansión inmobiliaria y turística.[8] Además, el capital internacional se interesó de manera vehemente en la prestación de servicios privados, como el agua potable, las comunicaciones y la electricidad en perjuicio de la población de campesinos e indígenas. Algunos autores denominan a estos proyectos de inversión como mega proyectos, debido al tamaño y al monto de las inversiones, pues se sustentan, precisamente, en un proceso de acumulación por despojo.[9]

La política pública del agua, a partir de los años ochenta y noventa, ha consistido en sobreexplotar y contaminar más del 70% del líquido, lo que ha puesto en riesgo a la población; tal situación se desarrolla, en la actualidad, en municipios como Atoyac, Lerma y Coatzacoalcos, así como en los 17 acuíferos costeros ubicados en los estados de Baja California Norte, Baja California Sur, Colima, Sonora y Veracruz.[10]

Sin embargo, la reforma energética enmarca el proceso de privatización del agua que se concretiza en los diez decretos de reserva de agua, firmados por Enrique Peña Nieto. Tales preceptos profundizan el proceso de despojo y privatización del agua ya que facilitan su utilización en la producción de hidrocarburos con métodos como el *fracking*, que es una técnica de extracción que requiere de grandes cantidades de agua, misma que, además, contamina. Por otra parte, dicha iniciativa se aparta del artículo 4º constitucional, que garantiza el derecho humano al agua; excluye legalmente a los pueblos originarios del derecho a la consulta y manejo de su territorio, y hace a un lado los derechos internacionales. Por contraste, crea los mecanismos legales para que, mediante concesiones, las empresas privadas posean el monopolio para brindar el servicio.

Para fines de exposición, este trabajo se divide en tres apartados. En el primero, se examina la noción del derecho humano al agua; en el segundo, se analizan los cambios en la legislación implementados por la Conagua, en par-

8 Patricia Ávila, *op. cit*.

9 David Harvey, *op. cit*.

10 Conagua, "Estadísticas del agua en México", 2000.

ticular, los diez decretos promovidos por Enrique Peña Nieto, tendentes a la privatización del agua; en el tercero se revisa la reacción de la sociedad civil frente a los decretos y se revisan, someramente, algunas de las luchas sociales más emblemáticas por la recuperación del territorio y del agua. Por último, se exponen las conclusiones.

I. El derecho humano al agua

El agua es la fuerza que mueve a la naturaleza.

Leonardo da Vinci.

En 2015, en Corea del Sur, se celebró el VII Congreso Mundial del Agua. En él, se manifestó que el agua es el recurso natural limitado más importante del planeta y que, de todas las crisis, la del agua amenaza la supervivencia humana y del planeta. De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), desde 1950 ha aumentado el consumo por habitante en 50% y, en la actualidad, la escasez del agua afecta al 40% de la población mundial. La seguridad alimentaria e hídrica se encuentra amenazadas a causa de que cada día aumenta la demanda urbana e industrial. Actualmente, la agricultura utiliza el 70% del líquido; la industria el 20%; y para fines urbanos el 10%. Sin embargo, la tendencia es que incremente el requerimiento para fines industriales y urbanos, amenazando a la seguridad alimentaria.[11] El agua cubre 71% de la superficie de nuestro planeta, en tanto que, apenas el 29 %, corresponde a la masa continental.[12] No obstante, del total de agua en el planeta 96.5% es salada y sólo 3.5% es dulce. Del total del agua dulce, 69% se encuentra en estado de congelación, mientras que 31% se halla en estado líquido. En términos de masa total del planeta, equivale a 0.02%, aunque únicamente 0.7% de esa cantidad es agua dulce (lagos, ríos, aire y suelo); lo anterior da lugar a la existencia de diversas formas de vida vegetal y animal, que contribuyen, en gran medida, a la existencia y supervivencia de la raza humana; por ello, el agua potable,

[11] FAO, "2050: la escasez de agua en varias zonas del mundo amenaza la seguridad alimentaria y los medios de subsistencia", 2015.

[12] Marga Arzabal, "¿Qué porcentaje del planeta es agua?", 2018.

sus usos, consumo y protección han sido tema central de diversos debates y estudios.[13]

El acceso al agua es un requisito para el desarrollo íntegro y digno de los individuos; por esta razón es considerado como un derecho humano de cuarta generación,[14] establecido y fundamentado en el párrafo 1º del artículo 11 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en sus observaciones con número 6 y 15; estas abordan, de manera específica, el conflicto sobre el derecho al agua. Obsérvese que se ha buscado armonizar la normativa del derecho ambiental con la protección al agua, con el propósito de regular su acceso y uso; los Estados[15] y la comunidad internacional deberán contemplar el derecho humano al agua.

Tener derecho al agua no se limita al acceso a ella, no obstante, cabe resaltar que, para que esta licitud se garantice, es necesario que el agua sea suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible tanto para el uso personal o doméstico.[16] Sin embargo, en la actualidad existe un uso desmesurado de este recurso natural, lo que ocasiona que más de mil millones de personas no tengan el suministro necesario para su consumo, o bien, no cuenten con el saneamiento para evitar la contaminación del agua.

Por tanto, la falta de agua es una violación a este derecho, además, transgrede, de manera inmediata, otros derechos humanos como la salud, alimentación, vida digna, ambiente sano, vivienda y derecho a la vida. Por ello, el derecho al agua está reconocido en diversas declaraciones, tratados y en la normativa interna de los Estados con el fin de asegurar, no sólo su acceso, sino su debido saneamiento.

13 Alicia Fernández, "El agua: un recurso esencial", 2012; Conagua, *op. cit.*, 2000; Conagua, Estadísticas del agua en México, 2008.

14 El artículo 11 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

15 Los Estados deben presentar en sus informes al Comité la situación del acceso y saneamiento del agua, según lo dispuesto por los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales.

16 Definición del derecho al agua de la observación general número 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional, consultado el 24 de julio de 2018).

Existen otras formas de uso del agua que resultan sustanciales y que representan, también, derechos humanos: la producción de alimentos, higiene ambiental, y la procuración de medios de subsistencia y prácticas culturales; además de su uso personal y doméstico, se utiliza en recursos hídricos (vinculados al derecho humano a la alimentación), que generan alimentos para procurar combatir el hambre y los problemas de salud en los países.[17]

La combinación ineficiente de recursos hídricos, alimentos y acceso al agua ocasionan ciertos problemas en la gestión del agua, como: contaminación, acceso inequitativo para las mujeres, marginación y pobreza de los sectores campesino e indígena que trabajan la tierra; y desconocimiento de los derechos a la gestión del agua de los pueblos originarios. Contrariedades que deben ser atendidas como parte del cumplimiento del derecho humano al agua, ya que, de no ser así, se estaría violentando el derecho de acceso al agua de algunas personas y el derecho a la alimentación de un importante número de individuos que, no solo incluye a los pequeños productores y familiares, sino a las personas que pudieran comprar esos productos para satisfacer su necesidad de alimento.[18]

En una revisión de los hitos sobre el derecho humano al agua, realizado en el marco del Decenio Internacional para la Acción: "El agua Fuente de vida" de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),[19] se obtuvo lo siguiente: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua desde el año de 1977, reconoció por vez primera el agua como un derecho humano y declaró: "Todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes a sus necesidades básicas". Esta es el inicio de una serie de acontecimientos que ha determinado la ONU; en otras reuniones como la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en septiembre de 2002, realizada en Johannesburgo; la Observación General núm. 15. El Derecho al Agua de no-

[17] Observación general número 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional, consultado el 24 de julio de 2018.

[18] Observación general número 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf, consultado el 24 de julio de 2018.

[19] En http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml; http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf, consulta 24 de julio de 2018.

viembre de 2002, posteriormente en el año 2005 el Proyecto de Directrices para la Realización del Derecho al Agua potable y al Saneamiento, E/CN.4/Sub.2/2005/25, en noviembre de 2006, El Consejo de Derechos Humanos hizo una solicitud a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que, considerando las opiniones de los Estados, estudie las obligaciones en el plano de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que incluya recomendaciones y conclusiones al respecto. Como estas reuniones, se realizaron otras por parte de la ONU, como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el año 2006; en agosto de 2007, el Informe del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre el alcance y los contenidos de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos afines al acceso igualitario al líquido, y el saneamiento. De acuerdo con la Decisión 2/104, también se pronuncia a favor del derecho al acceso equitativo y no discriminatorio a una cantidad de agua potable para el uso personal y doméstico.

En el año 2009, el Consejo de Derechos Humanos, Resolución 12/8, se consulta sobre la cuestión de las obligaciones en virtud de los derechos humanos, conexos con el acceso al agua potable y al saneamiento; en el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292, reconoció, oficialmente, el derecho humano al agua y el saneamiento. La misma, solicita a los Estados y a las diferentes organizaciones internacionales entregar recursos financieros, apoyar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayuda a los países. En el mes de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/RES/15/9, la ONU afirmó que el derecho al agua y el saneamiento es parte de la ley internacional que confirma el derecho legal vinculante para los estados. En el año de 2011, en la Resolución A/HRC/RES/16/2, indica que se promueva de forma concreta, la realización del derecho humano al agua potable y al saneamiento, con atención particular al ejercicio de dicho derecho.

En el año 2010, México reconoció el derecho al agua. Por lo anterior, se reformó el párrafo quinto y se adicionó un sexto párrafo al artículo 4º de la Constitución (Decreto del *Diario Oficial de la Federación*: 08(02/2012) al tomar la resolución y obligar al Gobierno mexicano a garantizar al pueblo el acceso al agua potable y al saneamiento. La Cumbre de las Naciones Unidas

sobre el Desarrollo Sostenible, del 2015, en un marco de desarrollo, da una oportunidad para el Sistema de las Naciones Unidas, a nivel mundial y en México, de enfocar la cooperación y programación que abogue y promueva la equidad. Uno de los 17 objetivos se refiere al agua limpia y saneamiento que busca aseverar la disponibilidad de agua y su gestión y el saneamiento para todos.[20]

El derecho al agua tiene características normativas que establecen libertades y derechos. La primera se refiere al acceso al agua y el ejercicio del derecho humano a la misma; por su parte, esta licitud se refiere a que el agua y su gestión, deben ser ofrecidas a todos los individuos por igual.[21]

Las categorías fundamentales del derecho humano al agua son: *a*) *Disponibilidad*, se refiere al abastecimiento mínimo por persona; *b*) *Calidad*, suministro de agua potable, salubre con el objetivo de evitar enfermedades en la población, su color, sabor y olor debe ser aceptable para su uso; *c*) *Accesibilidad*, el agua debe encontrarse a menos de mil metros de distancia y a un tiempo de desplazamiento no mayor a 30 minutos; *d*) *Asequibilidad*, es decir, que la garantía del suministro no evite que las personas tengan acceso a otros servicios esenciales, y el gasto de los servicios por agua no debe superar el 3% de los ingresos de una familia.[22]

Otro aspecto que abarca el derecho humano al agua es el abastecimiento, es decir, la cantidad que le corresponde a cada persona; lo anterior para determinar lo necesario para la satisfacción de los menesteres de los seres humanos.[23] La ONU señaló que el mínimo indispensable para tal complacencia es de 20 a 25 litros por persona diarios; suma que se creía era suficiente para cubrir las necesidades básicas. Sin embargo, esto no es factible, debido a que esa cuantía apenas basta para aminorar las insuficiencias de higiene, consumo y otros usos que se le da a este líquido.[24]

20 En http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/.

21 Observación general número 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional, consultado el 24 de julio de 2018.

22 María de Lourdes Hernández, "*¿Cuánta agua para el derecho humano al agua en México?*", 2015.

23 *Idem*.

24 *Idem*.

Por su parte, en el caso mexicano, el derecho humano al agua se puede encontrar en diversos artículos constitucionales: 4º, 27, 28, 73 y 115; además, estos apartados, al igual que el artículo 89, en *grosso modo* hablan de la protección al medio ambiente, la prestación de servicios que tengan relación con el acceso y saneamiento del agua potable, monopolios, explotación y facultades e instancias que pueden legislar en la materia.[25]

Como se mencionó en párrafos precedentes, el 8 de febrero del 2012, el Congreso aprobó un decreto que estableció que el agua y su saneamiento forman parte de los derechos humanos, el decreto referido hace alusión específica al artículo 4º constitucional;[26] en su párrafo quinto (reformado el 08-02-2012). Señala que el ambiente sano es un derecho humano al que toda persona debe tener acceso, para garantizar su sano desarrollo y bienestar; además, subraya que el Estado deberá respaldar ese derecho. Respecto de la adición del párrafo sexto, al artículo constitucional, prescribe que toda persona deberá tener acceso, disposición y saneamiento del agua para su consumo doméstico, en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.[27]

Existe una amplia normatividad sobre agua en México para señalar el derecho al agua como derecho humano y que en la CPEUM en sus artículos 4º, 27, 28, 73, y 115, principalmente. Por ejemplo, en el artículo 4º se específica que el agua es un derecho humano al cual se debe tener acceso en virtud de su importancia. En los artículos: 27, 28, 73, y 115 se encuentran disposiciones respecto a la forma de regular administrativamente este recurso. Cabe señalar que, de la normatividad, se desprenden leyes que especifican con más detalle el uso y administración del agua, a lo que denominamos leyes reglamentarias. Una muestra de ello son la Ley de Agua Nacionales, Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Asentamientos Humanos, Ley General de Salud, Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas, Federal de Infraestructura Hidráulica y Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, entre otras, en donde se estipula el uso, aprovechamiento, distribución, control, administración y cuidado de las aguas nacionales, con el propósito de que llegue a todas las personas del país, que esté en condi-

[25] En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3218/9.pdf, consultado el 25 de julio de 2018.

[26] En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5232952&fecha=08/02/2012, consultado el 23 de julio de 2018.

[27] Marina Y. de la Vega, "Agua de calidad; derecho humano, ambiental y social", 2015.

ciones de ser utilizada para su consumo y uso doméstico, y su posible uso industrial y tratamiento.

II. Conagua. Gestión del agua y su marco jurídico

En México prevalece un modelo de gestión excluyente e insostenible que favorece a los negocios muy particulares.

Informe sobre Violaciones a los
Derechos Humanos Agua y Saneamiento, 2017.

Entre las primeras tareas de la Conagua, estuvo la de crear un nuevo marco jurídico,[28] dando paso a la Ley de Agua Nacionales, en diciembre de 1992 y vigente hasta nuestros días, la cual en un inicio, tuvo como función principal la de brindar apoyo técnico especializado a los organismos y/o autoridades locales, a fin de que éstas llevaran a cabo acciones de tipo operativo, así como la construcción y funcionamiento de infraestructura hídrica.

La Ley General de Aguas proporciona mayor certeza sobre los derechos individuales y la creación de mercados de agua.[29] De manera específica, el artículo 6º declara velar por la extracción, explotación, uso o aprovechamiento del agua en los siguientes términos: "Artículo 6º. Compete al Ejecutivo Federal: I. Reglamentar por cuenca hidrológica y acuífero, el control de la extracción, así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo […]".[30] En este sentido, en las fracciones IV, V, VI, y X se crea el mecanismo para que el territorio, por ejemplo, de los pueblos originarios, se trasforme por razones de utilidad pública o interés público en propiedad privada, por medio de concesiones. Para ilustrar mejor, se puede ejemplificar con el inciso IV de dicha ley:

"IV. Expedir por causas de utilidad pública o interés público, declaratorias de rescate, en materia de concesiones para la explotación, uso o aprovecha-

[28] Semarnat, "Agua, capítulo 6", 2009.

[29] Patricia Ávila, *op. cit*.

[30] Ley de Aguas Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1° de diciembre de 1992.

miento de Aguas Nacionales, de sus bienes públicos inherentes, en los términos establecidos en la Ley General de Bienes Nacionales".[31]

En la Ley de Aguas Nacionales (LAN) se desconocen los derechos colectivos del agua para los pueblos originarios, por lo que se transforma en un proceso de desposesión gracias a las concesiones a particulares. Sin embargo, las disposiciones van más allá al limitar el acceso y control de los comunes (manantiales, ríos, lagos y humedales) con la privatización de la tierra y el otorgamiento de concesiones privadas y decretos para la expropiación.

En términos del artículo 73 en su fracción XVII de nuestra Carta Magna, se concede al Congreso de la Unión la facultad para que legisle sobre el uso y aprovechamiento de aguas de índole federal, por lo que, el contenido del artículo 4° de la LAN, establece que "la autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal quien la ejercerá directamente o a través de la Comisión",[32] agregando en su artículo 5° que, para la observancia de la ley, corresponde al Ejecutivo Federal la coordinación de acciones tanto con los gobiernos estatales y municipales, sin afectar sus atribuciones y competencias en la materia.[33]

A fin de poder ampliar las facultades de los municipios ante la obligación que tienen de brindar el servicio de agua potable, la reforma de 1999 les facultó para la prestación del tratamiento y disposición de aguas residuales; reforma que, a simple vista, pareciera la manifestación de una acción del gobierno federal para descentralizar las funciones en la distribución del vital líquido, pero que, en realidad, su intención fue la de ceder las "*responsabilidades costosas a otras esferas de gobierno en un contexto de crisis económica y fuerte endeudamiento*";[34] es decir, con esta reforma constitucional al artículo 115 en su fracción III, se facultó a los municipios para otorgar este servicio, pero sin que el gobierno federal les proporcionara los recursos económicos suficientes para tales fines, propiciando que los municipios tuvieran que recurrir a los organismos privados para la prestación de este servicio. Según datos del Informe DHAyS, 2017, actualmente existen por lo menos una "*decena de organismos de esta naturaleza que operan el servicio de agua potable a las*

[31] *Idem*.

[32] *Idem*.

[33] *Idem*.

[34] R.A.W. Rhodes, *Informe sobre violaciones a los derechos humanos al Agua Potable y al Saneamiento en México 2017,* (Informe DHAyS), 2017.

comunidades", las cuales se rigen por la premisa de oferta y demanda bien pagada, pues, será prioridad la prestación del servicio en las zonas donde el agua es negocio, en tanto que se dejará en el olvido a aquellas alejadas y marginadas por la pobreza, ante la falta de recursos con los que se cubriría el costo del servicio.

Desde la creación de la Conagua, en enero de 1989, por el expresidente de México, Carlos Salinas de Gortari, se buscó que fuera un organismo que propusiera la política hidráulica con el objetivo de mantener actualizado el Programa Nacional Hidráulico;[35] no obstante, para efectos prácticos, su función ha sido facilitar los procesos de privatización del agua, por lo menos así lo refiere de manera categórica el Informe DHAyS, el cual señala, de manera contundente, que "la agenda internacional en los años 90´s se caracterizó por tener un eje de control del agua en todo el planeta, la cual requirió de adecuaciones a las legislaciones internas de los países que adoptaron la política neoliberal", y para el caso de México, dicha política se vio orientada, promovida y gestionada por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Lo que hoy nos hace percibir un sector político íntimamente vinculado con el sector económico, sobre todo, el de la iniciativa privada.

La funcionalidad de la Conagua, distribuida en 13 regiones administrativas, mejor conocidas como Organismos de Cuenca, mismas que para una mejor operación cuentan con 26 Consejos de Cuencas que, como órganos auxiliares, buscan promover la participación ciudadana en la toma de decisiones; son sólo la apariencia de un modelo que, como ya ha quedado anotado, se caracteriza en ejercer un control centralizado del agua, pues, aunque con éstos se pretende definir las prioridades y necesidades para la población, al carecer de un poder vinculante, no son atendidas y en su lugar prevalecen las directrices de los directores de los Organismos de Cuenca, mismas que se caracterizan por seguir una política de concesión, a pesar de que las cuencas concesionadas presenten un déficit en el volumen de aguas superficiales y subterráneas, situación que pone en riesgo la preservación de este recurso natural, de acuerdo con un informe de fiscalización de la cuenta pública 2015, citado en Informe DHAyS 2017.

De lo anterior, podemos señalar que la actuación de la Conagua, en estos 29 años, ha servido, fundamentalmente, para propiciar un escenario en el que,

[35] Semarnat, 2009.

por sus acciones, se despoja del líquido y se presta para favorecer la injerencia de la iniciativa privada en el control de este, ya sea por la comisión de acciones que directamente benefician a este sector, como es el caso de las concesiones de cuencas que, a pesar de tener déficit en el volumen de agua, son entregadas; o bien por omisión en sus funciones, pues aún y cuando la LNA señala que corresponde al Ejecutivo Federal, a través de la Conagua, coordinar acciones con los órdenes de gobierno estatal y municipal, en los hechos, se han dejado a las autoridades locales a su suerte, pues aun cuando éstas últimas cuentan con facultades para la prestación del servicio de agua potable, se carece del recurso económico con el que se pueda atender a la ciudadanía, propiciando, así, la intrusión de organismos privados que adquieren el control del agua. Y aunado a la expectativa de la promulgación de una ley que legalice lo que, en la práctica, ya es una realidad.

La administración del presidente Enrique Peña Nieto ha sido la que más ha intentado impulsar una legislación de naturaleza hídrica que lleve, como eje principal, contemplar al agua como un bien y no como un derecho, contraviniendo así lo establecido en el artículo 4° constitucional.

En 2014, David Korenfeld, entonces titular de la Conagua promovió un proyecto de ley orientado hacia la explotación y comercialización del agua por parte de empresas privadas. Como consecuencia del escándalo generado por el uso de un helicóptero oficial a favor del exfuncionario con fines personales,[36] se envió dicha iniciativa al congelador legislativo. El entonces proyecto de la nueva Ley General de Aguas, mejor conocida como "Ley Korenfeld", era omisa en varios aspectos desde la óptica académica.[37] En ese momento, diversas organizaciones civiles, investigadores, académicos y otros actores se opusieron a la iniciativa, con lo cual, las movilizaciones realizadas en ese año habían ganado una primera batalla.

Sin embargo, en febrero de 2018 durante el gobierno de Peña Nieto, se volvió con una nueva embestida, misma que sería encabezada por José Ignacio Pichardo Lechuga, diputado federal priista por el Estado de México. La "Ley Korenfeld" regresó con nuevos matices, más abrumadores; ya que en este nuevo proyecto, identificado ahora como "Ley Pichardo", se promueve la privatización

[36] Daniela Barragán, "El PRI tiene lista una nueva Ley que privatiza a perpetuidad el agua; alertan sobre los riesgos", 2018.

[37] Graciela Saldaña Fraire, "El derecho humano al agua no es negociable", 2015.

de las grandes obras hidráulicas y de los sistemas municipales, así como el uso abiertamente de las aguas nacionales para el *fracking*, negando los derechos históricos de los pueblos originarios y limitando la responsabilidad del Estado al otorgamiento de 50 litros de agua por habitante,[38] siempre y cuando se genere un pago por el vital líquido, es decir, el agua es vista como una mercancía.

El gobierno del priista, Enrique Peña Nieto, justificó, oficialmente, la necesidad de convocar al capital privado por razones de rezago, saneamiento y ante la necesidad de abastecimiento del agua con mecanismos para flexibilizar el trasvase entre cuencas, en las que la Conagua se convierte en juez y parte importante de dicho proceso. Desde una perspectiva jurídica, la propuesta hace a un lado los pactos internacionales. Además, es claramente inconstitucional al soslayar los artículos 4º, 27, 28, 73, y 115, que refieren a la protección al medio ambiente, la prestación de servicios que tengan relación con el acceso y saneamiento del agua potable, monopolios, explotación y facultades e instancias que pueden legislar en la materia.[39] Así mismo, hace caso omiso a los acuerdos internacionales, tales como el artículo 169 de la Organización Internacional del Trabajo, lo cual deja sin efecto al derecho de los pueblos originarios a la utilización de su agua. El Pacto de Derecho Internacional en el número 15º, en los artículos 11 y 12, obliga a los estados que firmaron el acuerdo, a cumplir con el derecho humano al agua. La nueva propuesta excluye el párrafo 6º del artículo 4º de la Constitución, en el que los tres niveles asegurarían el agua para todos.

Por otra parte, la iniciativa Ley Pichardo, parte de la gestión del agua entre el gobierno y las empresas particulares. Además, se orienta a que sea el sector privado el que proporcione el servicio de agua.

Respecto a las concesiones, esta Ley permite las concesiones a perpetuidad y, además, éstas pueden ser ilimitadas y heredables. Parte de una cuota de garantías de por vida, a pesar de que no se utilice el agua. La parte más riesgosa consiste en que el agua sea susceptible de dirigir a la explotación de hidrocarburos, como el *fracking.* Afecta al medio ambiente, ya que, en esta propuesta, el que contamina paga. Respecto a la planeación, supone un manejo ficticio de Consejos de Cuenca en los que no se decide nada.

[38] Agua para Todos, 2018.

[39] En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3218/9.pdf, consultado el 25 de julio de 2018.

El 5 de junio de 2018, el presidente Enrique Peña Nieto firmó 10 decretos de Reserva de Agua en presencia de varios secretarios de estado y diversas organizaciones de la sociedad civil, la sede fue en el Desierto de los Leones, en la Ciudad de México; los decretos fueron publicados al día siguiente, en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*).

Estos preceptos se suman a los emitidos en los ríos San Pedro Mezquital (2014), Fuerte (2016) y Coatzacoalcos (2018), "con lo que en total quedarán cubiertas cerca de 300 cuencas de las 756 del país, en 20 estados y representan la protección del 55% del volumen de agua superficial a nivel nacional".[40]

Los decretos dejan sin protección a casi el 70% del agua disponible en las cuencas:

1) Los 10 decretos levantan vedas en diversas cuencas del país, las cuales, liberan volúmenes de agua que previamente no podían ser concesionados por la autoridad,
2) Queda reservado para conservación ecológica 30% del volumen de las cuencas hidrológicas,
3) Los decretos constituyen un retroceso en la protección al ambiente y de las generaciones futuras, y podrían poner, incluso, en entredicho el derecho humano al agua,
4) Dichos decretos anulan la prohibición de 10 diferentes ríos: Grijalva-Usumacinta (Chiapas, Tabasco y Campeche); Papaloapan (Oaxaca, Puebla y Veracruz); Pánuco (Estado de México, Querétaro, Guanajuato, San Luis Potosí, Veracruz, Tamaulipas y Nuevo León); Costa Chica de Guerrero y Costa Grande (Guerrero y Oaxaca); San Fernando Soto la Marina (Tamaulipas y Nuevo León); Santiago (Aguascalientes, Durango, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, San Luis Potosí, y Zacatecas); Actopan-Antigua (Veracruz y Puebla); Costa de Jalisco (Colima y Jalisco); y Ameca (Nayarit y Jalisco).[41]

A pesar de lo sostenido por la Secretaría del Medio Ambiente, persiste una intencionalidad privatizadora, pues mediante dichos decretos se levantaron

[40] ADN Político. En https://adnpolitico.com/mexico/2018/06/20/se-privatiza-el-agua-esto-es-lo-que-sabemos-sobre-los-decretos-que-firmo-epn, consultado el 24 de julio de 2018.

[41] Animal Político. En https://www.animalpolitico.com/2018/06/decretos-firmados-epn-riesgo-uso-del-agua/, consultado el 24 de julio de 2018.

las vedas de agua de diversas cuencas hídricas. Con ello será posible destinar un gran volumen de agua para ser concesionadas a particulares. Situación que se contradice, como se mencionó, con el contenido del artículo 4° constitucional.

III. Legislación neoliberal y propuesta de decretos: ¿Agua para todos?

El agua es la sangre de la madre tierra, ella da la vida. Por lo tanto, no puede ser objeto de mercancía, pues es más que eso, de ella viven, se nutren sus cultivos, ganado.

Xnizaa, 2.

La gobernanza se refiere a redes interorganizacionales y auto organizadas, que complementan a las jerarquías y a los mercados como estructuras de gobierno en la asignación autoritaria de recursos, con ejercicio de control y coordinación.[42]

Frente a lo avasallador del autoritarismo político y el dominio absoluto del mercado, han surgido múltiples intentos de diversos actores sociales para modificar estas tendencias.[43] Organizaciones como Agua para todos, Fan México, Alianza Mexicana Contra el *Fracking* y la Coalición de Organizaciones Mexicanas por el derecho al agua, se han manifestado al respecto tomando el poder como una acción ciudadana de protección al derecho humano al agua y al saneamiento. En ese sentido, han referido que los recursos hídricos en manos de una institución, como la Conagua, ha tomado atribuciones de manera unilateral —sin participación ciudadana— varias decisiones equivocadas en relación con la gestión del agua, que ha permitido la sobreexplotación de los acuíferos, ha otorgado miles de concesiones de agua para actividades extractivas y que no ha controlado adecuadamente las descargas de aguas residuales. Además, que el amparo de las disposiciones de la reforma energética,

[42] R.A.W. Rhodes, "The new governance: Governing without government", 2017.

[43] Manuel Canto Chac, "Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo", 2008.

habilita a las empresas la realización de los proyectos de *fracking* que atentan gravemente contra las generaciones presentes y futuras.[44]

Un aspecto que vale la pena considerar es que para las comunidades campesinas e indígenas el territorio supone una triple dimensión: geográfica-económica; simbólica-cultural; y político-identitaria. La lucha por el territorio forma parte de los nuevos movimientos sociales, en tanto que la demanda ecológica se relaciona más por la defensa del valor del territorio que sobre demandas concretas. La identidad se genera sobre la base de la defensa del valor de la "Madre Tierra", dentro de una cosmovisión indígena, lo que supone que la integración del agua, bosque y tierra como uno solo. Los proyectos hidroeléctricos conjeturan la pérdida de los terrenos de cultivo y el despojo del agua, bosques y tierras. En este sentido, se trata de un movimiento-red integrado por una multitud de organizaciones de la sociedad civil rural: organizaciones rurales, académicos, organizaciones no gubernamentales, iglesia, estudiantes y población solidaria. En esta situación no existe un liderazgo centralizado, sino compartido. Esta organización descentralizada es lo que permite la continuidad del movimiento en el tiempo. Así mismo, facilita el establecimiento de alianzas con otros sectores como los medios de comunicación, agrupaciones sindicales, campesinas y magisteriales, entre otras.

En la primera línea de defensa del agua, se encuentran las comunidades indígenas y campesinas. Víctor Manuel Toledo registra 420 conflictos ambientales vinculados con las cuestiones agrícolas, biotecnología, energéticas, forestales, hidráulicas, mineras, de residuos peligrosos y rellenos sanitarios, turísticos y urbanos.[45] Otros investigadores muestran que, entre 2009 y 2013, en 26 entidades del país, se tienen registrados 162 conflictos relacionados con aspectos ambientales: contra mineras, proyectos de presas hidroeléctricas; por la defensa del agua y el territorio; y por violación de acuerdos intercomunitarios, entre otros.[46]

Entre las luchas por el agua encontramos la oposición contra los proyectos hidroeléctricos, donde campesinos e indígenas se organizan contra la cons-

[44] Boletín de prensa. "El agua sí está en peligro: los decretos dejan sin protección casi 70% del agua disponible en esas cuencas", En http://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2018/06/b-el-agua-si-esta-en-peligro-final.pdf, consultado el 24 de julio de 2018.

[45] Víctor Toledo, *Ecocidio en México: La batalla final es por la vida*, México, Grijalbo, 2015.

[46] Mariana Becerra Pérez, Jaime Sáinz Santamaría, Carlos Muñoz Piña, "Los conflictos por agua en México. Diagnóstico y análisis Gestión y política pública", vol. 15, núm. 1, 2006, pp. 111-143, México,CIDE, 2009.

trucción de las presas Chicoasén II, La Parota y Paso de la Reina. En Jalisco y Nayarit, campesinos se oponen a la construcción de la presa La Cruces en río San Pedro, en Nayarit; las presas el Cajón y la Yesca, en Nayarit y Jalisco; y la presa el Zapotillo, en río Verde en Jalisco. Ahí el 95% de la población perdería la tierra de siembra. En la sierra Norte de Puebla, 60 comunidades luchan en contra de una central hidroeléctrica. Así mismo, pobladores de Puebla, Tlaxcala y Morelos entablan una lucha en contra de una planta termoeléctrica en Huesca, Morelos.[47]

La mayor parte de conflictos por el agua se relacionan con el uso para fines agrícolas, puesto que ahora el agua se desvía, por la vía de trasvases, hacia usos urbanos, industriales o mineros. El caso más ilustrativo es el acueducto Independencia, en Sonora, en donde se va a descaminar, el agua destinada para los cultivos, hacia su uso urbano en la ciudad de Hermosillo, por medio del trasvase de la presa El Novillo, en dirección a la presa Abelardo L. Rodríguez. Otro caso de desvío del agua de uso agrícola para la minería y construcción de presas, lo observamos en la termoeléctrica el Naranjal, pues afectaría 160 hectáreas de café, plátano, maíz y frijol por la bifurcación del río. En la sierra de Zongolica, también se pretende desviar el agua para el cultivo en beneficio de una hidroeléctrica en Veracruz.[48]

Ante los diez decretos que el presidente Enrique Peña Nieto emitió el pasado 5 de junio de 2018,[49] la sociedad civil representada por diversas organizaciones, entre ellas "Agua para todos", ha contemplado las siguientes propuestas para la protección de los recursos hídricos en México:

- El agua es un bien común de la naturaleza, no una mercancía. No se podrá privatizar ni lucrar con el agua,
- Restauración de los derechos de los pueblos indígenas a las aguas en sus territorios,
- La ciudadanía y los pueblos en la toma de decisiones sobre el agua,
- Manejo de cuencas (agua en el territorio) a través de planes consensados para lograr acceso equitativo y sustentable.

47 Paz, 2016.

48 Paz, *op. cit*.

49 En http://www.nofrackingmexico.org/wp-content/uploads/2018/06/Decretos-de-supresi%C3%B3n-de-vedas.pdf, consultado el 24 de julio de 2018.

- Agua para la vida (uso personal, soberanía alimentaria, ecosistemas) antes de agua para el lucro (paga costo total de su administración, monitoreo y renovación natural). No permitir uso de aguas nacionales para minería tóxica o fracturación hidráulica,
- Manejo planificado de sistemas de agua potable y saneamiento por medio de la participación activa de sus usuarios, en autogestión o mediante un gobierno local, con rendición de cuentas. Agua potable municipal solo para uso humano, vía servicios públicos y acceso domiciliar equitativo,
- Concesiones no transferibles, anualmente renovables, condicionadas a la disponibilidad ecológica, eliminación progresiva de contaminantes y reciclaje industrial. Acceso público y permanente a puntos de descarga,
- Aumentar el presupuesto federal al sector del agua de 1.5% a 5%, para obras consensadas con Dictamen Costo-Beneficio y Fondo Nacional de Derecho Humano al Agua y Saneamiento (proyectos de autogestión en zonas sin acceso),
- Protección y restauración de humedales, lagos, manantiales y otras áreas de importancia hídrico ambiental,
- Moratoria urbana en cuencas con extremo estrés hídrico,
- Manifiestos de Impacto Ambiental requerirían Dictamen socio-hídrico ambiental y consentimiento previo e informado de la población local y de cuenca,
- Contraloría Social del Agua ciudadana, públicamente financiada, con capacidad de recomendar remoción de funcionarios incumplidos,
- Defensoría socio-hídrico ambiental, adecuadamente financiada para realizar demandas de acción colectiva y cancelación de proyectos irregulares o dañinos,
- Apoyo y protección para las y los defensores del agua.

