

alegatos

No. 111 - 112

Tercera Época

mayo - agosto / septiembre - diciembre 2022 \$50.00



111 - 112 alegatos

Comité Editorial:

Dra. Rosa M. Álvarez González
Dra. Alicia B. Azzolini Bincaz
Dra. Sofía M. Cobo Téllez
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Mtra. Diana M. Magaña Hernández
Dr. Carlos A. Sanabria Valdés
Dra. Iris R. Santillán Ramírez
Dr. Arturo Sotelo Gutiérrez
Dr. José Zamora Grant

Coordinadores:

Directora del Programa Editorial
Mtra. Diana M. Magaña Hernández

Ayudante del Programa Editorial
Damían J. Jiménez Alejos

Traductor de abstracts
Dr. Alejandro Caamaño Tomás

Secretaria del Programa Editorial
Diana Mejía Salazar

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



Alegatos. Tercera Época, Año 36 y 37, Número 111-112, mayo-agosto/septiembre-diciembre de 2022, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana a través de la Unidad Azcapotzalco, División Ciencias Sociales y Humanidades. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex Hacienda San Juan de Dios, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14387 México, Ciudad de México y Av. San Pablo No. 420, Edificio E, salón 004, Col. Nueva el Rosario, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02128 México, Ciudad de México; Teléfonos 53189412 y 53189109. Página electrónica de la revista: <http://alegatosenlinea.azc.uam.mx> y dirección electrónica: alegatosuam@hotmail.com. Editora Responsable: Mtra. Diana Margarita Magaña Hernández. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo de Título No. 04-2002-112110394400-102, ISSN: 2007-6916, ambos otorgados el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Ing. Rafael Alvarado Ramírez; Sección de Desarrollo de Sistemas de la Coordinación de Servicios de Cómputo, Unidad Azcapotzalco. Tamaño del archivo: 10.26 MB.

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

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

alegatos

(Tercera Época)

Número 111-112 (mayo-agosto/septiembre-diciembre de 2022)

Directorio

Rector General	<i>Dr. José Antonio de los Reyes Heredia</i>
Secretaria General	<i>Dra. Norma Rondero López</i>
Rector de la Unidad Azcapotzalco	<i>Dr. Oscar Lozano Carrillo</i>
Secretaria de Unidad	<i>Dra. Yadira Zavala Osorio</i>
Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades	<i>Dr. Jesús Manuel Ramos García</i>
Secretario Académico de la División	<i>Lic. Gilberto Mendoza Martínez</i>
Jefa del Departamento de Derecho	<i>Mtra. Jazmín Sánchez Estrada</i>
Coordinador Divisional de Difusión y Publicaciones	<i>Dr. Cesar Daniel Alvarado Gutiérrez</i>

Colaboradores y Árbitros:

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

alegatos

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

Precio por número: \$ 50.00

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

(Tercera Época)

Número 111-112 (mayo-agosto/septiembre-diciembre de 2022)

Suscripciones y ventas:

Coordinación de Difusión y Publicaciones: publicacionesdcsh@azc.uam.mx, tel.: 555318-9109

Correspondencia: Departamento de Derecho: alegatos@azc.uam.mx, tel.: 555318-9412

Página electrónica: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/issue/archive>

División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Azcapotzalco,

Av. San Pablo No. 420, Col. Nueva el Rosario, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02128, México, Ciudad de México.

Diseño editorial y de portada: Lic. Patricia Alejandra Ibáñez Álvarez

Corrección de estilo: Dr. Alejandro Caamaño Tomás, Alejandro Abarca Reyna, Lic. Itzel A. Hernández A.

Cuidado de la edición: Alegatos/**Concepto Impreso**

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

Doctrina

- Derecho y lógica. Justificación interna y justificación externa. Segunda parte. La argumentación normativa deductiva y la argumentación ética axiológica* 209
Gonzalo Carrasco González
- La construcción del derecho económico mexicano en el inicio del siglo XXI; una perspectiva teórica desde la lex mercatoria* 239
Luis Figueroa Díaz
- El delito de femicidio en México. Tipificación y dificultades probatorias* 263
Alicia B. Azzolini Bincaz
- La decisión judicial* 287
Fermín Torres Zarate

Investigación

- La integración de México al mercado energético de Norteamérica* 321
José J. González Márquez
- Justicia alternativa en la justicia penal para adolescentes en México. De la teoría a la práctica* 345
Alejandra M. Gómez Barrera
- El enfoque de género para el acceso a la justicia a mujeres víctimas de desaparición* 367
Nancy G. Hernández Mendoza
- Cuestión agraria y pueblos originarios huastecos veracruzanos durante la colonización española* 385
Imelda Torres Sandoval
Gerardo Gómez González
Federico Guzmán López

*Regulación laboral de los organismos públicos descentralizados.
Novedades en la jurisprudencia*
Carlos Reynoso Castillo

407

Derecho y lógica. Justificación interna y justificación externa. Segunda parte. La argumentación normativa deductiva y la argumentación ética axiológica

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

El presente artículo consta de dos partes. Esta segunda parte se enfoca de manera específica en exponer el modelo interpretativo-argumentativo, para con ello resaltar la importancia de la argumentación en la justificación de las decisiones judiciales. Desde la perspectiva de la exigencia de dichas decisiones, se analizan las teorías de la justificación vinculada con la lógica jurídica (modelo silogístico-subsuntivo) y las teorías de la argumentación (éticas-axiológicas); es decir, el enfoque lógico deductivo (justificación interna) y el enfoque ético-axiológico (justificación externa).

Abstract:

This article is divided into two parts. This second part focuses specifically on exposing the interpretive-argumentative model in order to highlight the importance of argumentation in the justification of judicial decisions. From the perspective of the requirement of such decisions, the theories of justification linked to legal logic (syllogistic-subsumptive model) and the theories of argumentation (ethical-axiological) are analyzed; that is, the logical-deductive approach (internal justification) and the ethical-axiological approach (external justification).

Sumario: Introducción / I. La justificación de las decisiones judiciales y la argumentación jurídica / II. Del modelo silogístico-subsuntivo-aplicativo al modelo argumentativo (axiológico-sustancial) / III. Justificación interna y justificación externa / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho. Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

La elaboración, aplicación, interpretación y argumentación son actividades propias del quehacer de los juristas. Estas actividades están entrelazadas entre sí. Ahora bien, cada uno de estos temas es relevante para el estudio del derecho.¹ No obstante debido a su complejidad y extensión, el presente estudio se enfoca de manera específica a la materialización del texto vigente a través de la decisión judicial y su justificación; puesto que, para cumplir su razón de ser, para adquirir pleno sentido, el derecho se concretiza a través de la decisión judicial.²

De manera específica, la relación entre estas actividades se pone de manifiesto en el momento de aplicar el precepto general a un caso concreto, en el cual la decisión judicial da lugar a la creación de una norma individualizada, esto es, la creación jurídica de normas individuales, producto de las decisiones judiciales, que entrelazan la aplicación y la producción del derecho. Las normas individuales, judiciales o contractuales tienen como base disposiciones más generales las cuales, para su aplicación, deben ser interpretadas, puesto que una opinión generalizada entre los tratadistas en la materia es que no puede haber aplicación de un texto normativo sin que éste sea interpretado previamente por quien lo aplicará, en este caso, el juez.³

¹ Para aplicar una disposición jurídica, no sólo tenemos que hacer un *reconocimiento de validez* (verificar si fue emitida conforme a los procedimientos de creación establecidos por la constitución de que se trate), sino, además, entender que su producción es un procedimiento que no termina simplemente con la promulgación e iniciación de la vigencia del texto normativo, sino que tiene un momento siguiente que es el que le da vida: el interpretativo, que es el que permite que el derecho no sólo sea vigente, sino en terminología de Villoro, *viviente*, es decir, aquel que no sólo se encuentra en vigor, sino que se aplica; aquel que es *observado socialmente*. Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación jurídica*, pp. 3-4.

² Este aspecto es de suma relevancia para justificar la delimitación de nuestro estudio enfocado a la justificación tanto interna como externa de la decisión judicial, pues, como lo expone Mario Álvarez, el derecho se aplica cuando entra en contacto con la realidad, a cuya regulación se halla destinado, y, entonces, adquiere pleno sentido porque sirve a su objetivo, cumple con la razón de su existencia: "...implica la realización de su función original, esto es, la de ser un instrumento de regulación especial de ciertos ámbitos de la conducta social, a efecto de facilitar la convivencia social". Mario L. Álvarez Ledesma, *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 250 y Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación jurídica*, p. 47.

³ Esta aseveración la argumentamos con base en Mario L. Álvarez quien expone que: "Sabemos que para aplicar el derecho el juez debe recurrir prácticamente siempre a la interpretación, a efecto de conocer cual es el contenido de una norma y poder así aplicarla a un caso concreto... No debe olvidarse que el objetivo de la interpretación en el derecho es eminentemente práctico pues está ligado y dirigido a los casos reales que ha de regular". Mario L. Álvarez Ledesma, *op. cit.*, p. 267.

Sin embargo, la interpretación del texto jurídico no es tarea sencilla, puesto que todo precepto jurídico tiene un sentido cuyo descubrimiento implica problemas lingüísticos (ambigüedad y vaguedad), lógicos o conceptuales y axiológicos (referidos a cuestiones de equidad y justicia); pero el problema principal es que estos distintos problemas requieren de diferentes métodos y técnicas de interpretación. De ahí que existan diversas maneras de hacer una interpretación respecto a la norma jurídica por aplicar y de las cuestiones del hecho concreto por resolver.

La revisión de las distintas teorías, métodos y técnicas de la interpretación (principalmente las teorías “neo-escépticas”, las “neo-formalistas y las “eclecticas”) es amplia y compleja, difícil de abordar en un ensayo corto. Por ello, delimitamos nuestro estudio al análisis de la justificación de las decisiones judiciales desde un modelo interpretativo-argumentativo.

La argumentación está vinculada a la justificación, esto es, para toda tesis o afirmación que se propone se debe ofrecer la razón o razones que la fundamentan, por lo que argumentar es la actividad a través de la cual se proporcionan las razones (premisas) que justifican una afirmación (conclusión). Por esta razón, de manera general, para todo razonamiento con pretensión de científicidad es condición necesaria la actividad de argumentar. Resaltamos la importancia que la justificación judicial tiene en la época actual, con base en la opinión de Comanducci, de que lo más importante de la teoría jurídica contemporánea se encontraría no exactamente en las teorías de la interpretación, sino en las teorías de la justificación de la interpretación; en este sentido, nos abocamos a la presentación de las teorías de la justificación vinculadas con la lógica jurídica y las teorías de la argumentación jurídica: lógicas y éticas (axiológicas); es decir, el enfoque lógico (justificación interna), y el enfoque ético-axiológico (justificación externa).

Los diversos tratadistas han enfatizado la conexión entre la interpretación y la argumentación, distinguiendo la primera como un proceso cognoscitivo y la segunda como un proceso de justificación. En este sentido, la argumentación es complementaria de la interpretación, de manera específica en la aplicación del derecho a un caso concreto, puesto que la decisión judicial debe estar justificada con base en argumentos racionales.

La interconexión entre la interpretación y la argumentación ha dado lugar a un modelo que podemos denominar interpretativo-argumentativo —aun

cuando algunos especialistas prefieren el término argumentación interpretativa—, el cual ha tenido relevancia a partir de la década de los cincuenta del siglo pasado. Con este modelo, los tratadistas en la materia se han enfocado en la búsqueda de superar el modelo exclusivamente aplicativo, caracterizado, hasta ese momento, por una perspectiva predominantemente formalista-legalista que omitía la interpretación y la argumentación, y por la poca relevancia que daban a la justificación de las decisiones judiciales.

Uno de los elementos esenciales de esta nueva teoría de la argumentación —básicamente la teoría estándar de la argumentación jurídica— se enfoca más en el contexto de justificación que en el de descubrimiento; es decir, se pretende mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también cómo se deberían justificar.

Si bien, existen requisitos de forma y requisitos de fondo —o sustanciales— de los actos y las decisiones de la institución jurídica, dentro de los requisitos de fondo está, sin duda, el más importante: que el acto esté fundado y motivado, lo que implica las razones de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta para la emisión del acto y la decisión en el contenido. Lo anterior significa la transición de una legalidad simple o legalidad formal a una legalidad de fondo o legalidad sustancial, aun cuando estos dos tipos de legalidad no son mutuamente excluyentes sino complementarios.

La prioridad otorgada por los tratadistas en la materia a las razones formales (requisitos de forma) o a las razones sustantivas (requisitos de fondo), ha impulsado el desarrollo de distintas concepciones, que si bien todas ellas tienen aspectos relevantes, en nuestro estudio nos enfocamos en la teoría analítica de la justificación racional de las decisiones judiciales, la cual tiene como base el modelo teórico del razonamiento jurídico judicial elaborado por Jerzy Wróblewski. Este modelo consta de las siguientes fases: la elección de la norma aplicable, la determinación de su significado, la prueba de hechos, la subsunción de los hechos en la norma y la determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos para la norma elegida. La interpretación jurídica, como señala Wróblewski, se basa en tres tipos de argumentos: 1) los que constituyen fuente material del derecho; 2) las directivas del razonamiento jurídico, y 3) los valores y las valoraciones. Tales argumentos deben guiar la actividad del órgano aplicador.⁴

⁴ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, pp. 70 y ss.

Ahora bien, el primer cuestionamiento que plantean las teorías de la argumentación modernas se dirige a precisar que la argumentación jurídica no descansa primordialmente en la lógica jurídica, sino que en la búsqueda de justicia y equidad en las decisiones judiciales es necesario introducir elementos axiológicos, deónticos, pero además materiales (de facto), relacionados con el caso concreto; esto es, transitar de una argumentación normativa-deductiva a una argumentación práctica general cuyo fundamento principal será la razón práctica; dado que se parte del supuesto de que en el caso de la argumentación jurídica resulta que las razones a favor y en contra no son exclusivamente formales (lógica y jurídicamente), sino que además son materiales: “En cuanto a los argumentos lógicos-dinámicos incluyen: razones axiológicas, deontológicas y teleológicas no sólo para medir la eficacia pragmática entre medios-fines, incluida su efectividad sociológica y eficiencia económica sino también para justificar éticamente una decisión como la adecuada, correcta o justa”.⁵

Así, por ejemplo, Manuel Atienza distingue tres concepciones o tres aproximaciones básicas a la argumentación: la formal (concepción característica de la lógica formal), la material y la pragmática.⁶ Si bien el núcleo de la concepción formal se hace coincidir esencialmente con la lógica deductiva clásica, se señala, no obstante, la importancia que para la argumentación jurídica tiene la lógica deóntica, las lógicas divergentes y la lógica inductiva. Así como la concepción formal descansa en la noción de inferencia, la concepción material consiste, en lo esencial, en una teoría de las premisas, de las razones (que no son enunciados, sino “hechos”) que se usan en la resolución de problemas teóricos o prácticos. El razonamiento jurídico es visto como una argumentación práctica de carácter peculiar en la que operan razones (premisas) de dos tipos: unas forman parte del sistema jurídico (intrasistemáticas), y otras son razones extrasistemáticas, provenientes de la práctica jurídica. El uso de las razones lleva a plantearse el problema de la relevancia y del peso de las mismas, así como el de la relación entre las razones jurídicas (formales, sustantivas e institucionales) y las razones morales.⁷

En lo que se refiere al razonamiento justificativo-judicial, Atienza considera que es útil distinguir tres tipos fundamentales, a cada uno de los cuales

⁵ Imer B. Flores, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, p. 209.

⁶ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 110 y ss.

⁷ *Ibid.*, p. 13.

le corresponde una o más formas peculiares. Se trata en concreto: a) del razonamiento “clasificador” o “subsuntivo”; b) del razonamiento “finalista” o teleológico; así como c) del razonamiento ponderativo (ponderación).

En atención a las concepciones básicas de la argumentación, se han introducido en la justificación judicial las figuras o dimensiones de la justificación interna (lógica) y la justificación externa (sustancial-axiológica).

I. La justificación de las decisiones judiciales y la argumentación jurídica

La decisión judicial se relaciona directamente con la aplicación del derecho, pues el derecho se materializa por la aplicación de la norma. Desde la perspectiva del derecho procesal, el juicio consiste en declarar o aplicar el derecho a un caso concreto, por lo que juzgar implica tomar una decisión en un caso concreto.

Además de la actividad de aplicación, la decisión judicial se relaciona con la interpretación y la argumentación jurídica. La aplicación del derecho está entrelazada directamente con la interpretación y la argumentación jurídicas, es decir, el derecho, para ser aplicado, debe ser interpretado, y toda decisión judicial debe estar basada en argumentos apropiados a la razón, la justicia y la equidad.

Para aplicar el texto jurídico, éste debe ser interpretado. La interpretación es requisito indispensable para la aplicación de la norma, pero además se deben interpretar los hechos del caso concreto para establecer la inclusión del caso concreto al precepto general y abstracto, es decir, llevar a cabo la subsunción:

Como se sabe, las premisas utilizadas en el razonamiento judicial son, por un lado, una *normativa* y, por el otro, una *factual* o de hecho. Pues bien, la premisa normativa está constituida por un enunciado en donde el juez establece el significado, a través de un enunciado interpretativo, de lo que será la premisa mayor de su razonamiento, es decir, la “regulación jurídica general en la que puede subsumirse el hecho individual.”⁸

⁸ Arturo Bárcena Zubieta, “Enunciados interpretativos y argumentación. Algunos comentarios sobre el razonamiento judicial”, pp. 18-19.

La decisión judicial se relaciona con la argumentación desde la perspectiva de que, en los Estados constitucionales de derecho, ésta debe ser justificada; es decir, se establece a los operadores jurídicos la obligación de realizar una justificación de sus decisiones. En este sentido, Ezquiaga precisa que: “Al juez se le exige argumentar el paso de la disposición a la norma jurídica, en definitiva, se le impone la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas”.⁹

Los jueces de las diferentes instancias están obligados constitucionalmente a justificar los actos de autoridad, con la finalidad de evitar la discrecionalidad en la aplicación del derecho. Con base en Báez Silva,¹⁰ podemos observar que la razón de una decisión judicial en buena medida estriba en la justificación del sentido que el juzgador le da a un texto normativo (interpretación normativa) o incluso de una acción humana (interpretación fáctica). Al estar obligados a exponer las razones de sus decisiones, los juzgadores no actúan de forma arbitraria, sino justificada. Así, ante el deber de los jueces de justificar las sentencias judiciales, se puede afirmar que la justificación desempeña un papel relevante en la argumentación de las decisiones judiciales.

Ahora bien, los especialistas en el tema utilizan los términos motivación, fundamentación, justificación y explicación como sinónimos; sin embargo, estos revisten diferencias significativas desde la perspectiva de una teoría de la argumentación basada en principios axiológicos. A continuación, citamos un ejemplo, en el que se mencionan los tres términos sin hacer una distinción precisa entre ellos:

Los juzgadores, como todos los servidores públicos del Estado, están obligados constitucionalmente a *justificar* los actos de autoridad. El deber de *fundamentar* y *motivar* los actos de la autoridad va más allá de la mera cita de las normas aplicables y de la elaboración de un simple silogismo, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Motivar implica exponer los motivos o razones que se tiene para tomar una decisión.¹¹

⁹ Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, p. 60.

¹⁰ Carlos Báez Silva, *et al.*, *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, pp. 4-5.

¹¹ *Ibid.*, p. 4. Cursivas por el autor.

Sin embargo, de acuerdo con Milagros Otero Parga,¹² los vocablos *motivación*, *fundamentación*, *justificación* y *explicación* presentan matices distintos que pueden y deben ser utilizados, siempre que ello no obstaculice la razón final de su inclusión como medida previa a la sentencia judicial. En el mismo sentido, precisa la autora, que el uso de un término u otro, aun sin ser sinónimos, no es lo verdaderamente importante, sino la exigencia de que la actividad motivadora previa a la decisión judicial se produzca para evitar la arbitrariedad. Las sentencias judiciales, al igual que todo acto que proceda de los tribunales, deben estar debidamente razonadas, deben ser coherentes con el ordenamiento jurídico y deben buscar la justicia.

Otero Parga manifiesta su preferencia por el término de *motivación*, por considerarlo más acorde con la tradición jurídica hispana y entender además que es más jurídico, mientras que al término *justificación* lo considera más filosófico. No obstante, los dos términos se pueden agrupar en el ámbito legal.

Por su parte, Manuel Atienza, tomando en consideración la teoría estándar de la argumentación jurídica, establece una diferenciación entre *motivación* y *justificación*, con base en la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito.¹³

Es decir, una cosa sería dar cuenta de los motivos (en el sentido de los factores causales) de diverso tipo que llevan a un juez o a un tribunal a tomar una determinada decisión; y otra, señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable, justificado. En otros términos: una cosa son las razones que explican la decisión y otra las que la justifican.¹⁴ Para Atienza, la

¹² Milagros Otero Parga, *Cuestiones de argumentación jurídica*, p. 109.

¹³ Con la finalidad de esclarecer las características de los contextos de descubrimiento y de justificación nos remitimos a Carla Huerta, quien señala que: “El proceso interpretativo, por lo tanto, consta de dos etapas, una que se podría decir que se ubica en el contexto del descubrimiento, puesto que se refiere a la determinación de las alternativas de significado posibles, para lo cual se requiere un método, y la otra, que se refiere a la elección de la alternativa, que se considera como correcta o más apta respecto del texto interpretado, y que la mayoría de los autores denominan como contexto de la justificación. Esta última etapa implica la realización de un acto de voluntad que se ubica en un espacio de determinación discrecional, por lo que la actividad del intérprete queda fuera de control y puede parecer un acto arbitrario cuando la decisión no se justifica debidamente. La forma de las razones son los argumentos, los cuales se explicitan en el texto científico”. Carla Huerta Ochoa, “Interpretación y argumentación en el derecho”, pp. 391-392.

¹⁴ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación jurídica*, pp. 114-115.

palabra “motivar” puede utilizarse en los dos sentidos, pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones, lo que se quiere decir es que deben justificarlas.