III.1. Efecto en los pueblos originarios

Los diez decretos trasgreden el marco jurídico alternativo que opera a favor de las comunidades campesinas e indígenas. En este sentido, varios estudiosos abonan en el análisis de las repercusiones legales de dicha iniciativa.

Como ejemplo, Pilar López, ambientalista de Encuentro Ciudadano Lagunero por la Calidad del Agua, explicó que con las vedas y concesiones se violan los artículos 1º, 2º, y 4º de la Ley de Aguas Nacionales.

> Este decreto permitirá posicionar la nueva Ley de Aguas Nacionales que se pretende aprobar y que se verán más afectados los estados del sur del país, incluyendo el tema de la construcción de la presa Las Cruces, en Nayarit, donde se afectaría a los usuarios del río, se reserva en San Pedro Mezquital, de 2 mil millones de metros cúbicos para la Comisión Federal de Electricidad (CFE).[50]

Los decretos extinguen los derechos al agua de los núcleos agrarios que no fueron renovados a tiempo. Hay 50 mil concesiones "caducadas" en el país, principalmente de ejidos, comunidades y pueblos, que no se imaginaban que sus derechos al agua tendrían que renovarse.[51]

En relación con lo anterior, los indígenas juegan un papel importante en el aprovechamiento y protección de la biodiversidad, y poseen un conocimiento amplio y complejo de los muy variados ecosistemas que habitan: el desierto, las planicies costeras, la selva húmeda y los bosques templados y fríos,[52] los cuales, se verán afectados ante la desproporción hídrica que se extraerá de las cuecas.

La iniciativa Agua para todos, asegura que con estos decretos se permite a la Conagua "garantizar los volúmenes de agua que están exigiendo las empresas mineras, petroleras y privatizadoras de sistemas urbanos de agua, a costa de los derechos al agua de los pueblos indígenas, los núcleos agrarios, comunidades rurales y los sectores populares urbano".[53]

En ese contexto, expertos en el tema, como Eric Aguilar, investigador de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), opina que lo preocupante de estos decretos "es a nivel nacional" en razón de que "afectan a nueve regiones hidrológicas cuyo trayecto abarca, desde Aguascalientes hasta

[50] Pilar López. "Siglo de Torreón", En https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/1471945.preocupa-decreto-de-agua-de-epn.html, consulta: 24 de julio del 2018.

[51] *Idem*.

[52] Julia Carabias *el al*., *Ecología medio ambiente*, México, Ed. Pearson, 2010.

[53] La Iniciativa Ciudadana de Ley General de Aguas, En http://aguaparatodos.org.mx/la-iniciativa-ciudadana-de-ley-general-de-aguas-2/, consultado el 24 de julio de 2018.

Guerrero" y levantan la veda de extracción del líquido sobre "un estimado de 300 acuíferos de los 600 cuantificados" en entrevista en Expansión.[54]

En el mismo sentido, María del Carmen Carmona Lara, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM, afirma que estos decretos dejan ver la inconsistencia de la gestión del agua, pues aunque refieren que son para fortalecer la gestión integrada del recurso hídrico, son instrumentos que deberían acordarse con los consejos de cuenca, caso por caso. Destaca que más de 90% de los ríos están contaminados y algunos declarados muertos.[55]

En el caso mexicano, y con respecto a la cuestión de los 10 decretos emitidos por el presidente, son considerados por especialistas, como una vía para iniciar procesos de privatización, bajo la figura jurídica de la concesión. Diversas organizaciones civiles se han manifestado en torno a ello con la finalidad de que esos decretos sean desechados, en razón de que advierten peligro para la estabilidad del vital líquido, y, por ende, la afectación a la sociedad y a los pueblos indígenas.

Las comunidades indígenas y campesinas enfrentan una lucha por la defensa del derecho colectivo a la tierra y sus recursos en contra del embate de los gobiernos neoliberales que han creado condiciones para la inversión del capital privado vía las concesiones.

IV. Conclusiones

Con lo referido líneas arriba, podemos constatar la directriz del Estado mexicano a partir de la década de los años ochenta, en el sentido de tratar de legalizar la intención privatizadora sobre agua; una orientación sustentada en un modelo de poder y centralización sobre el manejo del vital líquido. Desde la creación de la Conagua, mediante decreto presidencial de enero de 1989, como un organismo federal administrativo desconcentrado de la extinta Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (actualmente Sa-

[54] Entrevista a Eric Aguilar en CNN, #Perspectivas, el 19 de junio de 2018, en https://expansion.mx/nacional/2018/06/20/enrique-pena-nieto-abrio-la-via-para-privatizar-el-agua-en-mexico, consultado el 2 de julio de 2018.

[55] ADN Político, en https://adnpolitico.com/mexico/2018/06/20/se-privatiza-el-agua-esto-es-lo-que-sabemos-sobre-los-decretos-que-firmo-epn, consultado el 24 de julio de 2018.

garpa), cuya finalidad era la de tener una organización propia que administrara el agua, pero que en los hechos estuviera centralizada en el Ejecutivo Federal y que, por ende, se concentrará como la principal autoridad de este rubro en el país. Hemos visto que, en la práctica, hay un dominio casi absoluto sobre la gestión del agua.

La política de privatización impulsada por la Conagua se expresa en un desconocimiento al ordenamiento constitucional, como el artículo 4º; pasa por alto los acuerdos internacionales, como el Acuerdo 169 de la OIT.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Becerra Pérez, Mariana; Sáinz Santamaría, Jaime; Muñoz Piña, Carlos. "Los conflictos por agua en México. Diagnóstico y análisis Gestión y Política Pública", vol. XV, núm. 1, 2006, pp. 111-143 Distrito Federal, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. 2009.

Carabias, Julia *et. al. Ecología medio ambiente*. México, Ed. Pearson, 2010.

Comisión Nacional del Agua. *Estadísticas del agua en México*. Edición 2008, México, Semarnat, 2000.

Comisión Nacional del Agua. *Estadísticas del agua en México*. Edición 2008, México, Semarnat, 2008.

Fernández, A. "El agua: un recurso esencial". *Química Viva*, núm. 11, vol. 3, 2012.

Harvey. "Disputas por los territorios y recursos naturales: el modelo". E Osorio, A. (2009). *El Estado en el centro de la mundialización: la sociedad civil asunto del poder*. México, FCE, 2004.

Rhodes, R. A. W. (2017). "The New Governance: Governing without Government". *Political Studies*. xliv, Oxford, Cambridge, Blackwell Publishers, 1996.

_____. *Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos al Agua Potable y al Saneamiento en México 2017.* (Informe DHAyS). Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Semarnat, (2009). "Agua, Capítulo 6". Semarnat, México.

Simental Franco, Víctor Amaury. *La Ciudad de México. Un espacio socio-urbano no sustentable*. México, Tirant lo Blanch, 2014.

_____. *Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos al Agua Potable y al Saneamiento en México 2017.* (Informe DHAyS). Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

_____. *Semblanza Histórica del Agua en México*. Semarnat, 2009.

Toledo, Víctor. *Ecocidio en México: La batalla final es por la vida*. México, Grijalbo, 2015.

Hemerográficas

Ávila, Patricia. "La neoliberalización del agua y sus impactos territoriales en Latinoamérica". En *Revista ALASRU. Territorio, Conflicto y Justicia*, núm. 8, Nueva época, México, 2014.

De la Vega, M. "Agua de calidad; derecho humano, ambiental y social", en *Impluvium*, publicación digital de la Red del Agua UNAM, núm. 4, enero-junio 2015.

Hernández, M. ¿Cuánta agua para el derecho humano al agua en México? *Impluvium*, núm. 4, pp. 25-30, 2015.

Manuel Canto, Chac. "Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo". En *Política y Cultura*, núm. 30, 23.7, 2008.

Saldaña Fraire, Graciela. "El derecho humano al agua no es negociable". En revista *Defensor*, núm. 7, año XIII, julio, 2015.

xtractivo". En *Revista ALASRU*, nueva época, núm. 5, México, UACH, 2010.

Electrónicas

ADN Político. En https://adnpolitico.com/mexico/2018/06/20/se-privatiza-el-agua-esto-es-lo-que-sabemos-sobre-los-decretos-que-firmo-epn. Consultado el 24 de julio de 2018.

Animal Político. En https://www.animalpolitico.com/2018/06/decretos-firmados-epn-riesgo-uso-del-agua/. Consultado el 24 de julio de 2018.

Arzabal, (2018) ¿Qué porcentaje del planeta es agua? En https://www.vix.com/es/btg/curiosidades/7616/que-porcentaje-del-planeta-tierra-es-agua).

Barragán, Daniela. *"El PRI tiene lista una nueva Ley que privatiza a perpetuidad el agua; alertan sobre los riesgos"*. Sin Embargo.mx periodismo digital con rigor, 4 de febrero de 2018. En http://www.sinembargo.mx/04-02-2018/3381027.

Boletín de prensa. "El agua sí está en peligro: los decretos dejan sin protección casi 70% del agua disponible en esas cuencas". En http://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2018/06/b-el-agua-si-esta-en-peligro-final.pdf. Consultado el 24 de julio de 2018.

Canto Chac, Manuel. "Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo" en *Política y Cultura*. No. 30 México ene. 2008.

Consideraciones del CEMDA frente a los Decretos de Zonas de Reserva de Agua.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018. En https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos, consulta 15 de mayo de 2018.

De la Vega, se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=52

32952&fecha=08/02/2012, revisado 2 de octubre de 2017. En http://www.cemda.org.mx/consideraciones-del-cemda-frente-a-los-decretos-de-zonas-de-reserva-de-agua/. Consultado el 25 de julio de 2018.

FAO, (2015) "2050 la escasez de agua en varias zonas del mundo amenaza la seguridad alimentaria y los medios de subsistencia". En http://www.fao.org/news/story/es/item/283264/icode/, consulta 15 de mayo de 2018.

Hernández. 2015 "Agua de calidad; derecho humano, ambiental y social", en Impluvium, publicación digital de la Red del Agua UNAM, núm. 4, enero-junio 2015. En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3218/9.pdf.

La Iniciativa Ciudadana de Ley General de Aguas. En http://aguaparatodos.org.mx/la-iniciativa-ciudadana-de-ley-general-de-aguas-2/. Consultada el 24 de julio de 2018.

Ley de Aguas Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1° de diciembre de 1992, p. 11. En http://files.conagua.gob.mx/conagua/publicaciones/Publicaciones/SGJ-1-17.pdf, consultada el 15 de julio de 2018.

López, Pilar. "Siglo de Torreón". En https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/1471945.preocupa-decreto-de-agua-de-epn.html. Consultada el 24 de julio de 2018.

Marín, Daniel. "El derecho humano al agua en México ¿Un derecho humano? En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3218/9.pdf. Consultado el 2 de octubre de 2017.

Observación general número 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf. Consultado el 15 de junio de 2018.

Observación general Nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. En http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf. Consultado el 2 de octubre de 2017.

Observación general número 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional.

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx, consultado 15 de junio de 2018)

Observación general Nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional. Consultado 2 de octubre de 2017.

ONU, Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. En http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/, consultado 2 de octubre de 2017.

ONU El derecho humano al agua y al saneamiento, Resolución 64/292. En http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml. Consultado 2 de octubre de 2017.

ONU El derecho humano al agua y saneamiento Hitos. En http://www.un.org/spanish/

waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf. Consultado 2 de octubre de 2017.

Portal Electrónico de la Iniciativa "Agua para Todos". En https://www.aguaparamexico2018.org/ley-privatizante. Consultado el 15 de julio de 2018.

Rhodes, R. A. W, (2018) *Semblanza Histórica del Agua en México*, SEMARNAT, 2009. Siglo de Torreón. En https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/1471945.preocupa-decreto-de-agua-de-epn.html. Consultado el 24 de julio de 2018.

Xnizaa. En https://www.oxfammexico.org/sites/default/files/PropuestaCOPUDA-.pdf.

Legislación

Ley de Aguas Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1° de diciembre de 1992, p. 11. En http://files.conagua.gob.mx/conagua/publicaciones/Publicaciones/SGJ-1-17.pdf. Consultada el 15 de julio de 2018.

Sindicalismo.
Una visión desde la academia

Carlos Reynoso Castillo*

Resumen:

En este trabajo, y con motivo de la publicación del número 100 de la revista *Alegatos* del Departamento de Derecho de la UAM, se hace una relectura de los artículos publicados en materia laboral y concretamente en materia de sindicalismo con la finalidad de reflexionar cuál ha sido la manera cómo este tema ha sido abordado y tratado por especialistas que han publicado sus trabajos. De esta manera, se intentan identificar las grandes líneas de estudio y argumentación que los autores han desarrollado al paso del tiempo en este tema concreto.

Abastract:

In this work, and on the occasion of the 100th publication of the Alegatos magazine of the UAM Law Department, is made a rereading of the articles published in labor matters and specifically in the matter of unionism with the purpose of reflecting how this issue has been addressed and dealt with by specialists who have published their works. In this way, we try to identify the main lines of study and argumentation that the authors have developed over time in this specific topic.

Sumario: Introducción / I. Hacia una concepción del derecho del trabajo / II. Sindicalismo y libertad sindical / III. Contratación colectiva y huelga / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

La revista *Alegatos* nació en 1985 como un proyecto que buscaba ofrecer un espacio para difundir el trabajo de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Azcapotzalco. La investigación, como una de las funciones sustantivas de esta noble casa de estudios que nació en 1974,[1] ha venido ofreciendo una visión que busca no sólo compartir los análisis del sistema jurídico propiamente dicho, sino también aportar reflexiones y estudios más allá de lo legal, en la búsqueda de una comprensión más cabal y completa de lo que significa el derecho en un en un país como México y el resto del mundo.[2]

Precedida de un contexto político social particular y complejo, en donde la educación superior ocupaba el centro de atención, y en apoyo a una propuesta de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) al entonces Presidente de la República, Luis Echeverría Álvarez, la Universidad Autónoma Metropolitana nace con un modelo innovador en su estructura orgánica, para "[…] organizar y desarrollar actividades de investigación humanística y científica, en atención, primordialmente, a los problemas nacionales y en relación con las condiciones del desenvolvimiento histórico", así como "preservar y difundir la cultura", como señala su ley orgánica. De esta manera surgiría una Institución que desde sus orígenes tuvo el compromiso, no sólo formalmente, con un quehacer académico estrechamente vínculo con la realidad y problemas nacionales, lo cual se reflejaría en sus planes de estudios y actividades académicas que desde entonces desarrolla.

En el caso concreto de la investigación jurídica, los trabajos posteriores a la Revolución mexicana, estuvieron fuertemente influenciados por los juristas españoles que migraron a nuestro país en los años treinta del siglo pasado con motivo de la guerra civil española; para entonces, la actividad de investigación se concentró sobre todo en instituciones como el Instituto de Dere-

[1] *Diario Oficial de la Federación* 17 diciembre 1973, entrada en vigor 1 de enero 1974.

[2] En su momento, señalaba el entonces Jefe del Departamento de Derecho, Dr. Luis de la Barreda Solórzano en el primer número de la revista *Alegatos* que "El propósito primordial de esta publicación es el de propiciar una revisión profunda del derecho mexicano, no solamente en el ámbito legislativo, sino en el judicial y en el ejecutivo, es decir, en su aplicación fáctica", y agregaba, "Pretendemos contribuir al debate sobre lo que el derecho es y lo que el derecho ha de ser". *Cf.* revista *Alegatos* núm. 1, ("Presentación" de la revista *Alegatos*), septiembre-diciembre, México, UAM, 1985. p. 1

cho Comparado fundado en 1940 (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM);[3] sin embargo, en los años posteriores diversas instituciones, públicas sobre todo, tendrían la importante labor de hacer investigación en la ciencias sociales y en particular en materia jurídica.

El contexto en el cual nace la UAM y en particular el Departamento de Derecho en la Unidad Azcapotzalco, exigía y urgía el estudio de los cambios económicos, políticos y sociales que estaba entonces experimentando el país; por su parte el Derecho demandaba también un abordaje y estudio a partir de nuevas maneras de entenderlo y explicarlo, lo cual se vio plasmado claramente en el plan de estudios de la licenciatura en Derecho que la UAM ofrecía. En ese entorno, el perfil del académico de la UAM de profesor-investigador, reflejaría en buena medida, aquella preocupación, que se traduciría en productos de investigación, que buscaban, con diferentes matices, ofrecer una visión crítica del derecho.

Estas diferentes maneras de abordar la formación e investigaciones jurídicas llevaron a la UAM a contar con una propuesta novedosa y vanguardista que buscaba combinar lo mejor de otros modelos de escuelas de derecho, por un lado, un proyecto de docencia sólido e innovador, así como labores de investigación, encargadas a la misma persona que impartía clases frente al grupo, buscando con ello no separar estas dos tareas que bien podían beneficiarse una de la otra.

Hoy a casi 45 años de fundada la UAM, la comunidad académica del Departamento de Derecho, por conducto de su revista *Alegatos*, publica su número 100, y con este motivo ha querido hacer un alto para compartir con sus lectores algunas ideas en torno a cuál ha sido el camino que se ha recorrido en el cumplimiento de la difusión de sus reflexiones, pero también para mostrar como la UAM ha sido testigo, desde sus tareas que le son propias (docencia, investigación y difusión de la cultura), de la evolución reciente del sistema jurídico mexicano e internacional, señalando críticamente sus avances y retrocesos, sus fortalezas y debilidades, sus objetivos explícitos e implícitos.

La UAM decidió cultivar las diferentes disciplinas jurídicas con un enfoque particular y novedoso que debía permear sus tareas académicas, inclu-

[3] *Cf.* M. López Ruíz, "La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción", en Cienfuegos Salgado D. y López Olvera M.A. (Coordinadores), Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, UNAM, IIJ, 2005, p. 243 y ss. En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1628/14.pdf, consultado el 28 de mayo 2018.

yendo por supuesto la investigación, lo cual se tradujo en un plan de estudios con un diseño curricular particular. Entre esas disciplinas jurídicas estaba el Derecho del trabajo (DT), el cual ocupó un lugar importante en el plan de estudios de la licenciatura en Derecho, abordando los derechos sustantivos y colectivos de los trabajadores, así como profundizando en aspectos concretos del mundo del trabajo en un área de concentración dedicada a los mismos. La importancia de estas temáticas estaba dada no sólo por la permanente trascendencia del marco legal de los trabajadores y patrones inmersos en una relación laboral, sino también porque la coyuntura de los años setenta, exigía atender y analizar estos temas de manera diferente. Hay que recordar que, en la evolución de las normas jurídico-laborales, aquellos años estuvieron marcados por la expedición de una nueva Ley Federal del Trabajo en 1970, y su posterior aplicación estuvo caracterizada por un intento del Estado mexicano por reconocer, por lo menos formalmente, una serie de derechos y prestaciones al movimiento obrero de la época. Así las cosas, la evolución de esta rama del derecho exigía su estudio considerando aquellos aspectos que formaban parte del contexto en el cual nacía, y demandaba sino abandonar por lo memos acotar, los análisis que llegaban a conclusiones basadas en los textos legales exclusivamente.

En alguna medida, la complejidad de los problemas laborales, así como la doctrina de la época, no permitían entender y explicar de manera cabal las relaciones obrero-patronales, de ahí que la UAM decidió, al ofrecer la licenciatura en Derecho, avanzar hacia un enfoque más amplio que permitiera desentrañar las razones profundas del nacimiento y aplicación del Derecho. En ese contexto y evolución la revista *Alegatos* constituye una ventana para tratar de ver al Derecho de otra manera. Si bien la tarea de investigar es un proceso inacabado que se debe ir renovando y actualizando permanentemente en cuanto a sus objetos y metodologías de estudio, hay aquí un esfuerzo por dar luz a los problemas jurídicos, este caso laborales en México y el mundo.

La revista *Alegatos* y los artículos que en ella se han publicado en materia social y laboral, son una buena herramienta para entender la evolución que ha tenido el mundo del trabajo en el último medio siglo. Como podrá constatarse, los trabajos de los laboralistas de la UAM forman parte de la memoria histórica en la cual se podrá encontrar un análisis del devenir de las normas sociales, con estudios serios, críticos y profundos, en donde el debate, la diversidad de opiniones y puntos de vista son siempre bienvenidos.

En una división clásica del derecho del trabajo, podemos identificar los derechos individuales de los trabajadores, sus derechos colectivos, los derechos procesales, el derecho administrativo del trabajo, el derecho internacional del trabajo, etcétera prácticamente todas estas áreas han sido abordadas por los investigadores de la UAM en sus artículos, sin descartar los temas básicos, abstractos e iniciales para entender el derecho del trabajo, como su esencia y significado. Sin embargo, una de las instituciones y figuras que de manera recurrente forman parte de muchos trabajos publicados, ha sido el tema de los sindicatos; esto se debe tal vez a la trascendencia que tiene esta forma de asociación en cualquier modelo de relaciones laborales, a la vinculación que tienen en su ejercicio profesional varios de los académicos que colaboran en la enseñanza del Derecho, aparte de que se trata de un tema que aparece en varias de las asignaturas que se imparten en la licenciatura en derecho.

Es por estas razones que en este trabajo hemos considerado conveniente asomarnos, así sea brevemente, a la manera como se ha tratado el tema del sindicalismo en los trabajos que la revista *Alegatos* ha publicado sobre el particular, no sin antes detenernos, en las reflexiones que los colaboradores de *Alegatos* han presentado sobre los conceptos básicos del análisis de lo laboral.

Este trabajo, es un simple ejercicio de revisión retrospectiva sobre el mundo jurídico laboral desde la óptica que la UAM ha tratado de abordarlo, con el cual se busca ver cómo al paso de estas más de cuatro décadas, la investigación jurídica en la Universidad ha tratado de acompañar, analizar y polemizar sobre la evolución reciente de las normas del trabajo.

En ese sentido, se trata de un ejercicio que habla de otros trabajos, por lo que consideramos conveniente, antes de entrar en materia, hacer un breve apunte metodológico. La documentación que sirvió de base para estos comentarios son los trabajos publicados en la revista *Alegatos* a lo largo de su historia, y que desarrollan temas relacionados con el Derecho del trabajo y, de manera particular, con el sindicalismo; por lo que no se trata de un estudio cronológico, ni de una reseña de lo escrito, por lo que probablemente habrá omisiones en cuanto a los artículos evocados en las siguientes líneas. Se trata más bien de intento de reflexionar sobre lo que desde la academia la UAM ha dicho, por conducto de sus investigadores y colaboradores sobre lo laboral.[4]

[4] En la elaboración de este trabajo se consideró conveniente no citar ni referirse a las investigaciones del autor de estas líneas, también publicadas en la revista *Alegatos*, con la finalidad de darle seguimiento y espacio a las reflexiones y aportaciones de otros autores expertos y colaboradores. Así

Estas son también algunas de las razones por las cuales el lector de este trabajo podrá encontrar en las notas a pie de página exclusivamente los datos que le permitan ubicar las referencias de aquellos artículos publicados en la revista *Alegatos* en los cuales se aborda el tema comentado.

Para efectos de este trabajo se utiliza la palabra "sindicalismo" en un sentido amplio, no sólo en su acepción jurídica, en donde se trata la dimensión legal y positiva de la persona moral, sindicato, desde una óptica estática; sino también en su dimensión meta legal, desde la óptica histórica, sociológica e incluso política, y desde una óptica dinámica, aspectos todos ellos importantes y necesarios al tratar el tema de la organización gremial de los trabajadores. Este enfoque amplio de un tema como el de los sindicatos y el sindicalismo, es el que se advierte al pasar revista a los trabajos publicados sobre este tópico, ya que la mayoría de los autores se refieren al sindicalismo como un tema que tiene importantes y amplias implicaciones en un modelo de relaciones laborales, y donde el estudio de los aspectos estrictamente legales se consideran insuficiente para tener una cabal comprensión del tema.

Para desarrollar el tema en la manera que ha quedado expresada, se ha considerado conveniente apoyarnos en un plan de exposición, que busca abarcar la amplitud de lo que significa el sindicalismo y con él los denominados derechos colectivos de los trabajadores, de la siguiente manera: un primer comentario sobre los que consideramos como un intento por desarrollar una concepción diferente del Derecho del trabajo (I), un segundo apunte sobre el sindicalismo y la libertad sindical (II), un tercer comentario "sobre la contratación colectiva y la huelga (III) y finalmente compartir unas breves conclusiones".[5]

I. Hacia una concepción del derecho del trabajo

Desde sus inicios el DT y la doctrina a la que dio origen, consideraron que si bien el conjunto de normas que integran esta joven rama del derecho tie-

mismo, en el apartado de bibliografía, se reiteran las referencias y datos de las fuentes y documentos utilizados, los cuales fueron exclusivamente artículos publicados en la revista *Alegatos.* Así mismo en las notas a pie de página se encuentran las referencias de los trabajos evocados en este documento, sin embargo, solo se señala la página de los mismos cuando se hace una cita textual.

5 En esta revisión de los trabajos publicados sobre estos temas en la revista *Alegatos*, se han dejado de lado varios tópicos que si bien podrían incluirse en un concepto amplio de sindicalismo, no han sido objeto de una amplia atención de los autores, por ejemplo el tema de los estatutos sindicales, los reglamentos interiores, entre otros.

ne sus propios mecanismos de nacimiento, construcción e integración; la manera de abordar su estudio daría lugar a un amplio debate en torno a los enfoques para su aproximación y que, muchas veces, esos enfoques serían determinantes en la manera de estudiar, entender e incluso en ocasiones, de practicar y aplicar el DT.

Cabe recordar que las formas de aproximarse al DT han sido desarrolladas a lo largo de la historia de muy variadas maneras; sin embargo una de las predominantes calificada como "tradicional" es aquella que ve en las normas del trabajo una conquista de la clase trabajadora, la cual a través de su lucha fue poco a poco "arrancando", al patrón, derechos de los cuales se iría nutriendo la legislación laboral y dándole forma y contenido; si bien se trata de una visión fuertemente impregnada de principios humanistas y liberales, reconoce las desigualdades en la relación laboral y aspira a superarlas o por lo menos atemperarlas. Desde este punto de vista, el DT canaliza y cataliza la lucha obrera y por ende es considerado como un derecho de clase, de la clase obrera. Esta visión, predominante durante todo el siglo pasado, fue el marco referencial en el cual se desarrolló buena parte de la doctrina laboralista del siglo XX y que sirvió, a su vez, de guía conceptual para la mayoría del sindicalismo que se formó en las primeras décadas posteriores a la Revolución mexicana y al artículo 123 constitucional. Se trata de una manera de ver el derecho y de vivirlo incluso en la acción cotidiana de los sindicatos los cuales hoy, en su mayoría, en el siglo XXI se guían por estas premisas y postulados del derecho protector y de su propiedad.

Sin embargo, esta visión importante y sólida empezaría a ser severamente cuestionada en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial por algunos sectores de la doctrina europea en países como Italia y Francia, y en el último cuarto del siglo pasado en países como México. Cabe recordar como uno de los más importantes laboralistas del siglo XX, el profesor Gérard Lyon-Caen, señalaba que los mecanismos del derecho económico y financiero eran suficientes para arruinar los fundamentos del derecho del trabajo, sugiriendo implícitamente de esta manera la necesidad de acudir a otras áreas del derecho y de las ciencias sociales para entender las transformaciones que se estaban operando en la legislación laboral.[6]

[6] *Cf.* G. Lyon Caen, *Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, Libro en homenaje al maestro Mario de la Cueva, México, UNAM, 1981, p. 142 y ss.

Esta forma de ver las cosas y de estudiar el Derecho exige que de manera permanente el estudiante, así como el docente e investigador, se cuestionen qué relación tiene lo jurídico con otras áreas legales y el entorno en el cual pretende aplicarse, de tal manera que no sólo el estudio sino el análisis y por supuesto la práctica jurídica se vea enriquecidas al ampliar el horizonte analítico a tratar.

Las razones de este cuestionamiento se encontraban en las condiciones materiales de vida y de trabajo que los trabajadores tenían en el día a día de su relación laboral, en donde poco a poco se empezó a operar un lento pero progresivo alejamiento entre las normas laborales, sus doctrinas y la aplicación que los tribunales hacían de las mismas; de tal manera que el discurso teórico sobre las normas aparecía cada vez más lejano de la vida concreta y cotidiana. Así, la visión clasista de las normas laborales se mostraría cada vez menos conveniente y útil para explicar una realidad laboral que empezaba a cambiar con lógicas diferentes y alejadas del discurso obrerista.

Es difícil ubicar en el calendario el tiempo preciso en que esta situación se empezó a dar, pero no hay duda de que cuando nace la revista *Alegatos* había un número creciente de voces que desde la academia planteaban por lo menos poner en duda y cuestionar a aquella visión tradicional de aproximarse a las normas del trabajo.

Estas son tal vez algunas de las razones por las que algunos expertos dedicaron estudios al desarrollo de esta problemática básicamente metodológica, que si bien se antoja teórica tiene sin duda un impacto práctico importante. Así por ejemplo, desde los trabajos publicados en *Alegatos* se habló de la necesidad de "definir la naturaleza social e histórica del DT" sugiriendo una nueva manera de avanzar en el análisis histórico de esta disciplina, en donde aquella teoría imperante, fue incluso calificada como "romántica", ya que veía en el DT un derecho de y para los trabajadores, con lo cual se dijo, que se prescindía de la realidad social y de "las condiciones materiales de existencia y reproducción de la sociedad capitalista".[7] Algunos autores dedicaron buena parte de su esfuerzo y reflexiones para avanzar en la construcción de una propuesta teórica y crítica que, a partir de nuevos enfoques, contara la evolución,

[7] *Cf.* J. Escamilla Hernández, "La naturaleza social e histórica del derecho del trabajo", revista *Alegatos* núm. 4, septiembre-diciembre 1986, México, UAM, 1986, p. 3 y ss**;** Lóyzaga de la Cueva O. "Algunas consideraciones sobre la esencia del derecho del trabajo", revista *Alegatos* núm. 22, septiembre-diciembre, México, UAM, 1992.

desarrollo y consolidación del DT desde otra perspectiva a la que consideraban como "tradicional" y cultivada por la mayoría de la doctrina laboralista del siglo XX.[8] En esta labor de investigación algunos trabajos debatieron sobre las instituciones y conceptos fundamentales y básicos del DT, como el contrato de trabajo, la subordinación, la disciplina laboral, el tipo de trabajo del cual se ocupa la legislación laboral, entre otras, intentando ponerlos bajo el lente de sus implicaciones políticas y económicas.[9]

Este enfoque para abordar el análisis de las normas laborales, asume que dichas normas requieren para su cumplimiento un cierto consenso y aceptación por la vía ideológica, tarea en la cual el derecho tiene un papel fundamental. Este planteamiento lleva a una serie de conclusiones dentro de las cuales está considerar que "el derecho coadyuva en el control del movimiento obrero legitimando a *priori* la futura represión obrera[…]" (sic),[10] pero de manera destacada plantea la necesaria incorporación en el estudio del DT de los aspectos sociales e históricos, lo cual permitiría dimensionar de manera conveniente la trascendencia de este tipo de normas en un momento histórico determinado. Como podrá advertirse se trata de una propuesta analítica que tiene la virtud de presentar a las normas laborales como parte de problemáticas más amplias que trascienden al derecho positivo.

La revista *Alegatos* ha sido un espacio testimonial, que ha buscado hacerse presente por medio de la opinión de expertos en la evolución del sistema jurídico nacional e internacional; de esta manera, ya desde inicios de los años ochenta, algunos trabajos, planteaban preocupaciones básicas en el análisis teórico del concepto más amplio de derecho social, en cuanto a su contenido, alcances y significado, así como los importantes cambios y cuestionamientos que desde entonces se le venían haciendo en la década de los ochenta del siglo pasado.

El estudio por ejemplo, de los cambios en materia de derecho agrario mostraban las limitaciones y preocupaciones en el campo mexicano; mientras que en materia laboral, se advertían cambios importantes y preocupantes en la manera de aplicar e interpretar la norma, dando cuenta de lo que parecía, se-

8 *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "Sobre el surgimiento y evolución del derecho del trabajo", revista *Alegatos,* núm. 12, mayo-agosto, México UAM, 1989, p. 38 y ss.

9 *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "El trabajo enajenado y la legislación laboral", revista *Alegatos,* núm. 17, enero-abril, México, UAM, 1991.

10 *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "Disciplina y represión laboral. Su esencia y entorno", revista *Alegatos,* núm. 15-16, mayo-diciembre, México, UAM, 1990, p. 3 y ss.

ñalaban los autores, un proceso de limitaciones en el ejercicio de los derechos de sectores puntuales como el de los bancarios, paraestatal o de la burocracia estatal y municipal, entre otros.[11] De esta manera, los autores darían cuenta, al paso de los años, de la evolución que venía teniendo la materia laboral y en particular los derechos individuales y colectivos de los trabajadores; así por ejemplo desde los inicios de los años noventa, se advertían las implicaciones que tendrían los procesos de integración económica en los cuales México empezaba a participar,[12] que algunos caracterizaban como una "recomposición del capitalismo", en donde los cambios concretos a la legislación laboral ya vislumbraban desde entonces los procesos de modificación conocidos como la "flexibilidad",[13] y que, en el tema que nos ocupa, relativo a los derechos colectivos de los trabajadores, dieron lugar a un interesante debate en torno a la posición que los sindicatos tenían, debían o podían asumir frente a todos estos cambios.[14]

En estos estudios hay que anotar también aquéllos que acudieron al derecho comparado para desde ahí estudiar las tendencias y debates que se venían dando en varias partes del mundo, tanto en el plano regional como de países en particular y, de esta manera, presentar un horizonte más amplio para explicar de mejor forma la evolución de los derechos laborales, identificando tendencias y rasgos comunes entre los sistemas jurídicos nacionales.[15]

[11] En algunos trabajos, se explican también los cambios importantes que en la década de los ochenta se dieron en mundo del trabajo, por ejemplo en materia de capacitación y adiestramiento, marco normativo del infonavit, el cambio de zonas económicas por áreas geográficas, *Cf.* Fernández Sousa J. "La precaria vigencia de los derechos sociales", revista *Alegatos* núm, 10, sept-dic. 1988, México UAM, p. 73 y ss., *Cf.* González Martínez I. "Los conflictos laborales desde la óptica periodística", revista *Alegatos,* núm. 13-14, septiembre 1989, abril 1990, México, UAM, 1989, 1990.