La posición de Atienza es contundente a este respecto: la teoría del derecho (y, por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría primordialmente en el contexto de justificación. No obstante, reconoce que los contextos de descubrimiento y justificación no son mutuamente excluyentes, sino complementarios; esto es, el estudio de la argumentación jurídica no tiene por qué limitarse al contexto de la justificación, sino que sería importante que se extendiera también al contexto del descubrimiento:

Por ejemplo, de cara a la elaboración de sistemas jurídicos expertos aparece que lo que interesa no es sólo la cuestión de cómo los juristas fundamentan sus decisiones (esto es, cuál es el tipo de argumentación que consideran sirve de justificación para una decisión), sino también la de cómo llegan, de hecho, a esa decisión (esto es, cuál es el proceso mental —el proceso argumentativo— que les lleva ahí).¹⁵

Esta distinción la consideramos de suma relevancia para delimitar nuestro estudio, enfocándolo de manera primordial al de la metodología de la justificación (el contexto de la justificación), y no al análisis relacionado con el contexto de descubrimiento (que constituiría el objeto de disciplinas distintas, tales como la psicología, la sociología, la economía, etcétera). Pues, si bien hay una gran gama de criterios (sociológicos, psicológicos, económicos, políticos, morales, pero sobre todo lógicos o técnicos) que involucran la discrecionalidad del juez en forma inevitable en la elaboración de las decisiones judiciales, nuestro estudio se enfoca en el análisis metodológico de la justificación de las decisiones judiciales.

Planteamos un análisis metodológico de las decisiones judiciales con base en la propuesta de Martínez Zorrilla: “Cuando hablamos de la metodología jurídica, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para determinar cuál es la respuesta correcta jurídica para el caso que estamos examinando, aunque, como veremos, incluye también muchos otros aspectos”.¹⁶ En el mismo sentido se ha manifestado Atienza al

¹⁵ Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 207.

¹⁶ David Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, p. 22.

señalar que: “Por un lado, dentro del contexto de justificación, se necesita contar no sólo con criterios sobre cómo han de justificarse las decisiones (esto es, sobre cómo ha de argumentarse para considerar que la decisión resultante está justificada), sino también con un método que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas”.¹⁷

Ahora bien, con respecto a la argumentación, existe una variedad de métodos, pero la elección de alguno de ellos para analizar las decisiones judiciales depende de las concepciones de las aproximaciones básicas a la argumentación. Éstas, de acuerdo con la tesis de Atienza, las podemos centrar en: la concepción formal, la material, y la pragmática. La concepción formal es la característica de la lógica formal, la cual nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el *modus ponens* o el silogismo subsuntivo. En la concepción material, el centro de atención no se pone en la inferencia lógica, sino en la interpretación de las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción), y en la conclusión:

La concepción material constituye el núcleo de la justificación que llevan a cabo los jueces: la obligación de motivar no se satisface simplemente mostrando que la decisión (o el correspondiente enunciado de deber) es la consecuencia lógica de ciertas premisas, ni tampoco por razón de que sea aceptable para cierto auditorio, sino que exige (de manera esencial) que se trate de buenas razones, según los criterios de racionalidad característicos de una teoría de las fuentes, de la validez, de la interpretación, etcétera.¹⁸

En lo que respecta a la concepción pragmática, señala Atienza que ésta contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática:

Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persua-

¹⁷ Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, p. 207.

¹⁸ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación jurídica*, p. 110.

dir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático (los elementos básicos son los de orador, discurso, auditorio y persuasión). Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante. Las concepciones de la argumentación de Perelman y de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.¹⁹

Las tres concepciones de la argumentación (la concepción formal, la material y la pragmática) han sido objeto de estudio de distintos especialistas que han aportado teorías, conceptos y modelos, que han contribuido al análisis de las decisiones judiciales. Si bien, las tres concepciones son relevantes, en nuestro estudio damos énfasis a la concepción formal, a la que identificamos con el concepto de justificación interna —pues el núcleo de la concepción formal se hace coincidir con la lógica clásica, consiste en una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de un razonamiento—, y a la concepción material, que es la base de la justificación externa —la cual requiere del empleo de determinadas premisas calificadas (adecuadas, justas, correctas)—.

En relación directa con las tres concepciones de la argumentación, Atienza distingue tres formas fundamentales de la argumentación jurídica: la subsunción, la adecuación (argumentos medio-fin) y la ponderación, cada una de las cuales supone el uso (como premisa) de un enunciado jurídico característico: respectivamente, una regla de acción, una regla de fin y un principio (bien sea un principio en sentido estricto o bien una directriz).

La subsunción es un elemento esencial para la decisión judicial, pues en la actividad de subsumir el caso concreto en la norma aplicable, se debe analizar si en el texto de la norma hay problemas de vaguedad, ambigüedad o indeterminación; respecto a los hechos del caso concreto, se deben interpretar para determinar si se pueden incluir en la hipótesis de la norma. De ahí que consideremos como necesario esclarecer los aspectos fundamentales de la subsunción (el modelo subsuntivo) en el análisis de la decisión judicial, en conexión con el modelo argumentativo (axiológico-sustancial).

¹⁹ *Ibid.*, p. 111.

II. *Del modelo silogístico-subsuntivo-aplicativo al modelo argumentativo (axiológico-sustancial)*

El título de este apartado puede generar la idea de que se plantea el desplazamiento de un modelo por otro; sin embargo, ello no lo consideramos de esta manera, sino en el sentido de la incorporación de los dos modelos en una teoría de la argumentación que integre los aspectos fundamentales de los dos modelos.

Si bien, existen diversos modelos de la argumentación jurídica (modelos de justificación, modelos discursivos y modelos analíticos), nuestro estudio, desde la perspectiva de la lógica jurídica y las teorías de la argumentación, se enfoca en la teoría analítica del razonamiento, básicamente desde dos de los principales exponentes de esa teoría: Jerzy Wróblewsky y Robert Alexy; en tanto que, por un lado, estos autores en su obra han presentado las propuestas mejor articuladas concernientes a la estructura lógica de las sentencias (justificación interna) y, por otro, han ofrecido (especialmente Alexy) un modelo de justificación de la decisión judicial desde el punto de vista ético-normativo (justificación externa).

Así, por ejemplo, Wróblewsky establece que, según el modelo decisorio de la decisión judicial, hay cuatro problemas que deben resolverse al aplicar la ley: (a) determinación de las normas en vigor con un sentido lo suficientemente preciso para decidir el caso; (b) determinación de los hechos que influyen la decisión; (c) subsunción de los hechos bajo las formas aplicadas; (d) elección de las consecuencias de los hechos demostrados, si esa elección depende del juez según la norma aplicada.²⁰

Por su parte, las teorías éticas de la justificación de la interpretación (Alexy, Zagrebelski, Dworkin y Carlos S. Nino), afirman que una justificación completa de cualquier decisión, y específicamente de una decisión jurídica y, por tanto, también de una decisión interpretativa, es necesariamente una justificación político-moral. Por consiguiente, el razonamiento jurídico no es más que una parte o un sector del razonamiento práctico.

Ahora bien, los tratadistas han desarrollado distintos modelos para explicar la justificación de las decisiones judiciales, pero en nuestra opinión se

²⁰ Jerzy Wróblewsky, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 70.

refieren a las dos formas básicas de la argumentación: la justificación interna y la justificación externa. Por ejemplo, Daniel Mendonca²¹ distingue dos modelos: el declarativo y el normativo.

El modelo declarativo está dirigido a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto caso genérico. Lo cual identifica con la “subsunción”. La justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, la resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos legales.

Por su parte, el modelo normativo se orienta a resolver problemas normativos, es decir, cuestiones vinculadas con la calificación normativa de determinadas acciones. Lo que interesa, en concreto, es el estatus normativo de una acción determinada, de acuerdo con cierto sistema de normas. Asimismo, Daniel Mendonca distingue dos nociones de justificación: la justificación lógica (centrada en la conclusión de una inferencia) y la justificación axiológica (centrada en las premisas de dicha inferencia).²²

II.1. El modelo silogístico-subsuntivo-aplicativo

En lo que se refiere al razonamiento justificativo judicial, Atienza, como ya se mencionó, considera que es útil distinguir tres tipos fundamentales; a cada uno de los cuales le corresponde una o más formas peculiares. Se trata en concreto: a) del razonamiento “clasificadorio” o “subsuntivo”, b) del razonamiento “finalista” o teleológico y c) del razonamiento ponderativo (“ponderación”). Esta distinción es relevante, puesto que nos permite exponer la transición del modelo aplicativo al modelo argumentativo.

En lo que se refiere al razonamiento “clasificadorio” o “subsuntivo”, en primer lugar, consideramos necesario señalar que es común entre los tratadistas de la lógica jurídica y de la argumentación, referirse al proceso de las decisiones jurídicas como teorías del silogismo jurídico o como teorías de la subsunción sin hacer una distinción entre ellas, por ejemplo, Rojas Amandi expone que:

²¹ Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*, pp. 202 y ss.

²² *Ibid.*, pp. 206-207.

De esta manera como presupuesto de la aplicación de la consecuencia del derecho prevista en la regla, se debe constatar que un suceso concreto que se verificó en un momento determinado puede ser concebido como un caso especial del supuesto de derecho previsto en la disposición normativa. El procedimiento lógico que sigue la aplicación del derecho, de acuerdo con este modelo, se suele representar en forma de un silogismo y recibe el nombre de la teoría de la subsunción.²³

Así, podemos observar que de manera general algunos especialistas en la argumentación jurídica establecen una relación entre el silogismo judicial y la subsunción, la cual puede ser considerada como una relación de identidad. De ahí que el concepto del llamado modelo subsuntivo (considerado asimismo teoría de la subsunción) sea utilizado frecuentemente por los tratadistas en referencia a la teoría silogística; sin embargo, consideramos necesario precisar que no son conceptos idénticos, sino que tienen sus diferencias.²⁴ A fin de evitar confusiones, de manera sintética señalamos que el silogismo es el procedimiento lógico por el cual se expresa el argumento (la justificación de la decisión judicial);²⁵ mientras que la subsunción es la actividad con la cual se lleva a cabo la inclusión de un caso concreto en la norma jurídica, y, una vez reconocidos, tanto el precepto jurídico general como el caso concreto a modo de premisas, se elabora el silogismo jurídico (judicial); esto es, que a través de la subsunción con base en la interpretación se establece la inclusión del caso concreto en la hipótesis de la ley, con lo cual se construye el silogismo.

De lo anterior, podemos observar que el silogismo judicial es una operación lógica deductiva, mientras que la subsunción es una actividad interpretativa orientada a establecer la relación del caso concreto con la hipótesis de la norma jurídica; es decir, que por la subsunción se incluye el caso concreto en el precepto general.

²³ Victor Rojas Amandi, *Argumentación jurídica*, pp. 72-73.

²⁴ Chiassoni, citando a Iturralde, contribuye a esclarecer esta diferenciación: “Llamaremos teoría del silogismo judicial –escribe Iturralde, 1991: 241– a la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de algunos hechos en la norma jurídica”. Pierluigi, Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, p. 26.

²⁵ Por ejemplo, Rojas Amandi, con base en Tarsicio Jañez señala que: “El denominado *silogismo jurídico*, es un tipo de argumentación deductiva, es decir, una clase de razonamiento que va de lo universal a lo particular y que da lugar a consecuencias necesarias. En cuanto a su estructura se identifica con el silogismo formal, pues la conclusión se infiere necesariamente de sus premisas”. Tarsicio Jañez Barrio, “Lógica jurídica”, p. 129, citado en Víctor Manuel Rojas Amandi, *Argumentación jurídica*, p. 113.

II.2. Modelo argumentativo (axiológico sustancial)

Ahora bien, las decisiones judiciales durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (desde la escuela de la exégesis hasta el formalismo jurídico), se elaboraron con base en el denominado modelo subsuntivo-aplicativo, el cual se identificaba con la aplicación simple del silogismo jurídico, en el cual se enfatizaba el carácter puramente normativo del derecho, es decir, en donde las decisiones jurídicas consistían en una aplicación mecánica del silogismo jurídico.

Pero esta situación cambió a partir de la segunda mitad del siglo XX con el renacimiento de una serie de escuelas que se preocuparon por el aspecto práctico del fenómeno jurídico (el realismo jurídico), particularmente por el tema de la aplicación de las normas al caso concreto, y de ahí intentaron reconstruir una teoría jurídica encaminada, sobre todo, a justificar la toma de decisiones judiciales de manera razonada, enfatizando, así, el aspecto práctico del derecho. Estas distintas vertientes tienen como propósito primordial el buscar una teoría enfocada y preocupada principalmente hacia la práctica y la solución de problemas concretos, que satisfaga de una manera objetiva los presupuestos de una argumentación racional, caracterizándose por su rechazo a la forma de contemplar al derecho desde la perspectiva eminentemente formalista, realista o iusnaturalista.²⁶

El cuestionamiento que parte de la reflexión de que los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios, y dan lugar a la discreción judicial; así como la revisión de los dogmas jurídicos (completitud, neutralidad, autonomía, la autopoiesis, el escepticismo ético, etcétera), permite el desarrollo de una teoría de la argumentación que, además de la comprobación empírica y la deducción lógica, reconozca toda una serie de posibilidades de argumentación y fundamentación racionales.²⁷ En especial, se propone la idea de que la posibilidad del uso práctico de la razón puede mostrarse en una teoría general de la argumentación que incorpore no sólo la racionalidad

²⁶ Rodolfo Vidal Gómez Alcalá, "Filosofía del derecho y argumentación jurídica", p. 216.

²⁷ El término "racional" significa que una proposición, una norma o una valoración son justificables mediante una argumentación apropiada. En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión. Jerzy Wróblewsky, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 46.

interna (justificación lógica deductiva), sino también la racionalidad externa (justificación ética-axiológica) en la justificación de las decisiones judiciales.

A este respecto, Vigo expone que la visión unidimensional de la dogmática jurídica es fuertemente impugnada y, paulatinamente, se van distinguiendo hasta cinco dimensiones en la interpretación jurídica, a saber: a) la propiamente jurídica o regulatoria; b) la fáctica; c) la axiológica; d) la lingüística o semiótica; y d) la lógica. En lo referente a la dimensión axiológica, Vigo afirma que el iuridicismo del modelo dogmático jurídico impedía incorporar a la interpretación jurídica la dimensión axiológica, con la cual se pretendía, además de los rasgos racionales, conferir una posición central a la teoría de los valores.²⁸

Así, paulatinamente, se desarrolla la transición de una argumentación normativa deductiva a una argumentación axiológica cuyo fundamento principal será la razón práctica; dado que se parte del supuesto de que en el caso de la argumentación jurídica resulta que las razones a favor y en contra no son exclusivamente formales (lógica y jurídicamente), sino que además son materiales: “En cuanto a los argumentos lógicos-dinámicos incluyen: razones axiológicas, deontológicas y teleológicas no sólo para medir la eficacia pragmática entre medios-fines, incluida su efectividad sociológica y eficiencia económica sino también para justificar éticamente una decisión como la adecuada, correcta o justa”.²⁹

En el modelo argumentativo ético-axiológico, la confianza en una razón práctica ejercible en el campo de los valores o la moral se establece como un principio fundamental. En oposición al escepticismo ético de la concepción del iuspositivismo formal-legalista, se elaboran teorías que en definitiva asumen que para alcanzar la mejor descripción o aplicación del derecho hay que valorar.

Así, por ejemplo, uno de los aspectos más destacados de la teoría de Dworkin puesto en su obra *Law's Empire* (1986), consiste en sostener, contrariamente a lo que el positivismo postula, la existencia de una conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral:

Rechaza Dworkin la tesis de algunos positivistas, según la cual los derechos jurídicos y derechos morales pertenecen a dos órdenes conceptuales distintos, y llega a sostener no sólo que los derechos mora-

²⁸ Véase Rodolfo Vigo, *La Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, pp. 19 y ss.

²⁹ Imer B. Flores, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, p. 209.

los básicos intervienen en los casos difíciles, sino también que “los derechos jurídicos deben ser entendidos como especie de derechos morales”. Pero todo ello es posible porque los principios integran el ordenamiento y son el eje de la teoría que explica y justifica el derecho vigente a la hora en que los jueces reconocen el derecho del actor o del demandado.³⁰

Se desarrolla, entonces, una contraposición entre dos concepciones del sistema jurídico: la legalista y la constitucionalista, que se manifiesta en dos notas principales; normas en vez de valor; subsunción en vez de ponderación. De esta manera, en la aplicación del derecho se transita de una legalidad formal (intrasistémica) a una legalidad sustancial (extrasistémica):

De esta manera, podemos hablar de una legalidad simple, mera legalidad o legalidad formal cuando en el acto de decisión se cumplen solamente los requisitos de forma, en tanto que podemos hablar de una legalidad compleja, estricta legalidad o legalidad sustancial cuando el acto o la decisión contiene no sólo los requisitos de forma sino también los requisitos de fondo o sustancia.³¹

Para Robert Alexy, el problema de la relación entre derecho y moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto de la vinculación entre la argumentación jurídica y la moral, pero introduce la teoría de los principios como un punto de partida adecuado para atacar la tesis de la separación entre derecho y moral. Señala que principios y valores son, por tanto, lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores. Señala que tanto las reglas como los principios son elementos necesarios para una teoría completa de la argumentación; sin embargo, precisa que hay que llevar a cabo una distinción entre ellas, en lo que se refiere a la justificación de las decisiones judiciales:

³⁰ Rodolfo Vigo, *La interpretación jurídica del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, p. 54. Carlos S. Nino también se pronuncia a este respecto, señalando que la posición no positivista en esta materia consiste en sostener que el derecho positivo no puede ser identificado como tal si no se toman en cuenta ciertos valores o principios de justicia. Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, p. 26.

³¹ Carlos Alberto Burgoa Toledo, “Formalismo y sustancialismo”, p. 58.

A la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. El concepto de un derecho es compatible con ambas. Un sistema jurídico puede contener muchos derechos individuales que no se sostengan en principios... Hay muchos casos en que la vaguedad, la ambigüedad, la apertura valorativa o las lagunas, no permiten llegar a una decisión por medio de simple deducción. En estos casos la subsunción es simplemente un marco dentro del cual tienen que tener lugar el razonamiento jurídico para llegar a una decisión racional. Pero este tipo de razonamiento jurídico no tiene ninguna relación especial con el concepto de derecho. Se trata de razonamiento jurídico en general.³²

Por las razones expuestas, podemos observar que si bien se hace la distinción entre la justificación formal (justificación interna) y la justificación sustantiva (justificación externa), éstas son elementos esenciales en la teoría de la argumentación actual, y que, por tanto, el razonamiento clasificatorio o subsuntivo y el razonamiento ponderativo deben considerarse a fin de satisfacer las exigencias de justicia y equidad de las decisiones judiciales.

Finalmente, citemos a Carla Huerta, quien, en nuestra opinión, sintetiza de manera magistral lo expuesto entre razonamiento subsuntivo y razonamiento ponderativo. Lo extenso de la cita tiene la finalidad de no perder detalles de su planteamiento:

Para la justicia constitucional, la ponderación es el método que la teoría de los principios propone para mitigar los efectos del formalismo regido por el principio de legalidad que exige cumplir con los requisitos de competencia y validez en la aplicación de la norma mediante el método de la subsunción, a efecto de incluir la corrección en el contenido del derecho (esto es, referencia a la moralidad). Gran parte del éxito de la ponderación radica en el prejuicio en contra de la subsunción, erróneamente considerada como un método lógico de aplicación de la norma que se realiza de manera mecánica. La ponderación reaparece en el discurso jurídico filosófico de fines del siglo XX como algo novedoso y revolucionario, liberador de la rigidez

³² Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, pp. 33-34.

del formalismo extremo y que reivindica al juez en su función de impartir justicia.³³

III. *Justificación interna y justificación externa*

Para el desarrollo de este apartado consideramos pertinente, en primer lugar, establecer el concepto de justificación: el termino *justificación* procede de la palabra justicia y pretende la búsqueda del derecho justo. No se debe olvidar que esa es la misma raíz del vocablo *ius* que es la forma más moderna de *ious*. Es *ius* lo que produce la consecuencia de dar a cada uno aquello que le corresponde.³⁴

La justificación tiene dos distintos aspectos o dimensiones, a los que es habitual referirse como *justificación interna* y *justificación externa* del argumento. La terminología “justificación interna” y “justificación externa” proviene de un trabajo de Jerzy Wróblewski, de 1971. Con esas dos expresiones se trata de distinguir en una argumentación, entre el paso de las premisas a la conclusión, por un lado, y el establecimiento de las premisas, por el otro. Posteriormente, en 1979, desarrolla esas ideas e introduce una nueva dicotomía: entre justificación formal y justificación no formal. Por justificación formal entiende la que se lleva a cabo con el auxilio de alguna lógica formal (del tipo que sea), mientras que la justificación no formal la refiere a alguna teoría de la argumentación jurídica, como la tópica o la retórica.³⁵

Para Wróblewski, la justificación interna (IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está In-justificada si se infiere de sus premisas, según las reglas de inferencia aceptadas. La justificación externa (EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas, según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación.

Por su parte, la justificación formal (F-justificación) es una justificación verificada por la lógica formal, estipulando que existe una lógica formal ade-

³³ Carla Huerta Ochoa, “La imparcialidad el juez en la ponderación”, p. 22.

³⁴ Milagros Otero Parga, y Roberto Ibáñez Mariel (coords.), *Argumentos de la argumentación jurídica. Panorama práctico*, p. 114.

³⁵ Véase Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, pp. 103-104.

cuada para tal tarea verificadora. La justificación no-formal (NF-justificación) es una justificación que no cumple las condiciones expresadas antes a propósito de la F-justificación. El área de la NF-justificación está, por tanto, negativamente determinada por la finalidad de los cálculos lógicos-formales adecuados para relacionarse con decisiones jurídicas. Si se niega toda aplicabilidad de cálculos lógicos-formales a las decisiones jurídicas, entonces estas decisiones sólo podrían estar NF-justificadas. Si la aplicabilidad en cuestión se restringe a algunas decisiones jurídicas, entonces algunas de ellas podrían estar F-justificadas y otras sólo NF-justificadas.³⁶

Si bien, Wróblewsky establece la interconexión entre el modelo silogístico-subsumtivo y el modelo ético-axiológico, en tanto que la justificación de decisiones jurídicas hace referencia a valores, en su teoría podemos observar que la primera se orienta a la clasificación de las premisas mientras que la segunda a su calificación. En general, cada decisión se justifica por referencia a algunas premisas. La IN-justificación comprueba si la decisión ha sido inferida desde estas premisas conforme a algunas reglas. La EX-justificación califica esas premisas, hablando toscamente: pueden formularse como proposiciones o como directivas y valoraciones

En lo referente a la justificación formal y la no formal, advierte que: “el problema acerca de si la decisión esta F-justificada por reglas de la lógica formal o está NF-justificada por alguna argumentación depende, por un lado, de la clase de lógica formal que tengamos a nuestra disposición y, por el otro, de las características de las premisas”.³⁷

De ahí que, relacionándola con la justificación interna, concluye que la IN-justificación de decisiones jurídicas es posible como F-justificación sólo si tenemos una lógica formal adecuada que tenga que ver con directivas y valoraciones o, si podemos, con algunas operaciones lógico-semióticas que transformen los elementos justificatorios en proposiciones. La primera alternativa ha sido abordada en la controversia que formalistas y anti-formalistas han mantenido en lo que concierne al razonamiento jurídico. La segunda alternativa exige la construcción de un sistema axiológico que, naturalmente, no está construido y nunca podrá construirse para las necesidades del derecho.³⁸

³⁶ Jerzy Wróblewsky, *Sentido y hecho en el derecho*, pp. 52-53.

³⁷ *Ibid.*, p. 61.

³⁸ *Ibid.*, pp. 62-63.

Para Wróblewsky, como para varios tratadistas, las insuficiencias del silogismo jurídico simple, aplicado de manera mecánica en el modelo aplicativo, plantean, por un lado, la necesidad de una lógica jurídica adecuada, pero además el desarrollo de lo que hoy conocemos como silogismo práctico, cadena silogística o polisilogismo, orientada a incluir los elementos ético-axiológicos en la decisión judicial por el otro.

En el mismo sentido, Wróblewsky plantea que la racionalidad interna depende de IN-justificaciones y está conectada con la consistencia entre la decisión y sus premisas. Por tanto, si no podemos usar la F-justificación, debemos acercarnos a ella lo más posible. El ejemplo consiste en presentar la decisión como el resultado de una cadena de premisas que se han aceptado y construida de manera que la decisión sea más o menos intuitivamente justificada por ella. Parece que la persistencia del silogismo jurídico como justificación de la decisión de aplicación del derecho, es el mejor ejemplo de esta situación.

Por consiguiente, se plantea una conexión necesaria entre la lógica jurídica y las teorías de la argumentación; es decir, entre el modelo silogístico subsuntivo y el modelo ético-axiológico.

De acuerdo con Carla Huerta, la justificación interna reproduce de manera esquemática la estructura interna del razonamiento jurídico, la cual tiene una apariencia lógica, aun cuando no se trata de una inferencia deductiva; por lo que puede ser explicada como el proceso inferencial que se conoce con el nombre de subsunción de los hechos en la norma para producir una norma individualizada aplicada al caso concreto. La justificación externa es una cuestión de la validez de las premisas y de las reglas de inferencia, que depende de las reglas y valores a los cuales uno se atiene en la justificación. Los silogismos apoyan la interpretación y la argumentación, guiados por los criterios de racionalidad o pautas de interpretación previstos. Para Alexy, al igual que para Aarnio, el ámbito auténtico de la interpretación es la justificación externa.³⁹

Por su parte, Robert Alexy, desde la perspectiva de que en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de las proposiciones normativas, las decisiones jurídicas, distingue dos aspectos de la justificación: la justificación interna (*internal justification*) y la justificación externa (*external justification*). Aun cuando el carácter ampliamente intercambiable

³⁹ Carla Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, p. 246.

de los conceptos de “justificación” (*Rechtsfertigung*) y de “fundamentación” (*Begründung*).

En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de “silogismo jurídico”.

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos: (1) reglas de derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. La tarea de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación que se reúnen en estos grupos. El principal resultado de este análisis es la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación. La investigación de las interconexiones entre argumentos de distintas formas debe aclarar ante todo el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general.⁴⁰

Sin embargo, se puede distinguir entre los tratadistas: 1) tesis relativas al uso de argumentos retóricos y no lógicos, 2) las que incluyen el uso tanto de argumentos retóricos como de los lógicos y 3) otras consideradas como teorías éticas de la justificación para las cuales la justificación tiene como base la moral. La primacía que los tratadistas han dado a alguna de estas tres tesis ha llevado al desarrollo de modelos de justificación algunas veces convergentes y otras divergentes.

Así, de manera general, se pueden distinguir dos concepciones fundamentales: la formal, que se hace coincidir con la lógica deductiva clásica, y la concepción material orientada a la razón práctica. Ello permite delimitar los ámbitos de la lógica jurídica y las teorías de la argumentación tipificadas en un primer momento como perspectivas de otras disciplinas, diferentes de la lógica jurídica (la dialéctica: la tópica y la retórica), que estudian en qué condiciones un argumento puede considerarse justificado;

Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una

⁴⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 213-223.

justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro.⁴¹

Para Manuel Atienza, la teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva; esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Se trata, por tanto, de teorías, como las de Alexy o MacCormick, que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en general) cómo se deberían justificar.

En el mismo sentido, algunos tratadistas (de manera específica Chiassoni), desde el ámbito de la teoría analítica del razonamiento jurídico, exponen la concepción analítica de la justificación racional de las decisiones judiciales, en ellas, distinguen dos posiciones ejemplificadas respectivamente por Wróblewski y Alexy. Si bien los dos reconocen la conexión entre la justificación lógico-deductiva (interna) y la justificación normativa-probatoria (externa), Wróblewski asume un punto de vista rigurosamente teórico-explicativo y *wertfrei*-libre de valores (i.e. no comprometido con valores éticos-normativos), mientras que para Alexy las nociones pertenecen, de esta manera, a un modelo ideal de motivación judicial que sirve a la tesis, de carácter ético-normativa, según la cual el discurso jurídico es —o mejor: *debe ser entendido como*— un “caso especial” de discurso práctico racional (la denominada *Sonderfallthese*, tesis de caso especial).⁴²

El peso que los tratadistas dan a la aplicación de la justificación lógico-deductiva (interna) o a la justificación normativa-probatoria (externa), ha dado lugar a la distinción entre las concepciones formalistas y escépticas:

En las ciencias jurídicas en el análisis lógico hay violentas controversias entre las actitudes formalistas y antiformalistas. Hablando con alguna libertad, la primera afirma y postula la necesidad del modo de pensar lógico-formal en el derecho; la segunda lo niega subrayan-

⁴¹ Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, p. 6.

⁴² Véase Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, p. 19.

do la necesidad del papel de las valoraciones más o menos libre y de técnicas argumentativas. Ambas actitudes trascienden el nivel puramente teórico y están profundamente implicadas en la ideología de las funciones jurídicas, asumiendo algunos ideales acerca de cómo deberían ser el derecho y sus operaciones.⁴³

Si bien estas concepciones están enfocadas a las teorías interpretativas, se proyectan a la argumentación; en este ámbito, las concepciones formalistas privilegian el modelo lógico deductivo y son escépticas ante las propuestas éticas-axiológicas de las teorías de la argumentación. Alchourrón y Bulygin son representantes típicos de la concepción formalista, pues su teoría tiene un excesivo apego a la lógica deductiva clásica, teniendo como principio fundamental en su concepción que toda justificación lógica es relativa al punto de partida, es decir, a las premisas del argumento (no hay tal cosa como la justificación absoluta), pues la justificación consiste en mostrar que la conclusión (lo que se pretende justificar) es una consecuencia lógica de las premisas, las cuales son intrínsecas al sistema jurídico, por lo cual no aceptan con facilidad la introducción de nuevas reglas, sobre todo las éticas-valorativas:

Según las teorías lógicas (como las de Alchourrón y Bulygin), la justificación sólo puede tener naturaleza lógico-deductiva. No hay ningún otro tipo de justificación que sea aceptable. Y, coherentemente con un enfoque iuspositivista, la justificación debe partir de premisas que son, y sólo pueden ser, normas jurídicas. Y, coherentemente con un enfoque iuspositivista, la justificación debe partir de premisas que son, y sólo pueden ser, normas jurídicas.⁴⁴

Por ello, se puede distinguir un debate con los teóricos que postulan la concepción formal y la concepción ético-axiológica de la justificación; entre ellos, Zagrebelski, Dworkin, Alexy y Nino, que postulan que una justificación completa de cualquier decisión, y específicamente de una decisión jurídica y, por tanto, también de una decisión interpretativa, es necesariamente una justificación político-moral. Sin embargo, una postura intermedia ha buscado conciliar estas concepciones al señalar las conexiones entre ellas.

⁴³ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 173.

⁴⁴ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, p. 132.

El razonamiento jurídico es visto como una argumentación práctica de carácter peculiar en la que operan razones (premisas) de dos tipos: unas forman parte del sistema jurídico, y otras son razones extrasistemáticas, provenientes de la práctica jurídica. El uso de las razones lleva a plantearse el problema de la relevancia y del peso de las mismas, así como el de la relación entre las razones jurídicas (formales, sustantivas e institucionales) y las razones morales.⁴⁵

De esta manera, Daniel Mendonca expone que, de acuerdo con la producción teórica actual, es conveniente considerar dos nociones de *justificación* en contextos normativos: una centrada en la conclusión de una inferencia y otra en las premisas de dicha inferencia:

En el primer sentido, al que denominaré “justificación lógica”, ésta consiste en una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de un razonamiento; en el segundo al que denominaré “justificación axiológica”, en cambio, la justificación requiere no sólo la existencia de tal relación deductiva, sino además el empleo de determinadas premisas, moralmente calificadas (adecuadas, justas, correctas). Consiguientemente, ambos sentidos difieren sustancialmente en un aspecto: la justificación lógica es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación axiológica es dependiente de ella.⁴⁶

Por su parte, Chiassoni distingue tres etapas del proceso de esta justificación. En primer lugar, la decisión tiene que estar justificada desde el punto de vista lógico-deductivo o inferencial (condición de *justificación interna*). En segundo lugar, la decisión debe estar justificada desde el punto de vista de la corrección jurídica de sus premisas normativas (condición de *justificación externa normativa*). En tercer lugar, y último, la decisión debe estar justificada desde la óptica de la corrección jurídica de sus premisas fácticas (condición de *justificación externa probatoria*).⁴⁷

Si bien, el razonamiento jurídico exige una combinación de razones formales y sustantivas, es decir, de la justificación interna y de la justificación

⁴⁵ *Ibid*, p. 13.

⁴⁶ Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*, pp. 206-207.

⁴⁷ Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, p. 18.

externa, los especialistas en sus teorías y modelos privilegian en la acción de la justificación de la decisión judicial, ya bien el aspecto formal (justificación formal) o el aspecto sustantivo (justificación sustantiva). Lo deseable sería una teoría que no las vea como concepciones unilaterales, sino como dimensiones que pueden tener un mayor o menor peso dependiendo del contexto o de la perspectiva teórica que se asuma, pero cuya conexión es condición necesaria en la búsqueda de una decisión judicial, correcta, justificada y justa.

Finalmente, citamos a Manuel Atienza desde la perspectiva de que su reflexión sintetiza los aspectos medulares del debate entre las concepciones formales y antiformales, aplicativas y sustantivas, lógicas deductivas y éticas-axiológicas, y ofrece una guía para una concepción amplia de la teoría de la argumentación moderna:

Y es aquí donde la necesidad de corregir la regla plantea el problema y muestra que la racionalidad jurídica no puede consistir exclusivamente en la subsunción proposicional de casos individuales bajo casos genéricos, sino en una continuidad compleja entre prácticas interpretativas y aplicativas de una misma proposición normativa que no es ya sólo lógica, sino axiológica y, por tanto, abierta a variaciones, excepciones y contradicciones no anticipables. Una de las tesis más importantes que desde el punto de vista justificativo se derivan de aquí es la tesis de que la equidad saca a la luz en el contexto de aplicación judicial los valores y las ponderaciones de principios subyacentes a las reglas legislativas, lo que implica extender la dimensión normativa del Derecho a tales valores y principios.⁴⁸

IV. Conclusiones

Los conceptos de razón y justificación se encuentran íntimamente vinculados a la noción de argumentación. De ahí que la exigencia de justificación de las decisiones judiciales implique una teoría de la argumentación que incluya tanto los elementos formales (intrasistemáticos) como los no-formales (extrasistemáticos).

⁴⁸ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 96-97.

Sin embargo, los tratadistas en la materia dan mayor peso a la aplicabilidad interna (subsunción-clasificación) desde un enfoque positivista formalista, o bien a la aplicabilidad externa (axiología-calificación normativa). Ello dio lugar al debate entre los que postulan la aplicación de la lógica formal y la no-formal, que se manifestó en el desarrollo de los modelos silogístico-subsuntivo y el modelo ético-axiomático.

Las diferencias entre los enfoques formales, retóricos y ético-axiológicos de la decisión judicial han dado lugar a una amplia literatura en la que se distingue principalmente la elaboración de modelos orientados a la justificación formal y a la justificación no formal (ético-axiológica). Algunos tratadistas, al privilegiar a alguno de estos dos modelos (por ejemplo, Alchourrón y Buligyn dan mayor énfasis al modelo formal lógico-deductivo, mientras que Alexy, Dworkin y Nino privilegian el modelo ético-axiológico), consideran de manera unilateral que los enfoques son irreconciliables.

Sin embargo, paulatinamente, se ha construido un consenso, en el cual se ha aceptado que en algunos casos (los casos fáciles) las decisiones judiciales pueden ser de carácter estrictamente lógico deductivo, mientras que en otros (casos difíciles y trágicos) existe la necesidad de incluir nuevas razones con base en elementos ético-axiológicos, por ejemplo, los principios jurídicos.

Así, se ha desarrollado la concepción de que una decisión jurídica, cuando menos, debe estar justificada desde la lógica deductiva (justificación interna) y desde principios ético-axiomáticos (justificación externa).

Por un lado, se distinguen dos tipos básicos de argumentación: la argumentación tendiente a demostrar que algo (una proposición, una norma, una creencia) está justificado, y la argumentación tendiente a convencer a alguien. Por otro lado, se pueden distinguir los tratadistas que delimitan la argumentación al contexto de la justificación normativa. De acuerdo con la producción teórica actual, es conveniente considerar dos nociones de *justificación* en contextos normativos: una centrada en la conclusión de una inferencia y otra en las premisas de dicha inferencia: justificación lógica y justificación axiológica.

De ahí que una teoría integrada de la argumentación jurídica implica la incorporación de los aspectos formales (el modelo silogístico-subsuntivo) así como de los aspectos materiales y pragmáticos (el modelo ético-axiológico). Puesto que especialistas como Wróblewski y Alexy, las consideran incluyen-

tes, es decir, que además de la lógica (la justificación interna) se deben incluir las valoraciones (la justificación externa) en las decisiones judiciales, se desarrolla paulatinamente la teoría de la argumentación jurídica en la cual se plantea que los razonamientos jurídicos incluyen tanto la lógica formal (justificación interna) como la argumentativa (justificación externa).

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (Trad.) Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2a. reimp. de la 2ª. ed. actualizada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, (1989).
- . *Derecho y razón práctica*. Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política, Núm. 30, México, Distribuidores. Fontamara, 1994.
- Álvarez Ledesma, Mario L. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Serie jurídica, México, Mc Graw Hill, 2008.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134, 6a. reimp., UNAM-IIJ, México, 2013 (2003).
- . *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Trotta, 2013.
- Báez Silva, Carlos *et al.* *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. México, Porrúa, 2009.
- Bárcena Zubieta, Arturo. “Enunciados interpretativos y argumentación. Algunos comentarios sobre el razonamiento judicial”. *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Carlos Báez Silva *et al.*, México, Porrúa, 2009.
- Burgoa Toledo, Carlos Alberto. “Formalismo y sustancialismo”. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Jorge Fernández Ruiz, (coord.), México, Novum/FES Acatlán/UNAM Posgrado Derecho, 2012.
- Chiassoni, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Colección Filosofía y derecho, Madrid/España, Marcial Pons, 2011.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”. *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Carlos Báez Silva, *et al.*, México, Porrúa, 2009.
- Flores, Imer B. “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”. *La filosofía del derecho hoy*. Juan F. Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandi (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal. “Filosofía del derecho y argumentación jurídica”. *La filosofía del derecho hoy*. Juan F. Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandi (coords.), México, Porrúa, 2010.

- Hallivis Pelayo, Manuel. *Teoría general de la interpretación jurídica*. 3a. ed. 1a. reimp, México, Porrúa, 2012 (2007).
- Huerta Ochoa, Carla. *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 461, 1a. reimp. UNAM-IIIJ, México, 2013 (2009).
- _____. “La imparcialidad el juez en la ponderación”. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Jorge Fernández Ruiz, (coord.), México, Novum/FES Acatlán/UNAM Posgrado Derecho, 2012.
- _____. “Interpretación y argumentación en el derecho”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del derecho*. Núm. 11, enero-diciembre 2017, México, UNAM-IIIJ, pp. 379-416.
- Martínez Zorrilla, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Colección Filosofía y derecho, Madrid/España, Marcial Pons, 2010.
- Mendonca, Daniel. *Las claves del derecho*. 1a. reimp. de la 1a. ed., Barcelona/España, Gedisa, 2008.
- Nino, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Otero Parga, Milagros y Roberto Ibáñez Mariel (coords.). *Argumentos de la argumentación jurídica. Panorama práctico*. 1a. reimp., México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2012 (2010).
- Rojas Amandi, Víctor. *Argumentación jurídica*. México, Oxford University Press, 2012 (2011).
- Vigo, Rodolfo Luis. *La Interpretación Jurídica Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- _____, “Lectura no-positivista (neo-constitucionalista e Iusnaturalista del derecho actual”. *La filosofía del derecho hoy*, Juan F. Arriola Cantero, y Víctor Rojas Amandi (coords.), México, Porrúa, 2010.
- Wróblewsky, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, Núm. 9, 2a. reimp. de la 1a. ed. México, Distribuciones Fontamara, 2008 (2001).

La construcción del derecho económico mexicano en el inicio del siglo XXI: una perspectiva teórica desde la *lex mercatoria*

Luis Figueroa Díaz*

Resumen:

El estudio desarrolla el sentido y alcance de las fuentes reales tecnológicas en la construcción de las normas del derecho económico. A partir de ello, analiza las principales características formales de la llamada *lex mercatoria* contemporánea, estableciendo su relación con las pautas de los mercados globalizados y la generación de la riqueza financiera digital. Asimismo, plantea los supuestos jurídicos de la autorregulación y del autogobierno corporativos en una aproximación al caso de México a fin de constatar algunos de los planteamientos teóricos expuestos en el artículo de investigación.

Abstract:

The study develops the sense and scope of the real technological sources in the construction of the norms of economic law. From this, it analyzes the main formal characteristics of the so-called contemporary lex mercatoria, establishing its relationship with the patterns of globalized markets and the generation of digital financial wealth. Likewise, it raises the legal assumptions of corporate self-regulation and self-government in an approach to the case of Mexico, in order to verify some of the theoretical approaches presented in the research article.

Sumario: Introducción / I. Marco teórico / II. Sentido y alcance de la *lex mercatoria* del siglo XXI / III. Las fuentes reales y la construcción de normas de derecho económico / IV. El pluralismo jurídico global como axiología de la *lex mercatoria* tecnológica / V. El derecho cibernético como ámbito tempo-espacial de las normas originadas por *lex mercatoria* tecnológica / VI. La *lex mercatoria* tecnológica y la autorregulación de los agentes privados: aproximación al caso de México / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho UAM-A.

Introducción

En el contexto de las relaciones económicas originadas por la globalización, el crédito, los flujos de capital y las transacciones de bienes y servicios se regulan con modelos jurídicos tanto financieros como mercantiles que adecuan la normatividad a los cambios tecnológicos del siglo XXI.

La dinámica de las innovaciones en los mercados integrados conlleva, además, una reconstrucción de la formulación de conceptos jurídicos objetivos y de la regulación eficiente mediante una planeación tanto pública como privada.

Al mismo tiempo, tecnología e innovación son estatuidos por la norma jurídica en categorías y contenidos que mediante, la generalidad y abstracción, asumen una interpretación formal de esa realidad. Estos resultantes normativos, en su conjunto, forman lo que ha dado en denominarse *lex mercatoria* del siglo XXI.

Esto es, por *lex mercatoria* actual entendemos el ajuste de los ordenamientos dirigidos a regular el mercado globalizado, donde se expresan nuevos usos mercantiles resultado de la autorregulación, la uniformidad y el derecho común de las negociaciones transfronterizas, en fin, los componentes flexibles de un derecho económico que se adapta a las fuentes reales del mundo integrado.

Por ello, el paradigma emergente de una *lex mercatoria* contemporánea se funda en la redimensión del papel de los agentes privados como responsables de la autorregulación, dotándolos de atribuciones respecto de un proceso más amplio de democracia económica, en donde el Estado determina las reglas sin asumir una conducción necesariamente dominante.

Se separa, así, este proceso histórico de una construcción basada exclusivamente en el poder del Estado que formaliza las relaciones comerciales con un principio de “subjetividad débil”, acercándose hacia una concepción basada en la empresa semejante al sistema norteamericano del *Uniform Commercial Code*.¹

¹ Consultar precisamente a Carlos Soriano Cienfuegos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, pp. 7-8.

En consecuencia, con ese derecho comercial de empresa, se adopta la intervención normativa y, a la vez, preventiva en la que se construye normatividad con la finalidad principal de establecer en los mercados límites a la libertad de empresa en función de la libre competencia.²

La posible contradicción entre libertad de planeación privada del desarrollo y prohibición inhibitoria es, así, subsumida en el empleo de las fuentes de creación del derecho de esa *lex mercatoria* contemporánea.

En lo particular, los hechos sociales asociados con el avance tecnológico, nutren la técnica legislativa para dar consistencia a la norma con dichas particularidades, asumiendo una nueva dirección del derecho económico en función de la globalización.

A partir de ello, el objetivo de este estudio consiste en analizar las fuentes reales de creación de la norma y de cómo ello revitaliza la relación entre economía y derecho, aportando elementos para una línea de conocimiento que explora dicha interpretación contemporánea.

Asimismo, el enunciar y caracterizar los elementos formales que se derivan del desarrollo de la *lex mercatoria* y ofrecer una aproximación a la legislación mexicana que incorpora en sus reformas recientes una dirección hacia esos supuestos de regulación.

I. Marco teórico

El surgimiento de la *lex mercatoria* se remonta a la aparición misma de los mercados en las comunidades, a partir del desarrollo de un grupo de personas que se especializan en los intercambios y determinan mediante ciertas normas consuetudinarias los términos de sus operaciones y las formas de solucionar sus posibles diferencias.