[12] *CF.* G. P. Staelens, "Integración económica y derecho laboral: el caso de México", revista *Alegatos* núm. 25, septiembre/diciembre 1993, México, UAM, 1993. *Cf.* Moreau M. A.y Staelens. P. "El aspecto social de la integración económica norteamericana (TLC)", revista *Alegatos,* núm. 32, enero-abril, México, UAM, 1996.

[13] *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "El cambio y la flexibilidad de la legislación laboral", revista *Alegatos* núm. 27 mayo/agosto, México, UAM, 1994. *Cf.* Lóyzaga de la Cueva O. "La flexibilidad laboral en México. Antecedentes y perspectivas", revista *Alegatos,* núm. 29, enero-abril, México UAM, 1995. *Cf.* Lóyzaga de la Cueva O. "El derecho y el mundo laboral en los umbrales del siglo XXI", revista *Alegatos* núm. 47-48, enero-agosto 2001, México, UAM, 2001.

[14] *Cf.* J. Huerta Jurado, "Nueva cultura laboral y respuesta sindical", Revista *Alegatos,* núm. 34, septiembre/diciembre, México, UAM, 1996. *Cf.* Huerta Jurado J. "Los trabajadores y la izquierda en el fin de siglo", revista *Alegatos,* núm. 35, enero-abril, México, UAM 1997.

[15] Entre otros trabajos se recomienda consultar: Pasco Cosmopolis M. "Tendencias actuales del derecho del trabajo", revista *Alegatos,* núm. 38, enero-abril 1998, México, UAM, 1998; R. Laperriére, "Las

II. Sindicalismo y libertad sindical

El derecho colectivo del trabajo ha sido considerado históricamente como una de las más importantes expresiones de la organización colectiva social y en este caso profesional, por medio de la cual amplios sectores de la población tienen la posibilidad de organizarse y defender sus derechos o mejorar los existentes; de esta manera, el Derecho a lo largo de la historia ha reconocido estas expresiones de organización con las cuales se reivindica el carácter social de las normas laborales, aunque sus primeras manifestaciones liberales a fines del siglo XVIII en Europa no le eran del todo favorables.[16]

En esa perspectiva, la libertad sindical se presentaría como una expresión del humanismo solidario necesario para la clase trabajadora del siglo XIX que demandaba un marco legal protector de sus condiciones de vida y trabajo con el reconocimiento, incluso como derecho humano, en los más altos niveles de la jerarquía normativa nacional e internacional.

Algunos estudios señalan que el marco jurídico de la organización y acciones de los trabajadores, no sólo tiene y cumple una función social y protectora como tradicionalmente se ha presentado esta importante parte del DT, sino que también cumple otros fines de control político al enmarcar y con ello limitar y acotar el ejercicio de importantes derechos como el de formar un sindicato o acordar prestaciones en un contrato colectivo;[17] de esta manera, se insiste en que el estudio de las normas laborales que regulan el actuar colectivo de los sindicatos no se puede acotar y limitar al estudio solamente de la norma positiva.

Por razones obvias, en varios trabajos se consideró importante hacer una análisis puntual y detallado de la Constitución como fundamento básico del sistema jurídico; en esa tarea los estudios sobre el sindicalismo y en particular

tendencias actuales del derecho laboral quebequence", revista *Alegatos,* núm. 38, México, UAM, 1998. *Cf.* G. Ferriol Molina, "El derecho laboral en Cuba, fundamentos, actualidad y perspectivas", revista *Alegatos,* núm. 72 (Primera parte) y 74 (Segunda parte), mayo-agosto 2009 y enero-abril 2010, México, UAM.

16 *Cf.* I. González Martínez, "Proscripción de la organización obrera. La Revolución francesa y el imperio del individualismo", revista *Alegatos,* núm. 22, septiembre-diciembre, México, UAM, 1992. *Cf.* Santos Azuela H. "Genealogía y perspectivas del sindicalismo y el derecho sindical en México", revista *Alegatos,* septiembre-diciembre 2009, México, UAM, 2009.

17 *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "Teoría y praxis del derecho colectivo del trabajo", revista *Alegatos,* núm. 18, mayo/agosto 1991, México, UAM, 1991.

sobre la libertad sindical, ocupan varios espacios. Algunos trabajos, por ejemplo, consideran que en el caso concreto de México, resulta necesario hacer un análisis del fundamento constitucional de la libertad sindical plasmado en el artículo 123, el cual presentaría un carácter "contradictorio", ya que si bien por una parte reconoce derechos que los trabajadores podrían lograr por la vía de sus acciones colectivas, al mismo tiempo señala los límites en cuanto los temas y derechos específicos que podrían lograr, así como los límites en cuanto a las formas de poder alcanzarlos. Algunos trabajos señalan que esta tarea de precisión por la vía de la limitación en la reglamentación secundaria habría permitido, al paso de los años en países como México, que conceptos como el de libertad sindical fueran acotándose en aras de un control de los sindicatos,[18] y que esta situación hasta cierto punto resulta lógica si se tiene en cuenta que la Constitución de 1917 acogió un derecho liberal que contaba entre los constituyentes con "liberales que miran hacia el socialismo".[19]

En otros casos, algunos análisis llevarían a concluir que el artículo 123 plantea una "estratificación" y organización de los trabajadores al establecer diferentes categorías de trabajadores (asalariados, no asalariados, sector privado, burocracia federal, estatal, municipal, etcétera), que constituyen al final "medios formales de control", desde el mismo nacimiento y registro legal de los sindicatos, y cuya evolución, en algunos casos, data de la primera mitad del siglo pasado.[20] Sin embargo otros análisis plantean la hipótesis de que se asiste en México a la existencia de un sindicalismo con un fuerte vínculo político corporativo a todo lo largo del siglo XX, sobre todo a partir de los acuerdos políticos derivados de la Revolución mexicana, lo cual se tradujo también en fuertes limitaciones del actuar de las organizaciones gremiales, pero que los nuevos enfoques del actuar sindical, de fines del siglo pasado, que intentaban marcar distancia de aquel sindicalismo anclado en la ideología de la

[18] *Cf.* Conesa Ruíz A.M. "La libertad sindical en la constitución y en la ley reglamentaria", revista *Alegatos,* núm. 6, mayo-agosto, México, UAM, 1989.

[19] *Cf.* L. Figueroa Díaz, "La recepción del derecho liberal en la constitución de 1917", revista *Alegatos,* núm. 6, mayo-agosto, México, UAM, 1987, p. 1.

[20] *Cf.* E. J. Torres Maldonado, "La estratificación constitucional y organizacional de los trabajadores en México: dos formas de control político", revista *Alegatos,* núm. 6, mayo-agosto, México, UAM, 1987. *Cf.* Torres Maldonado E. , Pujol Rosas R. y Cendón Torres R. "El control jurídico político de los trabajadores bancarios y al servicio del Estado durante la administración de Lázaro Cárdenas, 1934-1940", revista *Alegatos,* núm. 45, mayo-agosto, México, UAM, 2000. *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva "El registro sindical como elemento de control obrero", revista *Alegatos* núm. 49, septiembre-diciembre, México, UAM, 2001.

Revolución mexicana adolecen de una reflexión sobre los fines y funciones de lo que podría ser un sindicalismo moderno en un contexto complejo.[21] Como puede advertirse la aproximación al estudio del sindicalismo se ha llevado a cabo apoyándose en varias "herramientas" que rebasan lo estrictamente jurídico, tratando de ofrecer un panorama más amplio del fenómeno.

Pero en muchos estudios, se consideró conveniente avanzar en un análisis más puntual centrando la atención en ciertos grupos o categorías de trabajadores; este tipo de enfoques permite ver diferentes espacios especializados de regulación laboral, y ha constituido una fuente de investigación y reflexión en la UAM, en la medida que permite ver con mayor precisión y puntualidad las problemáticas asociadas a un sector determinado de los trabajadores. En este caso, el abordaje de los temas laborales, ya no desde una óptica amplia y macro, sino tratando de profundizar en el estudio de grupos o sectores importantes de trabajadores, ha permitido hablar, en el caso de la UAM, de "regímenes laborales especiales" o trabajos especiales simplemente. De esta forma, algunos trabajos centran su atención en este tipo de análisis concretos, señalando primero que se trata de categorías que incluso no estaban consideradas en el texto original del artículo 123 Constitucional de 1917 como excepcionales, sino que más bien se trata de regulaciones específicas que por diversas razones se incorporaron años después a la estructura jurídico laboral mexicana. Se trata, señalan algunos expertos, de categorías jurídicas cuyo objetivo formal sería el de adecuar las normas generales constitucionales a ciertos sectores específicos, a decir de la doctrina tradicional, y con ello cumplirían un objetivo de funcionalidad de la misma legislación laboral, en la medida que buscan adaptar algunos conceptos y derechos a las necesidades particulares de ciertos grupos de trabajadores; sin embargo, se advierte también que en la práctica estos regímenes laborales especiales se traducen muchas veces en verdaderas limitaciones al ejercicio de derechos tanto individuales como colectivos de los trabajadores involucrados.

Este tipo de análisis asume una gran relevancia en materia de sindicalización y derechos colectivos, en la medida que en muchos regímenes especiales pero, de manera destacada, en el caso de los trabajadores al servicio del estado, se asiste a un proceso de limitación o franca negación del libre ejercicio

[21] *Cf.* A. Sánchez Castañeda, "Poder e ideología del sindicalismo mexicano", revista *Alegatos,* núm. 81, mayo-agosto, México, UAM, 2012.

de derechos como el de sindicalización, contratación colectiva y huelga, desde las primeras reglamentaciones del artículo 123 en los Estados de la República en los años veinte del siglo pasado (Caso de Chihuahua, Aguascalientes, Tamaulipas, Yucatán).[22]

Hay que recordar como las normas laborales dirigidas a la burocracia en sus diferentes niveles parecieran haber pasado por diferentes etapas y haber librado diferentes batallas, desde el debate ocurrido desde fines del siglo XIX cuando el derecho administrativo reclamaba para sí la regulación de las relaciones de los trabajadores que tienen como patrón al Estado, pasando por aquéllos debates conceptuales en donde se dudaba incluso que a los burócratas se les pudiera considerar como trabajadores, pasando también por el pleno reconocimiento legal de la calidad laboral de sus relaciones en las dependencias públicas, hasta llegar hoy en día a lo que pareciera ser una reedición de aquellos viejos debates en donde el derecho administrativo insiste, una vez más, en ocuparse de algunos temas de las relaciones burocráticas.

Diversos trabajos asociados al denominado derecho burocrático, o de los derechos de los trabajadores al servicios del Estado, constituyen importantes aportaciones que muestran la evolución que este marco jurídico ha tenido desde 1917, así como los cambios que se han dado en los últimos años a partir de los pronunciamientos que sobre el tema han hecho instancias nacionales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como instancias internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, por medio de su Comité de Libertad Sindical.[23]

Así mismo, cabe destacar el desarrollo de una línea de investigación que busca realizar un análisis más puntual y concreto para discernir las características y problemas que presenta esta legislación burocrática, por ejemplo, en algunas entidades del país, en donde la evolución y regulación de los derechos de los trabajadores al servicio del estado pueden ser estudiados de manera más puntual y detallada.[24] Este análisis más específico permite ver como la práctica del derecho del trabajo, en este caso burocrático, tiene matices y di-

[22] *Cf.* P. López Cárdenas, "El concepto de trabajo especial en la legislación laboral mexicana", revista *Alegatos,* núm. 15-16, mayo-diciembre, México, UAM, 1990.

[23] *Cf.* I. González Martínez, "Libertad sindical en el sector público", revista *Alegatos* núm. 49, septiembre-diciembre, México, UAM, 2001.

[24] *Cf.* P. López Cárdenas, "Situación jurídica laboral de los trabajadores al servicio del gobierno de Aguascalientes", revista *Alegatos,* núm. 58, septiembre-diciembre, México, UAM, 2004.

ferencias que se traducen en conceptos diferentes y maneras también diversas de regular instituciones jurídicas.

III. Contratación colectiva y huelga

Las acciones de los trabajadores, como son la contratación colectiva y la huelga, en el primer caso para mejorar los derechos obreros y en el segundo para defenderlos, son las expresiones dinámicas de la libertad sindical, mismas que al paso de los años han sufrido transformaciones no sólo en el marco jurídico que las regula, sino en la manera en que se practican y se interpretan; estos cambios, han representado para los sindicatos, en muchas ocasiones, verdaderos retrocesos en la medida que han perdido su vigor y eficacia como medios de fortalecimiento y beneficios de la clase trabajadora.

Por un lado, la contratación colectiva ha sido considerada como uno de los mecanismos formales más importantes con que cuentan los trabajadores para mejorar sus prestaciones y derechos con motivo de su relación laboral. Se trata de un tema cuyo análisis plantea diversos desafíos en razón de que su extensión e importancia es muy variable dependiendo de la actividad económica de que se trate, y se encuentra siempre inmersa en polémicas. Para algunos trabajos, los años ochenta del siglo pasado, en que nace *Alegatos*, fue un periodo en el cual se incorporaron al mundo del trabajo diversas limitaciones al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, tanto en materia de contratación colectiva, como en materia de huelga. Estas limitaciones se dieron básicamente en cuanto a la interpretación que de la LFT se haría.[25]

De igual manera, hay trabajos que dan cuenta de investigaciones de campo en las cuales se pudo constatar, por ejemplo, que empresas transnacionales instaladas en México ofrecían mejores condiciones de trabajo a sus trabajadores por la vía de mejorías incluso superiores a las legales en sus contratos colectivos, pero que sin embargo, también en muchas ocasiones, estas ventajas tenían su correlato, en términos de un limitado ejercicio de los derechos colectivos.[26]

[25] *Cf.* J. Fernández Sousa, *op. cit*.

[26] *Cf.* Patrick Staelens "Derecho laboral mexicano y transnacionalización del capital", revista *Alegatos,* núm. 4, septiembre-diciembre, México, UAM, 1986.

Si bien la contratación colectiva tuvo desde sus orígenes un objetivo noble, en la medida que, por lo menos formalmente, buscaba convertirse en mecanismos y actos jurídicos que permitieran el avance constante y creciente de los derechos y prestaciones de los trabajadores, en muchos casos estos fines fueron truncados y distorsionados dando lugar a verdaderas deformaciones jurídicas en las cuales es difícil identificar aquéllos fines primigenios de la contratación colectiva.[27] De esta manera, la negociación y contrataciones colectivas han venido transformándose en varios países, y se encuentran en pleno proceso de cambio.[28]

Por otra parte, y en relación con el tema de la huelga, cabe señalar que algunos trabajos publicados en *Alegatos* buscan mostrar la trascendencia de este derecho, así como la evolución y cambios que ha experimentado su regulación. La huelga es y ha sido reconocida como un derecho que los trabajadores pueden ejercer con la finalidad de reclamar y fortalecer sus derechos y prestaciones frente al patrón; se trata de una institución jurídica que en sus orígenes fuera negada e incluso reprimida pero que, al paso del tiempo, iría tomando forma en los textos jurídicos de todo el mundo, a diferentes niveles normativos, nacionales como internacionales, pera llegar al día de hoy a ser reconocida también como un derecho humano.

La huelga confronta intereses y derechos de las partes, por un lado el derecho de propiedad y por el otro el derecho del trabajo, ambos reconocidos en los textos constitucionales, de ahí que su análisis, regulación y práctica, siempre están inmersos en la polémica. Se trata de un tema clave en el estudio de los derechos colectivos de los trabajadores, y su inclusión en los sistemas jurídicos de varias partes del mundo, oscila entre los modelos de regulación discreta, al establecer sólo unas pocas reglas para su ejercicio, y aquellos países en donde se reglamenta ampliamente, estableciéndose requisitos de fondo y forma para su ejercicio. Y es precisamente en referencia a esos dos modelos de regulación que la doctrina especializada ha desarrollado sus argumentos.[29]

[27] *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "Acerca del contrato colectivo", revista *Alegatos,* núm. 81, mayo-agosto, México, UAM, 2012.

[28] *Cf.* A. Merino Segovia, "La negociación colectiva en época de crisis: ¿Por qué una reforma al marco legal? Puntos críticos y propuestas de renovación, revista *Alegatos,* núm. 78, mayo-agosto, México, UAM, 2011.

[29] *Cf.* H. Santos Azuel,a "Teoría y praxis de la huelga en la globalización", revista *Alegatos,* núm. 50, enero-abril, México, UAM, 2002.

Para algunos autores, como ya se anotaba, el derecho colectivo del trabajo, y en este caso el marco jurídico de la huelga ha sido diseñado, pero sobre todo instrumentalizado, con la finalidad de limitar su ejercicio; por ejemplo si bien formalmente el derecho de huelga[30] tal y como se ha regulado en México, es un derecho de los trabajadores, que pueden ejercerlo por medio de una coalición, entendida como una asociación temporal de trabajadores, lo cierto es que las causales y procedimiento legales para llevarla a cabo presuponen la existencia de una coalición permanente o sindicato y para que éste tenga una existencia legal habrá de cumplir, a su vez, una serie de requisitos que tendrá que sancionar la autoridad administrativa correspondiente.[31] Así mismo, en algunos trabajos, se acude a un análisis macro del contexto político y económico "global" para tratar de identificar ahí los rasgos y retos que tiene la huelga, señalando que esta asume diversas y novedosas modalidades, respecto de las cuales el derecho no da cuenta necesariamente, aparte de que se asiste a un momento en el cual la huelga como "expectativa viable de la resistencia obrera" pareciera tratar de desacreditarse.[32]

Cabe anotar que si acudimos a los datos recientes sobre cómo, cuándo y dónde se ha hecho uso del derecho de huelga, podríamos concluir que se trata de un derecho con una mayor fortaleza jurídica , en cuanto a su regulación y reconocimiento, pero con un deterioro y debilitamiento en cuanto a su práctica, no sólo por el número de huelgas legalmente realizadas en los últimos años, sino también por los logros de las mismas. En efecto, estamos en un momento de replanteamientos de muchas instituciones jurídico-laborales, y la huelga es sin duda una de ellas, la cual deberá ser objeto de un análisis profundo desde la academia.

IV. Conclusiones

Como puede constatarse a partir de la lectura de buena parte de los trabajos dedicados al DT en la revista *Alegatos*, se advierte un esfuerzo importante

30 Algunos autores han definido a la coalición como "[…] el primer apunte de la toma de consciencia de un cuerpo homogéneo que articula su acción colectiva para defensa de sus intereses específicamente grupales, comunes y unificados", *Cf.* H. Santos Azuela, "La organización profesional", revista *Alegatos,* núm. 20, enero-abril, México, UAM, 1992, p. 130.

31 *Cf.* O. Lóyzaga de la Cueva, "Teoría y praxis del derecho colectivo…", *op. cit*.

32 *Cf.* H. Santos Azuela, "La globalización monetarista y el derecho constitucional de huelga", revista *Alegatos* núm. 91 septiembre-diciembre 2015, UAM, México 2015, p. 478.

por tratar de avanzar en la construcción de una manera diferente de abordar esta rama del derecho; se trata de un esfuerzo encomiable que busca construir desde la academia una posición crítica de la normativa laboral y que invita a la polémica y al debate, tan necesarios.

Hoy en día, buena parte de los sistemas jurídicos se encuentran en plena transformación, para lo cual la doctrina tiene que tener cuidado para abordar y analizar estos cambios , por lo menos en dos dimensiones: una a partir del análisis puntual de los cambios y transformaciones concretas que se dan en alguna área específica del derecho, en nuestro caso laboral, intentando explicar las novedades legislativas, reglamentarias o jurisprudenciales, de un tema o de una institución jurídica; de igual manera, el análisis jurídico debe de situarse tomando distancia de esos cambios concretos, para presentar una visión panorámica de las transformaciones para ofrecer una visión más amplia del sistema jurídico. En el caso de la revista *Alegatos*, y en el tema concreto del sindicalismo, estas dos dimensiones de los estudios jurídicos, están hoy en día presentes en las investigaciones que se ofrecen al lector; así por ejemplo hoy se analizan los cambios puntuales que se vienen dando a la legislación laboral, por ejemplo las recientes reformas laborales tanto del año 2012 como del 2016, señalando que, dicen algunos expertos, significan retrocesos del derecho del trabajo y en particular de la defensa de los derechos de los trabajadores;[33] de igual manera, se discute sobre la proyección del sindicalismo en el siglo XXI, ofreciendo análisis que permiten revisar el contexto en el cual se mueven los sindicatos en los últimos tiempos y se sugieren nuevas maneras para su renovación y estudio.[34]

Los meses por venir serán definitivos para el modelo laboral mexicano, y en el tema que nos ocupa, son varios los retos y desafíos que tiene el legislador mexicano a partir de la reciente reforma constitucional. Por ejemplo, qué tipo de derechos colectivos, de sindicatos, de contratación colectiva, qué tipo de huelga queremos tener como país, son dudas que habrán de aclararse a

[33] *Cf.* O. Alzaga Sánchez, "Las iniciativas de reforma laboral de 2016 y el antecedente de 2012", revista *Alegatos,* núm. 93, mayo-agosto, México, UAM, 2016. *Cf.* Rivera Suárez M. y Rivera Suárez J.F. "Retroceso del derecho del trabajo frente a la flexibilidad laboral", revista *Alegatos,* núm. 95, enero-abril, México, UAM, 2017.

[34] *Cf.* D. Chacón Hernández, "La proyección del sindicalismo en el siglo XXI, 12 tesis para su renovación", revista *Alegatos,* núm. 93, mayo-agosto, México, UAM, 2016. *Cf.* H. Barreto Ghione, "La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipadora", revista *Alegatos,* núm. 78, mayo-agosto, México, UAM, 2011.

partir de la reglamentación secundaria que se apruebe de dicha reforma constitucional. Detrás de estas interrogantes subyacen por lo menos tres premisas a consolidar y fortalecer mismas que deberán ilustrar al legislador mexicano, y que son la democracia sindical, la transparencia y rendición de cuentas de los sindicatos y una auténtica contratación colectiva.

Procesos y momentos de cambio como el que estamos viviendo tienen que ser estudiados con profundidad y no tenemos duda de que esta tarea, asignada a la academia, habrá de ser cumplida cabalmente por los expertos que apoyan con sus análisis y opiniones a la revista *Alegatos*.

Los retos para una revista jurídica son diversos, por ahora sólo deseamos anotar dos: por un lado la necesidad de publicar trabajos que sean producto de investigaciones y estudios de las normas laborales, actualizando los puntos de vista a la luz de las nuevas realidades del mundo del trabajo y del país; y por otra parte, buscar la ampliación del universo de nuestros lectores, a nivel nacional e internacional, con la finalidad de que los trabajos y sus autores sean conocidos, no como un esfuerzo de egolatría profesional, sino como una manera de confrontar y debatir las ideas, ejercicio necesario en toda tarea científica.

Ciudad de México, noviembre, 2018.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Lyon Caen G. *Plasticité du capital et nouvelles formes d´emploi*. Libro en homenaje al maestro Mario de la Cueva, México, UNAM, 1981.

Electrónicas

López Ruíz M. "La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción". En: Cienfuegos Salgado D. y López Olvera M.A. (Coordinadores), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. UNAM/IIJ, 2005. En https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1628/14.pdf.

Hemerográficas

Alzaga Sánchez O. "Las iniciativas de reforma laboral de 2016 y el antecedente de 2012". revista *Alegatos* núm. 93, mayo-agosto México, UAM, 2016.

Barreto Giane, H. "La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipadora". Revista *Alegatos* núm. 78, mayo-agosto, México, UAM, 2011.

De la Barreda Solorzano, L. Revista *Alegatos* núm. 1 (Presentación de la revista *Alegatos*), septiembre-diciembre México, UAM, 1985.

Conesa Ruíz, A. M. "La libertad sindical en la constitución y en la ley reglamentaria". Revista *Alegatos* núm. 6, mayo-agosto, México, UAM, 1989.

Escamilla Hernández, J. "La naturaleza social e histórica del derecho del trabajo". Revista *Alegatos* núm. 4, septiembre-diciembre, México, UAM, 1986.

Fernández Sousa J. "La precaria vigencia de los derechos sociales". Revista *Alegatos* núm. 10, sept-dic., México, UAM, 1988.

Ferriol Molina, G. "El derecho laboral en Cuba, fundamentos, actualidad y perspectivas". Revista *Alegatos* núm. 72 (Primera parte) y 74 (Segunda parte), mayo-agosto 2009 y enero-abril 2010, México, UAM, 2009 y 2010.

Figueroa Díaz, L. "La recepción del derecho liberal en la constitución de 1917". Revista *Alegatos* núm. 6, mayo-agosto**,** México, UAM, 1987.

González Martínez, I. "Los conflictos laborales desde la óptica periodística". Revista *Alegatos* núm. 13-14, septiembre 1989, abril 1990, México, UAM, 1989, 1990.

_____. "Proscripción de la organización obrera. La Revolución francesa y el imperio del individualismo". Revista *Alegatos* núm. 22, septiembre-diciembre, México, UAM, 1992.

_____. "Libertad sindical en el sector público". Revista *Alegatos* núm. 49, septiembre-diciembre, México UAM, 2001.

Chacón Hernández, D. "La proyección del sindicalismo en el siglo XXI, 12 tesis para su renovación", revista *Alegatos* núm. 93, mayo-agosto, UAM, México 2016.

Huerta Jurado, J. "Nueva cultura laboral y respuesta sindical". Revista *Alegatos* núm. 34, septiembre/diciembre, UAM, México 1996.

_____. "Los trabajadores y la izquierda en el fin de siglo". Revista *Alegatos* núm. 35, enero-abril, México, UAM, 1997.

Laperriére, R. "Las tendencias actuales del derecho laboral quebequence". Revista *Alegatos,* núm. 38, México, UAM, 1998.

López Cárdenas, P. "El concepto de trabajo especial en la legislación laboral mexicana". Revista *Alegatos,* núm. 15-16, mayo-diciembre, México, UAM, 1990.

_____. "Situación jurídica laboral de los trabajadores al servicio del gobierno de Aguascalientes". Revista *Alegatos,* núm. 58, septiembre-diciembre, México, UAM, 2004.

Lóyzaga de la Cueva, O. "Algunas consideraciones sobre la esencia del derecho del trabajo". Revista *Alegatos,* núm. 22, septiembre-diciembre, México, UAM, 1992.

_____. "Sobre el surgimiento y evolución del derecho del trabajo". Revista *Alegatos,* núm. 12, mayo-agosto, México, UAM, 1989.

_____. "El trabajo enajenado y la legislación laboral". Revista *Alegatos,* núm. 17, enero-abril, México, UAM, 1991.

_____. "Disciplina y represión laboral. Su esencia y entorno". Revista *Alegatos,* núm. 15-16, mayo-diciembre, México, UAM, 1990.

_____. "El cambio y la flexibilidad de la legislación laboral". Revista *Alegatos,* núm. 27 mayo/agosto, México, UAM, 1994.

_____. "La flexibilidad laboral en México. Antecedentes y perspectivas". Revista *Alegatos,* núm. 29, enero-abril, México, UAM, 1995.

_____. "El derecho y el mundo laboral en los umbrales del siglo XXI". Revista *Alegatos,* núm. 47-48, enero-agosto, México, UAM, 2001.

_____. "Teoría y praxis del derecho colectivo del trabajo", Revista *Alegatos,* núm. 18, mayo/agosto 1991, México, UAM, 1991.

_____. "El registro sindical como elemento de control obrero". Revista *Alegatos,* núm. 49, septiembre-diciembre, México, UAM, 2001.

_____. "Acerca del contrato colectivo". Revista *Alegatos,* núm. 81, mayo-agosto, México, UAM, 2012.

Merino Segovia, A. "La negociación colectiva en época de crisis: ¿Por qué una reforma al marco legal? Puntos críticos y propuestas de renovación. Revista *Alegatos,* núm. 78, mayo-agosto, México, UAM, 2011.

Moreau, M. A. y Staelens, P. "El aspecto social de la integración económica norteamericana (TLC)". Revista *Alegatos,* núm. 32, enero-abril, UAM, México 1996.

Pasco Cosmopolis, M. "Tendencias actuales del derecho del trabajo". Revista *Alegatos,* núm. 38, enero-abril, México, UAM, 1998.

Rivera Suárez, M. y Rivera Suárez, J. F. "Retroceso del derecho del trabajo frente a la flexibilidad laboral". Revista *Alegatos,* núm. 95, enero-abril, UAM, México 2017.

Santos Azuela, H. "Genealogía y perspectivas del sindicalismo y el derecho sindical en México". Revista *Alegatos*, septiembre-diciembre, México, UAM, 2009.

_____. "Teoría y praxis de la huelga en la globalización". Revista *Alegatos,* núm. 50, enero-abril, México, UAM, 2002.

_____. "La organización profesional". Revista *Alegatos,* núm. 20, enero-abril, México, UAM, 1992.

_____. "La globalización monetarista y el derecho constitucional de huelga". Revista *Alegatos,* núm. 91 septiembre-diciembre, México, UAM, 2015.

Sánchez Castañeda, A. "Poder e ideología del sindicalismo mexicano". Revista *Alegatos,* núm. 81, mayo-agosto, México, UAM, 2012.

Staelens, G. P. "Integración económica y derecho laboral: el caso de México". Revista *Alegatos*, no. 25, septiembre/diciembre, México, UAM, 1993.

Staelens, Patrick. "Derecho laboral mexicano y transnacionalización del capital". Revista *Alegatos,* núm. 4, septiembre-diciembre, México, UAM, 1986.

Torres Maldonado, E. J. "La estratificación constitucional y organizacional de los trabajadores en México: dos formas de control político". Revista *Alegatos,* núm. 6, mayo-agosto, México, UAM, 1987.

_____, Pujol Rosas, R. y Cendón Torres, R. "El control jurídico político de los trabajadores bancarios y al servicio del Estado durante la administración de Lázaro Cárdenas, 1934-1940". Revista *Alegatos,* núm. 45, mayo-agosto, México, UAM, 2000.

Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en el sistema jurídico mexicano. A 5 años de la reforma energética del 20 de diciembre de 2013

Guadalupe Lorena Isidoro Cuevas*

Resumen:

A partir de la década de los ochenta, México ha implementado una serie de políticas económicas neoliberales que sin duda han permeado fuertemente en el orden jurídico interno; prueba de ello han sido las llamadas reformas estructurales que se fueron planeando formalmente desde el sexenio de Felipe Calderón. Una de ellas ha sido la reforma energética y el presente artículo muestra un estudio de esa transformación y algunos efectos negativos de esta en la población mexicana.

Abstract:

From the decade of the eighties, Mexico has implemented a series of neoliberal economic policies that have undoubtedly permeated strongly in the domestic legal order; proof of this have been the so-called structural reforms that were formally planned during Felipe Calderon's administration. One of them has been the energy reform and the present article shows a study of this transformation and some negative effects of this in the Mexican population.

Sumario: Introducción. / I. Actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México, 1917-2013 / II. La reforma energética del 20 de diciembre de 2013 en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos / III. A cinco años de la reforma. Una "implementación" inacabada y fallida / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta.

* Lic. en Derecho, Profesora Investigadora del Departamento de Derecho por la UAM Azcapotzalco, Especialista en Derecho Fiscal por la UNAM.

"La tierra provee lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la avaricia de cada hombre".

Mahatma Gandhi.

Introducción

Tomando un poco de la historia de nuestro país, la Constitución vigente nació de un espíritu revolucionario, y fue de los primeros ordenamientos en atender aspectos fundamentales para un país, como son los derechos sociales y sus recursos naturales. Dentro de estos últimos se encuentran los hidrocarburos, mismos que representan un referente en la política económica de varios países. En el caso de México, los ingresos federales dependen en casi 30% de estos, lo cual es alarmante cuando al estudiar el tema nos damos cuenta que poco a poco se ha perdido el control y dominio de esos recursos naturales por manos mexicanas. Aunque el texto constitucional establece que los hidrocarburos son propiedad de la Nación, en 2013 se crearon mecanismos para que los particulares pudieran intervenir abiertamente en la realización de actividades de exploración y extracción de dichos recursos lo cual implica, indudablemente, un cambio importante y complejo en el orden jurídico mexicano y su aplicación.

De ahí, el interés de abordar el tema de la exploración y extracción de los hidrocarburos desde cuatro aspectos fundamentales, a saber: uno, doctrinario e histórico, a propósito del reciente centenario de nuestra Carta Magna, pero haciendo énfasis a partir de la implementación de las políticas neoliberales y su impacto en México; otro, jurídico, que implica un estudio constitucional y legal; un tercero, jurisprudencial; y, por último, aunque implícito en todo el trabajo, un aspecto crítico.

I. Actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México, 1917-2013

"Gobierno o individuo que entrega los recursos naturales a empresas extranjeras, traiciona a la patria".

Lázaro Cárdenas.

I.1. Panorama de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en México

La exploración y extracción de hidrocarburos forman parte aún, de las llamadas actividades estratégicas del Estado, las cuales se encuentran al amparo del "capítulo económico" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), mismo que tuvo lugar en dicho ordenamiento, con un Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) el 3 de febrero de 1983, por el que se reformaron los artículos 25 a 28 con el "[…] objetivo [de] fijar los fines de la rectoría del Estado mediante el fomento del crecimiento económico, estableciendo y ordenando de manera explícita sus atribuciones en esa materia, en aras del interés general […]".[1]

Las áreas estratégicas han sido definidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como: "aquellas funciones identificadas con la "*soberanía económica, los servicios a cargo exclusivo del Gobierno Federal y la explotación de bienes de dominio directo, que por su significado social y nacional se orientan por el interés general que sólo garantiza el manejo del Estado*", tal como lo estableció el Poder Revisor de la Constitución"[2] (Énfasis añadido).

En ese sentido, las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, al ser propiedad de la Nación, tienen un alto significado social y nacional en tanto que pueden definir el destino de un país en términos económicos, lo anterior se afirma en el hecho de que estos recursos han sido una de las principales fuentes de ingresos para diversas naciones.[3]

I.2. Antecedentes. Exploración y extracción de hidrocarburos en la Constitución de 1917 y su legislación secundaria hasta 2013

El texto original de la Constitución vigente disponía en su artículo 27, párrafo primero, que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, correspondía *originariamente* a la Na-

[1] Tesis: 2a. XLIV/2017 (10a.) Registro: 2013961, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 40, marzo de 2017, Tomo II, Décima Época, p. 1382, Tesis Aislada en materia Constitucional. Rubro: Áreas estratégicas. Su concepto.

[2] *Idem*.

[3] En el caso de México, han significado la tercera parte de sus ingresos totales según lo dispuesto en las leyes de ingresos para la federación más recientes.

ción, la cual tenía el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Por su parte, el párrafo cuarto del mismo numeral hacía referencia al *dominio directo* de la Nación sobre el petróleo y todos los carburos de hidrógeno. Sin embargo, en su párrafo sexto mencionaba lo relativo a las concesiones que podía otorgar el Ejecutivo Federal a los particulares constituidos conforme a las leyes mexicanas sobre los bienes de dominio de la Nación.[4]

En el artículo referido se pueden observar dos principios: la propiedad originaria y el dominio directo de la Nación sobre esta; no obstante, el propio texto original de nuestra Constitución hacía referencia a la intervención de particulares al otorgárseles concesiones, en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y de una manera poco limitada, al grado de hablarse de un sistema regalista[5] de propiedad de los recursos del subsuelo, lo cual resulta contradictorio.

Situaciones como la anterior, se presentaron también en 1938, con la llamada "expropiación petrolera", que en realidad se trató de un decreto expropiatorio[6] que, si bien atendió a causas de utilidad pública, versó únicamente sobre bienes muebles e inmuebles, pero de ninguna manera se hizo referencia a la propiedad y dominio absoluto de los hidrocarburos por parte de la Nación.[7]

En 1940 se presento una contradicción interesante entre el texto constitucional y la legislación secundaria, pues mientras que en dicho año se aprobó una reforma, en la que se adicionó el párrafo sexto al artículo 27 de la Constitución, que prohibió que el petróleo y los carburos de hidrógeno fueran objeto de concesiones y contratos, se dejó al criterio de la ley reglamentaria las formas de explotación de estos recursos.[8] De esa manera, el 9 de noviembre del mismo año se publicó la segunda Ley Reglamentaria del artículo 27 Cons-

[4] *Cfr.* Secretaría de Gobernación, *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 4ª ed., México, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2009, pp. 619 a 621.

[5] José Juan González Márquez, *Derecho ambiental energético*, México, IMIDA, 2013, p. 53.

[6] *Cfr.* Decreto que expropia a favor del patrimonio de la Nación, los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las compañías petroleras que se negaron a acatar el laudo de 18 de diciembre de 1937 del Grupo Número 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. *DOF,* 19 de marzo de 1938.

[7] José Juan González Márquez, *op cit.*, p. 53.

[8] *Cfr.* Dirección General Adjunta del *DOF*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Secretaría de Gobernación, 2016. p. 457.

titucional en Materia de Petróleo,[9] que dejó a salvo las concesiones otorgadas por la ley de 1925 y en su artículo 7º. se abrió la posibilidad para que los particulares pudieran intervenir en las actividades de exploración y explotación a través de contratos y concesiones[10] a pesar de haber estado prohibidos constitucionalmente.

Un cambio importante fue la expedición, en 1958, de una nueva Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo Petrolero, que abrogó a la anterior y estableció en sus dos primeros artículos, que correspondía a la Nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos que se encontraran en territorio nacional y que sólo la Nación podía llevar a cabo todas las acciones referentes a la industria petrolera a través de Pemex. En el artículo primero transitorio de la misma, se dispuso que las concesiones otorgadas al amparo de la Ley de 1925, podían ser incorporadas a las reservas nacionales.[11]

En esa misma tónica, el 20 de enero de 1960, se reformaron los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, así como la fracción I, del artículo 27 constitucional que establecieron el dominio directo de la Nación sobre el petróleo y todos los carburos de hidrógeno, razón por la cual se prohibió otorgar concesiones y contratos y se declaró la insubsistencia de los que se habían otorgado antes de esta reforma. También dispuso de manera expresa que la Nación se encargaría de llevar a cabo la explotación de los hidrocarburos.[12]

En el mismo sentido, en 1983, se publicó en el *DOF* una modificación al artículo 25 constitucional, en la cual se determinó que en el desarrollo nacional participarían los sectores público, social y privado, dejando al primero, de manera exclusiva, las áreas estratégicas mencionadas en el artículo 28, párrafo cuarto, entre las que se encontraban las relativas a los hidrocarburos.

9 La primera Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo Petrolero se publicó en 1925, pero no trajo cambios al régimen adoptado hasta ese momento.

10 *Cfr*. Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo. *DOF* 09-11-1940. Derogada.

11 *Cfr*. Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo Petrolero. *DOF* 29-11-1958. Derogada.

12 *Cfr*. Decreto que reforma los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, fracción I del artículo 27 y los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *DOF* 20-01-1960

Como se observa, a partir de 1958 puede hablarse de una nacionalización[13] del petróleo, pues las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, claramente quedaron reservadas a la Nación y se prohibió la participación de los particulares en estas.

Para 2008, ya nos aproximábamos, en ciertos aspectos, a la reforma de 2013 en la materia, pues la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1958 fue modificada en varias ocasiones para permitir la participación de la iniciativa privada en el sector petrolero en actividades de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural, al reintroducirse los contratos de obras y de prestación de servicios que habían sido prohibidos por la reforma constitucional de 1960.

I.3. Pemex 1938-2013

El 20 de julio de 1938 se creó, por decreto publicado en el *DOF*, Petróleos Mexicanos (Pemex) como una institución pública que se encargaría del manejo de los bienes expropiados; se le dotó de facultades para llevar a cabo cualquiera de las actividades de la industria petrolera, dentro de las que se encontraba la exploración y extracción de hidrocarburos. Se dispuso que su presupuesto de gastos y sus rendimientos dependerían del gobierno federal.[14]

En 1971 se expidió su primera Ley Orgánica, en la que se le dio la naturaleza jurídica de organismo descentralizado de carácter técnico, comercial e industrial, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. Para 1992, Pemex "perdió la unicidad operativa con que venía funcionando, hasta presentar la estructura orgánica de cuatro subsidiarias y un corporativo".[15]

De acuerdo con algunos especialistas, la intención de fondo de esta desarticulación fue ir preparando las condiciones para su posterior privatización, pues dos años más tarde se le impuso un régimen fiscal de sostenimiento al gasto público que ocasionó su debilitamiento. Lo anterior se observa en las leyes de ingresos federales y en los informes presidenciales anuales de 1992

[13] Entendemos por nacionalización, hacer del Estado determinados instrumentos o fuentes de riqueza que eran de propiedad privada. Implica también que un servicio o actividad que era prestado o ejercido por particulares, en lo sucesivo será prestado o ejercido por el Estado.

[14] *Cfr.* Decreto que crea la institución Petróleos Mexicanos, *DOF,* 20 de julio de 1938.

[15] Manuel Bartlett Díaz y Víctor Rodríguez Padilla, *El petróleo y Pemex. Despojo a la Nación*, 2a, ed., México, Cosmos, 2008, p. 182.

a 2013, en donde se aprecia un importante incremento en los ingresos aportados por Pemex para el gasto público; en 20 años este organismo duplicó el porcentaje aportado a los ingresos federales anuales.[16]

En este brevísimo recorrido cronológico, resaltamos discrepancias importantes en la regulación de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, de donde se deduce un régimen de propiedad de la nación respecto de los hidrocarburos, pero con un dominio relativo o limitado,[17] pues en distintos periodos, en lo que va de vigencia nuestra actual Constitución, se ha permitido la intervención de particulares en diversas actividades relativas a estos con la idea de modernizar, eficientar y aumentar la competitividad de Pemex, fundamentalmente en el ámbito internacional. "Afortunadamente [hasta 2013] se reservó la participación directa del Estado en las actividades de exploración y producción de hidrocarburos, con el objetivo de conservar una parte importante de la renta petrolera".[18]

Lo expuesto hasta aquí, nos deja ver que, aun cuando se trata de un solo texto constitucional con los mismos principios e ideales, éste se ha ido modificando de cuerdo con las necesidades e intereses, principalmente de índole político y económico, y que la legislación secundaria y aun la propia Constitución, en diferentes párrafos, han sido un tanto incongruentes con la filosofía, el espíritu y en general, con los ideales que fueron piedra angular para la construcción de nuestra Constitución federal vigente.

I.4. Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos dentro de la política fiscal y económica de México antes de la reforma de 2013

Fiscalmente, este régimen se centró en la Ley Federal de Derechos y en la Ley de Ingresos de la Federación correspondiente a cada ejercicio fiscal corriente. En la Ley Federal de Derechos,[19] se encontraba de manera específica, en su capítulo XII, actualmente derogado, lo relativo a los hidrocar-

[16] *Cfr*. José Vargas Mendoza, "El endeudamiento de Pemex y su rol en las transformaciones mundiales", en *El Cotidiano*, núm. 177, enero-febrero, 2013, pp. 69-78, UAM Azcapotzalco, México, Distrito Federal, p. 70 y anexo, Tabla 1.

[17] José Juan González Márquez, *op cit*., p. 53.

[18] Eugenia Marisol Mejía Lugo y Carlos Gómez Chiñas, *La competitividad de la industria petroquímica mexicana*, México, UAM, 2014, p. 110.

[19] Ley Federal de Derechos, 2012.

buros, del cual se desprendía el pago de siete derechos[20] por actividades de exploración y extracción.

Por lo que hace a la Ley de Ingresos de la Federación, tomaremos como referencia la correspondiente al ejercicio fiscal 2013,[21] en la que se dispuso que la suma total de derechos que debía pagar Pemex y sus subsidiarios, era del 31.51% del presupuesto total de la Federación, del cual correspondía pagar por actividades de exploración y extracción de hidrocarburos un 27.25% del total de los ingresos federales, lo cual quiere decir que los demás derechos e impuestos, como el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), por concepto de otras actividades relacionadas a los hidrocarburos, fue de tan sólo 4.26%.

En realidad se trataba de un régimen fiscal confiscatorio que descapitalizó a Pemex ocasionando graves problemas de financiamiento que lo llevaron a operar de una manera deficiente y a registrar continuas pérdidas que le impedían invertir en la creación de una nueva refinería o en maquinaria, así como en científicos especialistas en estas actividades.[22] Valga decir que con este régimen fiscal, e incluso con el actual, es evidente que se apostó por el lento resquebrajamiento de esta institución para justificar cada vez más la participación de empresas transnacionales en esas actividades.[23]

Otro aspecto importante es que la exploración y extracción de hidrocarburos constituía un monopolio a cargo de Pemex, aunado también a otras actividades relacionadas con estos recursos naturales, a saber: la refinación, almacenamiento, distribución, venta y transporte. Vale la pena precisar que, si bien el artículo 28 constitucional, párrafo primero, dispone la prohibición

[20] Entendemos en este caso a los derechos como las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, tal y como lo señalan los artículos 2o., fracción IV, del Código Fiscal de la Federación y 1o. de la Ley Federal de Derechos.

[21] *Cfr*. Artículo 1º, inciso A, numeral III, apartado 3, referente a los ingresos por concepto de Derechos a los hidrocarburos de la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2013. *DOF*, 17 de diciembre de 2012. Abrogada

[22] *Cfr*. Manuel Bartlett Díaz y Rodríguez Padilla Víctor. *op. cit*., pp. 177-180.

[23] Esta afirmación se sustenta en gráficas de 1995 a 2006, presentadas por Adrián Lajous, destacado economista y ex director de PEMEX en los años noventa, quien afirmó que: "por muchos años Pemex pagó impuestos y derechos por un monto equivalente a más del 60 por ciento del valor de sus ventas y a más del 110 por ciento de sus rendimientos brutos, provocando una descapitalización continua". Fuente: El gobierno de la industria petrolera. En http://siteresources.worldbank.org/INTMEXICOINSPANISH/Resources/lajous-ponencia-esp.pdf, consultado el 7 de febrero de 2017.

a los monopolios, el propio artículo, antes de la reforma en estudio, en su párrafo cuarto, establecía excepciones a dicha prohibición al señalar que: "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas […] petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica […]".[24]

A este respecto, consideramos que la naturaleza de un monopolio no puede cambiar sólo por disposición constitucional; un monopolio, independientemente de ser público o privado, conserva su naturaleza intrínseca; en ese sentido Pemex tenía las características con las que Samuelson, en su *Tratado de economía*, define a los monopolistas,[25] pues era el único productor en su industria y no había otros que produjeran o realizaran las mismas actividades. Sobre este aspecto, se alude a la clasificación de los monopolios, los cuales, entre otros, se clasifican en públicos o privados.

> El aspecto principal del monopolio regulado, que hay que tener en cuenta es, que éste aparece cuando el Estado interviene en forma directa o indirecta en una determinada actividad económica. Esto ocurre principalmente en tales mercados como la producción de todo tipo de combustibles, o de prestación de servicios de energía eléctrica […] que son esenciales para la sociedad.[26]

En un sistema capitalista como en el que nos encontramos, los monopolios son altamente nocivos para el desarrollo económico de la sociedad, pero en este sentido, se precisa que se trataba de un monopolio del Estado que se encontraba regulado y justificado en la intención de proteger la existencia misma del Estado a través de la soberanía en la realización de actividades estratégicas, como son la exploración y la extracción de hidrocarburos, así como el resto de actividades relativas a dichos recursos naturales; a este respecto la

[24] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 28, párrafo tercero. Texto vigente en 2012. En http://www.uv.mx/transparencia/files/2012/10/ConstitucionPolitica-09-02-12.pdf, consultada el 8 de mayo de 2018 (Énfasis añadido).

[25] Monopolista: el único productor en su industria y no existen otros que produzcan buenos substitutivos de su bien. F. A. Samuelson y W. D. Nordhaus, Economía, t. 12. Edit. Mc. Graw-Hill, p. 616. Cit. por: Wasylyk, Miguel, "Monopolio regulado y la desregulación", en: *Boletín de lecturas sociales y económicas* – UCA – FCSE. En http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/wasylyk2-2.pdf, consultado el 1 de junio de 2018.

[26] Miguel Wasylyk, "Monopolio regulado y la desregulación", en: *Boletín de lecturas sociales y económicas* – UCA – FCSE. En http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/wasylyk2-2.pdf, consultado el 1 de junio de 2018.

propia SCJN ha determinado que es así, dado el contenido del capítulo económico de la Constitución Federal y porque, efectivamente, los actos o actividades llevados a cabo por Pemex y sus subsidiarios, se habían estado llevando a cabo en el marco de un monopolio autorizado constitucionalmente.[27]

A pesar de que Pemex tenía el monopolio de actividades tan potenciales económicamente, las políticas tanto internas, por conducto de sus directivos y su sindicato,[28] como externas a través de la política económica y fiscal del país, aunado a las presiones económicas internacionales fueron debilitándolo para hacer ineludible la intervención de la iniciativa privada.[29] Recordemos, en ese sentido, que la reforma constitucional en la materia, de 2008, empezó a abrir el camino para la reforma de 2013, pues se dio a Pemex "[…] la facultad de celebrar diferentes tipos de contratos a través de sus subsidiarias con personas físicas o morales [sobre] toda clase de actos, convenios y contratos manteniendo en exclusiva la propiedad y el control del Estado Mexicano sobre los hidrocarburos, siendo esta [sic] la base legal de los actuales contratos incentivados celebrados por PEP con las empresas de servicios múltiples".[30]

[27] Nos referimos específicamente a la sentencia 415/2015, correspondiente al amparo en revisión promovido por Petróleos Mexicanos (corporativo) y Pemex-Refinación (subsidiaria) a través de su apoderado legal, en donde solicitaron el amparo y protección de la justicia federal (entre otros aspectos) respecto de una multa impuesta por más de 650 millones de pesos, misma que fue determinada por la Comisión Federal de Competencia Económica. En dicha sentencia, se otorgó el amparo y protección de la justicia de la Unión y se determinó que las actividades relativas a los hidrocarburos, efectivamente constituían un monopolio al estar reservadas al Estado y no haber formas de sustitución para su realización. Cfr. Crónicas del Pleno y de las Salas. SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Asunto resuelto en la sesión del miércoles 25 de enero de 2017. Cronista: Maestra Jocelyn Arzate Alemán. En https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-02/2S-250117-APD-0415.pdf, consultado el 20 de mayo de 2018.

[28] El Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana.

[29] Ello es evidente e incluso en los propios reportes de los resultados financieros de Pemex, se observa un descenso dentro del *ranking* de las empresas petroleras más grandes del mundo; en 2004 Pemex era la octava empresa petrolera mexicana a nivel mundial, para 2008, la décimo primera. Cfr. Reporte de resultados financieros de Pemex al 31 de marzo de 2004. En http://www.pemex.com/ri/finanzas/Reporte%20de%20Resultados%20no%20Dictaminados/040331_reporte_e.pdf, consultado el 23 de mayo de 2018 y Reporte de resultados financieros de Pemex al 31 de marzo de 2008.En http://www.pemex.com/ri/finanzas/Reporte%20de%20Resultados%20no%20Dictaminados/080331_reporte_e.pdf, consultado el 23 de mayo de 2018.

[30] Prospectiva de petróleo crudo y petrolíferos 2013-2027. Secretaría de Energía, México, 2013. (PEP: Pemex Exploración y Producción).

II. La reforma energética del 20 de diciembre de 2013 en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos

Una cosa es modificar la Constitución sin alterar su identidad, es decir, los principios supremos que la caracterizan y distinguen de otras Constituciones, y otra es introducir principios supremos diversos de los de la Constitución precedente, ya que en ningún caso, puede la reforma constitucional, ser utilizada para modificar los principios supremos de la Constitución existente.

Ricardo Guastini.

II.1. Reformas al capítulo económico

La reforma en estudio versó principalmente en las modificaciones a los artículos 25, 27 y 28, mismos que en la actualidad, guardan una distancia considerable, respecto de lo que fueron en su inicio. En la Tabla 1, se muestran los aspectos más relevantes de cada numeral a partir del 20 de diciembre de 2013.

II.2. Artículos transitorios del decreto de reforma y legislación secundaria. Aspectos relevantes

Del Decreto de la reforma en estudio, se desprenden veintiún artículos transitorios que describen los términos en los que se debieron implementar las modificaciones y adiciones que abordamos anteriormente. En ese orden de ideas destacamos, someramente, algunos aspectos relevantes de éstos.

a) Pemex como Empresa Productiva del Estado

Cambió la naturaleza jurídica de Pemex, de organismo descentralizado a empresa productiva del Estado, en tal sentido se abrogó la Ley de Petróleos Mexicanos de 2008 y en su lugar se expidió la Nueva Ley de Petróleos Mexicanos mediante Decreto publicado el 11 de agosto de 2014 en el *DOF*. Conservó su personalidad jurídica, así como la titularidad de todos los bienes, derechos y obligaciones que ya le correspondían.

b) Legislación secundaria y modalidades de participación en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos

Tabla 1. Reformas al capítulo económico

Artículo 25 Se reformaron los párrafos cuarto y sexto; (actualmente quinto y séptimo).	• Las áreas estratégicas del Estado quedaron, de manera exclusiva, a cargo del sector público. • Se introdujo la figura en las Empresas Productivas del Estado. • Se dispuso que la Nación llevaría a cabo las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos. • Se hizo referencia al cuidado y la conservación de los recursos productivos y al medio ambiente.
Artículo 27 Se adicionó un párrafo en el lugar séptimo, recorriéndose el orden de los subsecuentes.	• Se dispuso que los hidrocarburos son propiedad de la Nación y no se otorgarán concesiones. • Las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se confirieron a las empresas productivas del Estado mediante asignaciones. • Se reanudó la participación de los particulares a través de contratos y en su caso, de asignaciones en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos.
Artículo 28 Se reformaron los párrafos cuarto y sexto; y se adicionó un párrafo, quedando en el lugar octavo, recorriéndose el orden de los subsecuentes.	• Se dispuso que la realización de actividades estratégicas como la exploración y extracción de hidrocarburos por parte del Estado no constituye monopolio. • Se dispuso que el Estado protegerá la soberanía de la Nación en todo momento, al ejercer su rectoría sobre estas actividades. • Se creó el fideicomiso público: Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo a quien se entregarán los ingresos derivados de las asignaciones y los contratos por exploración y extracción de hidrocarburos, salvo los impuestos. • Se fortaleció a los órganos reguladores coordinados en materia energética.

Se otorgó un plazo de 120 días naturales computados a partir del 20 de diciembre de 2013 para que el Congreso de la Unión[31] hiciera las modificaciones al marco jurídico para hacer efectiva la reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución; en ese sentido, se expidió la Ley de Hidrocarburos, mediante decreto publicado en el *DOF* el 11 de agosto de 2014. Esta Ley abrogó la anterior Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo petrolero de 1958 y detalló las modalidades de participación de los particulares que se establecieron en el decreto del 20 de diciembre de 2013, Tabla 2.

[31] Atendiendo al artículo 73, fracciones VII, X y XXIX, el Congreso de la Unión tiene facultades en la materia para: imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto; legislar en materia de hidrocarburos; y establecer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación del petróleo y todos los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos.

Tabla 2. Modalidades de participación de particulares en la industria petrolera

Modalidad de participación	Modalidad de contraprestación
Contrato de servicios	Efectivo
Contrato de utilidad compartida	Porcentaje de la utilidad
Contratos de producción compartida	Porcentaje de la producción obtenida
Contratos de licencia	Transmisión onerosa de hidrocarburos

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo cuarto transitorio del decreto del 20 de diciembre de 2013 en materia de energía, y la Ley de Hidrocarburos del 11 de agosto de 2014.

c) Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y Desarrollo

Dicho fondo tiene la naturaleza jurídica de fideicomiso público, cuyo fiduciario es el Banco de México. Este fideicomiso es el encargado de recibir todos los ingresos, con excepción de los impuestos que correspondan al Estado Mexicano derivados de las asignaciones y contratos. Para lo anterior, se creó la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.

d) Protección de los hidrocarburos como propiedad de la Nación

Se dispuso que en las asignaciones o contratos para explorar o extraer hidrocarburos se debe establecer el contenido nacional a efecto de promover la participación de empresas productivas nacionales y locales. Se estableció que tanto las asignaciones como los contratos, deben prever expresamente que *los hidrocarburos son propiedad de la Nación*. Además, se estableció el *interés social y orden público* de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, por ser consideradas áreas estratégicas de la Nación.

II.3. Comentarios sobre las implicaciones más relevantes de la reforma energética

Lo que en general se conoce como reforma energética presenta inconsistencias como las planteadas en el apartado I.2. Por un lado, con la reforma se dispuso que "las áreas estratégicas del Estado quedarían, de manera exclu-

siva, a cargo del sector público", "que los hidrocarburos al ser propiedad de la Nación no serían objeto de concesiones" y que "el Estado protegería la soberanía de la Nación en todo momento al ejercer su rectoría sobre estas actividades"; pero por otro lado, nos encontramos con las modalidades de participación de los particulares en éstas, que si bien no tienen la naturaleza jurídica de concesiones, no dejan de otorgar cierto dominio sobre los hidrocarburos y el subsuelo de la Nación.

En el quinto párrafo del artículo 25, se cambia una vez más la naturaleza jurídica de Pemex, para convertirla en empresa productiva del Estado, lo cual deja a esta institución en el limbo, pues a pesar de seguir formando parte de la administración pública paraestatal, se saca del apartado y generalidades que menciona la ley respectiva en su capítulo II. "De los organismos descentralizados", para hacerlas parte, de nombre solamente, de este tipo de administración pero excluyéndola de la observancia de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.[32] Este cambio por el que transitó Pemex, repercutió innegablemente, a su régimen de tributación, el cual, se parece cada vez más al de grandes empresas privadas.[33]

En ese escenario, se trató de proteger la propiedad de la Nación mediante un mecanismo de control, puesto que, en la actualidad la Secretaría de Economía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos son las encargadas de regular los procedimientos de licitación para otorgar las asignaciones y contratos.

Ahora bien, el dominio directo de la Nación, entre otros bienes, sobre el petróleo y los hidrocarburos que se prevé en el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional, presupone la potestad para aprovechar y disponer de estos.[34] No obstante, ahora se hará de manera compartida con los particulares.

Por lo anterior, coincidimos con algunos especialistas en el tema, quienes opinan que con esta reforma se menoscabó el patrimonio de la Nación, pues si bien es cierto que las actividades de exploración y extracción de hidrocar-

[32] *Cfr.* Art. 3, párrafo tercero, de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, vigente. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/110_150618.pdf, consultado el 23 de mayo de 2018.

[33] Carlos Sánchez Aguirre, "El nuevo régimen fiscal de Pemex", conferencia magistral impartida dentro del Ciclo de conferencias magistrales y mesas redondas en materia constitucional. Reformas trascendentes en México. Organizadas por la División de Ciencias Sociales y Humanidades y el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco, 13 de noviembre de 2014.

[34] Tesis: 2a. LXXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 461.

buros continúan en el artículo 28 constitucional como actividades estratégicas del Estado, quedaron totalmente diluidas al abrir las puertas a los particulares, no solo nacionales sino extranjeros, para que también pudieran realizarlas, lo cual, indudablemente ha traído consecuencias de diversos tipos[35] y, en general, afectaciones a la economía interna de México.

Por lo que hace a la determinación de estas actividades como de orden público e interés social, tiene grandes implicaciones en relación con los medios de protección constitucional, pues en realidad no solamente es una figura retórica sino que constituye un bloqueo a las acciones que los ciudadanos tienen para defenderse, particularmente por lo que hace al juicio de amparo.[36]

III. A cinco años de la reforma. Una "implementación" inacabada y fallida

In ambiguis orationibus maxime spectanda est sententia ejus qui eas protulisset.[37]

Regla de interpretación del derecho.

Atendiendo a un contexto histórico, político, social y económico, se puede observar que México, desde la década de los ochenta, ha adoptado prácticas e influencias neoliberales a la hora de legislar, lo que ha dado como resultado la copia de modelos de otros países, pero sin las adecuaciones necesarias acordes a las características internas en todos esos aspectos. En ese sentido, la reforma energética, fue pensada en lo que se había adoptado en otros países y que se conoce como *Goverment take* que se traduce en el cúmulo de ingresos que el Estado tiene derecho a percibir por parte de los contratistas

[35] Jaime Cárdenas Gracia y Nicolás Domínguez Vergara, "Mesa redonda sobre la reforma energética" en Ciclo de conferencias magistrales y mesas redondas en materia constitucional. Reformas trascendentes en México. Organizadas por la División de Ciencias Sociales y Humanidades y el Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco. 14 de noviembre de 2014.

[36] *Cfr.* Raymundo Espinoza, Presentación en la mesa "Situación del agro en América Latina. Marx en el siglo XXI y el despojo de los territorios", Grupo de trabajo CLACSO. UNAM, 27 de abril de 2018. En https://www.youtube.com/watch?v=s9flSxgWkzY, consultado el 18 de octubre de 2018.

[37] En las expresiones ambiguas debe atenderse la intención del que las pronuncia.

y asignatarios por la realización de actividades de exploración y extracción de hidrocarburos.[38]

En términos generales, el país no estaba preparado para una reforma de este tipo. Se cambió prácticamente todo el régimen jurídico de los hidrocarburos en México, no obstante, el paquete de leyes secundarias, aunque vasto en cantidad, no ha sido suficiente para hacer frente a los cambios que se vinieron.[39]

Por ello, consideramos que esta reforma ha sido mal implementada y que, lejos de traer beneficios al país, ha provocado retrocesos y un perjuicio generalizado para la población mexicana, particularmente a sectores vulnerables. Lo anterior se observa cuando analizamos la incidencia de la reforma en otras materias, pues indudablemente ha repercutido de manera directa en la propiedad, en el medio ambiente y en el régimen financiero y fiscal de la federación.

III.1. Implicaciones en la propiedad social

La reforma energética generó un impacto en la propiedad ejidal y comunal en cuanto a la superficie o área donde se llevan a cabo las actividades referidas. Antes de que se aprobara esta reforma, se hablaba de un cambio respecto de la forma de afectación, pues se haría una transición de expropiación de tierras a una incorporación de los ejidatarios a las participaciones de la renta petrolera derivada de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos; entre otras implicaciones, se tenía el temor de una modificación al artículo 27 constitucional en cuanto a la servidumbre legal agraria,[40] no obstante, aunque no encontramos dicha modificación materializada, en el paquete de leyes secundarias, específicamente en la Ley de Hidrocarbu-

[38] Gabriela Ríos Granados, Cápsula jurídica: Régimen fiscal de hidrocarburos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. En https://www.youtube.com/watch?v=jku3wxX1y8s, consultado el 4 de febrero de 2017.

[39] Ejemplo de ello es la falta de actualización en la legislación agraria vigente y las múltiples adecuaciones o reformas hechas a los ordenamientos secundarios como la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos.

[40] "Actividad agraria se verá seriamente afectada por reforma energética, denunciaron Senadores del PRD y líderes campesinos". Conferencia de prensa de los Senadores: Fidel Demédicis Hidalgo e Isidro Pedraza Chávez el 14 Julio 2014. En http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/multimedia/videos/75-grupos-parlamentarios/versiones-g/13834-actividad-agraria-se-vera-seriamente-afectada-por-reforma-energetica-denunciaron-senadores-del-prd-y-lideres-campesinos.html, consultada el 28 de abril de 2018.

ros, se prevé lo relativo a ésta. Así, el artículo 96 de la citada ley, a la letra dispone que:

> **Artículo 96.-** La *industria de Hidrocarburos* a que se refiere esta Ley *es de utilidad pública*. *Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de Hidrocarburos*, conforme a las disposiciones aplicables en los casos en los que la Nación lo requiera.
>
> *Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra* que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas (Énfasis añadido).

A ese respecto, el artículo 100 de la citada ley, indica que:

> La contraprestación, los términos y las condiciones para el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos serán negociados y acordados entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, y los Asignatarios o Contratistas. Tratándose de propiedad privada, además podrá convenirse la adquisición.
>
> Lo dispuesto en el presente Capítulo será aplicable respecto de los derechos que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, reconocen a las comunidades indígenas.

Así, las afectaciones a través de la "servidumbre legal", son ineludibles y tales han sido los efectos de las disposiciones en cita, respecto de la propiedad agraria que, desde la ronda cero en 2014, se vio implicada una superficie de 1 millón 600 mil hectáreas de tierras ejidales y comunales que corresponden a 1,899 núcleos agrarios de once entidades federativas, principalmente Tabasco y Veracruz.[41] En ese sentido, la afectación es directamente para los ejidata-

[41] Aroa De la Fuente, *et. al*., El sector de hidrocarburos en la Reforma Energética: retrocesos y perspectivas. Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A. C., 2016, p. 23. En http://fundar.org.mx/mexico/pdf/ReforEneraRetroPerspec.pdf, consultado el 28 de abril de 2018.

rios y comuneros a quienes se les ha afectado en sus tierras con esta figura también conocida como servidumbre por hidrocarburos, sin que se les haya otorgado contraprestación alguna por concepto de la renta petrolera.

Aunado a esto, pueblos indígenas se han visto afectados en otros derechos, considerados fundamentales en ordenamientos internacionales, por ejemplo: la consulta previa, libre e informada, la cual tiene fundamento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mismos que son de observancia obligatoria para todas las autoridades mexicanas, en el ámbito de su competencia, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1º y 133 constitucionales.

En un intento por hacer efectivo este derecho, se previó en la Ley de Hidrocarburos, artículo 120, que la Secretaría de Energía sería la encargada de llevar a cabo los procedimientos de consulta con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de estos pueblos y comunidades en los que se desarrollaran proyectos relativos a la industria de hidrocarburos; no obstante, al día de hoy, no existe un protocolo para realizar dicha consulta.

III.2. Implicaciones en el medio ambiente

Por cuanto hace al medio ambiente, estas actividades tienen efectos altamente contaminantes, debido al uso de técnicas de exploración y extracción de hidrocarburos no convencionales, como el *fracking* o fractura hidráulica que es:

> […] una técnica para extraer hidrocarburos no convencionales como el gas y el petróleo de esquisto (*shale gas o shale oil* por sus nombres en inglés), el gas en arenas compactas y el gas de carbón. Consiste en taladrar verticalmente bajo tierra (de mil a cinco mil metros) y luego horizontalmente (de mil a cuatro mil metros) e inyectar a muy alta presión un fluido para fracturar rocas que contienen hidrocarburos de difícil acceso y liberarlos. El fluido está compuesto de una mezcla de agua, arena y diferentes químicos contaminantes.[42]

[42] Ariel Pérez Castellón, *et al*., "Principio de precaución: Herramienta jurídica ante los impactos del Fracking. Greenprint", Fundación Heinrich Böll México, Centroamérica y El Caribe. México, 2016, p. 13.

La implementación de este tipo de técnicas provoca un daño severo al suelo, subsuelo, agua, atmósfera, biodiversidad, y con ello, daños paralelos a la salud, a actividades productivas como la agricultura, la ganadería, etcétera. Todo esto en detrimento de la sociedad, sin tomar en cuenta que los hidrocarburos son recursos no renovables y que, aun tratándose de un beneficio para la nación en el aspecto de captación de ingresos, los costos ambientales, económicos y sociales por el uso de estas técnicas, pueden resultar bastante altos.

Un aspecto importante que debemos resaltar, aunque no fue parte de esta reforma, se contiene en el párrafo primero del artículo 25 constitucional, en el que se habla de una rectoría económica que garantice la sustentabilidad. Este concepto no es nuevo, pero su importancia y protección, relativamente lo son, dado que en 1999 se incorporó el derecho a un medio ambiente sano en la Constitución y, aunque las implicaciones de este concepto en la reforma, merecerían un estudio en particular, de antemano sabemos que las técnicas más recientes de exploración y extracción de hidrocarburos, como el *fracking*, son altamente contaminantes; no obstante, el intento por contrarrestar sus efectos ha sido insuficiente; ejemplo de ello es la creación de la contribución denominada: Impuesto por las Actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos.

En realidad, este impuesto fue pensado en los efectos adversos de forma directa e indirecta al medio ambiente y en los perjuicios en otras áreas económicas como el comercio, el transporte y la construcción, entre otras, que redundan en la infraestructura del territorio donde se realizan, pues aunque se concluyan los trabajos exploratorios y extractivos, se genera un desgaste que no siempre pueden absorber las entidades o municipios donde se llevaron a cabo estas actividades,[43] y que debería cubrir el Estado a nivel federal.

En ese sentido, esta contribución se limita al cobro de una prestación económica, que además de no tener fundamento en estudios específicamente ambientales, sino en meros supuestos, su fin establecido en la propia Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, artículo 57, párrafo tercero, fracción IV, es que con la totalidad de los recursos que se obtengan por su cobro se in-

[43] *Gaceta Parlamentaria*. Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, viernes 1 de agosto de 2014, Número 4081-E. LXXII Legislatura, Cámara de Diputados.

vierta en infraestructura para el resarcimiento de daños que generen las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos.[44]

III.3. Implicaciones en el régimen fiscal de los hidrocarburos

Una de las implicaciones más importantes de esta influencia globalizadora se dio inminentemente en el régimen fiscal de los hidrocarburos, el cual no solamente descansa en la Ley de Ingresos de cada ejercicio fiscal corriente, sino que, se particulariza de acuerdo con los contratos y asignaciones, mismos que están a las contraprestaciones y términos fiscales que se pacten en cada uno y de eso depende la renta petrolera del país.