Se afirma que la *lex mercatoria* es un derecho de clase, surgido de los mercaderes y reproducido por sus organizaciones colectivas, sobre todo, las formas de las empresas recreadas por el derecho romano y los gremios instaurados durante la Edad Media.

Con la irrupción en la historia de la Revolución francesa, se instaura el principio de la primacía de la ley como generadora de los derechos comerciales,

² Rubén Leal Buenfil, *Competencia Económica y Comercio Internacional*, p. 23.

determinándose los primeros códigos mercantiles, teniendo especial atención en la uniformidad. Posteriormente, mezclar, así, ambas líneas de desenvolvimiento de las normas jurídicas mercantiles; en tanto su construcción obedece a lo consuetudinario y al profesionalismo como criterio objetivo estatal.

En el contexto del capitalismo del siglo XX y XXI, se formalizan en esos códigos y en la ley especial, el carácter individual y colectivo del comerciante, poniendo especial atención en el acto de comercio que tipifica a la realidad de la empresa o corporación, lo que obliga a los Estados contemporáneos a concebir una regulación en lo interno de estas organizaciones y sus efectos ante terceros, socializando propiamente a dicho derecho comercial.

Así, con dichos antecedentes, llegamos hacia finales del siglo XX y principios del siglo XXI, y la original *lex mercatoria* adquiere un nuevo impulso por un núcleo central de conocimientos concebidos por las expresiones de la integración de los mercados, por la interacción de los Estados en el marco de los nuevos tratados en la materia, y/o por el protagonismo y activismo de los nuevos actores internacionales colectivos, así como por organismos e instituciones derivados de la globalización.

La nueva *lex mercatoria*, en tanto conjunto de disposiciones elaboradas a partir de todas estas tendencias y de las vicisitudes de las interacciones de los sujetos públicos y privados en el contexto mundial, plantea, así, supuestos, conceptos y elementos jurídicos innovadores.

Especialmente, observamos en este análisis, que el sentido imperativo de la norma comercial se entrelaza con las formas surgidas de la nueva *lex mercatoria*, como son aquellas que aluden a la innovación teórica y formal del *soft law* y del *hard law*.

Sobre todo, esta *lex mercatoria* irrumpe como paradigma emergente en función del *soft law*, o de aquellas variantes de norma flexible donde prevalecen ciertos elementos distintivos, tales como la construcción de reglas de conducta, de instrumentos con obligatoriedad relativa y carencia de coercibilidad y cuyo interés tutelado se ubica en los efectos prácticos y en el desarrollo de la tecnología; cumplen, así, diversas funciones como son su implementación para futuras legislaciones o para la construcción de un derecho común comercial o como alternativas al uso de medios legales imperativos.³

³ Ver Tatiana V. González Rivera y Victor M. Castrillón y Luna, *La codificación del derecho mercantil internacional*, pp. 180-181.

Bajo este marco teórico, la *lex mercatoria* se define como la ley del mercante o la ley del comerciante.⁴ Soriano la caracteriza como aquella surgida de los propios comerciantes, en tanto la disciplina de las relaciones comerciales tenía su fuente en las costumbres mercantiles.⁵

Se propone delimitar la disciplina en tanto un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de fuentes distintas que nutre continuamente las estructuras legales y actividad específica de los operadores del comercio internacional, tal como lo explican los teóricos como Landó y Goldman.⁶

II. Sentido y alcance de la *lex mercatoria* del siglo XXI

En la formación social esclavista, el empleo de la navegación marítima fue fundamental para el comercio mediterráneo y, a la vez, determinó el papel histórico que las ciudades-Estado tendrían en la construcción de los modelos económicos precapitalistas. Así, el hecho social tecnológico de los *trirreme*, permitió la superioridad de la flota marítima y fue determinante en la Liga de Delos.

Ese desarrollo de la tecnología naviera, fue la fuente real que originó una de las primeras regulaciones integradoras del comercio marítimo: las Leyes de Rodas, que hoy consideramos como un precedente del derecho mercantil comunitario.

Floris Margandant señala que, a partir de las Leyes de Rodas, los griegos elaboraron para su actividad mercantil un “derecho común” independiente de la ciudadanía de cada contratante, haciendo emerger un *ius gentium* del Mediterráneo que, más tarde, en la época romana, fue la fuente del *ius honorarium*.⁷

Se desarrolló, así, en buena parte de los territorios griegos y de sus colonias, una economía basada en el uso de la moneda. En la actualidad aún podemos observar en las emisiones de monedas de Samos y de Demetrio

⁴ Francisco A. Lembo Rosales, *Contratos mercantiles y de tráfico empresarial*, p. 170.

⁵ Carlos Soriano Cienfuegos, *op. cit.*, p. 6.

⁶ Citados por Pedro Alfonso Labariega Villanueva, “La moderna *lex mercatoria* y el Comercio Internacional”.

⁷ Guillermo Floris Margandant, *Panorama de la Historia Universal del derecho*, p. 75.

Poliorcetes, conocido como Demetrio I de Macedonia, cómo se muestra en la proa de las embarcaciones la técnica innovadora en la flota griega.⁸

Desde la relación normativa y perspectiva podemos considerar que el derecho marítimo de esa etapa constituye uno de los antecedentes más significativos del derecho económico en la formación social esclavista. En otras palabras, el derecho económico de ese entonces era el derecho marítimo: aun sin dejar de considerar que en la interpretación contemporánea el enlace entre derecho y economía tiene que ver, por supuesto, con la positivización de la propiedad y de las relaciones de trabajo.

En la formación social feudal, especialmente en el periodo que comprende las guerras de las cruzadas, se genera un nuevo impulso a la relación entre derecho y economía, destacándose la elaboración e introducción de los documentos cambiarios, producto normativo de los avances tecnológicos en el uso del papel, las estamperías, los timbres, las cédulas reales y el papel moneda. Estas innovaciones jurídicas fueron importantes para el flujo seguro de valores acosados constantemente por la piratería y, en general, por el bandolerismo en la alta Edad Media.⁹ La aparición de la concepción de un derecho cartular desprovisto de formalidades excesivas, orienta y expande la creación de los títulos de crédito en los siglos siguientes.

Rodrigo Uría¹⁰ explica, al respecto, que la incorporación de los derechos en los títulos de crédito determinó la objetivación de los créditos al fundir estos en un documento material, dando un avance del derecho y la *res nova*, puesto que a partir de ello se permite movilizar ese valor con un documento.

La naturaleza jurídica de los nuevos documentos cambiarios hizo que la población considerara, en sus inicios, el papel moneda como una especie de título-pagaré al que se habían incorporado importantes innovaciones en el uso de tecnologías para evitar su falsificación.

El empleo de los documentos cambiarios propicia, así, el papel moneda en forma masiva que ya no es ni moneda representativa ni moneda fiduciaria, puesto que circula con el consentimiento de la sociedad, apoyada en el curso

⁸ Peter Connolly, *La guerra en Grecia y Roma*, pp. 269-270.

⁹ En, *Historia de las cruzadas*, M. Michaud, Tomo II, p. 341, observa que esta especie de cruzada formada contra el bandolerismo fue uno de los sucesos más interesantes de la Edad Media, pero es, a la vez, poco conocido su despliegue y la formación de las leyes que lo combatieron.

¹⁰ Rodrigo Uría, *Derecho mercantil*, p. 599.

legal que le atribuye el estado,¹¹ y cuyo consentimiento se sustenta en la confianza de la población, atribuido a las condiciones de tratamiento del papel y estampado, manifestándose en una forma corpórea singular.

El papel moneda, desde luego, será determinante para la expansión de la economía en el capitalismo y en la generalización de las relaciones de cambio en los mercados.

Por último, la relación entre derecho y economía, aun más compleja con las necesidades y dirección de la producción y la circulación de bienes y servicios en los mercados, se presenta con la expansión del capitalismo y mediante sus subsiguientes etapas históricas.

Por su parte, los hechos sociales tecnológicos en el siglo XXI alcanzan con el sistema capitalista una relación permanente entre fuente real y elaboración jurídica, cuestión esta que se manifiesta en un grado de incertidumbre, puesto que el legislador captura, en la medida de su subjetividad, la objetivización de la innovación económica y mercantil. Volveremos más adelante sobre esta última cuestión, mientras tanto, para precisar esa característica en el nexo con las fuentes formales, citemos a Barberis, quien explica:

Un lugar común, que ya lleva un siglo circulando —Santi Romano hablaba de él hace justamente cien años— dice que el Estado está en crisis y que la globalización acelera su final (...) Giorgio Pino, a su vez, ha mostrado con detalle la crisis de esta jerarquía de las fuentes; por lo demás, nunca se insiste bastante en que la doctrina de las fuentes, reflejada en nuestros manuales y que nosotros enseñamos a nuestros estudiantes, no nace del proyecto de un legislador interno o internacional, sino de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, comunitarios o internacionales, en particular de la manera con que éstos resuelven los conflictos entre fuentes internas y externas. ¿Y si la pretendida muerte del Estado, al menos para nosotros, los juristas, no fuese más que esta crisis de las fuentes estatales, hoy subordinadas a fuentes comunitarias e internacionales?¹²

Abundando en esta argumentación, se advierte en el derecho económico una noción que se enuncia como *know how* en el derecho comercial, surgido

¹¹ David Hernández González, *Elementos de derecho monetario mexicano*, p. 43

¹² Luigi Ferrajoli, *Los derechos y sus garantías, Conversaciones con Mauro Barberis*, p. 99.

del derecho del *common law*, como resultado de las revoluciones industriales, tal como aducen autores como Benavente. El *know how* se conceptualiza como la serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales y mercantiles, ya sea con elementos materiales o inmateriales, en los cuales pueden o no incluirse condiciones de secreto.¹³

Precisamente, en el derecho económico, las regulaciones de las innovaciones tecnológicas consisten en una forma de la propiedad industrial en función de la capacidad individual o asociativa y la conjunción de esfuerzos diversos e inversiones materiales y dinerarias, desarrollando un proceso histórico de relación entre la fuente real y el derecho que profundiza en el contexto del derecho corporativo y de la planeación privada, expresándose no sólo en el registro y protección de la innovación tecnológica, es decir, en su forma jurídica, ya sea de la patente, de un modelo de utilidad, etcétera; sino también en nuevos contratos mercantiles tales como la franquicia, el factoraje financiero y/o el arrendamiento financiero, por citar algunos casos.

El derecho mexicano de la propiedad de patentes, incluye la necesaria relación con el uso de una marca, y en ello radica el que para Arce Gargollo¹⁴ es unión indisoluble entre tecnología y el derecho concedido, es decir, la obligación jurídica del franquiciante de transmitir conocimientos técnicos o proporcionar asistencia técnica.

Estos ejemplos de procesos de construcción normativos que relacionan al derecho y la economía tienen, por tanto, la peculiaridad de la fuente de derecho que les da origen y contenido, y caracteriza a un formalismo jurídico donde esos hechos humanos tecnológicos no se califican por sí mismos como positivos o negativos sino hasta el momento en que son recuperados por el deber ser. No obstante, en el caso de estas normas resultado de las fuentes reales, se expresa con notoriedad la concepción voluntarista del legislador.¹⁵

En consecuencia, la etapa de desarrollo tecnológico capitalista en el actual siglo se adhiere a la construcción del derecho económico en virtud de constituir una categoría jurídica o elemento teórico¹⁶ que funciona para exponer un cierto grado de avance de regulación de las innovaciones económicas y de la

¹³ *Ibid*, pp. 21-28.

¹⁴ Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, pp. 369-370.

¹⁵ Oscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, pp. 20-21.

¹⁶ Oscar Correas, *op. cit.*

planeación de los mercados; pero, a la vez, enuncia las limitaciones propias de las tradicionales fuentes estatales basadas en las presunciones e imaginaciones que sobre esos avances percibe subjetivamente el legislador.

La fuente real tecnológica en la reproducción de normas de derecho económico, deviene en una problemática sobre la forma de subsumir por el legislador y el juzgador dichas normas, en el contexto de un capitalismo no sólo globalizado, sino enlazado de manera virtual.

En consecuencia, se revitaliza la *lex mercatoria* en el siglo XXI, puesto que al desenvolverse principalmente en un espacio transfronterizo añade el componente de la reestructuración de la libertad de comercio y de la consecución estatal y privada de construir una regulación idónea a ese nuevo espacio temporal del mercado.

Tal como señala García Barrera,¹⁷ se trata de la importancia y significación de estas normas en tanto permiten las reglas del juego económico basándose en las técnicas comunes internacionales y de los distintos ordenamientos en el mundo tratando de dar certidumbre y respuesta a las obligaciones que surgen de la propia globalización económica y mercantil.

Lo anterior es, pues, resultado del avance de la fuente real en la creación normativa económica y difiere de las tradicionales fuentes estatales en tanto función conectora de coyunturas cambiantes y de espacios cibernéticos dinámicos, cuestión a la que volveremos más adelante en este trabajo.

III. Las fuentes reales y la construcción de normas de derecho económico

El derecho, en general, es producto de finalidades múltiples donde coexisten y quedan reflejadas las fuentes reales con las fuentes formales y las históricas, lo que, dependiendo de las categorías normativas empleadas, hace mayormente comprensible sus orígenes y motivaciones.

En su sentido amplio, las fuentes “aluden al fundamento, principio u origen de las normas jurídicas y particularmente del derecho positivo de un Estado en una época determinada”.¹⁸

¹⁷ Myrna E. García Barrera, *Manual de derecho de las nuevas tecnologías*, pp. 515-519.

¹⁸ Andrés Serra Rojas, *Derecho económico*, p. 92.

Las fuentes formales, entre las que se encuentra la legislación, son las más abundantes en los países en los que prevalece el derecho escrito, dando lugar a una ley, que no es la fuente del derecho, sino únicamente su receptáculo.¹⁹

Asimismo, los expertos suelen clasificar las fuentes formales, las fuentes materiales o reales y las fuentes históricas, determinando que en las reales se acuden a todos los hechos sociales que dan lugar a las normas.²⁰

En palabras de Del Vecchio, ocurre una subsunción en el ámbito de la construcción de la ley dado que “el derecho general existe desde siempre en la conciencia común del pueblo. En resumen, la verdadera fuente u origen es esa vida invisible del Derecho en el espíritu del pueblo, en su conciencia común”.²¹

Esa conciencia común, necesariamente, se configura, así, por el cotidiano devenir de lo social, político, económico, cultural; y expresa, en determinados momentos legislativos, una cierta propuesta de los contenidos regulatorios de la norma.

Este proceso, sin embargo, aparece como una presunción teórica donde las formulaciones de las leyes deben fundarse en esa recuperación directa del devenir de los seres humanos que integran una sociedad determinada.

En la mayoría de los países, las formulaciones de las normas, sobre todo aquellas que intentan recuperar el avance tecnológico, incurren en lo que Feyerabend explica cuando afirma:

Básicamente, apenas existe diferencia alguna entre el proceso que conduce a la proclamación de una ley científica nueva y el proceso que antecede a la aprobación de una nueva ley social: se informa, o bien a todos los ciudadanos o a los que están directamente interesados, se reúnen “hechos” y prejuicios, se discute el asunto, y por último se vota.²²

En términos filosóficos, el ser humano hace contacto con su realidad a partir de experiencia sensible y particular, puesto que depende de la imaginación,

¹⁹ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 52.

²⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, p. 1752.

²¹ Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, p. 93.

²² Paul Feyerabend, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Madrid, p. 297.

pues la vida ordinaria no utiliza conceptos sino imágenes. Estas imágenes se adquieren del pasado, de los procesos históricos y no de un futuro porque ello puede ser fantasía.

El legislador no es un sujeto ajeno a esta epistemología filosófica y en consecuencia la norma con contenido económico en el siglo XXI es, en buena medida, una recuperación de la información, pero, sobre todo, de la imaginación que sobre el avance tecnológico aplicado a los mercados tiene el legislador, de aquí la dificultad de la construcción de una *lex mercatoria* tecnológica; como producto exclusivo de la dogmática y del voluntarismo del Estado.

A partir de estas consideraciones, particularmente los hechos sociales son integrados al derecho en la medida de esa intermediación formal, constituyendo la materia dominante de las fuentes reales del derecho económico actual.

El derecho económico, por tanto, se manifiesta, entonces, en la actualidad, con una revitalización de su sentido dinámico e interdisciplinario, ya sea porque sus normas son flexibles y se ajustan a las innovaciones tecnológicas y productivas o porque contiene una técnica que se deriva del empleo de las fuentes reales necesariamente no formalistas y principalmente realistas y sociológicas.²³

IV. El pluralismo jurídico global como axiología de la lex mercatoria tecnológica

Esta producción normativa, que enlaza las fuentes reales con la norma, extiende la planificación de la economía por los poderes privados al dotar, principalmente a las corporaciones, de fórmulas jurídicas acordes con el imperativo de eficiencia de los mercados.

La eficiencia de los mercados es un término que se enlaza principalmente con las condiciones de pluralismo jurídico global. En palabras de Snyder Francis, las redes económicas globales consisten en un campo de juego global cuyas reglas están dadas, entre otras, por el pluralismo jurídico global que además, consiste en el juego mismo e incluye a los jugadores.²⁴

²³ Jorge Witker Velázquez, *Introducción al derecho económico*, p. 74.

²⁴ Citado por Tatiana Vanessa González Rivera y Víctor M. Castrillón y Luna, *op. cit.*, p. 38.

La extensión del pluralismo jurídico global consiste en la inclusión económica y tecnológica donde se advierten, como explica Kulfas,²⁵ distintos niveles, tales como la forma y acceso de los consumidores a los mercados, los montos y demás condiciones económicas y jurídicas que transparenten sus condiciones, así como el uso y efectiva utilización de servicios, que incluyen la calidad de los mismos.

Asimismo, la inclusión económica contiene aspectos interesantes relacionados con una nueva forma de expresar la capitalización porque propicia nuevos medios de cambio (activos virtuales) así como los nacientes roles asignados en esa capitalización a los intermediarios mercantiles y financieros, a los usuarios y consumidores.

En este último sentido, el pluralismo jurídico global es instantáneo como consecuencia del uso de la informática y de la tecnología de punta determinando una presión constante, como lo es también en el flujo de mercancías, sobre las fórmulas jurídicas que los interpretan, explican y analizan, tal como argumenta Pérez Miranda.²⁶

El resultado es un derecho unificado que tiene la peculiaridad no sólo del contenido legislativo, sino además, que pueden generar el derecho interpretativo común, propiciando lo que se ha dado en llamar la “glocalización”, es decir, aquel proceso de descentralización producido por la globalización donde se revalora la interrelación entre los ámbitos global y local.²⁷

Al mismo tiempo, es una reacción ante los mercados emergentes que son de por sí transfronterizos y poco regulables o de incertidumbre especulativa.

Abundando, se relaciona el pluralismo jurídico global con la inclusión económica como base para la captación de inversión en los nuevos espacios propiciados por la innovación tecnológica, como es el caso del ciberespacio.²⁸

²⁵ Matías Kulfas, *Banca de desarrollo e inclusión financiera de las pequeñas y medianas empresas*.

²⁶ Rafael Pérez Miranda, *Régimen internacional y nacional de la inversión extranjera. Con especial referencia al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y al Derecho mexicano, un análisis de derecho económico*

²⁷ Nicolas Cobi Romani, “Derecho administrativo global: una respuesta del derecho ante los desafíos de la globalización, en Estado y futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina”.

²⁸ Se manifiesta, así, una nueva planeación privada de los medios de cambio cuando ya, por ejemplo, nuestro derecho económico determina en el artículo 88 de la Ley de Instituciones de Tecnología Financiera que se prevea el uso de moneda virtual por las instituciones de crédito que sean autorizadas por el Banco de México.

Por ejemplo, en las distintas etapas de desarrollo de la economía dineraria, es condición de creación e inyección tanto por el Estado como por los particulares, pero en este siglo XXI se incorpora el factor de la planeación privada de los medios de cambio bajo una nueva expresión constituida por los activos virtuales.

Desde la perspectiva de la política económica de un país, se extiende, así, innovación tecnológica, inclusión financiera y pluralismo jurídico global al enlazar transfronterizamente la inversión y la adquisición de activos virtuales.

Se presenta, así, una ampliación de la base de cambios en el capitalismo derivado del pluralismo jurídico global y se generaliza aun más por la intermediación financiera global, que reconfigura la función de las bancas centrales ajustándolas a la inclusión económica mediante la planeación pública y la privada.²⁹

La inversión se adecua así en la realidad global, dado que incluye la relación necesaria de los derechos receptores de la inversión y empuja hacia la aceleración de las políticas de unificación y derecho común o compartido como fórmula jurídica para el desarrollo de una etapa de riqueza generada por el ciberespacio.

V. El derecho cibernético como ámbito tempo-espacial de las normas originadas por lex mercatoria tecnológica

La eficiencia e institucionalización de fuentes reales en el derecho económico es, como hemos descrito, resultado de los procesos de globalización e integración, por lo que el derecho asume también este elemento al desarrollar una axiología jurídica cibernética y tecnológica en diferentes cuerpos normativos.

Supuestos axiológicos consisten en la preservación de la estabilidad financiera, la prevención de operaciones ilícitas en el ciberespacio y la neutralidad tecnológica.

²⁹ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho en México*, p. 487, quien precisa que el uso en el país de medios de cambio, se remonta a la etapa colonial donde se adopta el sistema monetaria castellano, así como los ancestrales usos monetarios indígenas y un componente de dinero popular manifestado en pilones, tlacos, plata en pasta y libranzas, lo que nos indica que, incluso en esa época, la coexistencia de distintos medios de pago caracterizaba ya a la economía colonial y posteriormente a la del México independiente por lo que la inclusión económica parece ser parte de la coexistencia de sistemas privados y públicos a lo largo de la historia.

Un campo idóneo para ello es el de las instituciones de tecnología financiera que, en su modalidad de agentes colectivos de crédito, son los destinatarios de la evolución del mundo financiero físico hacia el espectro virtual, que determina el fluído del capitalismo monetario en su fase de subsumir las obligaciones jurídicas dinerarias en datos y algoritmos *blockchain*.

Las inversiones de capital tienen, así, en el espacio cibernético, el componente de flujo y radicación que puede realizarse desde cualquier parte del mundo y por cualquier usuario de la Red. La axiología de la neutralidad tecnológica se expresa, en consecuencia, mediante la inclusión financiera como extensión de la libertad de comercio y en la transparencia en las operaciones autorreguladas y sin la condición de la presencia estatal.

El comercio electrónico y la digitalización de la constitución de personas morales mercantiles, son otra vertiente donde la respuesta normativa da como resultado la relación derecho tecnología mediante el surgimiento de un derecho público y social digital, en el que coexiste la necesidad de la interacción jurídica entre regulación estatal y autorregulación.

Por ello, el sustento del ejercicio de los derechos en el comercio electrónico tiene por base la vitalización de los pactos entre las partes y la validez que se otorgue al intercambio informático, considerando, de este modo, que la fuente real para crear sistemas de solución de conflictos acude a la axiología de los principios *erga omnes* y bajo la tutela de normas *lex mercatoria* tecnológica.

La transparencia se manifiesta en el derecho del usuario a estar informado respecto de las operaciones que se generan en la Red, suponiendo que el consumidor se ve fortalecido al estar preparado para tomar las decisiones necesarias en el ciberespacio y confiando en la materialización de la fuente real que crea la normatividad sancionadora, mediante el empleo de los sistemas computacionales *blockchain* de las transacciones, de la suplantación y simulación de la persona colectiva en estos espacios cibernéticos.³⁰

Por ello, la axiología de la seguridad jurídica se manifiesta en una nueva forma donde la unión entre la autorregulación de los mercados y sus agentes y la acción del Estado mediante sus intuiciones se convierten en un nexo indisoluble.

³⁰ Puede consultarse la información de la CONDUSEF sobre la suplantación de identidad de instituciones financieras en su portal web.

VI. *La lex mercatoria tecnológica y la autorregulación de los agentes privados: aproximación al caso de México*

La globalización tecnológica ha traído consigo una crisis de la eficacia regulatoria del Estado puesto, que los medios que enlazan al ciberespacio surgen de centros de poder globales privados que lo administran y regulan con normas de conducta, contenidos y accesos.³¹

Ante dicho contexto, las tradicionales garantías del derecho público del clásico Jellinek, es decir, de fiscalización y jurisdiccionales, se transforman y adaptan ante la necesaria desregulación del libre cambio y competencia, la eliminación de las barreras físicas y de las fronteras como resultado de ese uso de las posibilidades tecnológicas de la Red.

En relación con esta economía virtual, acudiendo a la teoría del garantismo de Ferrajoli, este nos advierte sobre el riesgo y efectos de diluirse el control de contenidos de legitimidad ante el avance de los procesos de globalización, creación de valor y riqueza digital.

Ferrajoli escribe al respecto:

No hay por qué ser optimistas, basta con ser conscientes de que las garantías, es decir, los límites y los vínculos jurídicos frente a los poderes, que de lo contrario serían salvajes, son posibles si se tiene la voluntad de imponerlos a los intereses miopes de los actores de la política y, hoy, sobre todo, al mercado.³²

Los objetivos de los agentes del mercado se construyen en un conjunto de estatutos regulatorios que integra la *lex mercatoria* del siglo XXI, por lo que ésta expresaría la comunidad de intereses privados y, por tanto, constituye el nexo o relación fundante de una regulación mixta o compartida.

Abundando sobre esta hipótesis, un Estado nacional por sí sólo difícilmente puede establecer una regulación mediante normas e instituciones nacionales de los componentes de la globalización tecnológica y económica, por lo que, en consecuencia, se reconvierte el papel de dicha regulación en función del uso de la *lex mercatoria* tecnológica, delegando en los agentes privados y

³¹ Texto de Emilio Suñé Llinás (coord.), *La constitución del ciberespacio*.

³² Luigi Ferrajoli, *op.cit.*, p. 99.

esa misma comunidad de ciudadanos del mundo una norma preventiva flexible con vocación por sí misma a la universalidad.

Examinado desde la óptica de la doctrina Ferrajoli, la extensión transfronteriza de los bienes comunes o bienes naturales, que en su opinión deben suscribirse al mercado a la manera de los *bienes demaniales* del derecho romano, requieren de la constitucionalización nacional, recorrido mucho más complejo y arduo que el del uso como *lex mercatoria*.³³

En función de esta perspectiva teórica, el derecho interno sobre la constitución y organización de los agentes económicos privados se reforma para introducir el elemento formal de la autorregulación y del autogobierno corporativo, integrando un componente más de la *lex mercatoria*.

Así, la línea de descentralización iniciada con la etapa de los mercados integrados y de la proliferación de los acuerdos y tratados de libre comercio, de las llamadas leyes de remedios comerciales de los Estados Unidos de Norteamérica,³⁴ del uso de medios de solución de conflictos alternativos integrados en estructuras *ad hoc* que concilian los intereses público y privado involucrados en un comercio global, encuentra una extensión formal suplementaria.

Precisemos, de acuerdo con el propósito de este estudio, algunos de los casos de reforma incluidos en las últimas décadas en el país y que se orientan bajo esta perspectiva.

La Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana (LGSM) incluye en la dirección de integrar normas preventivas no necesariamente estatales que en las pólizas de las sociedades anónimas (artículo 91 fracción VII inciso f) se prevean medios alternos de solución de disputas o programas donde se limite la responsabilidad que pudiera originarse por los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios derivados de actos que ejecuten, o por las decisiones que adopten, siempre que dichas conductas no sean actos dolosos o que deriven en delitos.

³³ Consultar *Ibid.*, p. 100, donde se lee: “Indudablemente, este monopolio estatal de la producción del derecho se ha acabado. Por eso estoy de acuerdo con Giorgio: la identificación entre derecho positivo y derecho estatal se ha evaporado, ya que, hoy, el 70% de nuestro derecho es de origen comunitario, esto es, producido directamente por fuentes europeas, o bien, indirectamente proveniente de sus actuaciones. Por no hablar de la *lex mercatoria* global o de las diversas sedes informales, como el G8 y el G20, o de las 1850 instituciones internacionales-tantas se han contado-de carácter sectorial, público, semipúblico o semiprivado.

³⁴ Ver Gustavo Vega Cánovas *et. al.*, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Prólogo.

En esta misma dirección, el artículo 198 de la LGSM establece los denominados “pactos societarios no necesariamente públicos” cuya naturaleza jurídica consiste en una relación entre accionista-negocio corporativo, donde las transmisiones de capital social estén previamente acordadas, así como autorregulado el valor en juego de las acciones en los mercados, asumiendo desde lo formal una base preventiva para el individualismo del beneficio.

El contenido legal de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 198. Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos:

- a) Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones;
- b) Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones;
- c) Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quién deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable.
- d) Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable y
- e) Otros derechos y obligaciones de naturaleza análoga (...).³⁵

Señala al respecto León Tovar³⁶ que dichos pactos son actos jurídicos de opción o tanteo que tienen por propósito prever conflictos por la llegada de nuevos socios, por ejemplo, en los aumentos de capital social, o choque de

³⁵ Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada el 4 de agosto de 1934 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 14 de junio de 2018.

³⁶ Sugerimos aquí acudir al texto del libro de Soyla H. León Tovar, *Pactos de socios de la sociedad anónima*, p. 150; y en el cual la autora detalla y desarrolla plenamente las figuras jurídicas que denomina como Pacto Andorrano, Anti-Dilución, *Anti-Embarrassment*, *pay to play*, arbitraje, *catch-up clauses*, de recuperación, compensación, compensación de rendimientos, compra por administradores, entre otros muchos.

intereses de los accionistas individuales ante la afectación del poder emanado de sus derechos de voto y la representación del capital social suscrito o por la reducción de capital social.

La construcción de estas bases preventivas y de autogobierno libremente diseñadas por los socios, se desarrolla también con las reformas al Código de Comercio mexicano de los años 2000 y 2003 donde se introducen las bases legales para el comercio electrónico en México y sobre el empleo de información por medios electrónicos sobre el acto-uniión de los socios, por ejemplo, en una sociedad anónima.

En particular, el artículo 93 del Código de Comercio párrafo tercero contiene lo siguiente:

Artículo 93 (...) En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuáles se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.³⁷

El Código de Comercio mexicano, en consecuencia, establece la legalidad de la intercomunicación digital para la definición de los términos de una póliza mercantil de constitución de sociedad, aun cuando se advierte que el acto final de constitución legal debe seguir el camino de la publicidad señalada por la LGSM, es decir, el protocolo y registro conducentes.

Un segundo supuesto se analiza con la creación de modelos novedosos en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera mexicana (LRITF), que establece que la sociedad que desee operar con dichos modelos tecnológicos que se encuentran en sus primeras fases de desarrollo, incluirá *a priori* en su póliza de constitución la descripción de esos ingenios o modelos novedosos, reproduciendo la autorregulación de la que habla la LGSM a fin

³⁷ Código de Comercio, publicado del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 28 de marzo de 2018.

de prever el resarcir daños y perjuicios a sus clientes durante la prestación de servicios en el periodo de desarrollo tecnológico, incluyendo un pacto compromisorio en los contratos específicos (artículos 80 y 83 fracción VII y 87 fracción VII LRITF).

El carácter mixto público-privado de prevención y flexibilización de la regulación se desprende del artículo 93 de la propia LRITF, al estatuir una instancia con facultades y carácter autorregulador que se denomina “grupos de innovación financiera” o un espacio institucional de intercambio de información entre los sectores público y privado para conocer innovaciones en materia de tecnología financiera y planear su desarrollo y regulación ordenados:

Artículo 93. El grupo de Innovación Financiera es la instancia de consulta, asesoría y coordinación que tiene por objeto establecer un espacio de intercambio de opiniones, ideas y conocimiento entre el sector público y privado para conocer innovaciones en materia de tecnología financiera y planear su desarrollo y regulación.³⁸

Este espacio de experimentación es conocido como *regulatory sandbox*, expresión típica de la informática para hacer alusión al aislamiento de procesos controlados y su ensayo, y que en el campo del derecho económico se trata de una “*sandbox* jurídica o regulatoria en la que se pueden ensayar actividades de forma controlada y sin cumplir todos los requisitos administrativos que normalmente se exigen para su realización”.³⁹

En este mismo sentido, nuestra legislación ya contempla la elaboración de los “programas de autocorrección” previstos por los artículos 115 y 117 de la LRITF para funcionar y desplegar sanas prácticas de autogobierno en las sociedades de modelos novedosos y en las instituciones de tecnología financiera que pueden constituirse al amparo de la propia LRITF:

Artículo 115.- Las Entidades Financieras, ITF, sociedades autorizadas para operar con Modelos Novedosos o demás personas sujetas a la supervisión de las Comisiones Supervisoras, por conducto de

³⁸ Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, publicada el 9 de marzo de 2018 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 20 de mayo de 2021.

³⁹ Alejandro Huergo Lora, “Un espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras: el “Anteproyecto de Ley de Medidas para la transformación digital del sistema financiero”, p. 3.

su director general o equivalente y con la opinión de quién ejerza las funciones de vigilancia en la sociedad, podrán someter a la autorización de las Comisiones Supervisoras o del Banco de México, según corresponda, un programa de autocorrección cuando detecten irregularidades o incumplimientos a lo previsto en esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables, incluidas las autorizaciones a que se refiere esta Ley (...).⁴⁰

Al respecto, la normatividad secundaria generada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público incluye “disposiciones de carácter general que regulan los programas de autocorrección”⁴¹ las que precisan los contenidos, procedimientos y seguimiento de dichos programas.

En este contexto legal, se construyen supuestos formales de la autorregulación enlazando con la naturaleza jurídica del autogobierno. Por ello, quienes ejerzan funciones de vigilancia en la sociedad de tecnología financiera podrán redactar “programas de autocorrección” cuando detecten irregularidades e incumplimientos a lo previsto legalmente y tales programas se someterán a la autorización del Banco de México.

Durante la vigencia de estos programas, las autoridades financieras están obligadas a abstenerse de imponer sanciones previstas en las leyes de la materia de tecnología financiera por irregularidades o incumplimientos.

VII. Conclusiones

El derecho económico actual, acude a las fuentes reales para la construcción de los ordenamientos, puesto que el sentido dinámico e interdisciplinario y flexible se ajusta a las innovaciones tecnológicas y productivas.

Bajo esta dinámica, la revitalización de la *lex mercatoria*, en el siglo XXI y en el contexto de los derechos internos, es una exigencia de las relaciones económicas transfronterizas y de la expansión de las tecnologías de innovación que crean una nueva riqueza financiera virtual.

La regulación que de ella se desprende añade el componente de la reestructuración de la libertad de comercio y de la consecución estatal y privada a fin de construir una regulación idónea y que sea eficiente y eficaz.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Página web de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Comisión Bancaria y de Valores.

La digitalización de la economía presiona hacia la aceleración de las políticas de unificación y derecho común o compartido como fórmula jurídica para el desarrollo de una etapa de riqueza generada por el ciberespacio.

Se genera, así, una moderna axiología jurídica fundada en la seguridad jurídica que se manifiesta en una forma donde la unión entre autorregulación de los mercados y agentes económicos, así como el rol del Estado, se convierte en un nexo indisoluble e institucionalizado mediante la legalidad emanada de la *lex mercatoria*.

En el caso de nuestro país, las leyes sobre la regulación de las Instituciones de Tecnología Financiera, la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código de Comercio, con la inclusión de las figuras de autorregulación, programas de corrección, autogobierno y pólizas de registro con medios alternos de solución de conflictos y pactos societarios corporativos, ya comentados en este trabajo, son algunos casos de la forma en que la *lex mercatoria* encuentra su receptáculo en las legislaciones del país y son, a la vez, una constatación del nexo entre fuente tecnológica y construcción del derecho económico particular.

En lo metajurídico, estas normas, de esta manera, surgidas de la fuente real y de la revitalización de la *lex mercatoria* determinan en lo filosófico y ético un singular sentido de la axiología capitalista, a la manera de las dos estatuas de “libertad” y “responsabilidad” de Frankl,⁴² donde coexisten la libertad de comercio y la autogestión del gobierno de la *lex mercatoria* contemporánea.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. México, Porrúa, 2018.

Cobi Romani, Nicolas. “Derecho administrativo global: una respuesta del derecho ante los desafíos de la globalización, en Estado y futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina”. *I Conferencia bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional*, José Manuel Álvarez Zárate, Michelle Grandó y Holger Hestermeyer (eds), Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2013.

Connolly, Peter. *La guerra en Grecia y Roma*. España, Desperta Ferro ediciones, 2016.

⁴² Alusión a la imagen de las dos estatuas de la libertad imaginadas por Victor Frankl, destacado filósofo austriaco.

- Correas, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. México, editorial Fontamara, 2006.
- Cruz Barney, Oscar. *Historia del Derecho en México*. México, Oxford, 2014.
- Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo D-H, IIJ-UNAM, México, UNAM-Editorial Porrúa, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversaciones con Mauro Barberis*. Italia, Trotta, 2016.
- Feyerabend, Paul. *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Madrid, Tecnos, 1986.
- Floris Margandant, Guillermo. *Panorama de la historia universal del derecho*. México, Miguel Ángel Porrúa, 1991.
- García Barrera, Myrna Elia. *Manual de derecho de las nuevas tecnologías*. México, Tirant lo Blanch, 2018.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1990.
- González Rivera, Tatiana Vanessa y Víctor M. Castrillón y Luna. *La codificación del derecho mercantil internacional*. México, Porrúa, 2015.
- Hernández González, David. *Elementos de derecho monetario mexicano*. México, Editorial Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2008.
- Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. “La moderna *lex mercatoria* y el Comercio Internacional”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 26, México, IIJ-UNAM, 1998.
- Leal Buenfil, Rubén. *Competencia Económica y Comercio Internacional*. México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Lembo Rosales, Francisco Antonio. *Contratos mercantiles y de tráfico empresarial*. México, Flores Editores y Distribuidor, 2013.
- León Tovar, Soyla H. *Pactos de socios de la sociedad anónima*. México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Michaud M. *Historia de las cruzadas*. Tomo II, México, Editorial Hispano-americana, 1949.
- Pérez Miranda, Rafael. *Régimen internacional y nacional de la inversión extranjera. Con especial referencia al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y al Derecho mexicano, un análisis de derecho económico*. Porrúa, México, 2011.
- Serra Rojas, Andrés. *Derecho económico*. México, Porrúa, 2016.
- Soriano Cienfuegos, Carlos. *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*. México, Porrúa, 2007.
- Suñé Llinás, Emilio (coord.). *La Constitución del Ciberespacio*. México, Porrúa, 2015.
- Uría, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Madrid, Silverio Aguirre editor, 1962.
- Vega Cánovas, Gustavo, Alejandro Posadas, Gilbert R. Winham, Frederick W. Mayer. *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, UNAM. 2005.
- Witker Velázquez, Jorge. *Introducción al derecho económico*. Repositorio Universitario, México, IIJ-UNAM, 1999.

Electrónicas

Huergo Lora, Alejandro. “Un ‘espacio controlado de pruebas’ (regulatory sandbox) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras: el “Anteproyecto de Ley de Medidas para la transformación digital del sistema financiero”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, septiembre 2018, España. <https://digibuo.uniovi.es> (consultada el 2 de junio del 2022).

Kulfas, Matías. *Banca de desarrollo e inclusión financiera de las pequeñas y medianas empresas*. Serie Financiamiento para el desarrollo, número 269, CEPAL, 2018. <http://repositorio.cepal.org>.

Código de Comercio, publicado del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 28 de marzo de 2018. www.diputados.gob.mx (consultada el 18 de julio del 2022).

Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada el 4 de agosto de 1934 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 14 de junio de 2018. <https://www.diputados.gob.mx> (consultada el 24 de julio del 2022).

Ley Para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, publicada el 9 de marzo de 2018 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 20 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx> (consultada el 14 de julio del 2022).

El delito de feminicidio en México. Tipificación y dificultades probatorias

Alicia Beatriz Azzolini Bincaz*

Resumen:

La tipificación del feminicidio ha sido cuestionada en el ámbito de la dogmática penal tradicional; sin embargo, ella ha permitido visualizar la violencia en la que viven y mueren las mujeres y ha favorecido la instrumentación de políticas públicas orientadas a su eliminación. Las dificultades probatorias de las razones de género que caracterizan al feminicidio no son insalvables; se requiere una metodología de investigación adecuada y dejar de lado las malas prácticas que descansan en prejuicios misóginos y en inercias institucionales.

Abstract:

The typification of femicide has been questioned in the field of traditional penal dogmatics; however, it has made it possible to visualize the violence in which women live and die and has favored the implementation of public policies aimed at its elimination. The probative difficulties of the gender reasons that characterize femicide are not insurmountable, an adequate research methodology is required and to put aside the bad practices that rest on misogynistic prejudices and institutional inertia.

Sumario: Introducción / I. Conceptualización del feminicidio / II. Tipificación del feminicidio en México / III. Investigación y comprobación del delito de feminicidio / IV. Reflexiones finales / Fuentes de consulta

* Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A.

Introducción

La Segunda Guerra Mundial significó un punto de inflexión en materia de derechos humanos. Es evidente que no ha sido el único evento en la historia en el que se han registrado una multiplicidad de conductas que atentan contra la dignidad humana, pero fue sin duda la primera vez que éstas quedaron registradas en imágenes y en un sinnúmero de testimonios de las propias víctimas sobrevivientes. Lo cierto es que, a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en abril de 1945, los instrumentos internacionales elaborados en su seno han permitido una mejor visualización de diferentes grupos de personas que se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad; el más extenso y el que lleva más años de existir es el de las mujeres.

Durante la segunda mitad del siglo XX se intensificaron los movimientos feministas a la vez que los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales —al menos en los países occidentales— reconocían expresamente los derechos de las mujeres. De esta manera el principio de igualdad ante la ley enarbolado por la Revolución francesa comenzó a aplicarse, al menos en el papel, a la mitad del género humano que había quedado excluido durante siglos del goce de ese derecho. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) de 1994 son resultado de las acciones emprendidas por organizaciones de la sociedad civil, grupos académicos y políticos en favor del derecho de las mujeres a la igualdad de oportunidades y a una vida libre de violencia.

La desigualdad de oportunidades y de desarrollo para el género femenino descansa en las normas culturales que imperan en la sociedad y en las propias leyes que con pretensiones de neutralidad están inmersas y se aplican en un contexto que dista mucho de serlo. Por ello, en los últimos años los diversos movimientos en favor de los derechos de la mujer han puesto el acento en la perspectiva de género, como metodología de análisis de la realidad y de interpretación y aplicación de las leyes. Esta perspectiva busca identificar cuál es el impacto de las características, roles y funciones de género asignadas a hombres y mujeres en las posibilidades que tienen para gozar de sus derechos y desarrollarse integralmente en igualdad de oportunidades; y cómo eso repercute en los fenómenos cotidianos, en la legislación que busca regularlos y

en las decisiones que toman los operadores jurídicos al aplicar las normas en los casos concretos.¹

La elaboración de la figura delictiva denominada feminicidio, diferente a las de los demás tipos penales de homicidio, es producto de esas corrientes del pensamiento a que se ha hecho referencia. Con ello se ha buscado visualizar la violencia en contra de las mujeres que está presente en la sociedad. El concepto de feminicidio alude al asesinato de una niña, una adolescente o una mujer adulta motivado por razones de género.² Su inclusión en los códigos penales ha suscitado controversias sobre su pertinencia y ha puesto de manifiesto las dificultades de carácter sustantivo y procesal para describir adecuadamente el evento y hacer posible su comprobación en los casos concretos.

En el presente artículo se abordará el concepto doctrinario y legal de feminicidio, su regulación en la legislación penal mexicana (federal y de la Ciudad de México) y las posibles dificultades probatorias que ha de enfrentar la autoridad investigadora. Estas reflexiones descansan en la hipótesis que los tipos penales vigentes en el ámbito federal y del fuero común de la Ciudad de México no presentan dificultades probatorias insuperables. El subregistro de feminicidios obedece a la falta de formación y capacitación y a la ausencia de análisis con perspectiva de género por parte de las autoridades encargadas de la investigación y persecución del delito; es frecuente el desinterés por esclarecer adecuadamente los hechos. No todos los homicidios de niñas, adolescentes y mujeres adultas se encuadran en el tipo de feminicidio, pero es necesario identificar aquellos que sí lo hacen. Esta es la única manera de dimensionar la gravedad del problema, evitar la impunidad y permitir que las víctimas secundarias accedan a la justicia.

I. Conceptualización del feminicidio

El feminicidio es una figura que ingresa al derecho penal desde las propuestas de activistas y teóricas del feminismo. Diana Russell refiere que el concepto *femicide* se utilizó por primera vez en Inglaterra en 1801 para aludir al “asesinato de una mujer”.³ Pero el término quedó en desuso, no adquirió arraigo

¹ Equis, *Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la perspectiva de género*, pp. 6 y ss.