Con este panorama, vemos que la reforma constitucional planteó un problema para quienes se dedican al derecho tributario tradicional, porque se crearon nuevas formas de obtención de ingresos por la exploración y extracción de hidrocarburos, las cuales no han dado los resultados esperados. Se hace esta afirmación en tanto que, aunque hubo un aumento en la realización de dichas actividades, los ingresos federales han sido disminuidos desde el primer año de la entrada en vigor de la reforma y sus leyes secundarias.[45]

Dentro de los cambios más notables en el régimen fiscal de estas actividades, está el cobro del Impuesto Sobre la Renta para Pemex y la creación de figuras que no encuadran en las categorías tributarias previstas en el Código Fiscal de la Federación, por ejemplo: las contraprestaciones, regalías, bono a la firma y términos fiscales que forman parte de los contratos, los cuales, aparentemente se ubican en la clasificación de productos y aprovechamientos

[44] Los recursos que se obtengan de este impuesto se destinaran a infraestructura para: I. Rellenos sanitarios, plantas de tratamiento de agua, instalación y mantenimiento de obras de drenaje público, manejo de residuos sólidos, y mejora de calidad de aire, sistemas de abastecimiento, distribución y almacenamiento de agua potable; II. Obras que preserven áreas naturales, como reforestación y rescate o rehabilitación de ríos y otros cuerpos de agua; III. Obras que afecten de manera positiva la movilidad urbana, incluyendo sistemas de trenes urbanos, metrocable de transporte o equivalentes; IV. Pavimentación y mantenimiento de calles y caminos locales, construcción de caminos rurales y alimentadores, así como la instalación y mantenimiento de alumbrado público y electrificación, y V. Obras y equipamiento de protección civil y reconstrucción de infraestructura por desastres naturales. Fuente: ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación para la distribución y aplicación de los recursos del Fondo para Entidades Federativas y Municipios Productores de Hidrocarburos. En http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5395229, consultada el 9 de febrero de 2017.

[45] De hecho, en los propios Criterios Generales de Política Económica, elaborados por la Presidencia de la República, se observa que ha disminuido considerablemente la renta petrolera, generando con ello una afectación generalizada para el desarrollo del país.

petroleros. Todo ese cúmulo de nuevas figuras en México, se conoce en el mundo petrolero como *Government Take,* que es el ingreso que debe tomar el Estado por funciones de derecho público, en este caso, la realización de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos.

En ese aspecto, es importante reconocer que era necesario adecuar el régimen fiscal de los hidrocarburos al contexto internacional, puesto que los grados de comercialización más importantes vienen de ahí; entonces, la tributación, los contratos y las prácticas al exterior tienen que estar acordes con los regímenes internacionales. En ese sentido, tener un régimen tributario que no es homólogo al de los competidores en el ámbito internacional, resultaría poco efectivo. Lo cuestionable entonces, es el régimen bajo el cual tributa internamente Pemex, el cual es semejante al de empresas privadas aun cuando las condiciones en las que se desarrollan no son las mismas.

IV. Conclusiones

Primera.- A cien años de vigencia de nuestra Constitución federal, en materia de hidrocarburos, se ha observado una constante contradicción entre los principios e ideales que le dieron vida y las reformas de las que ha sido objeto junto con su legislación específica.

Segunda.- Pemex se creó como una empresa paraestatal con el fin de hacerse cargo de los bienes expropiados en 1938 y de llevar a cabo, a partir de ese momento, todo lo relacionado con los hidrocarburos, sin embargo, la política de sostenimiento al gasto público que tuvo desde hace varias décadas, hicieron que se convirtiera en un organismo meramente proveedor de ingresos para la Federación. Su segmentación en organismos subsidiarios y su régimen fiscal basado en el pago de derechos agravaron su situación financiera. Hoy, en su naturaleza jurídica de Empresa Productiva del Estado, deja de regirse por la Ley Federal de Entidades Paraestatales, para hacerlo por su propia Ley.

Tercera.- La reforma energética es producto de un proceso globalizador del que México quiere ser parte. A partir de la década de los ochenta, se observan, además de prácticas económicas, sistemas jurídicos que se ajustan cada vez más al neoliberalismo. Ejemplo de ello es esta reforma, pues se trató más bien de una reforma financiera en materia de hidrocarburos, que aperturó la participación de empresas particulares, en su mayoría transnacionales, que

dieron como resultado un régimen fiscal totalmente nuevo en el que prácticamente no hay diferencia con el que rige a los particulares; ambos tributan al amparo de la Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos, sin perjuicio de las demás obligaciones tributarias que se establezcan en otros ordenamientos legales.

Cuarta.- La reforma energética ha sido mal implementada en cuanto a que el cúmulo de leyes secundarias, no ha sido suficiente para salvaguardar derechos humanos y sociales que se ven afectados por la realización de las actividades citadas. Ejemplo de ello es la falta de asesoría en los núcleos ejidales, y la tutela del Estado hacia estos sectores vulnerables, a los que se les ha generado una afectación en su propiedad y a pesar de ello no han recibido participación alguna de la renta petrolera derivada de contratos o asignaciones. Por lo que hace al derecho a un medio ambiente sano y el principio de sustentabilidad que se encuentran contemplados en la Constitución, observamos que no fueron tomados en cuenta por la reforma energética y su respectiva legislación secundaria.

Quinta.- En ese sentido, se afirma la existencia de vacíos normativos que provocan efectos adversos para la población mexicana y que, estudiar, por los menos los tres a los que hicimos mención, en materia agraria, ambiental y fiscal, constituye la intención de nuevas investigaciones.

A este respecto, es nuestro deber precisar, que la transición que está por venir en nuestro sistema político, sin duda significará un cambio en el orden jurídico interno e internacional, principalmente en el área de los energéticos. Tenemos altas expectativas en que dichos cambios se realizarán en favor de la Nación mexicana y que ello signifique un freno al cúmulo de influencias neoliberales que tanto han lastimado la soberanía del país.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Bartlett Díaz, Manuel y Rodríguez Padilla Víctor. *El petróleo y Pemex. Despojo a la Nación*. 2a, ed., México, Cosmos, 2008.

Cardenas Gracia, Jaime. *En defensa del petróleo.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

González Márquez, José Juan. *Derecho ambiental energético.* México, IMIDA, 2013.

Lajous, Adrián. *La industria petrolera mexicana: estrategias gobierno y reforma*. México, FCE/Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2014.

Mejía Lugo, Eugenia Marisol y Gómez Chiñas, Carlos. *La competitividad de la industria petroquímica mexicana*. México, UAM, 2014.

Palos Sosa, Martha Elba. *El tributo ambiental local modelos, principios jurídicos y participación social. Estudio de caso.* México, UNAM/IIJ, 2011. Disponible en línea: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3051/5.pdf, consulado el 9 de febrero de 21017.

Pérez Castellón, Ariel, *et. al*. *Principio de precaución: Herramienta jurídica ante los impactos del Fracking*. México, Greenprint, Fundación Heinrich Böll México, Centroamérica y El Caribe, 2016.

Secretaría de Gobernación. *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos.* 4ª ed., México, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2009.

Documentos

Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación Correspondientes al Ejercicio Fiscal 2017. En http://www.diputados.gob.mx/PEF_2017/2017/work/models/PPEF2017/paquete/politica_hacendaria/CGPE_2017.pdf, consultado el 20 mayo de 2018.

Crónicas del Pleno y de las Salas. SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Asunto resuelto en la sesión del miércoles 25 de enero de 2017. Cronista: Maestra Jocelyn Arzate Alemán. En https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-02/2S-250117-APD-0415.pdf, consultado el 20 mayo de 2018.

De la Fuente, Aroa, *et. al*. "El sector de hidrocarburos en la Reforma Energética: retrocesos y perspectivas". Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A. C., 2016, p. 23. En http://fundar.org.mx/mexico/pdf/ReforEneraRetroPerspec.pdf [28-04-2018]

Demédicis Hidalgo, Fidel e Isidro Pedraza Chávez "Actividad agraria se verá seriamente afectada por reforma energética, denunciaron Senadores del PRD y líderes campesinos". Conferencia de prensa de los Senadores: el 14 Julio 2014. En http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/multimedia/videos/75-grupos-parlamentarios/versiones-g/13834-actividad-agraria-se-vera-seriamente-afectada-por-reforma-energetica-denunciaron-senadores-del-prd-y-lideres-campesinos.html [28/04/2018]

Gaceta Parlamentaria. Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, miércoles 30 de abril de 2014, número 4012-A. LXXII Legislatura, Cámara de Diputados.

Gaceta Parlamentaria. Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, viernes 1 de agosto de 2014, Número 4081-E. LXXII Legislatura, Cámara de Diputados.

González, Alfonso. "Los impuestos especiales como tributos medioambientales". En http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1115/medio_ambiente_17_alonso.pdf?sequence=1, consultado el 1 de junio de 2018.

Lajous, Adrián. "El gobierno de la industria petrolera". En http://siteresources.worldbank.org/INTMEXICOINSPANISH/Resources/lajous-ponencia-esp.pdf, consultado el 1 de febrero de 2018.

"Prospectiva de petróleo crudo y petrolíferos 2013-2027". Secretaría de Energía, México, 2013.

Reporte de resultados financieros de PEMEX al 31 de marzo de 2004. En http://www.pemex.com/ri/finanzas/Reporte%20de%20Resultados%20no%20Dictaminados/040331_reporte_e.pdf, consultado el 23 de mayo de 2018.

Reporte de resultados financieros de PEMEX al 31 de marzo de 2008. En http://www.pemex.com/ri/finanzas/Reporte%20de%20Resultados%20no%20Dictaminados/080331_reporte_e.pdf, consultado el 23 de mayo de 2018.

Hemerográficas

Cárdenas Gracia, Jaime. "Constitución y Reforma Petrolera", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Numero conmemorativo. En https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4052/5194, consultado el 4 de febrero de 2018.

Dirección General Adjunta del *Diario Oficial de la Federación*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Secretaría de Gobernación, 2016.

F. A. Samuelson y W. D. Nordhaus, Economía, t. 12. Edit. Mc. Graw-Hill, p. 616, Cit. por: Wasylyk, Miguel, "Monopolio regulado y la desregulación", en: *Boletín de lecturas sociales y económicas* – UCA – FCSE. En http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/wasylyk2-2.pdf, consultado el 1 de junio de 2018.

Vargas Mendoza, José. "El endeudamiento de Pemex y su rol en las transformaciones mundiales", en *El Cotidiano*, núm. 177, México, UAM Azcapotzalco, enero-febrero, 2013.

Wasylyk, Miguel. "Monopolio regulado y la desregulación", en: *Boletín de lecturas sociales y económicas* – UCA – FCSE. En http://200.16.86.50/digital/33/revistas/blse/wasylyk2-2.pdf consultado el 1 de junio de 2018.

Marco jurídico

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente en 2012. En http://www.uv.mx/transparencia/files/2012/10/ConstitucionPolitica-09-02-12.pdf, consultado el 8 de mayo de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original de 1917. Secretaría de Gobernación, *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos,* 4ª ed., México, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2009.

Decreto que expropia a favor del patrimonio de la Nación, los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las compañías petroleras que se negaron a acatar el laudo de 18 de diciembre de 1937 del Grupo Número 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. DOF 19-03. En http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186296&pagina=1&seccion=0.

Decreto que crea la institución Petróleos Mexicanos. *DOF* 20-07-1938. En http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186811&pagina=2&seccion=0.

Decreto que reforma los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, fracción I del artículo 27 y los artículos 42 y 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 20 de enero de 1960. En http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=198696&pagina=1&seccion=0.

Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo. *DOF* 9 de noviembre de 1940. Derogada. En http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=194840&pagina=3&seccion=0.

Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo Petrolero del 29 de noviembre de 1958. Derogada. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lrart27_rp/LRArt27_RP_orig_29nov58_ima.pdf.

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos. *DOF*: 6 de junio de 1971. Derogada. En http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=204420&pagina=3&seccion=0.

Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 25, 26, 27, fracciones XIX y XX; 28, 73, fracciones XXIX-D; XXIX-E; y XXIX-F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *DOF,* 3 de febrero de 19983. En http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4794117&fecha=03/02/1983.

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios. *DOF*: 16 de julio de 1992. Derogada. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS_orig_16jul92_ima.pdf.

Ley Federal de Derechos. Texto vigente en 2012. En www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documents/LFD_28122012.doc.

Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2013. DOF 17-12-2012 Abrogada. En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5282544&fecha=17/12/2012.

Ley de Petróleo Mexicanos. Nueva ley. *DOF* 11 de agosto de 2014. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf.

Ley de Hidrocarburos. Nueva ley, *DOF* 11 de agosto de 2014. Última reforma publicada en *DOF* 15 de noviembre de 2016. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_151116.pdf.

Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos. Nueva ley, última reforma: 07-12-2016. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIH_010416.pdf.

Conferencias

Cárdenas Gracia, Jaime y Domínguez Vergara, Nicolás. "Mesa redonda sobre la reforma energética" en Ciclo de conferencias magistrales y mesas redondas en materia constitucional. Reformas trascendentes en México. Organizadas por la División de Ciencias Sociales y Humanidades y el Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, 14 de noviembre de 2014.

Sánchez Aguirre, Carlos. "El nuevo régimen fiscal de PEMEX", conferencia magistral impartida dentro del *Ciclo de conferencias magistrales y mesas redondas en materia*

constitucional. Las reformas trascendentes en México. UAM Azcapotzalco, 13 de noviembre de 2014.

Jurisprudencias y tesis aisladas

Tesis: 2a. XLIV/2017 (10a.) Registro: 2013961, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 40, marzo de 2017, tomo II, Décima Época, p. 1382, Tesis Aislada en materia Constitucional. Rubro: Áreas estratégicas, su concepto.

Tesis: 2a. LXXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 461.

Videos

Ríos Granados, Gabriela. Cápsula jurídica: *Régimen fiscal de hidrocarburos.* UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. En https://www.youtube.com/watch?v=jku3wxX1y8s, consultado el 4 de febrero de 2017.

Espinoza, Raymundo. Presentación en la mesa "Situación del agro en América Latina. Marx en el siglo XXI y el despojo de los territorios". Grupo de trabajo CLACSO. UNAM, 27 de abril de 2018. Video en https://www.youtube.com/watch?v=s9flSxgWkzY, consultado el 18 de octubre de 2018.

_____. Traición a la Patria. Aspectos históricos, políticos y jurídicos. Sesión 2 parte 1. Ed. ITACA. Video en UEyCGsf_DFzWkn1FU Consultado el 18/10/2018

Veraza, Jorge. *Traición a la patria: aspectos históricos, políticos y jurídicos*, 22 de diciembre de 2013. Ed. ITACA. Video en: https://www.youtube.com/watch?v=sXxN74dYfbk, consultado el 18 de octubre de 2018.

La evolución de la justicia de menores y adolescentes en México ha sido inadecuada a su contexto sociocultural

Juan Antonio Castillo López*

Resumen:

La justicia de menores infractores ha evolucionado desde 1871 a la fecha, por adoptar diversos instrumentos legales de carácter internacional para ajustarlos a su realidad sociocultural. Así es como se les concedieron en nuestra legislación una gran cantidad de preceptos jurídicos, derechos humanos, principios e instituciones que han resultado ser ineficaces para corregir la conducta delictiva de este sector. Además, porque se soslayo profundizar sobre las causas que la generaban. Ahora, debemos cuestionarnos, ante los excesivos crímenes que perpetran diariamente, si se siguen sosteniendo en su favor todo un cúmulo de derechos en detrimento de los que les son reconocidos a las víctimas, que vale decirlo, no son menos importantes.

Abstract:

The justice of juvenile offenders has evolved since 1871 to date, by adopting various international legal instruments to adjust them to their socio-cultural reality. This is how they were granted in our legislation a large number of legal precepts, human rights, principles and institutions that have proved ineffective in correcting the criminal behavior of this sector. Also, because it was avoided to delve into the causes that generated it. Now, we must question ourselves, before the excessive crimes perpetrated daily, if they continue to support in their favor a whole cluster of rights to the detriment of those who are recognized to the victims, which is worth saying, are no less important.

Sumario: I. Antecedentes históricos / II. Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales / III. Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal / IV. Nueva perspectiva / V. Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal / VI. Ley Federal de Justicia para Adolescentes / VII. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes / VIII. La realidad sociocultural del adolescente infractor en México / Fuentes de consulta

* Mtro. en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

I. Antecedentes históricos

La creación de una justicia especializada para menores de edad surge a finales del siglo XIX, con el establecimiento del Primer Tribunal para Menores, en Chicago Illinois, Estados Unidos, en 1899. Antes de ese año, se trataba a los niños como adultos y sus conductas eran reguladas por los códigos penales ordinarios. Consecuentemente, con la creación del Tribunal de Illinois, comienzan a desarrollarse en todo el mundo los llamados sistemas "tutelares" de justicia para menores, basados en la doctrina conocida como la "situación irregular", de acuerdo con la cual eran concebidos como objetos de tutela y calificados de manera negativa y segregativa como incapaces. La esencia de esta doctrina se resume en el establecimiento de un marco jurídico que, en aras de la protección, legitima una intervención estatal ilimitada y discrecional sobre los menores de edad.[1]

En México, fue a partir del 7 de diciembre de 1871 que a los menores infractores se les ubicó en el sistema penal, y para efectos de su reeducación eran enviados al Ex Convento de San Pedro y San Pablo. Excepto para aquellos que cometieran conductas antisociales graves que era remitidos a la prisión de Belén, en donde compartían el espacio con delincuentes adultos que los pervertía e instruyeran en los delitos de robo y asesinato. Para el 30 de septiembre de 1908, se propuso crear un órgano jurisdiccional exclusivo para los menores que mejorara sus condiciones de vida; es entonces cuando a los varones se les remitió a la Escuela Correccional para Menores, en Tlalpan, y a las mujeres a la Escuela Correccional de Coyoacán.[2]

Fue durante la presentación del Congreso Criminológico, celebrado en la Ciudad de México,[3] en el año de 1923, que el abogado Antonio Ramos Pedruzca, conocedor de los avances que se producían en Estados Unidos presentó un proyecto de reglamentación para los menores infractores, lo que permitió al siguiente año el establecimiento de la Primera Junta de Protección a la Infancia, para después, en 1926, a instancias de Guadalupe Zúñiga

[1] En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_165_DOF_12dic05.pdf, p. 2.

[2] Juan de Dios González Ibarra y Ladislao Adrián Reyes Barragán, "LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES EN MÉXICO. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* enero-abril, año/vol. XL, núm. 118. México, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, pp. 35-38.

[3] En http://www.wikimexico.com/articulo/El-tribunal-de-menores.

de González y Roberto Solís Quiroga, se creara el Tribunal Administrativo para Menores, con fundamento en el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores del Distrito Federal.

En la exposición de motivos de este Reglamento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) el 8 de octubre de 1926, se indicó que era deber del Estado proteger a la sociedad de los delincuentes y de los efectos del delito, a través de medidas represivas y de regeneración para devolverlos a la sociedad encauzados al orden y al trabajo. Además de aplicar medidas de previsión que ayudaran al individuo, y lo pusieran a salvo de las perversiones originadas en nuestra deficiente organización social. Por lo que se instó a que se auxiliara, de manera preferente, a los menores de edad que, al transgredir los reglamentos gubernativos, eran propensos a iniciar una vida delictiva, de tal manera que se consideró como imprescindible corregir sus perturbaciones físicas o mentales. Así, en términos del numeral séptimo, se decretó que la base del procedimiento del tribunal se efectuara a través de la observación previa del menor en los aspectos físico, mental, social y pedagógico. Y que las medidas pertinentes que se adoptaran para rehabilitarlos se encontrarían enlistadas en el artículo 12:

1) La sujeción del menor a un tratamiento médico adecuado que sería utilizado cuando se encontrara en inferioridad física o mental, internándolo en un asilo o establecimiento apropiado.
2) La amonestación, que se le formularía cuando la infracción cometida no necesitara de ninguna otra medida preventiva.
3) Vigilancia por el Tribunal, que se instituía cuando las medidas requeridas por las condiciones del menor fueran compatibles con su permanencia en el seno familiar.
4) Educación y educación correccional, que se encomendaban a los establecimientos que el Gobierno del Distrito Federal designara de acuerdo con los padres del menor, y finalmente.
5) La corrección penal, que se confería cuando las medidas de previsión fueran ineficaces, y consistía en internar al menor en algún establecimiento.

Para 1928, se expidió la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios, también conocida como la Ley Villa Michel, dispuso que a los menores de 15 años no se les podía aplicar el Código

Penal por ser inimputables. Motivo por el que eran enviados al Tribunal para Menores, al igual que los infantes que se encontraban en situación de vagancia, fueran indisciplinados y menesterosos, y a todos aquellos que se encontraran en situación de peligro por desertar de clases, no obedecer a sus padres, empezar a ingerir bebidas alcohólicas o algún tipo de droga. La intención de esta Ley era corregirlos por haber sido víctimas de abandono o de ambientes sociales y familiares inadecuados para su sano desarrollo.[4]

Mediante decreto publicado en el *DOF* de fecha 22 de noviembre de 1928, fue dado a conocer el Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal, en el que se estableció, con fundamento en el numeral onceavo, su competencia para conocer de los actos y omisiones atribuidos a los menores de quince años, respecto de leyes penales, reglamentos de policía, circulares y demás disposiciones gubernativas calificados como delitos o faltas. Así como de menores abandonados y menesterosos para proveerles en sus necesidades y educación, o de los incorregibles cuando los padres o tutores lo hubieren solicitado. Incluso, cuando los menores fueran descuidados en su educación física o moral, tratados con dureza excesiva o instruidos con ejemplos perniciosos para obligarles a cumplir con sus deberes. La forma instituida por este Tribunal para investigar sobre la conducta de los menores también fue a través de la observación.

Para 1929, se expidió el Código Penal del Distrito Federal y Territorios, señalando la edad de 16 años para que los menores recibieran sanciones de igual duración que los adultos por infringir las leyes penales, pero alojándolos en instituciones de carácter educativo. Con el Código Penal de 1931, se incrementó la edad a 18 años respecto de la responsabilidad de los menores al cometer infracciones.

En 1936, se creó la Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores, que se consolidó en todo el país, emitiendo variadas directrices para que se construyeran edificios, calidades de personal, legislación y hasta aspectos presupuestales. Sin embargo, dada la realización de delitos graves cometidos por los menores, algunas entidades federativas disminuyeron la edad a 16 y 17 años. Tal heterogeneidad, permitió que en algunos estados fuera señalado como infractor un menor y en otro, por la misma conducta, no lo fuera. Igual

[4] En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2006/02/aun_2222071_20060202_1138997494.pdf.

pluralidad existió en cuanto a infracciones locales y federales, ya que la edad para delitos federales era de 18 años.

Ya en 1941, entró en vigor la Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales, que facultaba a los jueces a imponer penas en un Tribunal que era eminentemente administrativo. Y para 1971, el doctor Héctor Solís Quiroga propuso transformar el Tribunal para Menores en Consejo Tutelar.

II. Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales

El 26 de diciembre de 1973, se sancionó la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, pero se publica el 2 de agosto de 1974. En su exposición de motivos se lee que la creación del Consejo Tutelar para Menores obedecía al propósito de subrayar el carácter tutelar en amplio sentido de esta institución para deslindarla de los órganos del sistema penal propiamente dicho, y su competencia se delimitó en tres vertientes: 1) por la comisión de conductas previstas en las leyes penales, 2) las que contravinieran los reglamentos de policía y buen gobierno, y 3) las situaciones o estados de peligro derivados de la conducta peligrosa o antisocial que hiciera necesaria la actuación preventiva del Consejo. Así mismo, se promovió la readaptación social del menor con el estudio de su personalidad y de la implementación de medidas de seguridad pertinentes como lo fueron las médicas, sociales, pedagógicas y laborales, entre otras, así como por la vigilancia del tratamiento. En cuanto al procedimiento se determinó que fuera breve y expedito, con las calidades de oral, concentrado y secreto dada la tutela del Consejo.[5]

Ya en la Ley, con fundamento en su artículo segundo, se dio competencia al Consejo Tutelar para intervenir en contra de los menores que infringieran las leyes penales; los reglamentos de policía y buen gobierno; cuando fuesen proclives a causar algún daño a su propia persona, a su familia o a la sociedad. Para tal efecto se les realizarían una serie de estudios de carácter médico, psi-

[5] Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Exposición de Motivos de la Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales. pp. 76-78. En www.juridicas.unam.mx.

cológico, pedagógico y social, para conocer la personalidad del menor, en los términos del numeral 44.

A pesar de que se esperaba, por haberse comentado en la exposición de motivos de esta Ley, que los procedimientos serían breves y eficientes, en realidad existieron de dos tipos. El tramitado ante el Consejo Tutelar Auxiliar, que fue competente para conocer las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno y las conductas constitutivas de golpes, amenazas, injurias, lesiones que no tardarían en sanar en menos de 15 días y por la comisión culposa de daños en propiedad ajena hasta por la cantidad de dos mil pesos, con fundamento en su artículo 48. Y fuera de estos casos excepcionales, el procedimiento ordinario.

En cuanto a las medidas impuestas por el Consejo Tutelar para readaptar al menor, se encontraban el internamiento en alguna institución, la libertad vigilada de quienes ejercían la patria potestad o la tutela, o el de ser colocado en un hogar sustituto, pero a sabiendas que la medida adoptada tendría una duración indeterminada, en términos de los artículos 61, 63 y 64 de la Ley citada.

Consecuentemente, el modelo tutelar ocasionó un violento atentado a la seguridad jurídica del menor infractor, por la incertidumbre de la estancia en la institución acordada, por las causas tan amplias de acceso a la misma y por un procedimiento que no garantizaba su defensa adecuada a pesar de contar con un promotor a su disposición. Motivo por el que un criterio jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decretó que el procedimiento establecido por la Ley era violatorio del artículo 14 constitucional, en virtud de que no daba oportunidad al menor de ser defendido por sus padres, sus tutores, o por el profesionista de su confianza. Inclusive la de interponer los medios de impugnación, toda vez que la imposición y exclusión de esta Ley no era acorde con las garantías establecidas en interés del menor.[6]

[6] Menores infractores del Distrito Federal. Ley que crea los Consejos Tutelares (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de agosto de 1974). El procedimiento que establece es violatorio del artículo 14 constitucional.

Amparo en revisión 5113/90, Héctor Salgado Aguilera, 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

205401. P. V/95. Pleno. Octava Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 86-2, febrero de 1995, p. 1.

Por eso es que en la iniciativa de Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, se calificó textualmente a esta Ley de los Consejos Tutelares, en los siguientes términos:

> Las leyes que precedieron a la vigente, ponían especial énfasis en la apariencia externa y formalista de los actos de las partes, so pena de anulación de los documentos, de las diligencias, de las fórmulas y declaraciones sacramentales, lo que constituía una rutina formal, prolongada y costosa.[7]

III. Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal

En la exposición de motivos de la iniciativa de esta Ley, se indicó que, a través de la vía pedagógica, psicológica, desarrollo familiar y educación permanente, se podrían dar las condiciones adecuadas para una pronta reinserción social del menor, al tomar en consideración y de manera integral su visión de la vida, y el respeto a su dignidad y a sus derechos humanos. Y en cuanto a la procuración de justicia, que se proporcionara mediante juicios breves, compactos y eficientes.[8]

Como sanciones se propuso que fuera en externación entregando a los menores infractores con sus familiares; en internación que sería adoptada como la última alternativa; trabajos en beneficio de la comunidad y la reparación del daño. Siendo muy clara la iniciativa al prohibir el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica o cualquier otra acción que atentara contra su identidad o integridad mental.

Así mismo, se expresó en esta iniciativa que sería tarea prioritaria del Estado la prevención de los delitos y el apropiado tratamiento que recibirían

[7] Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Exposición de Motivos de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal, p. 112. En www.juridicas.unam.mx.

[8] En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2003/11/asun_740599_20031104_793070.pdf.

los menores infractores para proteger el interés general. Pronosticando que la prevención social se traduciría en la importancia de corregir a tiempo las conductas delictivas de los menores, para evitar en lo futuro altos niveles de gravedad debido a que la evolución de la sociedad generó que se provocaran conductas antisociales, por lo que era imprescindible que se armonizaran los ordenamientos jurídicos como los medios para su readaptación.[9]

Como de costumbre, los criterios forjados en la iniciativa tuvieron su fundamento en las recomendaciones de carácter internacional. En este caso, se retomaron los preceptos de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores, también denominadas Reglas de Beijín, y las de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta última mediante decreto del 25 de enero de 1991. Por ello, fue enfática la iniciativa, en su exposición de motivos, al exponer que la Ley de Tratamiento de Menores Infractores (LTMI), cumpliría con los compromisos asumidos en los foros internacionales para que se implementara una justicia que fuera congruente con los más adelantados principios de humanismo y los avances de la ciencia.

En relación con la edad en que procedería aplicar la Ley, quedó determinado en la iniciativa, que sería a mayores de doce años y menores de 18, por consiguiente, si a un menor de esa edad se le atribuyera una infracción tipificada como delito en las leyes penales, sólo se emplearían medidas de asistencia social. Los demás serían objeto de la LTMI que se utilizaría respetando los principios de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica, impugnación y todos los que pudieran regir el procedimiento, como el del debido proceso y el de la presunción de inocencia, para impedir que al menor no se le instaurara ninguna de las medidas hasta en tanto se haya probado plenamente su participación en la comisión de las infracciones. Además de recibir un trato justo y humano, por lo que no se consentirían los malos tratos, la incomunicación, la coacción psicológica o cualquier otra que atentara contra su dignidad o su integridad física o moral.

En cuanto a las autoridades que integrarían al Consejo de Menores, en sustitución del Consejo Tutelar de Menores Infractores, se señalaron a una Sala Superior, Consejeros Unitarios, Consejeros Supernumerarios, un Comité Técnico Interdisciplinario, la Unidad de Defensa de Menores, la Unidad

[9] Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 107-114. En www.juridicas.unam.mx.

encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores representada por un Comisionado, y el personal administrativo necesario. Que, en adelante, constituirían un moderno sistema con organización lógica y jerarquizada.

Respecto de las etapas del procedimiento se propuso que, si ante el Ministerio Público se le atribuyera al menor la comisión de una conducta tipificada como delito en las leyes penales, lo tendría que remitir ante el Comisionado en turno del Consejo para Menores para que procediera a practicar las averiguaciones y diligencias que comprobaran los elementos constitutivos de la infracción. Acto seguido, enviaría el memorial al Consejero Unitario para que radicara el asunto, abriera el correspondiente expediente y dictara una resolución inicial para determinar la situación jurídica del menor, dicha resolución contendría uno de tres supuestos. El primero, que el menor quedara bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados; la segunda, a disposición del Consejo y la tercera, en declarar que no procedería sujetarlo a procedimiento con las reservas de ley.

Si el menor quedaba sujeto a procedimiento, se aperturaba la fase de la instrucción y se ordenaba practicar el estudio biopsicosocial para que el Consejo Técnico Interdisciplinario, que estaría integrado por un médico, un pedagogo, un licenciado en trabajo social, un psicólogo y un abogado, emitiera un dictamen que finalmente retomaría el Consejo Unitario para dictar la resolución definitiva que en derecho procediera. Dicho diagnóstico tenía como finalidad conocer la etiología de la conducta infractora del menor, para determinar cuáles eran las medidas conducentes a su adaptación.

También en esta misma fase procesal, se ofrecían las pruebas conducentes para que se procediera a su desahogo, se pronunciaran los alegatos y se dictara la resolución que adujera sobre la aplicación de las medidas de orientación, protección o tratamiento en externación o internación, impuestas al menor. Y se crearían otras figuras jurídicas como la suspensión del procedimiento, el sobreseimiento, las ordenes de aprehensión, exhortos, extradición, caducidad de la instancia y la reparación del daño. Por último, ante la inconformidad de la resolución inicial, definitiva o contra la que modificara o diera por terminado el tratamiento del menor, se concedía el recurso de apelación ante la Sala Superior.

Las medidas de orientación decretadas comprenderían la amonestación, apercibimiento, terapia ocupacional, formación ética educativa y cultural, así

como actividades recreativas y deportivas. Las de protección se implementarían con el arraigo familiar e inducción para asistir a instituciones especializadas. Y las de tratamiento, mediante la instauración de sistemas o métodos especializados y los que aportaran las ciencias, técnicas y disciplinas para la adaptación de los menores, ya fueran en externación o internación, siendo esta última utilizada en casos extremos. Correspondiendo a la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores el aplicarlas, para lo cual contaría con los centros necesarios para la adecuada clasificación y tratamiento diferenciado y otra clase de tratamientos con medidas más intensivas destinadas a los menores que revelaran alta inadaptación y pronóstico negativo.

La Unidad de Defensa de los Menores tuvo por objeto defender sus intereses legítimos ante el Consejo o cualquier otra autoridad, tanto en las etapas procesales como durante la aplicación de las medidas impuestas, debido a que a los seis meses de haberlas establecido y cada tres meses en lo sucesivo, se tendría que rendir un informe sobre el desarrollo y avance de estas para evaluarlas, modificarlas o revocarlas.

Terminando por aducir que uno de los aspectos primordiales en la readaptación del menor infractor no incluía el de ser un mero requisito burocrático y nada más, al haber afirmado: "Se pretende evitar que el proceso de readaptación termine siendo una serie de requisitos burocráticos que el menor deba cubrir para lograr su externación, al margen de los elementos esenciales que la propia readaptación deba proporcionar, para evitar que incurra en otra infracción".[10]

Desde este momento, ya se percibía que la nueva LTMI, que finalmente fue publicada en el *DOF* el 24 de diciembre de 1991, estaba cimentada en una idea equivocada derivada de las anteriores legislaciones, y era la de insistir en solventar el problema de la delincuencia de menores a través de autoridades de corte eminentemente administrativo, como lo fue el Consejo de Menores con toda su estructura organizativa. Y en clara contravención con lo que prescribía la Convención de los Derechos del Niño, que en términos del artículo 40, inciso b), fracción III, ya había estipulado que a todo niño que infringiera las leyes penales se le garantizaría que su causa sería dirimida sin demora por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial.

[10] *Ibidem*, p. 115.

Sería cuestionada, además, porque el diagnóstico que ordenaban realizar al menor para conocer la etiología de su conducta infractora con fundamento en el numeral 90, se realizaba en la etapa de la instrucción, es decir, sin que se hubiese demostrado su participación en la comisión de la infracción imputada. De forma por demás contradictoria primero se descubrían las causas que lo alentaron a delinquir, y después se resolvía jurídicamente si le era atribuible dicha conducta, o no. Lo que era innegable es que el estudio biopsicosocial compilado en el diagnóstico, conformaba la parte medular de la resolución definitiva al señalar cuales serían las medidas conducentes a la adaptación social del menor. Por consiguiente, dicho diagnóstico vulneraba en su perjuicio el principio de la presunción de inocencia. Y en cuanto al procedimiento los principios de defensa y del debido proceso.

Así conformada, la LTMI se perfilaba a ser atacada como inconstitucional por instaurar un procedimiento administrativo con matiz de jurisdiccional, y porque la determinación final avalada por el Consejo de Menores en la que instituía una medida de tratamiento al menor infractor, sobre todo la correspondiente a privarlo de su libertad hasta por un término de cinco años en alguno de sus Centros, no era más que una sanción que con fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (CPEUM) le correspondía imponer en forma exclusiva a la autoridad judicial y no a la administrativa.

Por si no bastara con estas discrepancias, en la LTMI aún se prescribió, según se exponía en el artículo 117, que la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores contaría con centros de tratamiento interno para la adecuada clasificación y tratamiento diferenciado de menores. Y para los casos más difíciles con establecimientos especiales. Uno de estos fue el Centro Especial de Tratamiento "Alfonso Quiroz Cuarón" al que se enviaba con fundamento en el artículo 118, a los menores que cometieran una infracción grave, demostraran alta posibilidad de reincidencia, manifestaran alteraciones en su comportamiento antes de la perpetración de la conducta infractora, carecieran de apoyo familiar y vivieran en un ambiente social criminógeno.

Una vez instalados en el Centro Especial, se esperaba que se cumplieran, y a cabalidad, con los propósitos que se dispusieron alcanzar en la exposición de motivos de esta Ley, y que eran en el sentido de que los menores recibie-

ran un trato justo que fuera congruente con los más adelantados principios de humanismo y los avances de la ciencia, el de no ser incomunicados o que se ejerciera algún tipo de coacción psicológica que afectara su integridad física o moral. Y, sin embargo, el tratamiento especial que recibieron residió precisamente en el de haber sido incomunicados ya que eran recluidos en sus celdas por espacio de veinte horas diarias, con lo que se evitaba que interactuaran entre sí. Se les permitían únicamente treinta minutos para salir de su encierro para exponerse al sol, eran vigilados por los elementos de custodia día y noche y se abría sin su consentimiento su correspondencia. Sólo cuando el término del tratamiento iba transcurriendo, la intensidad de tales restricciones iba disminuyendo al concederles un poco más de estancia en el patio para dialogar.

Quienes más convivían con los menores eran los custodios y no los psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales y cuanto profesionista tenía que estar involucrado para procurar su reinserción social. De tal manera, era por demás evidente que en tales condiciones todo esto contribuyó a deteriorar aún más la dañada estructura biopsicosocial del menor infractor y, por consiguiente, hacer ineficaz los ambiciosos objetivos de la LTMI. Por lo que podríamos sostener que los métodos utilizados en esta Ley, al estar supeditados a los compromisos que asumió el Estado mexicano en foros internacionales, de suyo estaba llamada a fracasar por otra cuestión de relativa trascendencia. Simplemente, porque para su elaboración no se tomaron en cuenta los reales escenarios que repercutirían al tenor de cualquier medida de tratamiento impuesta, como la descomposición social, ineficiencia gubernamental, condiciones de vida deplorables e infrahumanas de las clases populares, educación escolar deficiente, familias disfuncionales y criminógenas, de entre otras. Consecuentemente se dispararon los altos índices de criminalidad y reincidencia de los menores.

IV. Nueva perspectiva

Ante este panorama, el 4 de noviembre de 2003, fue presentada una iniciativa para reformar y adicionar el artículo 18 de la CPEUM, con el objeto de atender eficientemente la justicia penal para menores. Alegando en la exposición de motivos, que dicha justicia no había conseguido cumplir con

los objetivos diseñados y satisfacer las altas aspiraciones y hasta reclamos de la sociedad. Y, refiriéndose a la justicia de tipo administrativa derivada de la LTMI, se reconoció que fue ineficaz porque no garantizaba los intereses de los menores y de la colectividad, y porque el Consejo de Menores constantemente vulneraba los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes. Por ello, y con vehemencia, se manifestó que lo que ahora se pretendía era exterminar el sistema que, bajo la denominación del tratamiento de menores, lo único que proporcionó fueron sanciones restrictivas de derechos en procedimientos penales de carácter eminentemente inquisitorial.

Por lo que una vez más, sin proponer otras estrategias que complementaran a las prescripciones derivadas de normas internacionales y que involucraran una genuina intención del Estado para combatir eficientemente este flagelo, se terminó por atribuir, en la iniciativa, que la LTMI se encontraba notoriamente retrasada en relación con un auténtico sistema de justicia penal para adolescentes que fuera respetuoso de sus derechos y garantías, pero igualmente asociados a las demandas de seguridad y justicia que demandaba la ciudadanía,[11] por lo que se propuso ahora inspirarse en la Convención de los Derechos del Niño. Además de atribuirle al derecho penal un carácter subsidiario, bajo el principio de la mínima intervención, para procurar la pronta y expedita resolución de conflictos.

No se pusieron cartas en el asunto de forma inmediata, ya que posterior a esta iniciativa, el 31 de marzo de 2005, es decir, después de más de un año en que fue presentada en la Cámara de Senadores, se generó un nuevo Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, y de Estudios Legislativos, Segunda, con proyecto de decreto por el que se reformaba el párrafo cuarto y se adicionaban los párrafos quinto y sexto del artículo 18 constitucional, con acuerdo de modificación al Decreto,[12] en el que se expuso sustentar y legitimar constitucionalmente el nuevo sistema de justicia a través

[11] Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 18 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, LIX legislatura, Año 1, Primer Período Ordinario, 4 de noviembre de 2003.

[12] Cámara de Senadores. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, con proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (con Acuerdo de modificación al Decreto), 31 de marzo de 2005.

de bases, principios y lineamientos a los que se debían sujetar tanto la Federación, los Estados y el Distrito Federal.

Sólo que estos nuevos lineamientos y principios básicos estarían sustentados, además de la Convención sobre los Derechos del Niño; por los reiterados instrumentos legales aportados en décadas anteriores por la legislación internacional, que venía utilizando el legislador en los anteriores sistemas calificados como ineficaces como lo fueron las Reglas de Beijing, las Directrices de RIAD y las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad de la ONU. También se tomarían en consideración, para cumplir con el ambicioso cometido, a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Al versar sobre la reforma y adiciones al numeral 18 de la Constitución Federal, reiteraron que el establecimiento del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes se inscribía en el ámbito de la política criminal del Estado y no dentro de la obligación de otorgarles únicamente un tratamiento diferenciado, por haber sido considerados como inimputables, es decir, por no ser penalmente responsables, sino socialmente responsables.

Para ello, acotaron, sería necesario contar con procedimientos jurisdiccionales, fiscales, policías, defensores, juzgadores, magistrados y personal administrativo, todos especializados en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes, y que fueran conocedores de las características particulares que les eran comunes a la criminalidad de este sector de la población. Así mismo, que este sistema requería de una ley reglamentaria emitida por el Congreso de la Unión en la que se reconocieran los principios de la presunción de inocencia, la privacidad y confidencialidad del procedimiento, en la información al menor de sus derechos, de la imputación que se le atribuyera y quien deponía en su contra, así como el derecho a ser defendido y a ofrecer pruebas.

Finalmente, y para estar acorde con la política criminal derivada de los instrumentos jurídicos internacionales, más no de nuestra realidad social, se determinó que se tutelaría el interés superior y la protección integral del adolescente, de tal manera que toda medida que se le impusiera estaría orientada a lo que resultara más conveniente para lograr su reinserción social y familiar, así como para el pleno desarrollo de su persona y de sus capacidades. Pretendiendo que con esto el adolescente no sólo se apartara del delito, sino que respetara los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás.

Aprobado el proyecto por la Cámara de Senadores, el 5 de abril de 2005, se remitió la minuta a la Cámara de Diputados, en la que se reformaba y adicionaba el artículo 18 constitucional. Para el 22 de junio de ese mismo año, a su vez, la Cámara de Diputados en voz de la Comisión de Puntos Constitucionales, sometió a consideración de la Asamblea el Dictamen de proyecto de decreto. Volviendo a redactar como antecedentes los puntos conflictivos y los instrumentos jurídicos internacionales que ya se venían glosando en todo este procedimiento legislativo, y que a su parecer habían culminado el movimiento mundial a favor de la niñez. Permitiéndole sustituir el modelo de la "situación irregular", por el de "protección integral o garantista", para que los menores pudieran ser juzgados por tribunales y procedimientos específicos y sancionados con las medidas de orientación, protección y tratamiento con un sentido eminentemente educativo.

Fue hasta el 12 de diciembre de 2005, que se emitió el Decreto para lograr los nuevos objetivos planteados sobre justicia de menores, en el que se reformó el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional, y se le adicionaron los párrafos quinto y sexto.[13] En el cuarto párrafo se dispuso que en nuestro país se instauraría un sistema integral de justicia que se aplicaría a los menores que contaran con 12 años cumplidos, y menos de 18, siempre y cuando se les atribuyera la realización de una conducta tipificada como delito en las leyes penales, y se les garantizaran los derechos reconocidos por la Constitución, así como los específicos que, por su especial condición en desarrollo, les han sido reconocidos. Ya que, a los menores de esa edad, que igualmente hubiesen realizado una conducta tipificada como delito, sólo se les proporcionaría asistencia social para rehabilitarlos.

La adición del párrafo quinto evidencia que este sistema de justicia estaría a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración de justicia para adolescentes, a los que se les seguirían aplicando las medidas de orientación, protección y tratamiento ya prescritas en la demeritada y vituperada LTMI, pero ahora atendiendo a su protección integral y al interés superior.

Y en el párrafo sexto se determinó que en este sistema se respetaría el debido proceso, así como la independencia entre las autoridades que les com-

[13] Decreto. Congreso de la Unión. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12 de diciembre de 2005.

peta la remisión del adolescente en relación con las que impongan las medidas. Que tendrían como finalidad la reintegración social, familiar, y el pleno desarrollo de la persona y capacidades del menor. Destacando que el internamiento únicamente se utilizaría como medida extrema, por el tiempo más breve que procediera y para mayores de 14 años por la comisión de un delito calificado como grave.

Aunque este Decreto permitió la creación de un nuevo sistema integral de justicia para menores, no se debe desdeñar que el proceso legislativo fue extremadamente lento ya que tuvieron que transcurrir más de dos años para su elaboración y tres más para que se creara, no a nivel federal, sino local, específicamente en el Distrito Federal, lo que se denominó "La Justicia para Adolescentes". Consecuentemente, en todo este lapso de aproximadamente cinco años, se siguió aplicando la inconstitucional LTMI.

V. Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal

El 14 de noviembre de 2007 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal (LJADF), pero en términos del artículo segundo transitorio entró en vigor a partir del día 6 de octubre de 2008, para dar oportunidad al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para expedir los reglamentos correspondientes. En el artículo primero, además de indicar que la nueva Ley era de orden público, de observancia general y establecer el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes que se aplicaría a los menores de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho, por la realización de una conducta tipificada como delito. Se expuso que se deberían de garantizar los derechos fundamentales de los adolescentes que están reconocidos en la Constitución Federal, así como los específicos que por su condición de personas en pleno desarrollo les fueron otorgados por los tratados internacionales y demás normas generales aplicables. Todo ello para obtener su reintegración social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades.

Respecto de los adolescentes de menos de doce años, se ordenaba en esta Ley que, una vez que se le instaurara una averiguación previa, se tendría que dar vista a la Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia para el Distrito Federal (DIF), a efecto de

que le otorgara al adolescente la asistencia social adecuada para su rehabilitación, y sin que se le pudiera privar de su libertad.

Así mismo, tal vez por todas las malas experiencias aportadas a lo largo de la historia en los diferentes sistemas de justicia para menores con la consecuente violación de los derechos fundamentales. Se acotó, que los adolescentes serían tutelados no sólo por la CPEUM, tratados internacionales debidamente ratificados y las leyes aplicables, sino por un total de trece principios legales que se utilizarían para la adecuada interpretación y aplicación de esta Ley de Justicia y del respeto y reconocimiento como sujetos de derecho, para proporcionarles una formación integral que les permitiera ser reinsertados en su familia y en la sociedad. Los principios fueron: el interés superior del adolescente, presunción de inocencia, reconocimiento expreso de todos sus derechos y garantías, especialidad, mínima intervención, celeridad procesal y flexibilidad, proporcionalidad y racionalidad de la medida, transversalidad, subsidiariedad, concentración de actuaciones, contradicción, continuidad e inmediación procesal. Con fundamento en el artículo décimo.

Sin embargo, y a pesar de que la experiencia ya nos había mostrado que todos los sistemas anteriores habían fracasado por tratar de incorporar en nuestro ordenamiento nacional las experiencias, tácticas, programas y preceptos derivados de Tratados, Convenciones y Reglas Internacionales, nuevamente se volvió a cometer el mismo error y en la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, simplemente se trasladaron a sus prescripciones las conducentes de la Convención y Reglamentación de los Derechos del Niño. Retomando también figuras de la LTMI que a todas luces era inconstitucional.

Así, tenemos concepciones afines entre la Ley de Justicia para Adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño y su Reglamentación, tales como la prohibición de discriminar a los menores por motivos de edad, genero, condición social y religión. El de presumirlos inocentes en la comisión de una conducta delictiva. En establecer, al momento de individualizar la pena, que sería proporcional a las circunstancias y gravedad de la conducta, la edad, la menor culpabilidad y las necesidades del menor, y lo más importante, si ésta fuera la privación de la libertad, de utilizarla como último recurso y durante el periodo más breve, la cual sólo podría aplicarse a las conductas tipificadas como delitos considerados como graves y no exceder de cinco años. Así mismo, en asistir a los padres o representantes legales para desempeñar sus

funciones en la educación del niño, aplicar medidas apropiadas para proteger al menor y reintegrarlo social y familiarmente, y brindarle una experiencia de legalidad para que respetara las normas y los derechos de los demás.

Estas medidas serían las ya conocidas desde la LTMI, que eran las de orientación, protección y tratamiento, el pero es que, si no fueron eficaces en la aplicación de esa normatividad, como se esperaría que sí funcionaran en esta nueva Ley respecto de su ámbito de aplicación que sería el Distrito Federal, máxime que en su redacción se emplearon las prescripciones de normas internacionales. Es decir, las medidas están impregnadas de contenidos que no son acordes a nuestro sistema social.

Por poner un ejemplo, las medidas de orientación en los términos del artículo 65 de esta Ley, prescribían que se otorgaría al adolescente formación ética, educativa y cultural a través de información permanente y continua en colaboración con su familia, cuyo contenido serán los valores de normas morales, sociales y legales, sobre adolescencia, farmacodependencia, familia y sexo. Lo más censurable es que aún y dándole el beneficio de la duda a las autoridades para que cumplieran con estos parámetros, en relación con el rubro de la familia, que generalmente es disfuncional o criminógena, sin educación ni preparación, uno se cuestionaría de qué manera podrían ayudar al adolescente, sin que se les tenga que auxiliar a ellos también, no en relación con la perpetración de un ilícito, sino en adquirir un poco de lo que se le pretende conceder al adolescente que es ética, educación y cultura.

Respecto de las medidas de protección, con fundamento en los numerales 70 y 72, se estimaba de relativa importancia prohibir al adolescente residir en ciertos lugares, y relacionarse con determinadas personas, cuya convivencia social pudiera perjudicar su sano desenvolvimiento biopsicosocial que evitara lograr el fin último de incitarlo a respetar la ley y los derechos de los demás. Sin embargo, como estas disposiciones, y muchas más, fueron producto de contextos y normatividades internacionales muy diferentes a nuestro entorno económico y social, no tuvieron el éxito esperado, pues se soslayó que desde esas fechas ya se había generado en nuestro país todo un proceso de descomposición social, no sólo en ciertas zonas reconocidas como delictivas, sino en prácticamente la mayor parte de la Ciudad de México, incluso, en muchas de las entidades federativas.

En este sentido, resultaba utópico pensar en prohibir al adolescente residir en algún lugar y relacionarse con determinadas personas, pues si acaso, sólo contaba con un lugar muchas veces insalubre y precario en dónde habitar, fuera de este espacio uno se preguntaría en dónde podría residir. Y aún cuando pudiera hacerlo, seguramente la nueva morada sería muy parecida a la que estaba acostumbrado, y no porque así lo deseara, sino porque es a lo que podría aspirar dadas sus lamentables condiciones económicas. Y en cuanto a su medio social, también sería lo mismo en virtud de que, en la mayoría de las ocasiones, únicamente podía y buscaba contactarse con sus iguales, es decir, con adolescentes que compartían su mismo estilo de vida y que también tuvieran dañada su estructura biopsicosocial.

Aún más, la experiencia nos demostró que el adolescente fue reticente en generar un cambio en su vida, pues al volver a su entorno lo que realmente deseaba era seguir consumando sus actividades ilícitas que le generaban ganancias fáciles de adquirir. Por ello, hasta dejaba de acudir a las instituciones que el juez le asignaba para recibir formación educativa o capacitación técnica, esperando románticamente, y así lo prescribía la Ley, estuviera en condiciones de recibir una educación superior. Como si remotamente al llegar a esa posibilidad, tuviera garantizado el acceso a una institución pública cuando miles de estudiantes, a los que no se les ha instaurado un reproche social, ni siquiera logran ese objetivo. Ahora que, si se encontraba internado en un Centro Especializado por haber perpetrado un delito grave, se disponía en el artículo 86, que se le tendría que otorgar orientación ética, actividades deportivas, laborales, pedagógicas, formativas, culturales, terapéuticas y asistenciales, para que reconociera y respetara los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras. Con plausibles actividades, la interrogante obligada es tratar de comprender porqué no tuvo el éxito esperado esta Ley.

VI. Ley Federal de Justicia para Adolescentes

Al igual que la legislación anterior, muy tarde se intentó emitir la Ley Federal para Adolescentes, cuyos antecedentes inmediatos fueron la iniciativa para reformar y adicionar el artículo 18 constitucional de fecha 4 de noviembre de 2003 con la finalidad de atender eficientemente la justicia penal para menores; y su posterior dictamen con proyecto de decreto, del 31 de marzo de 2005,

para reformar el párrafo cuarto, además de adicionarle dos párrafos para sustentar el nuevo sistema de justicia con bases, principios y lineamientos a los que se debía sujetar precisamente la Federación.

Fue hasta el 15 de abril de 2010, que en la exposición de motivos[14] de esta Ley Federal, el legislador empezó, como de costumbre, a exponer los antecedentes que en la materia de justicia para adolescentes prescribían los instrumentos internacionales. Y mencionó a la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todo ello sólo para contextualizar lo que sería el nuevo sistema de justicia. Emocionado, expresó que este proceso legislativo fue motivo de conferencias, opiniones de peritos, juristas y criminalistas, pero con muy poco o ningún progreso para emitir la Ley Federal de Justicia para Adolescentes. Terminando únicamente por proponer que mejor se retomara la experiencia de los instrumentos jurídicos estatales que ya contaban con un sistema de justicia para adolescentes.

Eso sí, dejando en claro que la operación del sistema integral de justicia para adolescentes respetaría los derechos fundamentales reconocidos en la CPEUM, además de ponderar, para no haberse visto mal y aunque sea para tener algo que decir, un rosario de conceptos tales como la presunción de inocencia, transversalidad, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, celeridad procesal y flexibilidad, protección integral de los derechos del adolescente, reincorporación social, familiar y cultural; responsabilidad limitada; justicia restaurativa; proporcionalidad; jurisdiccionalidad; concentración; contradicción; continuidad; inmediación; oralidad; libertad probatoria y libre valoración de la prueba. En este tenor, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes fue publicada el 27 de diciembre de 2012.

VII. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Con el Decreto del 16 de junio de 2016 se creó la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, para cumplir con el nuevo

[14] En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/04/a un_2656536_20100427_1272395106.pdf.

sistema integral de justicia para adolescentes que se ordenó instaurar en el invocado artículo 18 constitucional, es decir, once años después. En la exposición de motivos, como de costumbre, el legislador refiere los antecedentes internacionales, por demás conocidos, respecto del tema para elaborar la nueva Ley Nacional, haciendo especial mención de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Estado mexicano el 10 de agosto de 1990, en la que se comprometió a adoptar todas las medidas administrativas, jurídicas, legislativas y de cualquier otra índole para cumplimentarla.[15]

Es precisamente en esta Convención que se reconocen a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos específicos en virtud de su condición como personas en desarrollo, por lo que dispuso que se deberían de cumplir en el sistema integral de justicia con los principios de humanidad, legalidad, debido proceso, especialidad, desjudicialización, delimitación de una edad mínima de responsabilidad, y proporcionalidad. Y con un procedimiento garantista de acuerdo con los estándares internacionales.

Debido a esta Convención se impusieron como derechos de los menores y adolescentes cuando quebrantaban las leyes penales, los de ser tratados con dignidad para fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, en la que se tuviera en cuenta su edad y la trascendencia de promover su reintegración a la sociedad, para asumir una función constructiva. El de ser, si así se ameritaba, encarcelados como medida de último recurso y durante el menor tiempo posible. Y ser tratados con humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a toda persona, además de tener pronto acceso a la asistencia jurídica y cualquier otra que resultara adecuada.[16]

Así mismo, se decretó en esta Convención, disponer de diversas medidas de cuidado, de orientación y supervisión. Así como las correspondientes al asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional. Todo ello para asegurar que los niños fueran tratados apropiadamente para proteger su bienestar.[17]

[15] En http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-04-27-1/assets/documentos/Dict_Justicia_Ley_Adolesc.pdf, p. 31.

[16] Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículos 37 y 40.

[17] *Ibidem*, p. 34.

Respecto de lo que sería el nuevo sistema integral de justicia para adolescentes, en la exposición de motivos se advirtió que requerían de una atención multidisciplinaria en donde se ventilaran aspectos de carácter psicológico, afectivo, médico, y el propiamente jurídico, además de garantizar sus derechos humanos y los reconocidos en la Constitución Federal, el Código Nacional, la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, y demás legislación aplicable. Y para diferenciar la respuesta penal de los adolescentes, se les distinguieron en tres grupos etarios, el primero estaría constituido de los doce años hasta menos de catorce; el segundo, de los catorce años y menos de dieciséis; y el tercero, de dieciséis años y menos de dieciocho. Lo que se acordó en el artículo quinto de esta Ley Nacional.

En términos de los numerales 145 y 155 de esta Ley, se estableció que al primer grupo etario no se le podrían imponer medidas de sanción privativa de libertad, sino las propias a la amonestación, apercibimiento, prestación de servicios a favor de la comunidad, supervisión familiar, abstención de viajar al extranjero y libertad asistida. Al segundo grupo sí se le impondrían medidas de sanción con una duración máxima de tres años. Y al tercer grupo, la duración máxima de las medidas de sanción sería de cinco años. A estos últimos también se les podría internar de comprobarles la comisión de un delito previsto en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, la propia a la trata de personas, terrorismo, extorsión agravada, contra la salud, homicidio doloso, violación y robo agravado, con fundamento en el artículo 164.

En el procedimiento se les concederían un total de veintidós principios jurídicos, con fundamento en los numerales del 12 y hasta el 33, para resguardar al adolescente en virtud de su inacabado proceso biopsicosocial en condiciones que aseguraran su "dignidad", de entre ellos, el del interés superior de la niñez, integralidad, indivisibilidad e interdependencia, no discriminación e igualdad sustantiva, aplicación favorable, mínima intervención y subsidiariedad, responsabilidad, principios generales del procedimiento, especialización, legalidad, y ley más favorable. La presunción de inocencia, reintegración social y familiar, reinserción social, privación de la libertad como medida extrema y por el menor tiempo posible, celeridad procesal y protección a la intimidad. Además de una serie de derechos cuando fueran sujetos al sistema integral de justicia, en términos de los artículos del 35 al 45, como

los propios a la prisión preventiva o al internamiento, que fueron prescritos en los diversos del 48 al 58, todos de la Ley Nacional en comento. Y todo esto a pesar de su conducta eminentemente dolosa para lesionar los derechos de terceros al cometer conductas delictivas que realmente quisieron realizar en contra, eso sí, de lo que a ellos se les aseguro en esta legislación, que fue de su "dignidad".

Se pronosticó también que el personal que formara parte del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes debería ser especializado, es decir, poseer conocimientos de carácter interdisciplinario en materia de los derechos de este sector, del propio sistema integral de justicia, de sus atribuciones, competencias y del sistema penal acusatorio, de prevención del delito y habilidades para el trabajo con adolescentes, entre otras.

En el rubro de la prevención del delito, prácticamente la definió como el conjunto de políticas públicas, programas, estrategias y acciones orientadas a reducir factores de riesgo que permitieran la generación de la violencia y delincuencia, así como a combatir las distintas causas y factores que la generan, concepto que, de igual modo, prescribió en el artículo 250 de esta Ley.

Respecto de los factores de riesgo para prevenir el delito, los hizo consistir en tres rubros que fueron prácticamente trasladados de la doctrina a la letra de la Ley, específicamente en el artículo 251, y que son la prevención primaria constituida con medidas de carácter universal que son dirigidas a los adolescentes antes de cometer eventos antisociales, y para los que se crearon una serie de oportunidades educativas, de salud, culturales, deportivas, recreativas y de preparación para el trabajo.

La prevención secundaria que se otorgaría a los adolescentes en situación de riesgo de cometer delitos, con falta de apoyo familiar, sin educación, desocupadas y probablemente drogadictas. Y la prevención terciaria, diseñada para adolescentes que ya habían delinquido y cumplieron con una medida de sanción, la que se pretendía implementar para evitar que volvieran a delinquir. Aunque le faltó referirse a otro tipo de prevenciones que igualmente señala la doctrina como son la prevención especial y la general, ambas en su doble aspecto positiva o negativa.

Todo esto se lograría a través de la función activa del Estado, la transversalidad en las políticas públicas de prevención, la sostenibilidad presupuestaria, rendición de cuentas, seguridad pública, función preventiva de las familias,

conocimientos interdisciplinarios, respeto a los derechos humanos y la perspectiva internacional, según se expuso en el artículo 253. Además de involucrar a la comunidad para desarrollar programas y servicios comunitarios, establecer albergues para adolescentes en situación de calle, y crear centros de prevención, asistencia y tratamiento contra adicciones.[18]

VIII. La realidad sociocultural del adolescente infractor en México

Sin embargo, la evolución del sistema de justicia para menores y adolescentes fundada en estándares internacionales y aceptada por nuestro país en diferentes momentos históricos, difiere del contexto sociocultural en el que se desenvuelve este sector, motivo por el cual han colapsado haciendo ineficaz su aplicación. En relación con las últimas legislaciones, en el discurso oficial se ha afirmado que se instauró una justicia integral para los niños y adolescentes, que ha sido congruente con los más adelantados principios tributados por la ciencia y el humanismo. Lo que no es nuevo debido a que desde sus albores ya se habían elaborado toda clase de estudios para tratar de comprender las causas de su conducta delictiva, al efectuarles el estudio biopsicosocial y aplicarles diversas medidas para buscar reinsertarlos a la vida social. Lo cierto es que unas y otras no ayudaron a erradicar, o por lo menos sanear, este terrible flagelo.

Lo que sí es cierto, es que toda esta concepción doctrinaria y jurídica permitió justificar el trabajo legislativo hábilmente entrelazado a lo largo de la historia y hasta nuestros días para, en una idea tergiversada, cuidar y proteger al niño y al adolescente con una serie de preceptos y derechos humanos a pretexto que su personalidad aún se encuentra en proceso de formación, por lo que fácilmente se puede equivocar o confundir. Obligando a la sociedad y al propio Estado a brindarle todos los medios que sean necesarias para auxiliarlo.

Aunque a nuestro parecer, con todo este adoctrinamiento, a propósito se dejaron en el tintero diversos aspectos sobre los que no se ahondó en la iniciativa y en su correspondiente Ley Nacional, y para ser más precisos en todos los ordenamientos comentados, porque es evidente que entrarían en contradic-

[18] *Ibid*, pp. 83-85.

ción con los trascendentes principios tributados por la ciencia y el humanismo, y a la postre convulsionaría la estructura jurídica diseñada por décadas cuyo pensamiento más recurrente fue tutelar el interés superior, la protección integral y el pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades del adolescente.

Por ejemplo, no se valoraron los argumentos de las teorías biológica y antropológica que caracterizan al delincuente por su poca inteligencia, ausencia de temor e insensibilidad al dolor, que lo hacen un discriminado en su capacidad de comprensión. Tampoco se retomaron los estudios científicos de un gen que, al reducir la producción de enzimas, degradan los neurotransmisores, como la dopamina y la serotonina, que son relevantes en las emociones y en los estados de ánimo que pueden converger en violencia.[19] Tampoco se consideró las teorías de los psicólogos y psiquiatras en las que se probó que las tendencias patológicas y criminales del delincuente se presentan desde el momento de su nacimiento.

Otras variables que permiten determinar el comportamiento desviado se deben a los males hereditarios, constitución física anormal, conflictos espirituales, malos amigos, intereses insatisfechos, pésimas condiciones en el desarrollo infantil temprano, familias disfuncionales y hasta criminógenas. Así mismo, nada se pronosticó acerca de la endocrinología, en donde se pretende ubicar el comportamiento criminal a procesos hormonales. Ni a la extrema pobreza, la falta de una educación integral de calidad y las nulas oportunidades de crecimiento, que son otros factores discordantes en la capacidad biopsicosocial del adolescente.

Estos aspectos intocados por los instrumentos nacionales e internacionales, nos dan la oportunidad de reflexionar, y tal vez de aniquilar de una vez por todas ese sentimiento romántico, idealista, de seguir protegiendo al niño y al adolescente por el subterfugio de que su estructura biopsicosocial aún no se encuentra bien definida, y con ello seguir indefinida y sorprendentemente salvaguardando su tan exigida dignidad. Cuando lo que ya es imprescindible, ante los altos índices de impunidad e inseguridad, es hacerlos responsables de sus actos porque ya no podemos hablar, en una sociedad altamente corrom-

[19] Verónica Guerrero Mothelet, "Maltrato: la violencia de todos los días", México, ¿Cómo ves?, *Revista de divulgación de la Ciencia de la Universidad Nacional Autónoma de Méxic*o, núm. 143, 6 de noviembre de 2010, pp. 13-14.

pida, “del adolescente en lo individual”, “del joven extraviado” o “el de ser un caso meramente aislado”, cuando en realidad este sector sabe muy bien lo qué hace, y actúa con dolo sabiendo el daño que produce. Ahora, ya somos conscientes que se integran en mafias, pandillas, asociaciones delictivas bien organizadas, para robar, defraudar, lesionar y hasta constituirse como sicarios para privar de la vida a cualquier persona por una retribución económica, simplemente son inmisericordes con su prójimo, atacan con fiereza y son desalmados.

Consecuentemente, tendríamos que increparnos por habernos permitido concederles derechos humanos a quienes trastocaron los de sus víctimas. Por haberles conferido el beneficio del “mejor interés” cuando ellos no se molestaron en respetar el interés ajeno. El de asignarles una gran cantidad de principios jurídicos y derechos, y el de aceptar que la sociedad debe de interesarse en redimirlos, cuando cada día son más las voces que se levantan cuestionándose si realmente es posible rescatarlos sobre lo que han hecho su estilo de vida: que es delinquir, y porque los derechos humanos de las víctimas no son menos importantes a los de estos.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Amado, George y Jacqueline Roy. *La observación de los niños difíciles*. Madrid, Narcea, 1971.

Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* México, Siglo XXI, 1998.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Colombia-Bogotá, Temis, 1990.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*. México, Porrúa, 1992.

Solís Quiroga, Héctor. *Sociología criminal.* México, Porrúa, 1987.

Electrónicas

En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_165_DOF_12dic05.pdf.

En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2006/02/aun_2222071_20060202_1138997494.pdf.

En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2003/11/asun_740599_20031104_793070.pdf.

En http://www.wikimexico.com/articulo/El-tribunal-de-menores.

En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2010/04/asun_2656536_20100427_1272395106.pdf.

En http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-04-27-1/assets/documentos/Dict_Justicia_Ley_Adolesc.pdf.

Hemerográficas

Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Exposición de Motivos de la Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales. pp. 76-78. En www.juridicas.unam.mx.

Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Exposición de Motivos de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, p. 112. En www.juridicas.unam.mx.

Cámara de Senadores. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, con proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (con Acuerdo de modificación al Decreto), 31 de marzo de 2005.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Decreto. Congreso de la Unión. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12 de diciembre de 2005.

Guerrero Mothelet, Verónica. "Maltrato: la violencia de todos los días". México, ¿Cómo ves?, *Revista de divulgación de la Ciencia de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 143, 6 de noviembre de 2010.

González Ibarra, Juan de Dios y Ladislao Adrián Reyes Barragán. "LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES EN MÉXICO. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-abril, año/vol. XL, núm. 118, México, UNAM, Distrito Federal.

Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 18 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, LIX legislatura, Año 1, Primer Período Ordinario, 4 de noviembre de 2003.

Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal

Ley Federal de Justicia para Adolescentes

Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación* del 22 de noviembre de 1928.

Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores en el Distrito Federal. *Diario Oficial de la Federación* del 8 de octubre de 1926.

Alternativas para la justicia penal: una perspectiva victimológica

Sofía Magdalena Cobo Téllez*
José Zamora Grant**

Resumen:

Anclado en la ideología de la defensa social, el derecho penal de la modernidad ha priorizado las potestades punitivas del Estado por sobre los derechos e intereses de las víctimas de los delitos. Ello llevó a la conformación de un sistema de justicia penal más represivo que democrático, excluyendo a las víctimas de los delitos y negándoles cualquier tipo de derecho. El proceso de consolidación democrática de la justicia penal a últimas décadas ha traído no sólo derechos para las víctimas, sino la mejor posibilidad de ofrecer alternativas de política pública a una justicia penal poco eficaz, colapsada y caracterizada por violentar los derechos de los involucrados ante ella, principalmente víctimas e imputados de delitos.

Abstract:

Anchored in the ideology of social defense, the criminal law of modernity has prioritized the punitive powers of the State over the rights and interests of the victims of crimes. This led to the formation of a criminal justice system that was more repressive than democratic, excluding the victims of crimes and denying them any right whatsoever.