² Sela S. Bloom, *Violence against women and girls. A compendium of monitoring and evaluation indicators*, p. 178.

³ Diana E. H. Russell, “Femicide: Politicizing the killing of females”, p. 27.

en el derecho anglosajón que utiliza los conceptos de *homicide* o *murder* para aludir al homicidio doloso de cualquier persona. Los códigos penales del siglo XX inscritos en el modelo continental y los penalistas de ese signo incluyeron los conceptos de homicidio, parricidio, asesinato, infanticidio, pero no aludieron específicamente al homicidio de mujeres. La dogmática penal tradicional de raíces alemanas, que justifica la actuación penal del Estado en la protección de los bienes jurídicos más valiosos para la sociedad, ha considerado a la vida humana como uno de los bienes primarios que merecen mayor protección y ha entendido que la vida de todas personas tiene igual valor.⁴ Los dogmáticos no consideraron necesario un tipo penal específico para proteger la vida de las mujeres. Aún hoy hay quienes se resisten a la tipificación de esta conducta.

El concepto actual de feminicidio se popularizó en la década de los 70 del siglo pasado cuando los movimientos feministas reintrodujeron el término y lo politizaron para llamar la atención sobre la desigualdad de género.⁵ Fue usado públicamente por Diana Russell en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres en Bruselas en 1976. Posteriormente, la misma Diana Russell publicó con Jane Caputi primero y con Jill Radford después, en los años 90, libros que abordan la problemática del feminicidio. Estas autoras definen el *femicide* como el asesinato de mujeres por hombres por el hecho de ser mujeres.⁶ En este contexto el término *femicide* se fue ampliando de homicidio misógino a todas las formas de asesinatos de personas del sexo femenino perpetrados por hombres por motivos sexuales o como expresión de una cultura patriarcal en la que manifiestan su superioridad y poder sobre las mujeres.⁷ De esta manera, el sujeto pasivo del delito incluye a niñas y adolescentes y los motivos no se agotan en la misoginia. En estos primeros desarrollos teóricos, el sujeto activo tenía la calidad específica de ser “hombre”, característica que hoy día se cuestiona, como se verá más adelante.

⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal; Parte General*, pp. 51 y 686.

⁵ OHCHR-Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”, citado por Celeste Saccomano, “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de Derecho?”, p. 54.

⁶ Caroll Orlok ya había utilizado el concepto de *femicide* en 1974, en un libro que no llegó a publicarse. Sobre los orígenes recientes del concepto, ver Josseline Chinchilla Santos, *et al.*, *Problemas jurídico-procesales que impiden la condena de procesados por el delito de feminicidio en El Salvador*, pp. 32 y ss.

⁷ OHCHR, *op. cit.*, p. 6.

El movimiento feminista latinoamericano retoma la línea de pensamiento trazada por las autoras mencionadas. La feminista mexicana Marcela Lagarde explica que al traducir el libro de Diana Russell y Jill Radford escogió la palabra “feminicidio” y no “femicidio” como el equivalente en español de lo que esas autoras conceptualizan como *femicide* en inglés. El “femicidio”, sostiene Lagarde, alude simplemente al homicidio de mujeres, en cambio el “feminicidio” es “una violencia ejercida por hombres contra mujeres, pero no sólo por hombres, por hombres colocados en supremacía social, sexual, jurídica, económica, política, ideológica y de todo tipo, sobre mujeres en condiciones de desigualdad, de subordinación, de explotación o de opresión y con la particularidad de la exclusión”. La categoría “exclusión” es una aportación de Lagarde, quien señala que “todas las otras formas de opresión afectan de manera diferenciada a las mujeres, de acuerdo con la región, con la clase social, con la edad, con la condición étnica, con la condición religiosa, y con otras condiciones sociales de las mujeres, y de los hombres con los que están en relación, y de las comunidades en las que están inmersas”.⁸

El desarrollo del término se ha seguido enriqueciendo en el ámbito latinoamericano con las aportaciones de Rita Segato, quien ha señalado la distinción entre feminicidios con motivaciones de orden personal o interpersonal y aquellos impersonales, “en las cuales los agresores son un colectivo organizado o, mejor dicho, son agresores porque forman parte de un colectivo o corporación y actúan mancomunadamente, y las víctimas también son víctimas porque pertenecen a un colectivo en el sentido de una categoría social, en este caso, de género”.⁹ Es así que en América Latina las feministas identifican cuatro subcategorías principales del fenómeno: feminicidio íntimo, feminicidio no íntimo, feminicidio por conexión y feminicidio sexual. El *feminicidio íntimo* es aquel cometido por un hombre con el cual la víctima tenía o solía tener una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines. El *feminicidio no íntimo* incluye aquellos cometidos por un hombre que no tenía ninguna relación íntima, familiar o de convivencia con la víctima; el asesino puede ser un amigo, un conocido o un extraño, y la violación sexual a menudo concurre con este tipo de feminicidio. Entran en esta categoría los feminicidios impersonales descritos por Segato. El *feminicidio por conexión* recoge el asesinato

⁸ Marcela Lagarde, “Del femicidio al feminicidio”, p. 221.

⁹ Rita Segato, “Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres”. Ver también Cristiane Brandão Augusto, “Feminicidio en el sistema penal brasileño”.

de cualquier mujer que trató de intervenir o quedó atrapada en una acción de feminicidio. Los *feminicidios sexuales* son los asesinatos precedidos de tortura y abuso sexual.¹⁰

El feminicidio así definido adquiere su propia identidad frente al homicidio. No se trata únicamente de la privación de la vida, sino que refiere a un sujeto activo que, como se verá, no ha de ser necesariamente un hombre, a un sujeto pasivo que ha de ser una persona del género femenino, aunque no sea biológicamente mujer, y a intencionalidades y situaciones específicas que acompañan a la realización de la conducta.

La amplia acogida que tuvo el concepto en el ámbito latinoamericano se explica porque en la región la violencia contra las mujeres es generalizada y la impunidad es la regla. Su recepción no se limitó a los círculos feministas, sino que la figura del feminicidio fue incluida en los códigos penales. El tema tuvo un gran impulso a partir de los sucesivos homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua, que dio lugar en 2009 a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocida como “Campo Algodonero” en la que se condenó al Estado mexicano por violar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las mujeres víctimas e incumplir con su deber de investigar las violaciones a esos derechos. El caso de las llamadas “muertas de Juárez” se difundió internacionalmente y favoreció que el feminicidio saliera del ámbito feminista y pasara a formar parte de las agendas políticas de los países de América Latina.

En 2007 se promulgó en México la Ley General del Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que define en su artículo 21 la violencia feminicida como “la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”. Este fue el primer paso para reconocer la figura de feminicidio; no se trató de una legislación propiamente penal, pero sirvió de antesala a la criminalización de esta conducta. A partir de ese reconocimiento, varios países de la región, entre ellos México, incorporaron el delito de feminicidio en sus códigos penales: Argentina (2012); Bolivia (2013);

¹⁰ Celeste Saccomano, “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de Derecho?”, pp. 55-56.

Brasil (2015); Chile (2010); Colombia (2008); Costa Rica (2007); El Salvador (2010); Ecuador (2014); Honduras (2013); Guatemala (2008); México (2011 en CPDF y 2012 en CPF); Nicaragua (2012); Panamá (2013); Perú (2013), y Venezuela (2014).¹¹

La manera en que los códigos penales latinoamericanos han regulado el feminicidio varía de país en país. En algunos casos, se ha previsto como una agravante del homicidio (en Argentina); en otros, como un tipo penal autónomo (México). A su vez, algunos países exigen un componente psicológico específico (Nicaragua), mientras que en otros se hace referencia a motivaciones internas, pero se señalan circunstancias objetivas que facilitan o al menos acotan la tarea probatoria.¹² Las disposiciones penales específicas de cada país para el feminicidio constituyen un límite infranqueable a la luz del principio *nullum crimen*. Para resolver los casos concretos, habrá que atenerse a las disposiciones expresas de la ley, con independencia de los desarrollos que la doctrina feminista ha alcanzado respecto del tema. Los avances doctrinarios han influido ciertamente en la elaboración de las normas penales y contienen directrices que orientan en la aplicación de la ley al caso concreto, pero no la suplen. Por ello es importante una buena técnica legislativa que permita, por un lado, identificar los casos que se han concebido teóricamente como feminicidio y, por el otro, dejar fuera aquellos homicidios de personas del género femenino que no corresponden a esos estándares. Una buena técnica legislativa facilitará la tarea de las personas encargadas de investigar y de comprobar la existencia de este delito.

II. Tipificación del feminicidio en México

El tipo penal de feminicidio ingresó al Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) en julio de 2011, y fue modificado en agosto de 2019. A su vez, la figura es incorporada en el artículo 325 del Código Penal Federal (CPF) en junio de 2012.

La tipificación del feminicidio tuvo lugar en medio de discusiones teóricas e ideológicas de distinto signo y se desarrolló en diversos niveles. Los penalis-

¹¹ Ela Wiecko *et al.*, “Processo penal e gênero: a devida diligencia da Convenção de Belém do Pará e o protocolo de investigação de feminicídios no Distrito Federal do Brasil”, p. 71.

¹² Carmen Vázquez, “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”.

tas dogmáticos rechazaban un tipo penal que, en definitiva, protege la vida de las mujeres, bien jurídico que goza de amplia protección ante diversas formas de ataque. Argumentaron, también, que la vida es igualmente valiosa para cualquier ser humano, se trate de hombres o mujeres, niños o ancianos. En igual sentido, se expresaba la mayoría de los operadores del sistema penal, sin una reflexión fundada en los principios del sistema, pero sí en la experiencia y en el sentido común que les permitía intuir que no había diferencia entre las vidas humanas, además de que a los hombres los matan más que a las mujeres. Se argumentó que con este tipo penal se violaba el principio de igualdad ante la ley, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reiterado que la figura no vulnera el principio de igualdad, que ella “responde a una finalidad constitucional, pues busca lograr un mayor alcance y protección de los derechos de las mujeres, en especial, el derecho a vivir libres de cualquier tipo de violencia”. Estas conductas, siguió diciendo el alto tribunal,

“(..). afectan no sólo la vida, la integridad física, psíquica y la libertad sexual, sino que también son cometidas con base en la discriminación y subordinación implícita contra las mujeres, es decir, por razones de género; de ahí que el citado precepto legal constituye una medida objetiva y racional, ya que se garantiza la equidad al establecer mecanismos de protección a la integridad de las mujeres que han sufrido violencia”.¹³

Esta decisión, a pesar de tratarse de una tesis aislada, ha impactado y ha sido aplicada por tribunales inferiores. La decisión contiene razones de peso para superar el argumento de que la tipificación del feminicidio transgrede el principio de igualdad. La figura no hace más que atender a una desigualdad que está presente en la realidad cotidiana.

El feminicidio ha sido legislado en el CPF y en el CPDF en un capítulo aparte del homicidio, dentro del Título Delitos contra la vida y la integridad corporal. Es tratado como un tipo especial, autónomo del homicidio, no se le aplican las atenuantes ni las agravantes de éste. Es considerado un tipo dolo-

¹³ FEMINICIDIO. EL ARTÍCULO 153-A DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE TIPIFICA EL DELITO DE HOMICIDIO POR CUESTIONES DE GÉNERO, NO TRANSGREDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 28, marzo de 2016; Tomo I; Pág. 979. 1a. LIV/2016 (10a.). Registro No. 2 011 230.

so, no admite la comisión culposa: el sujeto activo ha de conocer y querer o, al menos, aceptar privar de la vida a una mujer por razones de género. Esto se corrobora en el hecho que los códigos mencionados no incluyen el feminicidio en el listado de tipos culposos (artículo 60 del CPF y artículo 76 del CPDF). Existen tesis jurisprudenciales que soportan las afirmaciones anteriores.

La ley no menciona que el sujeto activo haya de ser un hombre; sin embargo, tal como se ha visto, el desarrollo doctrinario sí lo hace. Esto ha hecho que algunos jueces se hayan pronunciado en este sentido. En efecto, el feminicidio ha sido considerado como la expresión extrema del poder masculino sobre la mujer, legitimado por una percepción social desvalorizadora, hostil y degradante de las mujeres. Sin embargo, el legislador penal federal y el de la Ciudad de México han dejado la puerta abierta a la regla general; nada impide pensar en un caso en que existan razones de género en el actuar de una mujer hacia otra. Ha de entenderse que el concepto “mujer”, también podría dar lugar a precisiones para determinar si incluye a personas que nacieron hombres y se sometieron a cambio de sexo, a personas que están en el periodo de transición previo a la intervención quirúrgica para mudar de sexo, a personas que sin haberse sometido a una intervención se sienten y viven como mujeres a pesar de mantener una conformación biológica masculina. Esta situación que ha dado lugar a conceptos como “travesticidio” y “transfemicidio” (transfeminicidio sería en México), no puede quedar ajena a la reflexión acerca de los alcances del tipo penal de feminicidio.¹⁴ Todo lleva a pensar que, más allá del sexo biológico tanto el sujeto activo como el pasivo han de concebirse con perspectiva de género; sujeto activo podrá ser un hombre o una mujer y sujeto pasivo una mujer, aunque su sexo biológico original no sea el femenino, si al momento de la conducta puede ser considerada socialmente como mujer.

El Código Penal Federal y el de la Ciudad de México establecen que comete el delito de feminicidio quien por razones de género priva de la vida a una mujer. La conducta típica es el privar de la vida; ella ha de estar motivada por razones de género. En este punto, existen interpretaciones erróneas: se dice que la única conducta típica no se agota en la privación de la vida, que el delito no se consuma en algunos supuestos con la privación de la vida sino con actos posteriores como la exposición del cadáver. No debe confundirse

¹⁴ Radi Blas y Alejandra Sardá-Chandiramani, “Travesticidio/transfemicidio: Coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina”.

la conducta típica con los supuestos señalados por el legislador para acreditar las razones de género.¹⁵ Se trata, sin duda, de un tipo complejo en el que se protege más de un bien jurídico, la vida: el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, el derecho de la mujer al respeto a su dignidad y a sostener relaciones igualitarias. Pero no ha de confundirse la conducta que conforma el núcleo típico con las circunstancias previstas para acreditar las razones de género. Tampoco han de confundirse las razones de género con las circunstancias señaladas por el legislador para acreditarlas. La exposición del cadáver no es una razón de género; son las razones de género que motivaron y acompañaron a la privación de la vida las que se expresan a través de la exhibición pública del cadáver.

Las “razones de género” marcan la diferencia entre el homicidio, en todas sus variantes, y el feminicidio. Por razones de género ha de entenderse la voluntad dirigida a privar de la vida a la víctima por ser mujer, por su calidad de ser inferior, despreciable, por todo lo negativo que para el sujeto activo comprende el “ser mujer”. El protocolo latinoamericano para la investigación del feminicidio establece que:

Los factores que hacen diferente el delito de femicidio con el homicidio de un hombre, e incluso con el homicidio común de una mujer, destacan que, a través de la muerte violenta, se pretender refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, femineidad, etcétera. Esto significa que el agente feminicida o sus actos reúne alguno o algunos patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida. Tales elementos culturales y su sistema de creencias le hacen creer que tiene el poder suficiente para determinar la vida y el cuerpo de las mujeres, para castigarlas o sancionarlas, y en última instancia, para preservar los órdenes sociales de inferioridad y opresión. Esos mismos elementos

¹⁵ Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, *Programa de fortalecimiento a la transversalidad de la perspectiva de género 2011*. En este documento se señala que el delito de feminicidio se consuma cuando el cuerpo es expuesto o cuando se le hayan infligido a la mujer lesiones posteriores a la muerte. No coincido con ese criterio: la prescripción comienza a correr desde la privación de la vida, las demás conductas son a efecto de acreditar las razones de género, pero no para consumir el feminicidio.

culturales permiten que el victimario se vea reforzado como hombre a través de la conducta realizada.¹⁶

Estas razones de género incluidas por los legisladores federal y de la Ciudad de México son el marco de referencia para delimitar en los casos concretos si se trata de un feminicidio o de un homicidio. Por tratarse de un sentimiento, de un aspecto subjetivo difícil de acreditar y de valorar, los legisladores mencionados decidieron enumerar taxativamente circunstancias que permiten acreditar esas razones. Si no concurre alguna de esas circunstancias no se configurará el feminicidio, aunque hubiera otros medios de prueba o la confesión indubitable del autor que su conducta fue motivada por razones de género. Esta es una técnica legislativa desafortunada porque al limitar a las razones de género a los supuestos expresamente señalados se corre el riesgo de infrainclusión y suprainclusión de casos.¹⁷

Las circunstancias que se enumeran en el CPDF y en el CPF para establecer las razones de género son similares. Ambos códigos enuncian las situaciones que dan lugar a que la muerte de la mujer se considere por razones de género como son que la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; que a la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida, o actos de necrofilia; que el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público. Hay supuestos que se superponen, como que “haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva, laboral, docente o de confianza” y “el que exista, o bien, haya existido entre el activo y la víctima una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, noviazgo o cualquier otra relación de hecho o de amistad, subordinación o superioridad”. En el afán de abarcar todos los casos posibles, se mencionan situaciones que no pueden estar la una sin la otra, como la amistad y la confianza.

Es común que estos supuestos se apliquen sin más; esto es, sin reflexionar sobre las razones de género que han de estar presentes en todos los casos. Es suficiente con que se acredite una de las fracciones previstas por el artículo 148 bis del CPDF o del artículo 325 del CPF para que se considere la privación

¹⁶ ACNUDH, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, p. 35.

¹⁷ Carmen Vázquez, *op. cit.*, p. 217.

de la vida como feminicidio. Esto puede llevar a la suprainclusión de casos. Así, por ejemplo, todos los homicidios de mujeres en el ámbito familiar serán feminicidio y nunca homicidio en relación del parentesco, aunque se trate de un hijo que por robar a sus padres mate a ambos. Lo mismo en el caso que alguien prive de la vida a un matrimonio de un hombre y una mujer para robarles el auto en el que están circulando y arroje los cuerpos en la vía pública; la muerte del hombre sería un homicidio calificado y la de la mujer feminicidio. Considero que esta interpretación es errónea: nunca deben perderse de vista “las razones de género”, que constituyen el *ethos* del feminicidio. En el mismo sentido, es común que el crimen organizado exponga en lugar público el cuerpo sin vida de los integrantes de la banda rival o de aquellos que han sido considerados traidores: si se trata de una víctima masculina, el hecho se tipificará como homicidio probablemente calificado, si es una víctima femenina sería feminicidio. Esta situación así descrita no tiene sentido, pero es consecuencia de la técnica legislativa que se ha escogido para tipificar el feminicidio.¹⁸

Es probable que en algunas situaciones nos encontremos ante un concurso aparente de normas previsto en el artículo 13 del CPDF, entre homicidio simple o calificado y feminicidio. Habrá que dilucidar en cada caso si la conducta ha sido motivada por razones de género. Ello permitirá aplicar los principios de especialidad, consunción o subsidiariedad para encuadrar el evento.

Una mención especial merece el homicidio calificado por motivos de odio previsto en el artículo 138 fracción VIII del CPDF.¹⁹ Este precepto fue incluido en el CPDF en septiembre de 2009, dos años antes de que se tipificara el feminicidio.²⁰ La citada fracción abarca, en estricto sentido formal, todos los casos de feminicidio; el precepto considera, por ejemplo, como motivo de odio la identidad de género. Sin embargo, además de la dificultad de probar estos motivos en cada caso, la descripción legal no cuenta con los antecedentes doctrinarios y el debate previo que han sustentado la figura del feminicidio. El artículo 138 fracción VIII no alcanza a comprender esas “razones de

¹⁸ *Ibidem.*, p. 203.

¹⁹ 138 fracción VIII. Existe odio cuando el agente lo comete por la condición social o económica; vinculación, pertenencia o relación con un grupo social definido; origen étnico o social; la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo; lengua; género; religión; edad; opiniones; discapacidad; condiciones de salud; apariencia física; orientación sexual; identidad de género; estado civil; ocupación o actividad de la víctima.

²⁰ El decreto por el cual se incluyó el homicidio calificado por razones de odio se publicó en la *Gaceta Oficial de Distrito Federal* el 10 de septiembre de 2009.

género” propias del feminicidio sustentadas en la cultura patriarcal que exige subordinación del género femenino al masculino. Y, sobre todo, no parece suficiente para visibilizar la violencia sistemática hacia las mujeres. Este tipo de homicidio calificado quedará reservado, en todo caso, para aquellos casos que no se configuren como feminicidio, pero en los que sí se acrediten los motivos de odio en la muerte de una mujer.

Las punibilidades para el feminicidio son altas. El CPF prevé para el feminicidio una punibilidad de 40 a 60 años de prisión, la cual es superior a la del homicidio calificado que es de 30 a 60 años de prisión. El CPDF contempló, en un primer momento, una punibilidad de 20 a 50 años de prisión, similar a la prevista para el homicidio calificado; en agosto de 2019 se hicieron algunas modificaciones al tipo penal y la punibilidad se incrementó a 35 a 70 años de prisión. La gravedad de las sanciones y la trascendencia del bien jurídico afectado hacen necesaria la actuación eficiente y eficaz de los operadores del sistema penal involucrados en la investigación, persecución y juzgamiento de este delito. Nada justifica punibilidades tan altas, pero ellas son la regla en nuestro sistema penal. Nuestros legisladores parecen querer compensar la impunidad que prevalece en la mayoría de los delitos con conminaciones de sanciones extremadamente severas, desproporcionadas según estándares de un derecho penal democrático. En este caso se ha privilegiado la vulnerabilidad de las víctimas sobre valor el bien jurídico para establecer la punibilidad legal.

III. Investigación y comprobación del delito de feminicidio

Los legisladores federales y locales han enumerado circunstancias objetivas con las cuales se acreditan las razones de género. Estas circunstancias son similares en uno y otro código. El CPDF incluye un supuesto más, incorporado recientemente, que elude a que la víctima se haya encontrado en estado de indefensión.

Es suficiente en el caso concreto que se compruebe alguno de los supuestos para acreditar el delito de feminicidio, siempre que no existan datos que indiquen de manera relevante que los motivos no fueron relacionados con el género. Siempre que se comprueben algunos de los supuestos, se presume el feminicidio salvo datos contundentes que excluyan las razones de género.

Las fracciones tienen distintas dificultades probatorias, mientras que las relaciones familiares o laborales pueden ser más fáciles de probar; la violencia sexual no siempre lo es, ya que este tipo de violencia no conlleva necesariamente huellas físicas. La acreditación del feminicidio exige que los operadores encargados de investigar delitos en todos los casos en que se enfrente la muerte de una mujer en la que haya indicios que la misma fue provocada dolosamente se aboquen a recabar todas las evidencias necesarias para comprobar o descartar el feminicidio. Debe partirse de la presunción de feminicidio, la cual admite prueba en contrario.

Específicamente, se presume, salvo prueba contundente en contrario, que existen razones de género en el homicidio de una mujer en el CPF y en el CP-DF cuando:

- La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo: Este supuesto, descrito en ambos códigos, presenta dificultades probatorias primero porque no siempre la violencia sexual deja huellas, piénsese en casos de violencia moral, y segundo, porque es necesario identificar cuando haya huellas de violencia que ésta es de carácter sexual. Los signos de violencia han de estar en el cuerpo de la víctima.²¹ Las dificultades para identificar la violencia sexual han sido abordadas en los protocolos para la investigación del feminicidio e incluso en una tesis de la SCJN. Se señala que la violencia sexual puede expresarse de distintas maneras, el cuerpo de la mujer presentará signos e indicios derivados de las fantasías que forman parte de la motivación del autor. Ello no es obstáculo para identificar como signos recurrentes de violencia sexual lesiones en la parte exterior del cuerpo como mordeduras de mamas y/o contusiones al interior de los muslos.²²

²¹ Carmen Vázquez hace una reflexión que a mi parecer excede el texto de la norma. No se requiere que se haya comprobado el delito contra la libertad sexual. No hay una correlación necesaria entre violencia sexual y acreditación de un delito contra la libertad sexual. Hay delitos como contra la libertad sexual como el hostigamiento que pueden quedar comprendidos en algún otro de los supuestos de razones de género contemplados en los códigos. Ver Carmen Vázquez, *op. cit.*, pp. 204-205.

²² ACNUDH y ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, p. 81. Y SCJN FEMINICIDIO. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. Registro No. 2 009 087 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, mayo de 2015; Tomo I; Pág. 439. 1a. CLXI/2015 (10a.).

- A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia. Al respecto se ha señalado que el uso del plural, que comparte con el caso anterior, es una limitante, ya que si hubiera sólo una lesión no sería considerado como feminicidio.²³ Esta interpretación es demasiado estricta, teniendo en cuenta que de lo que se trata es que se comprueben razones de género. No ha de perderse de vista que cada una de las fracciones tiene por finalidad acreditar esas razones, lo cual de por sí presenta dificultades probatorias importantes. Por ello, si existe una lesión con características tales que connote dichas razones de género, será suficiente para sustentarlas. Los protocolos sobre feminicidio suelen ejemplificar el tipo de lesiones que son infligidas recurrentemente por los agentes feminicidas.
- Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima. Este supuesto, contemplado en el CPF, admite cualquier medio de prueba que dé cuenta de la violencia anterior hacia la víctima por parte de quien es considerado como sujeto activo de la privación de la vida. El legislador de la Ciudad de México menciona antecedentes de acoso o amenazas del sujeto activo hacia la víctima, pero, finalmente, refiere cualquier tipo de violencia; los casos específicos son meramente ejemplificativos. El acoso finalmente es un tipo de violencia moral. Estas precisiones y reiteraciones de términos obedecen a que en la práctica forense se abusa de la interpretación literal y formal de los preceptos, dejando de lado toda consideración sobre los principios y las reglas que rigen la interpretación de las normas; principios y reglas que aplicados adecuadamente no violan el principio *nullum crimen* propio del derecho penal garantista.
- Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza, señala el CPF. El código local agrega a las anteriores las relaciones de carácter laboral y docente. La sola comprobación de alguna de estas relaciones permite presumir la existencia de razones de género, pero esta presunción puede ser desvirtuada en el caso concreto. Habrá situaciones en que la privación de la vida de la mujer dentro de este tipo de relación obedezca a razones diversas al género, ello excluiría el feminicidio.

²³ Elizabeth V. Leyva, “El (mal) diseño del feminicidio en México”.

- Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima. Esta hipótesis que en el CPF aparece como una fracción independiente, en el CPDF, como ya se vio, está contenida en la que refiere antecedentes de cualquier tipo de violencia cometida por parte del sujeto activo contra la víctima. Es un ejemplo de la superposición de causales que obedece al afán de abarcar todos los casos posibles en que se expresen las razones de género.
- El CPDF contempla que “Exista, o bien, haya existido entre el activo y la víctima una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, noviazgo o cualquier otra relación de hecho o de amistad, subordinación o superioridad”. Resulta innecesaria la referencia a tantas clases de relaciones, varias de ellas señaladas en hipótesis anteriores. Descripciones tan específicas pueden extenderse *ad infinitum*; siempre es posible imaginar alguna relación en particular, pero ello carece de sentido y propicia que se apliquen cada vez criterios más rígidos para interpretar cada caso. Esto pone en evidencia una mala técnica legislativa.²⁴
- La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida. Este supuesto está regulado en ambos códigos y se sustenta en que la incomunicación coloca a la víctima en estado de indefensión: La incomunicación está asociada en muchas ocasiones con la privación de la libertad de la víctima como secuestro o desapariciones forzadas y se reconoce como una expresión de violencia de género.²⁵
- El CPF refiere que el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. El CPDF amplía esta hipótesis e incluye que el cuerpo sea depositado o arrojado. Esta situación ha de valorarse en cada caso. Se sabe que la delincuencia organizada exhibe o deposita los cuerpos de sus víctimas en lugares públicos, como ya se ha mencionado, sin que ello implique necesariamente una razón de género.²⁶
- La víctima se haya encontrado en un estado de indefensión, entendiéndose éste como la situación de desprotección real o incapacidad que imposibilite su defensa, ya sea por la dificultad de comunicación para recibir

²⁴ Carmen Vázquez, *op. cit.*, p. 204.

²⁵ OACNUDH, *op. cit.*, p. 73.

²⁶ Carmen Vázquez, *op. cit.*, p. 205.

auxilio, por razón de la distancia a un lugar habitado o porque exista algún impedimento físico o material para solicitar auxilio. Este supuesto se incorporó en el CPDF para ampliar las situaciones que presuponen razones de género y facilitar su comprobación. En principio el estado de indefensión está abarcado por el homicidio calificado por la ventaja; para configurar el feminicidio se requiere la situación de dominación del sujeto activo que se aprovecha de la desprotección e indefensión de la víctima a quien priva de la vida por su condición de ser mujer.

Las hipótesis contempladas en la ley son diversas y facilitan la comprobación de las razones de género necesarias para acreditar el feminicidio. Pero, a pesar de que los legisladores han ampliado los supuestos que generan la presunción de razones de género que han de acompañar a la privación de la vida de la mujer, los colectivos de mujeres y los familiares de las mujeres víctimas de homicidio se han quejado en reiteradas ocasiones y por diversos medios de que las autoridades encargadas de investigar estos delitos no identifican los casos de feminicidio, sino que los tipifican como homicidios simples, calificados o culposos o como suicidios. La SCJN, atendiendo esos reclamos, ha señalado que cuando se investigue la muerte violenta de una mujer, atendiendo a los derechos humanos, a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, los órganos investigadores deben actuar con perspectiva de género, “para lo cual, debe implementarse un método para verificar si existió una situación de violencia o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género”. Dice el alto tribunal que toda investigación se debe efectuar con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.²⁷ Esta última afirmación impacta en uno de los graves problemas de nuestras autoridades encargadas de la investigación de los delitos: una actuación orientada a cumplir con las formalidades más que a esclarecer los hechos.

La SCJN, atendiendo a esas conocidas malas prácticas en la investigación de delitos en México, ha sido más específica y ha señalado las diligencias que se deben llevar a cabo para investigar la muerte violenta de una mujer. La tesis al respecto es muy completa y merece su transcripción:

²⁷ FEMINICIDIO.LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. Registro No. 2 009 087 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, mayo de 2015; Tomo I; Pág. 439. 1a. CLXI/2015 (10a.).

Cuando se investiga la muerte violenta de una mujer, además de realizar las diligencias que se hacen en cualquier caso (identificación de la víctima, protección de la escena del crimen, recuperación y preservación del material probatorio, investigación exhaustiva de la escena del crimen, identificación de posibles testigos y obtención de declaraciones, realización de autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados, y determinación de la causa, forma, lugar y momento de la muerte), las autoridades investigadoras deben identificar cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta. Además, en dichas muertes se deben preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual y se deben hacer las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia. Además, las investigaciones policiales y ministeriales por presuntos feminicidios deben analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como plantear posibles hipótesis del caso basadas en los hallazgos preliminares que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes. En ese sentido, se debe investigar, de oficio, las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada. En específico, los protocolos de investigación de muertes de mujeres incluyen diversos peritajes específicos, entre los que destacan los tendientes a determinar si el cuerpo tenía alguna muestra de violencia y, específicamente, violencia sexual —para lo cual se tienen que preservar evidencias al respecto—. La exploración ante una posible violencia sexual debe ser completa, pues es difícil rescatar las muestras que no se tomen y procesen en las primeras horas. Además, siempre deben buscarse signos de defensa y lucha, preponderantemente en los bordes cubitales de manos y antebrazos, uñas, etcétera. En homicidios de mujeres relacionados con agresiones sexuales suelen encontrarse, en la parte exterior del cuerpo, entre otros, mordeduras de mamas y/o contusiones al interior de los mus-

los. Además, los peritajes en medicina forense tienen el propósito de determinar si la occisa presenta signos o indicios criminalísticos de maltrato crónico anterior a su muerte. Aunado a lo anterior, algunas diligencias específicas en este tipo de muertes consisten, por un lado, en que el perito que realiza la autopsia esté familiarizado con los tipos de tortura o de violencia que predominan en ese país o localidad y, por otro, que además de la necropsia psicológica practicada a las occisas, se realice complementariamente un peritaje psicosocial, el cual se centra en la experiencia de las personas afectadas por las violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analice su entorno psicosocial.²⁸

El detalle con el que la SCJN describe las diligencias que deben llevarse a cabo, pone en evidencia la necesidad de capacitar y sensibilizar debidamente a los operadores sobre la realidad de violencia que acompaña a la vida y a la muerte de muchas de las mujeres en México. Esta resolución tiene como antecedente los aspectos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “Campo Algodonero”.²⁹ La SCJN pone el acento en las razones de género y se detiene en la comprobación de la violencia sexual que, como se mencionó oportunamente, presenta dificultades para su acreditación. El señalamiento de peritajes en medicina forense y en aspectos psicosociales representa una alternativa para superar esos obstáculos.

²⁸ FEMINICIDIO. DILIGENCIAS QUE LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A REALIZAR EN SU INVESTIGACIÓN. Registro No. 2 009 086 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, mayo de 2015; Tomo I; Pág. 437. 1a. CLXII/2015 (10a.)

²⁹ El contenido de esta sentencia es citado en el *Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial para el delito de feminicidio* elaborado por la Procuraduría General de la República en México. Se menciona que la Corte Interamericana estableció que la eficiente determinación de buscar la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad.

Asimismo, se transcriben los principios rectores que han de guiar la investigación de la muerte violenta de una mujer. Ellos son: I. Identificar a la víctima; II. Recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación penal de los responsables; III. Identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; IV. Determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que la pueda haber causado; V. Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio; VI. Investigar exhaustivamente la escena del crimen; y VII. Realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados. *Cfr.* Procuraduría General de la República, *Protocolo de Investigación Ministerial, Policial y Pericial con Perspectiva de Género para el Delito de Feminicidio*.

En atención a las dificultades probatorias del feminicidio y a la falta de sensibilidad y de capacitación de muchos operadores del sistema penal en esta materia, se han emitido diferentes protocolos por instancias nacionales e internacionales con la finalidad de guiar y facilitar la actuación de los órganos de procuración y administración de justicia. Son representativos el *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (ACNUDH) y por la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), y, en el ámbito nacional, el *Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial para el delito de feminicidio*, elaborado por la entonces Procuraduría General de la República (PGR).

El modelo de protocolo latinoamericano propone un plan metodológico para la investigación del feminicidio que aborde el componente fáctico, jurídico y probatorio en cada caso. El objetivo es demostrar, más allá de toda duda razonable, que se cometió femicidio; es decir la privación de la vida de una mujer por razones de género e identificar a los responsables (autor(es) y partícipe(s)). Para ello sugiere un conjunto de preguntas que han de guiar la investigación y los diferentes aspectos que han de ser tenidos en cuenta para identificar las razones de género. Se detiene especialmente en los signos e indicios relacionados con los diferentes tipos de feminicidio, como el sexual y el íntimo, y en la actuación del médico forense y en el análisis criminalístico. El protocolo elaborado por la PGR se adapta al modelo latinoamericano; aborda los componentes fáctico, jurídico y probatorio e identifica las actuaciones necesarias por parte de la policía de investigación, de los agentes del Ministerio Público y de los peritos. Ambos protocolos señalan el enfoque de género como punto de partida para investigar la muerte violenta o sospechosa (casos de aparente suicidio o accidente) de una mujer.

La SCJN, a su vez, ha emitido un Protocolo para juzgar con perspectiva de género, que si bien no aborda el tema de feminicidio sí se ocupa de la violencia sexual y menciona la sentencia de “Campo Algodonero” para evidenciar los prejuicios imperantes en la investigación de la desaparición y muerte de mujeres que obstaculizaron el acceso a la justicia al que tienen derecho las víctimas.³⁰ Precisamente, esos prejuicios imperantes acompañan a las malas

³⁰ SCJN, *Protocolo con perspectiva de género; Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, en particular, ver pp. 91 a 93 y 121 a 122.

prácticas que están enraizadas en la actuación de muchos de los encargados de la investigación de los delitos.

La perspectiva de género, que ha de estar presente en la investigación de la muerte violenta o sospechosa de una mujer, obliga al investigador a analizar todos los indicios y aspectos que sugieran razones de género en la comisión del delito. Han de identificarse e investigarse hasta agotar los supuestos contemplados en la ley. Lamentablemente, entre las malas prácticas que acompañan a la investigación del delito en la Ciudad de México, por ejemplo, destaca la falta de presencia del médico legista en el lugar del hallazgo del cadáver. La presencia del médico es muy importante porque le permite, entre otras cosas, realizar el diagnóstico de muerte real, identificar si el cadáver fue movido o se encuentra en su posición original, elaborar una valoración preliminar de la causa de muerte, recoger los indicios del cadáver y darles una debida protección durante el traslado, iniciando la cadena de custodia. La falta de presencia del médico legista en el lugar de los hechos dificulta la comprobación de los supuestos de violencia sexual o de otro tipo de violencia de género.

La investigación de las muertes violentas o sospechosas de mujeres ha de seguir un plan de trabajo que permita organizar y explicar las actuaciones para identificar y asegurar los medios cognoscitivos, elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para demostrar, más allá de toda duda razonable, la ocurrencia de un feminicidio.³¹ La autoridad investigadora debe actuar con la objetividad y el rigor necesarios para identificar las muertes de mujeres que son feminicidio de aquellas que no lo son, sorteando las dificultades probatorias y aplicando en todo momento la perspectiva de género.

IV. Reflexiones finales

No está de más retomar lo dicho al inicio de este documento: hay una historia de invisibilidad de la violencia contra la mujer que es expresión de una cultura patriarcal en la que los hombres ocupan un lugar jerárquicamente superior al de las mujeres. Esta cultura, que permea en la manera en que las personas perciben el mundo y analizan los hechos, está presente con frecuencia en quienes investigan los delitos. Ha sido necesaria la presión de grupos feministas y

³¹ ACNUDH y ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*.

organismos de derechos humanos para impulsar la inclusión de la norma de feminicidio en los códigos penales y sigue siendo esa misma presión la que obliga a los operadores del sistema a investigar los casos concretos.

Los códigos penales federal y de la Ciudad de México han definido el feminicidio como la privación de la vida de una mujer por razones de género. Para facilitar la comprobación del delito se enumeran las hipótesis que constituyen razones de género. Esta enumeración taxativa conlleva el riesgo de infra o suprainclusión de casos. Algunas de las hipótesis presentan dificultades probatorias como la violencia sexual y otras son tan fácilmente acreditables que pueden incluir supuestos ajenos a las razones de género. A pesar de la acreditación formal de los supuestos considerados como razones de género por el tipo penal, es posible que en un caso concreto no se configure el feminicidio cuando hay datos evidentes de que la privación de la vida no fue motivada por razones de género.

La tipificación del feminicidio cumple la función de visualizar la violencia de género, propiciar el castigo de los culpables y proporcionar a las víctimas el acceso a la justicia. Es indudable que la actuación eficiente y eficaz de las personas operadoras del sistema penal para investigar y, en su caso, castigar los feminicidios es necesaria para satisfacer el acceso a la justicia de las víctimas y de la sociedad. Abatir la impunidad es un medio idóneo para prevenir el delito. Sin embargo, debe tenerse presente que la creación de la norma penal, la gravedad de la pena prevista y la actuación eficiente y eficaz del sistema no son suficientes para la protección de las mujeres. El derecho penal no es el medio idóneo para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, aunque su aplicación sea necesaria e inevitable. No debe apostarse por la solución penal. Se requieren políticas públicas dirigidas a concientizar y educar a la sociedad con perspectiva de género: que haya albergues para las mujeres víctimas de violencia, guarderías para que puedan trabajar y ser económicamente independientes. Mujeres independientes, autónomas, capaces de desarrollarse y relacionarse en situación de igualdad con todas las personas estarán en mejor situación de prevenir y evitar la violencia.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Equis. *Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la Perspectiva de Género*. México, 2017.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal; Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- Wiecko, Ela *et al.* “Proceso penal e gênero: a devida diligencia da Convenção de Belém do Pará e o protocolo de investigação de feminicídios no Distrito Federal do Brasil”. *Violencia feminicida y feminicídios en México y Brasil*, Ricardo Rodríguez Luna *et al.*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

Electrónicas

- ACNUDH y ONU Mujeres. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf> (consultado el 30 de junio de 2020).
- Blas, Radi y Alejandra Sardá-Chandiramani. “Travesticidio / transfemicidio: Coordinadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina”. *Publicación en el Boletín del Observatorio de Género*, 2016. <https://www.aacademica.org/blas.radi/14> (11/10/2022).
- Bloom, Sela S. *Violence against women and girls. A compendium of monitoring and evaluation indicators*. Carolina del Norte, USAID, 2008. <https://gsdrc.org/document-library/violence-against-women-and-girls-a-compendium-of-monitoring-and-evaluation-indicators/> (consultada el 11 de junio de 2020).
- Brandão Augusto, Cristiane. “Feminicidio en el sistema penal brasileño”. *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, Núm. 9, Nueva época, julio-diciembre 2018. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/viewFile/35793/32722> (consultado el 18 de junio de 2020).
- Chinchilla Santos, Josseline *et al.* *Problemas juridico-procesales que impiden la condena de procesados por el delito de feminicidio en El Salvador*. El Salvador, Universidad de El Salvador, 2016, (Tesis para obtener el grado de licenciada). <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/13090/1/PROBLEMAS%20JURIDICO-PROCESALES%20QUE%20IMPIDEN%20LA%20CONDENA%20DE%20PROCESADOS%20POR%20EL%20DELITO%20DE%20FEMINICIDIO%20E.pdf> (30 de junio de 2020).
- Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto de las Mujeres del Distrito Federal. *Programa de fortalecimiento a la transversalidad de la perspectiva de género 2011*. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/DF/df_meta1_4_2011.pdf (consultado el 23 de junio de 2011).
- Lagarde, Marcela. “Del femicidio al feminicidio”. *Desde el jardín de Freud*, Núm. 6, Bogotá, Universidad de Colombia, 2006, pp. 216-225. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>
- Leyva, Elizabeth V. “El (mal) diseño del feminicidio en México”. *Derecho en Acción*, CIDE, 25 de enero de 2017. <http://derechoenaccion.cide.edu/el-mal-diseno-del-feminicidio-en-mexico/> (consultado el 30 de mayo de 2020).

- OHCHR-Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. “Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”. UN, A/HRC/20/16 (23 de mayo de 2012). http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf (consultado el 18 de junio de 2020).
- Procuraduría General de la República. *Protocolo de Investigación Ministerial, Policial y Pericial con Perspectiva de Género para el Delito de Femicidio*. México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/253267/Protocolo_Femicidio.pdf (consultado el 30 de junio de 2020).
- Russell, Diana E. H. “Femicide: Politicizing the killing of females”. VV.AA. *Strengthening understanding of femicide*. Washington, D.C. PATH, MRC y WHO, 2008, https://www.path.org/publications/files/GVR_femicide_rpt.pdf (consultado el 17 de junio de 2020).
- Segato, Rita. “Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres”. *Sociedade e Estado*, Núm. 2, Vol. 29, maio/agosto 2014, Universidade de Brasília. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200003 (consultado el 18 de junio de 2020).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo con perspectiva de género; Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. 2013. http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf (consultado el 30 de junio de 2020).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, FEMINICIDIO. DILIGENCIAS QUE LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A REALIZAR EN SU INVESTIGACIÓN. Registro No. 2 009 086 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, mayo de 2015; Tomo I; Pág. 437. 1a. CLXII/2015 (10a.).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, FEMINICIDIO. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LAS DILIGENCIAS CORRESPONDIENTES CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. Registro No. 2 009 087 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 18, mayo de 2015; Tomo I; Pág. 439. 1a. CLXI/2015 (10a.).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, FEMINICIDIO. EL ARTÍCULO 153-A DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE TIPIFICA EL DELITO DE HOMICIDIO POR CUESTIONES DE GÉNERO, NO TRANSGREDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 28, marzo de 2016; Tomo I; Pág. 979. 1a. LIV/2016 (10a.). Registro No. 2 011 230.
- Vázquez, Carmen. “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 42, dic. 2019, Universidad de Alicante, pp. 193-219. <https://doxa.ua.es/article/view/2019-n42-tecnica-legislativa-del-feminicidio-y-sus-problemas-probatorios> (consultado el 18 de junio de 2020).

Emerográficas

- Saccomano, Celeste. “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de Derecho?”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Núm. 117, 2017, pp. 51-78.