The process of democratic consolidation of criminal justice in recent decades has brought not only rights for victims but also the best possibility of offering public policy alternatives to a criminal justice system that is ineffective, collapsed and characterized by violating the rights of those involved before it, mainly victims and accused of crimes.

Sumario: Introducción / I. Planteamiento del problema / II. Sanción *vs.* composición / III. La cultura de la denuncia / IV. Perspectiva victimológica para la justicia penal / V. Justicia alternativa en México / VI. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

* Dra. en Derecho y Profesora-Investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

** Dr. en Derecho y Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Introducción

Entre retribucionismo y utilitarismo giró la discusión en torno a los fines y expectativas del derecho penal y, por tanto, de la justicia penal y las sanciones penales, desde sus orígenes en la naciente modernidad; quedaba atrás el retribucionismo penal ligado a las variables represivas propias de la inquisición y el utilitarismo, buscaba en la justificación de la pena privativa de libertad, argumentos que se pretendieron ligar a la idea de la prevención.[1] Sin embargo, el derecho penal nacido en el período iluminista bajo la influencia, en buena parte, de las ideas humanistas y garantistas de Beccaria, se había estructurado como un modelo de derecho penal de acto, precedido del principio de legalidad y del de materialidad; el derecho penal, entonces más que anticiparse al delito, nació para reaccionar al mismo; todo intento por explicar —y justificar— las cualidades prevencionistas tuvo que ser siempre un argumento complejo, como compleja la posibilidad de demostrarlo. Un derecho penal reactivo, por tanto, que coqueteó siempre con la idea retribucionista del castigo, con lo que ello significará ya en épocas modernas. Pese a la influencia de Beccaria, el derecho penal encontraría nuevas formas de legitimar la represión y ello se encontró en la influencia de lo que a la postre se reconocería como la defensa social.[2]

Entre castigar y prevenir, el derecho penal y las políticas públicas de la criminalidad que lo operaron —a través de los sistemas de justicia penal— pasaron las décadas; unas fórmulas más represivas, otras, por el contrario, de corte más garantista y por tanto, mejor correspondidas con las expectativas democráticas, pero nunca pensando primero en la víctima y luego en las potestades punitivas del Estado, de hecho, ni siquiera pensando en la víctima.

[1] Las ideas de prevención para la época y por décadas se anclaron también en fórmulas represivas, por la pretendida intimidación o disuasión; por lo que mecanismos alternos para la prevención del delito tampoco fueron la opción. A la postre mecanismos alternativos para la prevención de los delitos también fueron explorados y paulatinamente desarrollados; mecanismos que entendieron que la represión no es la única ni la mejor forma de prevenir el delito. En este sentido Roberto Bergalli afirmó "…el sistema penal no es ni la única ni la mejor manera de prevenir el delito", en *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Barcelona, Editorial Hacer, 1993, p. 12.

[2] "En sus orígenes el Estado actual es el estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso haya un permanente retorno al Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios". Juan Bustos Ramírez en *El pensamiento criminológico II. Estado y Control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 12.

La víctima fue excluida de ese derecho penal[3] y por ello, no es raro que las alternativas a la justicia penal no tuvieran eco por décadas.

El derecho penal se afianzó entonces, a la ideología de la defensa social y sus fórmulas procesales mixtas de naturaleza inquisitiva fueron caldo de cultivo para la represión y las violaciones a los derechos humanos de quienes entraran en contacto con la justicia penal. El modelo, sin embargo, fue dando de sí, el incremento de los delitos por la falta de una política preventiva real y eficaz, la inseguridad misma de una justicia penal poco garante de los derechos de las personas involucradas y la imposibilidad material de atender la siempre creciente demanda por parte de las instituciones públicas de la justicia penal, motivaron sin duda, el colapso de un modelo de justicia penal, poco eficaz en el combate al delito, con posibilidades ínfimas de prevención del mismo y sin posibilidad alguna de justicia y reparación para las víctimas de los delitos.

Urgían alternativas para una justicia penal así, y la respuesta en México empezó a llegar mediante fórmulas incipientes hacia finales del siglo XX, en las que las víctimas de los delitos empezaron a tener derechos y, por tanto, un ligero protagonismo, acrecentado —como se explicará— hacia las primeras dos décadas de este siglo XXI, con una serie de reformas constitucionales y de legislación secundaria de la materia, de importante trascendencia en la democratización de la justicia penal.

El proceso de democratización de todo sistema de justicia penal, implica aumentar los derechos de las personas involucradas en y frente a la justicia penal, como los imputados de delito, las víctimas de los mismos, sus familiares, los testigos, etcétera, en detrimento de las potestades punitivas del Estado, las que estarán, en consecuencia, mucho más reducidas y acotadas.

Una de las mejores posibilidades para ello fue la generación de formas alternativas a la justicia penal, que ayudaran a despresurizar el sistema a través de fórmulas en las que se consideran prioritarios los derechos y libertades de las víctimas por sobre los intereses punitivos del Estado.

La garantía que supone el despliegue punitivo en el derecho penal, para la salvaguarda de intereses colectivos e individuales, es una razón que no se puede obviar; pero el derecho penal también es una herramienta de protección

[3] Más que un extraño olvido del derecho penal para las víctimas de los delitos, argumentado por la naciente victimología a mediados del siglo XX, el derecho penal en realidad le expropió el conflicto a la víctima mediante un derecho penal de orden público; la defensa social, vendría a afianzar esa idea, no dejando para la víctima, al menos frente a la justicia penal, derecho alguno.

de las personas frente al poder punitivo estatal; lo que implica entender al propio derecho penal como una garantía.[4]

I. Planteamiento del problema

Los sistemas penales en Latinoamérica suelen estar sobrepasados según el número de delitos de los que conoce y la posibilidad de resolverlos mediante los mecanismos institucionales a su alcance. La brecha entre la cantidad de delitos denunciados y los que llegan al conocimiento de un juez, puede ser abismal —independientemente de la manera en que estos últimos se resuelvan— y dejar en claro que las posibilidades de atender en su totalidad el cúmulo de delitos de los que se tiene conocimiento, resulta menos que imposible.

En los modelos procesales mixtos de naturaleza inquisitiva, las posibilidades son aún menores, pues la inexistencia de derechos para las víctimas de los delitos, junto con la falta de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y, con ello, la imposibilidad de generar mecanismos de composición suficientes entre víctima e imputado de delito, hace colapsar, por sobrecarga laboral, a la mayoría de sistemas penales de tal naturaleza.

Por su parte, en los modelos procesales denominados acusatorios, si bien la discrecionalidad mediante criterios de oportunidad[5] en el ejercicio de la acción

[4] Desde la teoría del garantismo penal expuesta por Luigi Ferrajoli, la justificación del derecho penal ha de sostenerse en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos; y (más importante aún) como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal, es decir como garantía: "para fundamentar una adecuada doctrina de la justificación y también de los límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro señala un segundo fin justificador, cual es: el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Entiendo decir con ello que la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e infligida *ne peccetur*, también lo es *ne punietur*; no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo, protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la "pena mínima necesaria" de la cual hablaron los iluministas; no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito". Luigi, Ferrajoli, *Derecho penal mínimo,* (trad.) de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en: varios autores, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 21.

[5] La oportunidad es un principio generalmente considerado en los modelos procesales reconocidos como acusatorios, por los que existe una discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal

penal, no es esencial a la fórmula garantista, sí se han desarrollado mecanismos compatibles, que ayudan a despresurizar, al menos un poco, a las instancias del sistema penal.

Distinguir entre los modelos procesales, no es en esta ocasión la prioridad, sí, por el contrario, evidenciar que independientemente del modelo procesal asumido —con sus diferencias diametrales, por supuesto—, el sistema penal está urgido de alternativas que permitan atender la problemática y resolverla lo mejor posible.

a) Las encuestas de victimización

La relevancia y protagonismo que paulatinamente han ido ganando las víctimas de los delitos en y frente a la justicia penal, no sólo se evidencia por los derechos para ellas consagrados en la constitución y la legislación de la materia, sino por el interés en la información que las propias víctimas pueden dar de sus procesos de victimización del fenómeno delictivo en general, y de sus intereses y perspectivas en lo particular. Información, que sin duda, resulta invaluable para el despliegue de políticas de la criminalidad con perspectiva victimológica o de política victimológica propiamente dicha.

La información que una encuesta de victimización ofrece es de diversos tipos y cada uno es un insumo importante para el diseño de una política eficaz, no sólo para la atención de las víctimas sino también para la prevención del delito y, por tanto, de la victimización.

Uno de los datos más importantes que ofrece una encuesta de victimización es el porcentaje estimado de lo que se conoce como la cifra negra de la criminalidad, esto es, la estimación que se realiza, mediante encuestas, bajo técnica y metodología específica, que permiten calcular el número de delitos que no se denuncian o que aún en conocimiento de los operadores de la justicia penal, no se inicia procedimiento alguno de investigación para el deslinde de responsabilidades.

Esta cifra si bien es un aproximado, su índice de falibilidad es bajo, por lo que una encuesta de este tipo, metodológicamente bien diseñada y aplicada, nos da una aproximación bastante apegada a la realidad. De manera adicional, las encuestas de victimización arrojan las principales causas por las que las víctimas deciden no denunciar, las que en un porcentaje mayor son atribuidas a los operadores de la justicia penal y evidencian no sólo la desconfianza en

la justicia penal misma, sino además, los graves problemas de acceso a la justicia que los propios sistemas penales tienen. Otros datos pueden ofrecernos cruces interesantes para la evaluación del fenómeno criminal y las posibilidades de acceso a la justicia para las víctimas; por ejemplo, el grupo poblacional que suele denunciar, en un porcentaje significativamente mayor, son personas poco vulnerables, a diferencias de otros grupos históricamente discriminados —mujeres, personas con discapacidad, niñas, niños y adolescentes, personas mayores—, por lo que sus posibilidades de acceso a la justicia son mayores que las de estas que engrosan la cifra negra.

b) Cifra negra

Si las estadísticas de los delitos que llegan al conocimiento de las instancias de la justicia penal nos impactan, ni qué decir de las estadísticas que arrojan las encuestas de victimización respecto de los delitos que no llegan a conocimiento de las instituciones públicas, o que haciéndolo, no se inicia procedimiento alguno, como se explicó.

La estimación de la cifra negra de la criminalidad varía dependiendo de la región y la temporalidad, pero, al menos en la mayoría de los países latinoamericanos, siempre es muy superior al 50 por ciento, y lejos de que se abata, año con año generalmente aumentan sus índices porcentuales, lo que muestra la inexistencia o poca eficacia de las políticas públicas que atienda la problemática y la disminuya.

En México, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) realiza la que denomina Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (ENVIPE), la que para 2017 ha documentado una cifra negra, en términos cerrados de 93%.[6]

Las personas que generalmente denuncian los delitos, son principalmente aquellas que no están en alguna situación o condición de vulnerabilidad, ello significa que es un problema de acceso a la justicia y que la cifra negra la engrosan a quienes por su condición vulnerable les es más complicado o imposi-

que no debe considerarse contraria al principio de legalidad. En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez, en *Justicia penal, derechos y garantías,* Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007, pp. 69 a la 71.

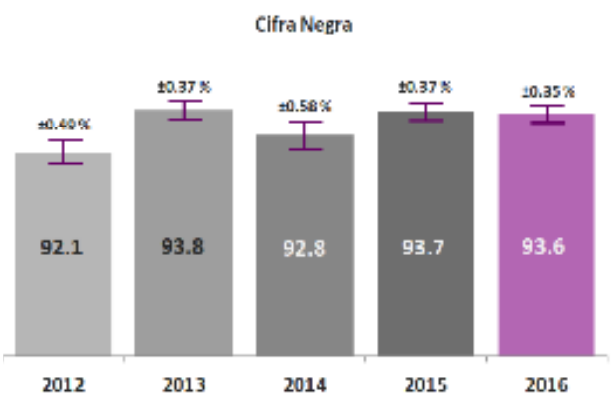
[6] En www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09. consultado junio de 2018.

ble acceder a las instancias de la justicia penal para reclamar sus derechos. En México, quienes denuncian los delitos son, en su mayoría varones de entre 18 y 29 años de edad, uno de los grupos menos vulnerables y, por tanto, con más capacidad de hacer valer sus derechos en y frente a la justicia penal.

No parece haber políticas públicas específicas para disminuir la cifra negra de la criminalidad, al menos no específicamente estructuradas para el efecto. Algunos intentos de promoción de la cultura de la denuncia, ayudan a evidenciar que algo se intenta, pero si fueran un poco efectivas, la cifra negra disminuiría, lejos de aumentar como comúnmente sucede.

Como lo muestra la Tabla 1 publicada en la ENVIPE 2017, la cifra Negra mantiene, desde el 2012 que la encuesta se realiza año con año, un índice muy elevado que lejos de disminuir, ha incrementado, en una constante en general hacia la alza.

Tabla 1.
Cifra negra de criminalidad



Cifra Negra 2016	
Tipo de delito	Porcentaje
Extorsión	95.3
Fraude	95.8
Robo o asalto en la calle o en el transporte público	95.1
Robo parcial de vehículo	94.8
Otros delitos[1]	94.7
Otros robos[2]	93.7
Robo en casa habitación	90.7
Amenazas verbales	88.2
Lesiones	84.2
Robo total de vehículo	31.0

[1] Incluye delitos como secuestro, secuestro express, delitos sexuales y otros delitos.
[2] Se refiere a robos distintos de robo o asalto en la calle o en el transporte, robo total o parcial de vehículo, y robo en casa habitación.

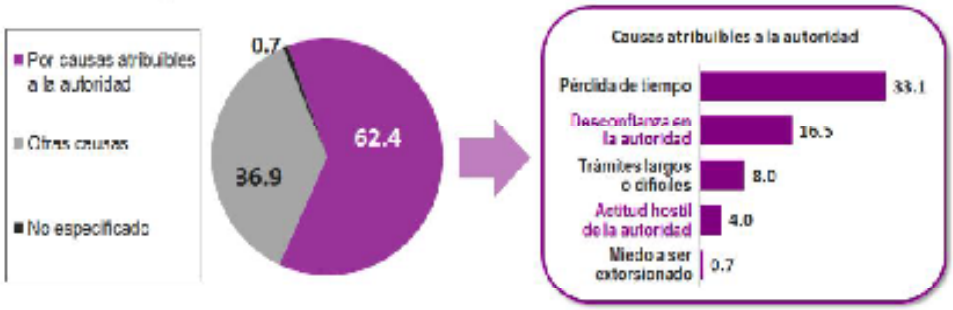
La tarea principal para contrarrestar la cifra negra de la criminalidad es mejorar el acceso a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad, que son quienes principalmente no denuncian, por lo inaccesible que

suele resultar para ellos, la justicia penal. Las razones de la no denuncia, documentadas por la ENVIPE, mediante preguntas concretas de opción predeterminada, evidencian un acceso a la justicia poco considerado con las condiciones de desventaja que suelen tener quienes devienen víctimas del delito, y no sólo por la victimización misma, sino previa a ella.

Así, la ENVIPE 2017 refleja las principales causas por las que las personas que fueron víctimas de los delitos no denunciaron, a saber: desconfianza en la autoridad o actitud hostil de la misma, miedo a la extorsión, pérdida de tiempo, trámites largos y difíciles (Ver Tabla 2).

Entre las razones para NO denunciar delitos ante las autoridades por parte de las víctimas destaca la *Pérdida de tiempo* con 33.1% y la *Desconfianza en la autoridad* con 16.5%, dentro de las causas atribuibles a la autoridad. Por otras causas se entiende: miedo al agresor, delito de poca importancia, no tenía pruebas y otros motivos.

Tabla 2.
Razones para no denunciar delitos



II. Sanción vs. composición

Estructurar mecanismos de composición entre víctimas e imputados de delito, no suele ser visto desde esta perspectiva como una política para la disminución de la cifra negra; sin embargo, en cuanto tal, muestra una interesante posibilidad. Para valorar qué tan importante puede resultar esta opción, habría que reflexionar sobre los intereses de las propias víctimas respecto de

su posición frente al sistema penal; por ello, la pregunta de qué es lo que prefieren, si sanción para el culpable o reparación —en el entendido de tener que elegir, según los presupuestos de las políticas de mediación— resulta fundamental para este análisis. Las encuestas de victimización suelen documentar que las víctimas prefieren reparación que sanción, y ello es entendible si consideramos que la condición de vulnerabilidad en la que se encontraban antes de su proceso de victimización, más el proceso sufrido que les hunde aún más en su condición de por sí precaria, hace para ellas más atractiva una reparación pronta que la eventualidad de una "complicada" sanción para su agresor y reparación para ella.

A este análisis hay que agregar las razones, también expresadas en las encuestas, por las que se decide no denunciar, que como se dijo, obedecen en un porcentaje elevado a circunstancias atribuibles a la justicia penal misma y, por supuesto, a sus operadores.

Las causas expresadas para la no denuncia y los porcentajes reportados, muestran claramente que las mismas no serían relevantes si la víctima opta por alguna de las formas alternativas a las que tiene derecho; así, un mecanismo de composición puede llegar a una pronta solución mediante reparación del daño y así no sería necesario un proceso largo con pocas probabilidades de éxito, que es de lo mucho que se quejan las víctimas y que motivan su no denuncia. Es por eso, precisamente, que resulta atractiva la composición como forma alternativa de justicia para una pronta reparación. Las razones para la no denuncia se extinguen en las fórmulas de la composición penal y con ello se podría atraer la denuncia, más que por cultura, por así convenir a quienes más sufren con el delito: las víctimas.

Las reformas a la justicia penal en México de las últimas dos décadas han traído para las víctimas el derecho a optar por formas alternativas de justicia para la solución de controversias, las que sin duda, bien implementadas y difundidas, harán subir la incidencia de la denuncia al resultarle a la víctima atractivas por la pronta reparación del daño.[7] Con ello, se abatirá —disminuirá— la cifra negra de la criminalidad y, en consecuencia, aumentará la de los delitos denunciados. Ello no significa necesariamente que aumenten los delitos, sino la denuncia de los mismos.

[7] El artículo 17 de la Constitución Políticas de los Estados Unidos Mexicanos, prevé la existencia de mecanismos alternativos para la solución de controversia, y en materia penal los condiciona a que aseguren la reparación del daño y en su caso a supervisión judicial.

III. La cultura de la denuncia

Es necesario reflexionar dos aspectos más en esta lógica argumentativa: la así llamada cultura de la denuncia, pero también, la eventual impunidad por falta de sanción. Ha sido recurrente apelar por una cultura de la denuncia, en la expectativa de que las mismas se incrementen, bajo el presupuesto del beneficio mismo que implica la protección de la justicia penal. Argumento, sin duda, válido en el entendido básico de que el sistema no puede reaccionar al delito si no lo conoce, y con ello, proteger a las víctimas en lo particular y a la sociedad en su conjunto; sin embargo, deben ser identificadas otras variables para entender el porqué una política de promoción de la cultura de la denuncia no parece haber prosperado. Una de ellas, ya ha sido comentada en este documento, la respuesta pronta está en las causas señaladas en las encuestas de victimización aludidas; pero, ¿ello en realidad afecta o evita que una cultura de la denuncia prospere?

El tema del efecto cultural de lo que atañe al delito y a la reacción al mismo, es sin duda, algo más complejo. La manera en cómo se entiende el delito, pero, principalmente, cómo históricamente se ha reaccionado al mismo través de procedimientos mixtos-inquisitivos arropados de mecanismos y formas en general represivas, —sin duda— ha ido generando una cultura más represiva que democrática, y, en este sentido, los cambios y las transformaciones culturales requieren de su propio proceso, pero impacta en todo lo punitivo, de ahí que más que hablar de una cultura de la denuncia —anclada en realidad en un modelo de justicia penal más represivo que democrático— habría que apelar a una cultura más democrática en general para la justicia penal y con ello, la aceptación y por ende, legitimación de políticas de la criminalidad más democráticas que inquisitivas, como la de los mecanismos compositivos, por ejemplo.

Habrá, sin embargo, que considerar el factor conveniencia, en tanto beneficios directos para quienes deben denunciar su victimización. Mientras a las víctimas no les resulte atractivo denunciar, difícilmente lo harán; si el acceso a la justicia no les significa expectativas reales de garantía de ejercicio de sus derechos, la mayoría de las víctimas preferirán no denunciar, o de plano, no lo podrán hacer; el efecto en parte, también estará condicionado por esta variable.

Queda sin embargo, el tema "ético" de un delito que se mantiene impune, con la "preocupante" circunstancia de que al no haber ingresado a prisión, podrá seguir delinquiendo, reflexión a la que se apela mucho y que refleja la cultura inquisitiva de la que aquí se ha hablado. Habrá de reflexionarse que mantener la sanción como aspecto prioritario deja siempre en segundo término los derechos de la víctimas en particular y de todos los involucrados en general; el equilibrio en el ejercicio de derechos se refleja precisamente en ello, de ahí la importancia de un modelo procesal que logre equilibrar la contienda, no sólo para el imputado del delito respecto del Estado que le acusa, sino también para la víctima y el ofendido; ese es uno de los retos pendientes del sistema procesal penal en México, en el que se ha sentado una base sólida de derechos para víctimas que es preciso eficientar para garantizar su goce y ejercicio.

Otra variable por considerarse en este análisis: el valor simbólico y no menos importante del derecho penal mismo y de sus instituciones que lo operan, como las penitenciarias, por ejemplo; valor propio de una cultura también más represiva que democrática y a la que se alude en la narrativa de las posibilidades preventivas de una justicia penal más construida para la reacción y la represión que para la prevención.

IV. Perspectiva victimológica para la justicia penal

Anclada en las variables represivas, a la justicia penal —caracterizada tanto por su insostenible ineficacia, como por ser caldo de cultivo para las violaciones de los derechos humanos— le urgían alternativas que abandonaran aquel paradigma de defensa social, arraigado desde el siglo XIX, por la influencia del positivismo criminológico, que había no sólo estructurado, sino consolidado políticas de la criminalidad del tal corte, con una fórmula procesal mixta inquisitiva, poco garante de los derechos de los involucrados.

La reacción a tal influencia en los modelos punitivos, vendría hacia la segunda mitad del siglo XX; los modelos críticos en la argumentación criminológica, reaccionaban contra la criminología positivista y su arraigo en la política criminal, evidenciaban lo lesivo de la reacción al delito, pugnaban y al mismo tiempo sentaban las bases para el abandono del paradigma positivista y su hegemonía en las políticas represivas de la criminalidad.

Hacia las últimas dos décadas del siglo pasado se empezaron a consolidar modelos alternativos para una justicia penal más democrática: el garantismo penal y desarrollos propios de otros contextos culturales y tradiciones jurídicas, como los realismos de izquierda y el abolicionismo penal principalmente; influencias que propondrían alternativas para una justicia penal más respetuosa de los derechos humanos. A decir de Hulsman,[8] tanto el abolicionismo como el garantismo pretenden la reducción de la intervención penal.

Estos modelos teóricos, que a la postre influirían en mayor o menor medida en las reformas a la justicia penal mexicana de los últimos años, tienen como común denominador la expectativa de una justicia penal mucho más respetuosa de los derechos de los involucrados y el abandono, por tanto, de las variables represivas de una justicia pensada para el castigo y la hegemonía del control.

Así, el garantismo penal ha sido el referente de la reforma en materia judicial de 2008 en México, que significó el adoptar un modelo procesal de corte acusatorio, propio de dicho modelo teórico, cuya expectativa es evitar —o al menos disminuir— las violaciones a los derechos humanos en los procedimientos penales.

Si bien el garantismo penal no desarrolla en su esencia derechos y fórmulas de relevancia victimal, lo cierto es que el modelo de sí, es compatible con dichas variables; ello explica porqué desarrollos procesales de tal influencia, sobre todo en América Latina —y México no son la excepción— han incluido en su fórmula derechos para las víctimas, que la hacen incluso ser parte en el proceso, como es el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por su parte, la influencia realista de izquierda, enfatizó en la realidad del delito, en tanto violaciones a derechos humanos, el sufrimiento humano, y criticó el abandono de políticas sociales en la prevención de delito por el recrudecimiento de la política criminal represiva.[9] Este modelo logró consenso en la consideración del delito desde la consideración de los elementos que inciden en la cuestión criminal, a saber: el Estado y sus agencias; los infractores

[8] Rivera, I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal,* Barcelona, Anthropos, 2011, p. 213.

[9] Las personas pertenecientes a los estratos altos, en virtud de su condición social, son capaces de apartarse de los rigores de la justicia penal hasta un grado considerable, no así las de estratos bajos, cuya identidad no es más que la propia abstracción de la criminalización —por parte de la burguesía y sus magistrados— bajo la forma de clases peligrosas. Lea, John, *Delito y modernidad.* (Trad.), Alejandro Piombo. México, Ediciones Coyoacán/FLASUD; SA de CV, 2006, p. 37 y ss.

que delinquen; las víctimas de los delitos y el público —la comunidad—. Elementos que son parte importante en el análisis del fenómeno delictivo sí, pero también para las políticas de prevención del mismo y son lo que los realistas denominan las relaciones sociales del control del delito.[10]

Los abolicionistas a su vez, pusieron en el centro de sus argumentos a las víctimas de los delitos, a quienes habría que regresar el conflicto que les fue expropiado por el derecho penal moderno y sus políticas de la criminalidad;[11] la implicación de tal perspectiva supone el abandono de los modelos punitivos para sustituirlos por fórmulas compensatorias propias del derecho civil, en el que se le dé prioridad a la reparación por sobre la represión. Si bien, la radical postura abolicionista de sustituir el derecho penal por uno de tipo civil no ha permeado, sí, por el contrario, fórmulas compositivas por ellos propuestas han ido disminuyendo las potestades punitivas a favor de derechos de composición para las víctimas de los delitos.[12] Lo que ha demostrado que, si bien la abolición lisa y llana no parece viable en contextos de alta conflictividad, sí, por el contrario, que hay alternativas a la justicia penal y que estas favorecen más a las víctimas que al Estado.[13]

La fórmula jurídico penal mexicana, considera alternativas, tanto para la prevención de los delitos como para la composición entre víctimas y agreso-

[10] La criminología tradicional a decir de los realistas ha sido parcial en el análisis del delito y ha dejado de observar el proceso en su conjunto, para ello pretenden unir todos los aspectos de ese proceso; observar así que la sociedad es la que causa el problema delito y no el delito el que causa problemas para la sociedad. Por esta razón las intervenciones siempre han sido parciales. Lea, John y Young, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (Trad.), Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

[11] Christie, afirma que las personas tienen problemas y crean problemas, pero al apurarse a definirlos como delitos se pierden de vista alternativas interesantes como éstas. Por ello es partidario de que el punto de partida básico deberían ser los *actos* y no los *delitos.* Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito.* (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Argentina, Editores del Puerto, 2008, p. 8.

[12] Para Pavarini, frente al abolicionismo radical, pueden identificarse posiciones diversas y limítrofes como el abolicionismo institucional que se enfoca en la crítica a la cárcel y a otras instituciones penales segregacionistas, o el reduccionismo penal que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico penal. Massimo Pavarini, "El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo", en *Poder y control,* pp. 141-157, [s.e.].

[13] "El delito no existe hasta que el acto haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos, terminar como hechos certificados por los jueces penales como un tipo particular de actos no deseados llamados delitos. El delito es uno, pero sólo uno, dentro de los numerosos modos de clasificar los actos deplorables". Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito,* (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Argentina, Editores del Puerto, 2008, p. 14.

res; lo cual deja ver el arraigo, si bien paulatino, pero cada vez mayor, de una perspectiva victimológica en las políticas de la criminalidad.

Apoyada en la criminología de la reacción, la victimología vio en aquellos argumentos elementos importantes para desarrollar una perspectiva victimológica; pero ésta habría de abandonar también el paradigma positivista que le había dado origen y que se preocupó, en el peor de los casos, por encontrar las responsabilidades de la víctima en el devenir delictivo que por desarrollar para ella derechos, y en el menor de los casos, para tutelarle y asistirle. La influencia, entonces, de las teorías de la reacción, motivó el análisis victimológico con una óptica de mayor pluralidad y de enfoque crítico; todo lo que permitió, por un lado, el desarrollo de los enfoques psicosociales, de especialidad y diferenciados; y por el otro, pensar en las víctimas del abuso de poder y de las violaciones a los derechos humanos.

Sin duda, tal perspectiva es cada vez más viable en tanto las reformas como la referida han supuesto un proceso de democratización de la justicia penal, ello hace que el desarrollo de derechos para las víctimas, si bien no esencial en el modelo garantista, sea viable por la compatibilidad aludida. A la postre y en atención a la progresividad a la que obliga la Constitución,[14] la víctima se consolidará no sólo como protagonista en el escenario penal, sino también como referente de prioridad para la justicia penal.[15]

V. Justicia alternativa en México

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, dentro de la cual, se supone la coexistencia de derechos en un horizonte donde no hay reglas y principios previos, sólo el diálogo de las culturas jurídicas dentro de dos premisas: prudencia y respeto,[16] el uso alternativo del derecho es un concepto que se encuentra estrechamente relacionado debido a que surge en razón del otro. En las sociedades de gran diversidad cultural y componentes étnicos diversos, surgen concepciones alternativas del derecho, a lo que se denomina: pluralismo jurídico.

[14] Como uno de los principios de los Derechos Humanos contenidos en el Artículo 1º de la CPEUM.

[15] Artículo 20 Constitucional en cuanto a la finalidad de la justicia penal y los derechos de las víctimas.

[16] Ramón Soriano, *Sociología del derecho,* Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 379.

El *derecho alternativo* en América Latina surgió en los años noventa, como una respuesta directa a la aplicación de un derecho estatal opresivo; surge de la práctica judicial y se encuentra muy extendido en diversos movimientos y escuelas contrarios al derecho estatal dominante desde una postura emancipadora. Se encuentra compuesto de diversos elementos: sociológico, psicológico, económico, lingüístico y simbólico derivados de corrientes europeas.[17]

El derecho alternativo pretende romper el predominio del derecho hegemónico del Estado para obtener reconocimiento jurídico propio. Autores como Soriano han definido desde una concepción amplia al derecho alternativo como un "Derecho distinto al hegemónico que pretende su reconocimiento jurídico en un territorio determinado".[18] En la práctica, el derecho alternativo surge como un modelo complementario del derecho hegemónico o estatal[19] en una coexistencia de derechos. Junto a la concepción de derecho alternativo, surge la de política criminal alternativa, la cual desde un carácter no institucionalizado, permite reflejar alternativas propias de la política social.[20] Resulta contraria a la hegemonía de la clase dominante al delimitar el proceso de selección de la definición y persecución de la criminalidad, en donde las clases subalternas son las seleccionadas negativamente por los mecanismos de criminalización.[21] Opta por la superación del derecho penal como un sistema totalizador de control de la desviación, por lo que propone una superación del derecho penal y de la pena.[22] Opta por la determinación de nuevos cauces, posiciones alternativas que profundicen la función positiva del derecho penal en una línea de transformación social y humanitaria, por ejemplo, con una ampliación de las formas de suspensión condicional de la pena, libertad condicional, formas alternativas de ejecución de la pena en semilibertad, entre otras.

El principio de mínima intervención o de subsidiariedad del derecho penal que consiste en que, a fin de solucionar controversias se debe recurrir preferentemente a procedimientos no jurisdiccionales, son el fundamento del

17 *Ibidem*, p. 370.

18 *Ibidem*, p. 364.

19 *Idem*.

20 Roberto Bergalli, *et al.*, *El pensamiento criminológico II, op. cit.,* p. 250.

21 Alessandro Baratta, *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1993. p. 210.

22 *Ibidem*, p. 218.

nuevo modelo de justicia (alternativa) que atiende al desarrollo de métodos autocompositivos capaces de coexistir por la vía jurisdiccional.

El Derecho o Justicia Penal Alternativa ha sido incluida como principio constitucional desde la reforma de 2008,[23] constituyéndose como un verdadero cambio de paradigma en materia penal, debido a que la misma no sólo implica la no judicialización del conflicto penal, sino la aplicación de mecanismos no adversariales para la solución del conflicto al que pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas. Su objetivo principal consiste en resolver conflictos derivándolos en respuestas más favorables para la víctima, el ofensor y la sociedad, debido entre otras cosas, al rol activo de los participantes en la solución del conflicto.

En materia penal, gracias a la aplicación de este modelo de justicia, los asuntos son atendidos y desahogados en las primeras etapas del proceso, logrando con ello una justicia más eficaz, pronta y expedita. La justicia alternativa es concebida como género de la justicia restaurativa y terapéutica, se aplica mediante mecanismos pre, intra y postprocesales como los criterios de oportunidad, las formas de terminación anticipada, la individualización de penas no privativas de la libertad e incluso el otorgamiento de beneficios preliberacionales, debido a que la desjudicialización evita también la sanción formal, y concretamente, la privativa de la libertad.[24]

Se distingue de la justicia restaurativa (JR) debido a que esta es un modelo de justicia que busca que las personas involucradas en una ofensa, participen conjuntamente en la solución del conflicto de manera pacífica. Pretende construir un espacio de comunicación entre la víctima y el ofensor destinado a la recuperación de la víctima y a responsabilizar al ofensor del daño causado desde un enfoque no adversarial ni retributivo.

Según autores como Howard Zeehr[25] cuenta con algunas diferencias respecto a mecanismos como la mediación:

[23] Aunque la Reforma de 2005 en materia del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes ya contemplaba las formas alternativas de justicia como eje rector del Sistema.

[24] Carlos Tiffer, (*et al.*), *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, Costa Rica, UNICEF-ILANUD, p. 182.

[25] Artículo de la Sociedad Científica de Justicia restaurativa. En http://sites.google.com/site/sociedadcientificadejr/-que-es-la-justicia-restaurativa/justicia-restaurativa-no-es-mediacion-penal, consultado en junio de 2018.

I. La JR considera a las partes como agentes morales asumiendo cierto desequilibrio entre ellos, de ahí que autores como Dave Gustafson[26] contempla una parcialidad equilibrada (por el daño causado).
II. En la M se asume cierto equilibrio moral entre las partes el mediador debe ser imparcial y neutral.
III. La JR es la ideal en materia penal porque en estos casos se asumen serios desequilibrios.
IV. Mientras que la víctima del delito encuentra ofensivo en algunos casos la palabra *"Mediación",* por lo que no se recomienda en asuntos penales.
V. En la JR el facilitador ofrece un espacio para que el que ha hecho un daño lo reconozca y por eso los procesos restaurativos están diseñados para ello.
VI. En la M hay pocos encuentros individuales y en la JR la preparación individual es esencial (formación en la dinámica del trauma).
VII. La mediación suele centrarse en el resultado (acuerdos realistas y viables) se negocia para llegar a acuerdos razonables sobre necesidades e intereses mutuos.
VIII. La JR se centra en el nivel emocional, incluyendo necesidades que abarcan sentimientos además de la narración de la historia.

Ted Watchel[27] no considera a la mediación como una práctica completamente restaurativa, tal y como lo representa (Ver Diagrama 1).

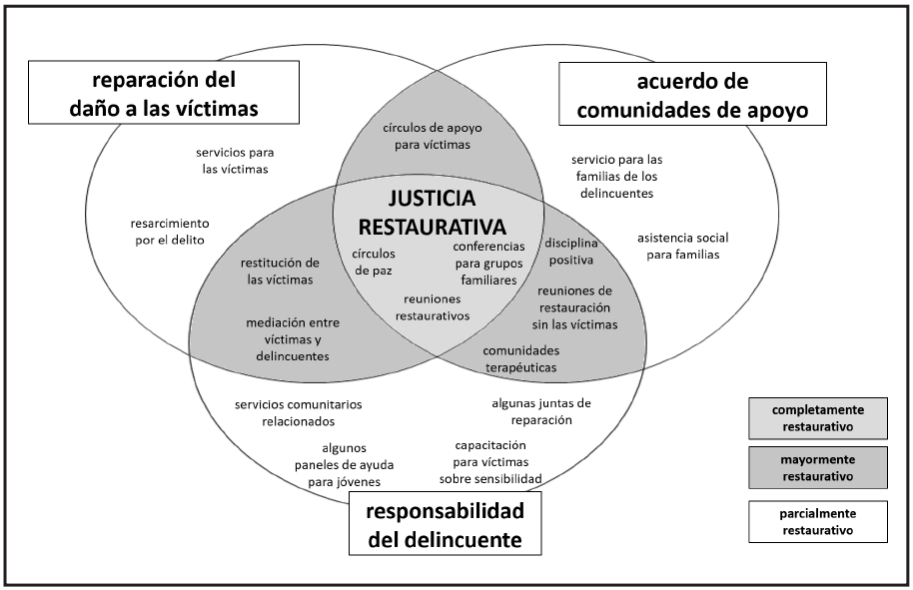
También se ha hecho la diferencia entre ellos, debido a que se considera que los procesos restaurativos son mecanismos autocompositivos y la mediación cuenta con elementos heterocompositivos, diferenciándose según el nivel de intervención de un tercero ajeno al conflicto (mediador/facilitador).

Por otra parte, la justicia terapéutica conceptualizada como el estudio de los efectos del derecho y los sistemas legales en el comportamiento, emociones y salud mental de las personas involucradas, busca mejorar la función psicológica y el bienestar emocional de las personas sometidas a procesos jurídicos y con ello disminuir los efectos negativos que generan tales situa-

[26] *Idem.*

[27] *Idem.*

Diagrama 1
Tipos y grados de prácticas de justicia restaurativa



ciones.[28] Puede ser aplicada tanto en justicia tradicional como alternativa, aunque sus principios y características son más compatibles con esta última.

Podemos concluir que la justicia alternativa, es la vía idónea para solucionar los conflictos penales debido a la resignificación del conflicto entre las partes contribuyendo a la finalidad socializadora, fomentando el respeto a los derechos humanos y minimizando los efectos negativos que puede generar la justicia penal entre los involucrados, diferenciando a la persona del problema, centrándose en los intereses de las mismas y generando opciones de beneficio mutuo por lo cual, este modelo de justicia debe ser integrado como alternativa a la justicia penal, de manera que todos los integrantes del Sistema, efectúen sus funciones de manera coordinada, donde el Ministerio Público o el Juez derive los casos a los organismos correspondientes y se cumpla con las siguientes garantías: autonomía, presunción de inocencia, privacidad, protección a la víctima y reparación del daño, entre otras.

[28] Sofía Cobo, "Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores", en *Justicia Terapéutica, experiencias y aplicaciones.* México, INACIPE, 2014, p. 79.

Resulta necesario pensar en mecanismos adecuados para el abordaje de los conflictos penales que se articulen con el sistema de garantías derivado de la norma, asegurando al individuo que aun en los casos en que los conflictos sean abordados fuera del ámbito de la intervención penal, el sujeto no será colocado en un régimen de menores garantías respecto del previsto por el derecho penal.

VI. A manera de conclusión

Las expectativas democráticas de la justicia penal en México se han ido consolidando en las últimas décadas, muestra de ello es no sólo la reforma procesal y el advenimiento del CNPP, sino el cúmulo de derechos reconocidos para los involucrados en y frente a la justicia penal, principalmente imputados de delito y víctimas u ofendidos por el mismo. La prioridad en el ejercicio de estos derechos por sobre las potestades punitivas del Estado y la garantía de su goce y ejercicio es lo que terminará por consolidar un modelo de justicia penal que se ha anclado en variables represivas. Las fórmulas alternativas significan siempre dar prioridad a los derechos de los involucrados por sobre las potestades punitivas; fórmulas que si bien han ido permeando la ley, lo cierto es que las posibilidades para su ejercicio aún no son las óptimas: la ley y la práctica de los operadores jurisdiccionales aún dejan pocas posibilidades de composición porque dan prioridad a las potestades punitivas y lo que se ha denominado intereses generales por sobre los particulares de las víctimas. Es viable y legítimo esperar que tanto la ley como la práctica de los operadores jurisdiccionales entiendan y amplíen las posibilidades de ejercicio de estos derechos para las víctimas,[29] como lo es que la aplicación del derecho sea lo menos lesiva posible e incluso, por qué no, terapéutica, transformando las estructuras autoritarias del Estado a través de los marginados: las víctimas de los delitos. potenciando mecanismos compositivos como la reparación del daño.

Si el derecho penal moderno responde a objetivos como tutelar a los ciudadanos y minimizar violencias, las únicas prohibiciones justificadas serán las mínimas necesarias a fin de impedir comportamientos lesivos que supondrían

[29] José Zamora Grant, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 91 y ss.

mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.[30] Aún queda pendiente, la reforma a la Ley Penal Sustantiva bajo los parámetros del propio modelo garantista, que en congruencia con lo ya reformado procesalmente, permitan la consolidación de una justicia penal más respetuosa de los derechos de las personas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*. México, Siglo XXI, 1993.

Bergalli, Roberto, *et al*. *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*. Barcelona, Editorial Hacer, 1993.

Bustos Ramírez, Juan; Bergalli, Roberto y Miralles, Teresa *et al*. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá, Temis, 1983.

Christie, Nils. *Una sensata cantidad de delito.* (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan losa, Argentina, Editores del Puerto, 2008.

Cobo, Sofía. "Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores". En *Justicia terapéutica, experiencias y aplicaciones*. México, INACIPE, 2014.

Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez y el propio Andrés Ibáñez. En *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho penal mínimo.* (Trad.), de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

Ferrajoli, L. *Paradigma Garantista.* Madrid, Trotta, 2018.

Lea, John. *Delito y modernidad.* (Trad.), Alejandro Piombo, México, Ediciones Coyoacán/FLASUD; SA. de CV, 2006.

Lea, John y Young, Jock. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (Trad.), Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

Pavarini, Massimo. "El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo". En *Poder y control*.

Rivera, I. (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal.* Barcelona, Anthropos, 2011.

Soriano, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

[30] L. Ferrajoli. *Paradigma garantista,* Madrid, Trotta, 2018, p. 93.

Tiffer, Carlos. *et al. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. Costa Rica, UNICEF-ILANUD, 1999.

Zamora Grant, José. *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

José Juan González Márquez, ***Nuevo derecho energético mexicano***, Serie Estudios, Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Azcapotzalco, 428 pp.

Ana Laura Silva López*

La energía se ha convertido en un recurso indispensable para la vida humana, hoy es difícil imaginar si quiera un día sin ella —lo que no significa que todas las personas gozan del recurso—, dado que es la fuente de muchas de las actividades que realizamos. Para que la energía exista, es necesario utilizar recursos naturales como el viento, el sol, el agua, el petróleo o el gas, para convertirlos en energía eléctrica. Los recursos naturales más utilizados en México para la generación de energía son los hidrocarburos, al tiempo de ser también la principal fuente de ingresos públicos, lo que ha hecho que la economía mexicana dependa del sector de la industria petrolera, la cual se encuentra en un proceso de transición, en la que se ha constitucionalizado la liberalización de la explotación y exploración de hidrocarburos, entre otras de las actividades que integran la industria petrolera. En este contexto, es que *Nuevo Derecho Energético Mexicano* del doctor José Juan González Márquez es un libro coyuntural, adecuado a las necesidades de una sociedad que consume energía todo el tiempo, y más aún, que ha pasado por una reforma a diversos cuerpos normativos en esta materia, debido a la riqueza de recursos naturales del territorio nacional y su necesidad como materia prima para la industria energética internacional.

La obra está encaminada a realizar un análisis formal al marco jurídico que regula la explotación de los recursos energéticos en México, con la intención de iniciar la sistematización de esta nueva rama del derecho, partiendo

* Profesora Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

del análisis del marco legal y regulatorio de los hidrocarburos, la industria eléctrica, la política energético-ambiental y su regulación; el sector minero, las fuentes alternativa de energía y la energía nuclear, así como la regulación del sector energético social, que está incluido en la regulación del sector energético ambiental, sin dejar de considerar los antecedentes y el nacimiento y desarrollo de lo que el autor llama Nuevo Derecho Energético, nuevo por la renovación total de las leyes en la materia en 2014; y nuevo porque no existen antecedentes de una sistematización de esta disciplina jurídica en México.[1] Esto se debe a que hasta ahora se habían elaborado estudios sobre el Derecho Energético Mexicano para incorporarlo como una nueva rama del derecho, denominado también:

> Derecho de los Energéticos, pero por su principal fuente de regulación normativa (que es la) aplicable a los recursos naturales en México, ha carecido de un sustento doctrinal que le permita caracterizarse como una disciplina jurídica autónoma, pues el estudio de las diversas figuras que contemplan un sector de la doctrina que a dicha rama se refiere, lo realizan, unos desde el derecho constitucional, otros del administrativo, unos más desde un enfoque económico.[2]

Por lo que la obra del doctor González Márquez se puede considerar el inicio de los trabajos encaminados a reforzar esta disciplina jurídica de suma importancia para un país considerado petrolero.

La revisión que realiza el autor al proceso de liberalización relativo al sector energético, se planteo a partir de los años noventa, con la liberalización de sectores como almacenamiento, transporte y distribución de gas natural; la generación de energía eléctrica por parte de particulares, a través de mecanismos como la producción independiente para su venta a la Comisión Federal de Electricidad; la reincorporación a la ley reglamentaria del artículo 27 en materia de petróleo de los contratos de servicios múltiples; la aprobación por el Congreso de la Unión en materia de fuentes alternativas de energía; el debate internacional en torno a métodos no convencionales de extracción de gas y petróleo tales como el método de fracturación; los cada vez más frecuen-

[1] José Juan González Márquez, *Nuevo Derecho Energético Mexicano*, México, UAM Azcapotzalco, Serie estudios Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades, 2017, pp. 28-29.

[2] *Cfr*., Rogelio López Velarde Estrada, "*Energía y Petroquimica Básica*", Nota p. 204. En http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1060/10.pdf, consultada el 1 de junio de 2018.

tes conflictos entre las actividades extractivas en el subsuelo y los intereses de los superficiarios; que se genera el fundamento para la llamada Reforma Energética de 2014, y considerado la génesis del Nuevo Derecho Energético Mexicano, en la que también se realiza un análisis del alcance del principio de *propiedad nacional* de los hidrocarburos.

Del análisis del proceso de liberalización, lo que el autor busca compartir, es que la finalidad de las reformas realizadas a los Artículos constitucionales 25, 27 y 28 en materia de hidrocarburos en 2013, fue constitucionalizar prácticas que ya eran llevadas a cabo con la guía de las leyes secundarias en materia de la industria petrolera, permitiendo la participación de intereses privados, pero sin certeza jurídica, dado que la legislación secundaria era inconstitucional al plantear mecanismos que contradecían el principio de actividad estratégica únicamente a cargo del Estado. Por otro lado, en cuanto al sector eléctrico, las modificaciones a la Constitución que se comentan, otorgó certeza a la inversión privada al eliminar la referencia al monopolio estatal sobre planeación y control del sistema eléctrico y sobre el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, liberalizando la generación de electricidad con excepción de la generación de energía nuclear, que continua siendo actividad reservada únicamente a la Nación.[3] De ahí que no debiera considerarse Reforma Energética, sólo una reforma más a la Constitución, en la que la exploración y extracción de hidrocarburos se sigue considerando un área estratégica, la cual puede ser delegada mediante contratos y asignaciones, de los cuales se realiza un estudio detallado en el capítulo VII del nuevo marco jurídico de los hidrocarburos.

El autor considera que una verdadera Reforma Energética sería aquella que promueva una verdadera transición a un sistema energético sustentable, basado en energías renovables,[4] tema que se puede analizar en el capítulo X, Las fuentes alternativas de energía, en el cual se estudia la Ley de Transición Energética, que es la única que marca la pauta para la transición que en este párrafo se ha señalado, y curiosamente, fue una Ley posterior a la Reforma Energética, y al tema realmente no se le ha dado la importancia que merece, pues todos los intereses continúan ubicados en los hidrocarburos como base del sistema energético. También se incluye el estudio de la Ley para el Apro-

[3] *Cfr.*, Capítulo VIII y Capítulo XI de José Juan González Márquez, *op. cit.*, pp. 253-279 y 313 a 321.

[4] También conocidas como alternativas o limpias.

vechamiento de las Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética; la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía; la Ley para el Desarrollo de los Bioenergéticos; y la Ley de Energía Geotérmica. Es de suma importancia considerar que estos instrumentos jurídicos son la base para lograr los compromisos asumidos por el Estado Mexicano con la Conferencia de las Partes el pasado 2015, dentro de los cuales, se planea que 43 de cada 100 fuentes de energía provendrán de fuentes renovables, en cogeneración con gas natural y plantas termoeléctricas con captura de dióxido de carbono. Se espera un avance de 35% para 2024.[5]

Se consideran principios del Nuevo Derecho Energético Mexicano los de competencia, apertura, transparencia, sustentabilidad y responsabilidad fiscal; cambios que tienen como objetivo transitar hacia un modelo energético dinámico; además de considerar la integración de una serie de aspectos ambientales y sociales con el objeto de procurar siempre la sustentabilidad; sin embargo, la realidad mexicana dista mucho de estas intenciones, puesto que los resultados que se están observando en la industria petrolera, puede ser que en el ámbito de los productores de derivados del petróleo se observen beneficios, como la competitividad a nivel de los consumidores, no demuestran la aplicación de estos principios. Merece la pena otorgar el beneficio de la duda al Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y Desarrollo, confiando que este fideicomiso, al ser el ente encargado de recibir, administrar, invertir y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y los contratos, con excepción de los impuestos que seguirán siendo recaudados por el SAT, en un tiempo, verdaderamente cumpla con el objetivo para el cual fue creado, confiando que aún se encuentra en la etapa de la recaudación y administración.

Otro de los aspectos abordados, es la descripción de los nuevos tipos de contratos que se señalan en la reforma de 2014, los cuales retoman lo que con la ley de 1941 fueron los contratos de riesgo, mediante los cuales, la Nación encomendaba ciertas actividades de la industria petrolera a la iniciativa privada. A partir de 2014 es posible encontrar contratos para exploración y extracción de hidrocarburos, que podrán ser de servicios, de utilidad o de pro-

[5] "9 Compromisos de México ante reunión sobre Cambio Climático" *Expansión* en alianza con CNN, Viernes 20 de noviembre de 2015. En https://expansion.mx/economia/2015/11/20/ocho-compromisos-de-mexico-ante-la-cop-21, consultado el 11 de mayo de 2018.

ducción, regulados por la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento. Con esta nueva modalidad para delegar actividades de la industria petrolera, es evidente el carácter económico que se le ha dado al uso de los recursos energéticos, como un bien puesto al mercado y que es materia de contratos en los cuales se les fija un precio, y ya no más como un recurso que cumple necesidades fundamentales de la sociedad y que por tanto exige el control de su explotación por parte del Estado.

Asimismo, se realiza una revisión de las autoridades encargadas del sector energético como son la Comisión Reguladora de Energía; la Comisión de Hidrocarburos; la Comisión Nacional para el Uso Eficiente de Energía; el Centro Nacional de Control del Gas Natural; el Centro Nacional de Control de Energía; la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias; el Instituto Mexicano del Petróleo; El Instituto Mexicano del Petróleo; el Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares; la Secretaría de Medio Ambiente y Recurso Naturales; la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección Ambiental del Sector Energético;[6] entre algunas otras.

Por todo lo antes descrito, el libro *Nuevo Derecho Energético Mexicano* resulta necesario para la formación y actualización de profesionistas especializados en la materia, de manera que sean capaces de interpretar adecuadamente los alcances de este proceso paulatino de modificación del derecho energético nacional y sus implicaciones económicas, sociales y ambientales, y poder utilizar los instrumentos legales que regulan al sector energético nacional, teniendo en cuenta sus implicaciones económicas, sociales y ambientales, sin dejar de considerar la necesidad de contrastar el régimen jurídico mexicano en materia energética con las principales tendencias que muestra el derecho comparado sobre el particular, así como la revisión de los diferentes tratados internacionales que ha firmado México en materia energética, y los compromisos que ha adquirido.

[6] Este órgano administrativo desconcentrado, causa interés al establecer un nuevo régimen laboral para las instalaciones de hidrocarburos.

Roberto Lara Chogoyán, ***Argumentación jurídica. Estudios prácticos,*** México, Ed. Porrúa, 2015.

Jessica Elizeth Ventura González*

La editorial Porrúa publicó el libro *Argumentación jurídica. Estudios Prácticos*, dedicado a unificar la teoría con la práctica, como lo menciona en propias palabras, "la teoría funciona como un salvavidas en el mar de la experiencia", lo que propone con ello Roberto Lara Changoyan, secretario de estudio y cuenta en la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación es demostrar, como una incorrecta aproximación metodológica puede impactar en el producto de la argumentación, en palabras más coloquiales, "quedar a deber".[1]

En este contexto, el autor inicia con el principio de universalidad, presentando un esbozo del origen de dicho principio y la utilidad en la práctica judicial, con el fin de evaluar el trabajo judicial, así como de explicar que "el trabajo argumentativo no se queda solo en la senda de una técnica, si no que llega hasta la senda de la razón práctica", y de resaltar las ventajas del principio, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en virtud de que en ella, todos los jueces en especial los jueces constitucionales deben ser sólidos con sus decisiones. Para ello, el autor toma como base cuatro razones constitucionales del principio de universalidad:[2] seguridad jurídica, principio de igualdad, mecanismo de control de la actividad judicial, libertad ciudadana y desarrollo económico.

* Lic. en Derecho y Ayudante del Eje Derecho Procesal y Amparo, UAM-Azcapotzalco.

1 Roberto Lara Changoyan, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2015, p. XIX.

2 *Ibid*., p. 4

Asimismo, desarrolla un marco de referencia para los juzgadores, que me resulta relevante enfatizar, la facilidad en que los jueces pueden llevar a cabo un proceso en tan solo siete pasos:

Primero: Identificar y acotar el problema.

Segundo: Distinguir entre el contexto de descubrimiento y el de justificación.

Tercero: Establecer un procedimiento justificatorio de las razones.

Cuarto: Determinar que enfoque es el adecuado para resolver el problema.

Quinto: Formular diversas hipótesis y establecer distintas líneas de argumentación.

Sexto: Establecer la fundamentación de la hipótesis elegida.

Séptimo: Reconstruir el argumento central a través de un proceso de justificación interna.

Bajo esta tesitura, aborda el proceso de una manera concreta, descriptiva y objetiva, pues así como resalta su importancia y sus ventajas, también advierte del peligro que corre el hecho de sacralizar dicho principio.

Aunado lo anterior, el autor explica dicho principio a través un ejemplo consistente en la petrificación del ordenamiento jurídico o cuando se intenta universalizar una equivocación del pasado. Es este sentido, trata de explicar la forma en que la corte constitucional dentro de su sistema jurídico se estructura en una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica y la relación que existe de la justicia material al caso concreto, a través de jueces respetuosos de los precedentes y que tengan la capacidad de actualizar las normas a las nuevas situaciones.

Por otra parte, el autor señala un "nuevo paradigma", refiriéndose al cambio surgido en México, a partir de las reformas constitucionales y legales en materia de derechos humanos, con ello todas las autoridades del país dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación de velar no solo por los derecho humanos constituidos en nuestra carta magna, sino también por los contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el estado mexicano, siempre y cuando la interpretación este en busca de la protección a los derechos humanos, conocido como principio *pro persona*.

Sin embargo, advierte en un segundo plano, que el nuevo paradigma también, abarca un cambio en el pensamiento de los juristas, siendo una forma novedosa de pensar en el derecho.

En este tenor, el autor realizar diversos comparativos y utiliza ejemplos de fácil comprensión con temas que parecieran tan complejos, lo cual me resulta una habilidad admirable y sobresaliente que presenta, no solo en este tema, si no a lo largo del desarrollo de la obra.

Por lo que se refiere a la visión que deben tomar los operadores jurídicos, se limita a dos extremos, tanto al formalismo jurídico como al activismo judicial, pues ambos resultan dañinos para el propio sistema. Por ello, hace mención que en ambos debe de existir un equilibrio y explica que la actitud formalista, es la más obscura de sus facetas, puesto que implica una visión casi religiosa de la norma escrita, lo que lleva al juez a resolver los casos al "tenor de la ley", mientras que la cara activista, consiste en que los jueces, llevan los procesos judiciales a determinadas causas, desde su propia moral, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad judicial.

Por tales razones, el cambio de pensamiento de los jueces resulta una exigencia del paradigma; empero, no todos los cambios y propuestas deben hacerse desde el derecho. Al respecto Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, señalan que en el juego argumentativo se debe respetar el carácter institucional del derecho.[3]

De modo, que en todo caso por trágico que sea de acuerdo al autor Roberto Lara, se ha de encontrar una solución, siempre y cuando las decisiones de los jueces estén basadas en un razonamiento lógico y debidamente fundadas y motivadas, dicho en otro modo bien argumentadas.

Es valiosa la experiencia que transmite el autor, al emitir con seguridad cada comentario dirigido al nuevo paradigma de los jueces, pues denota su sencillez en cada fragmento y demuestra su conocimiento en el tema al escribir de una manera precisa, objetiva y sensata cada línea de la obra.

Me resulta interesante explicar la visión que plantea el autor con la imagen de los diferentes jueces, pero además un tanto preocupante, la forma en como lo explica.

[3] *Ibid*., p. 66

La teoría de la argumentación jurídica de Roberto Lara consiste en el análisis del razonamiento judicial para proyectar una resolución, la cual se realiza a través del principio rector de la ética judicial y de una adecuada fundamentación y motivación.

Asimismo, el autor pretende que la comunidad jurídica mexicana, se encuentre satisfecha con la idea de un modelo de juez que domine el derecho positivo, así como la dogmática jurídica y que no incurra en ningún acto que vaya en contra de las normas jurídicas; sin embargo, esto parecería un poco conformista y limitado, pues la imagen del jurista hace algunos años era diferente, pues se trataba de un juez que además de dominar las artes del derecho y demostrar una técnica jurídica, solía ser un sujeto provisto de ciertos rasgos de carácter (virtudes que contribuyen al trabajo del juez), que le hacían parecer un sujeto respetable por su manera de ver y entender al mundo. Luego entonces, con la modernización de la carrera judicial, la creciente demanda de justicia y la modernización del poder judicial federal, modifica el trabajo jurisdiccional.

En esencia, el autor explica metafóricamente que la misión conferida a los jueces es el rango más alto en una sociedad, comparándolo con el trabajo de un dios, en virtud de que, puede cambiar radicalmente la vida de una persona, por ejemplo: en el caso de la guarda y custodia, alimentos, régimen de visitas etcétera, la autoridad jurisdiccional tiene el don para manejar las artes del derecho pero que además, tiene que manejarlas de manera virtuosa con el fin de no dañar su interés y sobre todo su integridad.

Aristóteles decía que la virtud, "es un hábito, una cualidad que depende de nuestra voluntad, consistiendo en este medio que hace relación a nosotros y que está regulado por la razón en la forma en lo que regularía el verdadero sabio. La virtud es un medio entre dos vicios". De esta idea parte el autor, para describir los rasgos de carácter que se debe tener para determinar si un juez es o no virtuoso como son: el buen juicio, la perspicacia, la prudencia, la altura de miras, el sentido de la justicia, la humanidad, la empatía, la valentía, la honestidad y la templanza.

Destacando de este listado, para Roberto Lara dos de suma importancia, la prudencia y la templanza. La prudencia la toma como la virtud de la inteligencia práctica, la capacidad necesaria para aplicar adecuadamente los principios

generales a las situaciones particulares y la templanza la define según Manuel Atienza, como autorestricción.

> […] la cualidad que debe disponer al juez a usar moderadamente el extraordinario poder de que esta investido, a considerar que los límites del ejercicio, de este poder no son solamente los establecidos por las normas, a esforzarse a no poner a los otros sus propias opiniones, ideologías, etcétera.[4]

Con base a lo anterior, deviene mi preocupación sobre algunos puntos que desarrolla el autor con respecto a la imagen de los jueces mexicanos, por ejemplo, menciona que en México los jueces son poco asertivos a la hora de definirse como aceptantes o detractantes de alguna concepción del derecho, pues se dicen ser positivistas, sin tener muy claro lo que ello significa, más bien, esta auto calificación parece obedecer a cuestiones ideológicas, relacionadas con el "prestigio".

Además, la idea promedio de que los jueces suelen reducir o simplificar, como lo menciona el autor Roberto Lara, relata como al cuestionar a diversos jueces con un caso práctico desde determinada teoría, los jueces defienden una posición más bien normativista, pero si el planteamiento es abstracto, su defensa se plantea en una concepción más valorativa.

Continuando con esta misma línea, desafortunadamente muchos jueces mexicanos realizan su trabajo de manera mecánica y a destajo, lo que demerita su actividad y la forma de argumentar, dejando mucho que desear en la toma de decisiones.

Por consiguiente, se puede resumir que la creatividad y la imaginación no van en contra de la forma de realizar la argumentación de una sentencia, los dotes histriónicos del buen derecho no bastan, la necesidad de un interés mayoritario en cada sentencia emitida por los jueces, ponen en cuestionamiento a nuestro país.

En los últimos capítulos de su libro, el autor profundiza en grandes temas, como es el amparo y los cambios que ha logrado en nuestro país en los últimos años, para ello, nos explica de una manera clara y precisa la forma en cómo se tiene que elaborar una sentencia de amparo.

[4] *Ibid*., p. 74.

En primer lugar, en cuestión de forma introduce la obligación de analizar sistemáticamente todos los conceptos de violación y eliminar los considerandos y resultandos, los cuales pasan a ser consideraciones y fundamentos de derecho; en cuanto al fondo, se introduce, el que sin duda es el cambio más significativo de toda la reforma, la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En segundo término, se exige que las sentencias estén elaboradas con mayor precisión y que los proyectos de resolución sean públicos.

Bajo esta tesitura, podemos darnos cuenta de que existen una serie de cambios significativos con respecto del sistema anterior; sin embargo, debido a la falta de planeación y a la premura de poderlo implementar, por muy buenos que sean los cambios dudo que tengan consecuencias favorables, en virtud de que este tipo de modificaciones deben de llevar un proceso y una cohesión.

Por su parte, Roberto Lara y otros ministros integrantes de la Primera Sala destacan un cambio, principalmente en la estructura, pues resaltan que una sentencia debe contener los siguientes apartados: Antecedentes, Trámite, Competencia, Oportunidad, Procedencia, Consideraciones, Fundamentos y una Decisión.

En este tenor, el autor concluye con una perspectiva positiva, en cuanto al avance hacia una evolución a la claridad y fuerza comunicativa de las sentencias.

Del mismo modo me parece sensato, no dejar fuera de este trabajo, la suplencia de la deficiencia de la queja, pues de acuerdo con el autor, se define como una institución procesal que se justifica por la necesidad de equilibrar el proceso, especialmente cuando se trata de favorecer a sectores de la sociedad con ciertas desventajas.

Es por ello, que resulta necesario denotar la pluralidad de temas que el autor logra observar tras la ventana del derecho, pues dentro de su obra analiza temas que van muy acorde con la realidad que actualmente vivimos, principalmente con los prejuicios de género, que sin duda de manera valiente y vanguardista, pero más aún inteligente, aborda el tema sin ahondar en problemas éticos o fuera de contexto, y como era de esperar, plantea un caso específico y práctico con el propósito de explicar la forma de proyectar una sentencia, a través de los siete pasos que se explicaron anteriormente.

En este sentido, considero que los más agradecidos por este libro deberían ser los jueces y los secretarios de estudio y cuenta, porque dentro de su obra el autor realiza una seria de acotaciones, muy bien intencionadas con el fin de mejorar la metdológica de la argumentación al momento de proyectar una sentencia y en ningún momento resulta pretencioso, sino por el contrario, demuestra una postura sencilla, a través de un lenguaje claro y concreto que puede ser entendido por el público jurista, para así poder llevar la teoría a la práctica y no *"quedar a deber"*.

Finalmente considero que el autor Roberto Lara dentro de su obra, logra su objetivo, embonar en todo momento la teoría con la práctica, algo que pareciera difícil de lograr, pero que él lo realiza con gran facilidad. Por lo tanto, considero que es un libro recomendable para el público en general, pues contiene una narrativa de las fallas argumentativas dentro del sector jurisdiccional.

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.

B Calendario para la recepción de artículos

En cumplimiento al Capítulo I, Punto I, inciso e) de la Reglas de Funcionamiento Interno de la Revista *Alegatos,* el Comité Editorial, acordó la publicación del calendario para la recepción de artículos, ésta se llevará a cabo de acuerdo con las fechas establecidas en el cuadro anexo. Asimismo, hacemos del conocimiento que se publicarán aquellos artículos **inéditos** que cuenten con los dictámenes favorables establecidos en las reglas de Operación Interna.

Fecha de recepción de artículos	Para el número
Último día de marzo	mayo/agosto
Último día de agosto	septiembre/diciembre
Último día de enero	enero/abril

C 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.

D 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 de 12 puntos. 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.

E 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 ictámenes 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/sampledata/PDF/CAPTULO%203.%20ALEGATOS%20IMPRESA.pdf.

alegatos

Suscríbase a la revista semestral **alegatos** por:

- ☐ $140.°° En el D.F.
- ☐ $150.°° En el interior de la república.
- ☐ $25.°° USD En América Latina.
- ☐ $30.°° USD En el resto del mundo.

Formas de pago:
Cheque certificado a nombre de la Universidad Autónoma Metropolitana
Efectivo, Depósito bancario, Transferencia bancaria.
(Para solicitar el número de cuenta deberá comunicarse a la Coordinación de Difusión y Publicaciones)

Suscripciones y ventas:
Coordinación de Difusión y Publicaciones, Av. San Pablo No. 180, Edificio E-004, Tel.: 5318 9109
publicacionesdcsh@azc.uam.mx, lunes a viernes de 10:00 a 14:00 hrs.

✂----------

SUSCRIPCIONES Fecha: _____

Suscripciones _____ o adquisición de _____ ejemplares a partir del número _____ al _____.

Datos para envío de los ejemplares:

Nombre: _____

Calle y número: _____

Colonia: _____ Código postal: _____

Ciudad: _____ Estado: _____

Teléfono: _____

Si requiere factura:

Nombre o Razón social: _____ RFC: _____

Calle y número: _____

Colonia: _____ Código postal: _____

Ciudad: _____ Estado: _____

continúa

Datos de la cuenta de pago o transferencia bancaria:

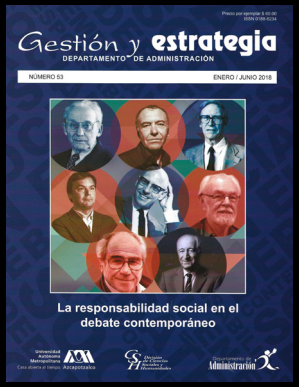
Banco: _____ tipo de cuenta: _____ y número de cuenta (los 4 últimos dígitos): _____

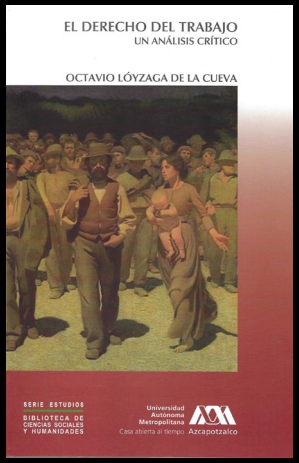
Forma de pago (que deberá aparecer en la factura): _____

Uso que le dará al CFDI: _____

_____

Otras publicaciones Institucionales:





Este número especial tiene ese carácter por diversas razones; la más importante es porque se trata de una edición para conmemorar que la revista Alegatos llega a cien números de manera ininterrumpida en un periodo de treinta y tres años. A esos resultados han contribuido los investigadores del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana y de otras instituciones nacionales y extranjeras que con sus aportaciones han hecho posible la continuidad de la publicación; mención especial merecen los dictaminadores y quienes con el trabajo operativo materializan la edición, secretarias, ayudantes y editores, que con su trabajo han ayudado a la consolidación de la revista.

Alegatos es hoy una revista madura, consolidada con un perfil interdisciplinario y crítico, abierto a la pluralidad del pensamiento jurídico y de disciplinas a afines que ayudan a la comprensión de los fenómenos que influyen en la reflexión jurídica; por eso mismo la revista Alegatos, ocupa ya un lugar trascendente entre la comunidad jurídica nacional.

En los contenidos de la publicación se sigue profundizando en las ramas tradicionales del derecho, documentando los cambios que se han impulsado en el orden y pensamiento jurídico; pero también explorando en campos que han cobrado importancia por el interés social en problemáticas emergentes y su relevancia para la humanidad, como el derecho ambiental, el derecho indígena, los conocimientos tradicionales, la manipulación de los recursos genéticos, las formas alternas de solución de controversias, entre otros; en este sentido, Alegatos se ha consolidado como el medio de difusión a través del cual el Departamento de Derecho participa en el debate jurídico nacional.

Finalmente, con este número cerramos una época en distintos sentidos pues probablemente estamos asistiendo al fin de la era neoliberal y al inicio de una nueva época que también marcará el orden jurídico nacional, además se trata de una nueva época porque cerramos un ciclo en la historia de la revista y abrimos uno nuevo, incorporándonos de una manera firme hacia la equidad de género, es a partir de ahora que asumirá la dirección de la revista una distinguida profesora del Departamento de Derecho, al mismo tiempo que incorporamos cambios en el diseño y formato de nuestra publicación.

ISSN 2007-6916