La decisión judicial

Fermín Torres Zárata*

Resumen:

Este artículo trata, en forma general, sobre las decisiones jurídicas que toman tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, pero se centra de manera particular en la decisión judicial que emite el Poder Judicial por conducto de los jueces al dictar la solución de un conflicto sometido a su conocimiento. Esta decisión judicial se analiza desde diversos aspectos: sea como un acto de voluntad o como un acto de la razón del juzgador, así como los diversos elementos que influyen en la toma de decisiones del órgano jurisdiccional, como la lógica jurídica, las valoraciones y la racionalidad.

Abstract:

This article deals with the legal decisions in general that are taken by both the Executive and Legislative Powers, but it focuses in particular on the judicial decision that the Judicial Power issues through the judges when dictating the solution of a conflict submitted to its jurisdiction. knowledge. This judicial decision is analyzed from various aspects: either as an act of will or as an act of reason of the judge, as well as the various elements that influence the decision-making of the court, such as legal logic, assessments and the rationality.

Sumario: I. La decisión / II. La decisión judicial / III. La decisión como un acto de la voluntad y como un acto de la razón / IV. La responsabilidad de la decisión / V. La decisión vinculada / VI. La libre decisión judicial / VII. La decisión legal y racional / VIII. Decisión jurídica e interacción / IX. Función de la lógica en la decisión / X. La relación entre norma y decisión / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho. Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama iurisprudencia.

Gregorio Robles

I. La decisión

I.1. La decisión en sentido general

Existen distintas situaciones en las que se *decide*, se realiza una acción o una conducta que regula nuestra forma de comportarnos. Desde que iniciamos el día, tomamos decisiones, tan simples como la ropa que escogemos para vestirnos, los alimentos para el desayuno, si lavamos o no el coche, si leemos en la mañana o por la tarde, si redactamos o no un escrito o una carta o lo dejamos para después. Entonces, el decidir es una actitud cotidiana, y todo el día tomamos decisiones.

Entonces, *decidir* es un acto consciente que todo humano es capaz de realizar, y ante varias alternativas o situaciones que se le presentan, en los distintos ámbitos de su vida cotidiana, elige una posibilidad de conducta o escoge el camino a seguir en sus actividades. Es un acto práctico, un acto de la voluntad y, también, es la elección entre alternativas. Por tal razón, en el sentido común del léxico cotidiano, decisión abarca tanto la voluntad de la persona como la elección que toma. Como un acto de voluntad, supone la determinación libre y la facultad de elegir entre distintas situaciones, esto es, la decisión connota voluntad y elección al respecto.

Francisco Puy, toma como muestra la siguiente definición: “Decisión, pues, es la selección de un proyecto de acción entre un número definido y limitado de proyectos alternativos, con el propósito de establecer una situación o un estado de cosas futuro, concordes con la previsión de quiénes hacen las decisiones”.¹

De tal manera que la decisión es la selección de un comportamiento a seguir, y así lo hacemos en nuestra vida mientras tenemos uso de razón. La definición más simple de decisión, es: la determinación que se toma frente a una cosa dudosa. “En general se entiende por decisión: bien el proceso de

¹ Francisco Puy Muñoz, “La decisión”, p. 66.

deliberación o la acción de elegir; bien el resultado de dicha acción, o lo que así se determina”.²

Para llegar a una decisión debe haber un antecedente, el cual son las distintas opciones que se presentan, entre hacer o no hacer, o externar una opinión o escoger un camino en lugar de otro, cuyas consecuencias pueden no tener relevancia, pues son opciones de la vida diaria, pero también para decidir algo más complejo, como, por ejemplo, los juicios ante los tribunales. En este último caso, se lleva a cabo todo un proceso enmarañado de pensamientos en el que se presentan varias alternativas de la acción a tomar en la búsqueda de la solución, como elementos normativos y fácticos, y es aquí en donde se requiere tomar la mejor decisión posible para resolver el conflicto en cuestión.

La decisión también puede asimilarse a lo que entendemos por “juicio”, en el sentido de que al tener una problemática escogemos el camino a seguir con base en la experiencia y actuamos de acuerdo con nuestro juicio, como un razonamiento adquirido a lo largo de los años.

La decisión es un razonamiento práctico general que, cuando lo realizan los jueces, se convierte en un razonamiento jurídico y a la vez judicial, por provenir del órgano jurisdiccional.

Existen diferentes tipos de decisiones, como la individual, la colectiva, la política, la institucional y la jurídica, entre otras. Aquí nos enfocaremos a esta última y de manera detallada en la judicial, como aquella que emiten los jueces y tribunales para la solución de los conflictos sometidos a su conocimiento, y así conocer los requisitos de justificación necesarios en una sentencia.

Para Francisco Puy: “Una decisión es jurídica, cuando es el derecho quien ‘proporciona (...) la escala de preferencias dada en los modelos de elección constituidos por las reglas de derechos y los precedentes de la jurisprudencia’”³

De ahí que la decisión es “jurídica”, sencillamente porque está relacionada con el derecho y con las leyes, y se corresponde o concierne a estas. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿quiénes toman decisiones jurídicas?

Para resolver este cuestionamiento recurrimos a la organización del Estado, a la división de poderes a que se refiere el artículo 49 constitucional, el cual establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejer-

² *Ibid.*, p. 67.

³ *Ibid.*, p. 71.

cicio en Legislativo, Ejecutivo (administrativo) y Judicial, y de manera breve tratamos sus funciones, sólo para ubicarnos en el contexto de la decisión.

a) *Legislativo*

El poder legislativo se deposita en un congreso general que se divide en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores (art. 50 de la Carta Magna).

Groppali define la función legislativa como: “(...) la actividad del Estado que se concreta en la formación y creación de las normas jurídicas que reglamentan la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos y disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de los ciudadanos entre sí”.⁴

La función legislativa es una actividad del Estado, que crea el derecho objetivo, subordinada al orden jurídico, que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos, así como la organización social y política del país, tal como se desprende del artículo 73 constitucional. Por esta función se regulan las relaciones de los particulares entre sí y la estructuración de los organismos del Estado.

Al respecto, Elisur Arteaga señala: “(...) ese poder en general comprende todas las manifestaciones de autoridad que tengan la característica de ser de observancia obligatoria, como las leyes, decretos, acuerdos, bandos, reglamentos, ordenanzas de carácter general, que se emiten en relación con las materias susceptibles de ser reguladas por mandamiento constitucional”.⁵

El acto típico de la función legislativa es la ley, definida como una manifestación de voluntad que tiene por finalidad producir una situación jurídica general, cuyas características son:⁶

- a) Es una norma abstracta e impersonal. No se dirige a ninguna persona en particular ni a casos en particular, por lo que también es una norma general, que crea situaciones jurídicas generales.
- b) Es una norma permanente: la ley está ahí hasta que se crea otra que la modifica o deroga; no se cambia por la voluntad de los particulares.
- c) Es obligatoria para todos los que se encuentren en la situación fijada por la ley.

⁴ Alessandro Groppali, *Doctrina General del Estado*, p. 225.

⁵ Elisur Arteaga, *Derecho constitucional*, p. 116.

⁶ Cfr. Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, pp. 375 y ss.

- d) Es imperativa. Lo que significa que el Estado impone la obligación de someterse a la ley y está provisto de las sanciones para lograr su debido cumplimiento.

Por esta función se crea el orden jurídico y como consecuencia el contenido de la decisión, sea en una forma política o bien en una jurídica. Lo relevante del legislador es su función de originar las decisiones “legislativas”, las leyes, que tienen un alcance social total: “El legislador constitucional emite la decisión fundamental que encarna en la constitución. Ésta es la forma jurídica de la decisión fundamental”.⁷

De acuerdo con el positivismo, tal decisión se estructura en ese documento escrito donde se definen los rasgos del Estado, como su soberanía, competencias y el conjunto de valores que dan base al sistema jurídico en su conjunto; por tanto, la función legislativa constituye el medio para regular las actividades de los particulares.

b) Ejecutivo (administrativo)

Es una función típica que la doctrina y la legislación asignan por regla general al Poder Ejecutivo Federal, cuyas facultades se encuentran normadas en el artículo 89 constitucional.

Es al Ejecutivo al que le corresponde la función administrativa, y es una actividad muy compleja que comprende tanto la actividad puramente ejecutiva, que tiende a la ejecución de las leyes y la función administrativa verdadera y propia que tiende a satisfacer los intereses y las necesidades de la colectividad, así como la actividad política de dirección del Estado: “La función administrativa comprende todos los actos que emanan de órganos o de agentes a los cuales las leyes del país atribuyen carácter administrativo”.⁸

Por ejemplo: el servicio del Registro Civil que da validez, publicidad y certidumbre a las relaciones familiares, el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, que permite también la publicidad en el ámbito de las relaciones privadas y comerciales, o el servicio notarial.

Para lo que nos interesa, en el ordenamiento mexicano el Ejecutivo tiene encomendadas decisiones jurisdiccionales, pues están bajo su mando los Tribunales Administrativos, Burocráticos y de la Reforma Agraria, el Tribunal

⁷ Gregorio Robles, “La decisión y la tónica jurídica”, p. 953.

⁸ León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 97.

Fiscal y de Justicia Administrativa y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, así como los Tribunales Agrarios, respectivamente, que se encuentran dentro de su esfera, pero también tiene atribuciones judiciales que se relacionan con la impartición de justicia:

a) La ejecución de las penas; b) El auxilio para el cumplimiento de las resoluciones judiciales; c) La tramitación y resolución de los recursos administrativos, d) Directamente el Presidente de la República, el otorgamiento del indulto respecto del cumplimiento de penas privativas de la libertad establecidas en sentencia firme. Todas ellas se pueden agrupar también en el concepto de procuración de justicia.⁹

Por lo que se refiere al auxilio que el Ejecutivo debe dar a las autoridades para el cumplimiento de las resoluciones judiciales, se encuentra conferido en la fracción XII del artículo 89 Constitucional el cual dispone que el Ejecutivo Federal deberá facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.

En cuanto a la tramitación y resolución de los recursos administrativos, que se encuentran regulados en la Ley Federal de Procedimientos Administrativos, el Ejecutivo juega un papel importante debido a que los funcionarios que dependen de él se consideran obligados a defender de manera tenaz a la administración a la que pertenecen, pues consideran la lealtad como principio a seguir en la defensa de los actos impugnados.

Asimismo, el Presidente de la República, según la fracción XIV del artículo 89 citado, tiene la facultad de conceder indultos a los reos sentenciados, que es una facultad discrecional, pero ello implica una facultad por encima de los jueces que sentenciaron a dichos reos.

Por lo que hace a las facultades jurisdiccionales que se atribuyen al Ejecutivo Federal, podemos mencionar que son aquellas que se refieren a la solución de los conflictos o controversias que se derivan de la aplicación de las disposiciones legales que regulan la reforma agraria, que en este caso es la Ley de la Reforma Agraria, que se refiere a las controversias suscitadas entre campesinos que solicitan tierras y aguas y los propietarios afectados así como controversias entre los mismos campesinos, ejidatarios, comuneros y sus núcleos de población.

⁹ Héctor Fix-Zamudio, "El ejecutivo federal y el poder judicial", p. 273.

A la función administrativa también se le designa como función ejecutiva, por su íntima relación con el cumplimiento de la ejecución de la ley; pero se tiene que hacer la distinción entre estas funciones porque su contenido es diferente. El concepto de ejecución comprende las dos funciones esenciales, la administrativa y la jurisdiccional, pues el Estado al hacer la ley tiene que ejecutarla o dictar todos los actos tendientes para ello. La función ejecutiva concreta el acto y dispone de los medios para su cumplimiento.

De lo expuesto, podemos afirmar que la función administrativa le corresponde al Estado y la realiza con base en el orden jurídico, por tanto, toma decisiones jurídicas.

e) *El Judicial.*

Cuando una regla de derecho ha sido transgredida o cuando una situación jurídica es negada o desconocida, se requiere la intervención del Estado para resolver ese conflicto, por lo que, el Estado interviene para el reconocimiento de la regla o de la situación de derecho y ordena la ejecución y cumplimiento de la norma mediante una sanción coactiva. Lo que caracteriza a esta función de juzgar es el reconocimiento, por parte del Estado, del derecho aplicable para solucionar el litigio, y es así como se ejerce la función jurisdiccional.

Para el ejercicio de la función jurisdiccional se resalta la importancia del concepto de Estado de derecho, pues cuando un particular acude al Estado para resolver una controversia, este tiene la obligación de intervenir, pero como Estado-Juez, y se encuentra ligado por la ley que él hizo, y también se liga por la decisión jurisdiccional que dicta como juzgador, lo cual significa que el Estado interviene en la solución de conflictos aplicando la ley que él decreta y obligándose a ejecutar la sentencia que dicta para que al particular se le satisfagan sus pretensiones.

Siguiendo las ideas de Groppali:

Se denomina función jurisdiccional la actividad característica del Estado que tiende a lograr la observancia de las normas jurídicas preconstituídas mediante la resolución, con fundamento en ellas, de las controversias que surgen tanto entre los particulares, cuanto entre los particulares y los entes públicos, mediante la actuación coactiva de las sentencias.¹⁰

¹⁰ Groppali, *op. cit.*, p. 233.

De lo anterior se desprende que el juez reconoce y proclama el derecho y obtiene la conclusión lógica que viene siendo su sentencia, la cual produce un efecto de derecho, cuya determinación es indispensable, y esta decisión, precisamente, constituye la función jurisdiccional, que es una función jurídica del Estado.

La función jurisdiccional es una actividad del Estado subordinada al orden jurídico, que alude a la organización constitucional que asigna la tarea de ejercer dicha función al Poder Judicial de la Federación (art. 94 de la Constitución), para preservar el derecho.

Alfredo Rocco entiende por jurisdicción: “La actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia), no se realice la norma jurídica que los tutela”.¹¹ Por lo que dicha función, tiene por finalidad declarar imparcialmente el derecho en los casos controversiales o conflictos de su competencia. Es una función esencial, como las otras, para conservar el orden y armonía del sistema jurídico, pues de lo contrario cada quien actuaría ejerciendo justicia por sí mismo.

Cuando un particular tiene un problema de relevancia jurídica, acude ante el Poder Judicial para que, con su maquinaria, resuelva de forma imparcial el conflicto y haga que impere el orden jurídico, objetivo principal que debe regir en todo Estado de derecho.

Por tal razón, mediante la función jurisdiccional se resuelven los conflictos concretos de los particulares (*quaestio litis*) que se le someten al Poder Judicial, para comprobar la violación de una regla de derecho o de una situación de hecho y adoptar la solución adecuada.

Los tribunales constituyen el principal órgano de derecho, porque un sistema jurídico no puede subsistir sin jueces y debido a que en todo orden jurídico es el juez quien se conecta con la realidad al cumplir con el derecho y tiene la función de resolver los conflictos, por ser su misión esencial; impone el derecho; restablece la situación de derecho que fue transgredida; decreta la sanción al infractor y emplea la fuerza del Estado.

No podemos pensar en una sociedad sin conflictos; estos son parte de la realidad social, la nutren, ya que si no existieran no habría cambios ni pro-

¹¹ Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, p. 15.

greso; “Que el derecho viva del conflicto no significa que lo haga de y para el conflicto —lo patológico— sino, muy al contrario, que el mismo conflicto es, o al menos puede ser, una prueba de la vitalidad del grupo social”.¹²

Gregorio Robles señala que el juez constituye el punto neurálgico del orden jurídico: por la resolución de los conflictos, por actuar en la realidad y decidir el problema concreto, por lo que representa al derecho, no en su manifestación abstracta sino ligado a la vida cotidiana, el derecho en su realidad vivida:

El juez es el técnico del derecho por excelencia pues su función decisoria se proyecta al programa de convivencia establecido en la constitución, sea esta consuetudinaria o escrita; es el cauce entre el derecho ya creado, quizá anquilosado, y la vida cambiante. Es el representante de su vitalidad y su adaptabilidad; es el exponente último de su potencialidad.¹³

Es conveniente destacar que esas funciones presuponen un especial, originario y exclusivo facultamiento a favor del órgano o de los órganos que las realizan en el sentido de poder ejercerlas coercitivamente, que es el sentido inmanentemente jurídico del poder estatal:

Así en la vida del Estado, en el desarrollo de su actividad, encontramos las siguientes funciones fundamentales:

1ª. En toda organización estatal tiene que existir una actividad encaminada a formular las normas generales que deben, en primer término, estructurar al Estado y, en segundo término, reglamentar las relaciones entre el estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.

Esto es, necesariamente en todo Estado existe una función legislativa.

2ª. Además, el Estado, todo Estado, debe tener una función encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico definiendo la norma precisa que aplicar en los casos particulares.

Es la función jurisdiccional.

¹² Robles, *op. cit.*, p. 955.

¹³ *Loc. cit.*

3ª. Por último, una tercera función esencial del Estado es actuar promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomentando el bienestar y el progreso de la colectividad.

Se trata de la función administrativa, en la cual se encuentra comprendida la función gubernamental o de alta dirección del Estado.¹⁴

Por tanto, dentro de nuestro sistema jurídico, los tres poderes citados, en sus distintos ámbitos, son los que toman decisiones jurídicas que sería importante tratar; sin embargo, por el tema de este trabajo, sólo nos enfocaremos en el Poder Judicial: a las decisiones de los jueces que vierten en sus sentencias en la solución de controversias, o sea, en la aplicación del derecho, en su vertiente de la justificación en la decisión; aunque de paso trataremos el proceso judicial en el que las pretensiones de las partes son resueltas por una autoridad competente. De tal manera que la “decisión judicial” es una subclase de la “decisión jurídica”.

El concepto de decisión jurídica es más amplio que la noción de decisión judicial, pues la primera abarca los tres órdenes de gobierno, mientras que la segunda sólo se limita en las decisiones de los jueces, llámense autos, proveídos, acuerdos o sentencias. Nuestro campo de análisis se centra en el ámbito de las decisiones judiciales, en las sentencias.

II. La decisión judicial

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, nadie puede hacerse justicia por sí mismo, artículo 17 constitucional, por lo que para resolver un conflicto entre partes se acude a un tercero, en este caso al juez, y éste resuelve el conflicto mediante una decisión: “El conflicto se orienta así a la decisión, y quien argumenta con la finalidad de llegar a ella es el prudente, el *iuris-prudente*. La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama *iurisprudencia*”.¹⁵

En un problema jurídico se tiene que acudir ante el juez, quien será el que decida. Es en la aplicación del derecho, cuando se toman las decisiones judiciales, que es la función del juez para la solución de las controversias, y en

¹⁴ Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado*, p. 383.

¹⁵ Robles, *op. cit.*, p. 951.

este punto se determina la posición del juzgador ante la ley con base en el tipo de decisión que este asuma. Por tal razón, Wróblewski¹⁶ se refiere al tema de la “ideología de la aplicación del derecho” como el conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones. Esta ideología se contiene en las normas jurídicas, en su interpretación, en el estudio de las pruebas, en la elección de las consecuencias, en la doctrina y en la jurisprudencia, que son algunos de los elementos que los jueces consideran para justificar sus decisiones.

La decisión judicial puede observarse desde dos puntos de vista:

- a) Es una decisión jurídica realizada por el juez cuya finalidad es trasladar a la vida concreta lo establecido en la ley.

La decisión judicial es jurídica porque se dicta de acuerdo a un proceso regulado en las normas que sigue el juez y pueden ser consideradas como una decisión jurídicamente válida. La decisión se toma con base en determinadas condiciones de juridicidad, como: la competencia del juez y los requisitos exigidos para la sentencia, tanto formales como de fondo, entre los que están la congruencia, motivación y fundamentación, cuestiones que no se imponen por capricho, sino que “es expresión del valor máximo que inspira a todo ordenamiento jurídico: el valor de la seguridad”.¹⁷

En este mismo sentido se expresa Ignacio Colomer al decir: “(...) la decisión jurisdiccional tiene como especialidad el hecho de ser una decisión jurídica, es decir, una decisión sometida al ordenamiento jurídico”.¹⁸ Lo que significa, según dicho autor, que si el juez tiene dos o más soluciones legítimas deberá elegir la única solución aceptable jurídicamente, por lo que la libertad de la decisión queda vinculada a la legalidad jurídica.

- b) También se considera como una decisión política, no en el sentido de función política, sino en el significado de que toda decisión tiene una incidencia social porque supone una elección valorativa que influye en la vida social del grupo, pues al darse a conocer ante el foro, los operadores del derecho, al presentarse casos similares, ya tienen los parámetros que utilizó el juzgador para su solución. La publicidad que se le dé a la “decisión”

¹⁶ Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 73.

¹⁷ Robles, *op. cit.*, p. 956.

¹⁸ Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, p. 36.

tiene repercusiones en la sociedad, por ejemplo, las decisiones relevantes de la SCJ que se pueden analizar para conocer los criterios jurídicos que se emplearon en la solución del caso planteado.

La decisión *judicial* es aquella que producen los impartidores de justicia para dar solución a los casos que se les presentan, entonces esta decisión es un acto propio del juez por el cual da solución a un conflicto, y podemos afirmar: la decisión es un orden judicial, un mandato, que impone a las partes las obligaciones que deben realizar.

Las resoluciones que emiten los jueces acerca de las peticiones de las partes, tanto materiales como procesales, se plasman en los autos y en las sentencias, y es en los considerandos de estas en donde se encuentra un cúmulo de decisiones, tomadas por el juez y las plasma en su resolución y sea en la apreciación de los hechos, de las pruebas y en los puntos resolutivos, por ejemplo: el juzgador determina si es competente para conocer del litigio, decide los hechos a los que les concede veracidad, las pruebas a las que le otorga valor probatorio, las normas por aplicar para determinar las consecuencias jurídicas a las que somete al perdedor, si el actor probó o no su acción, si el demandado justificó sus excepciones; todas estas manifestaciones son “decisiones” y el cómo llega a ellas es lo que se denomina “razonamiento decisorio” del juez, y debido a que en la sentencia tiene la obligación de dar las razones por las cuales llega a esa decisión, tiene que justificar o motivar su sentencia, lo que viene a hacer el “razonamiento justificatorio”, que explicaremos más adelante.

También es el examen que realiza el juez respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, o es una proposición imperativa pronunciada por el juzgador en contra del condenado. Asimismo, es la solución de un conflicto, con base en las reglas legales que determinan los deberes y obligaciones a su destinatario, por lo que, es un acto de aplicación de la ley al caso concreto.

Michele Taruffo, entiende la “decisión” como: “(..) el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones “finales” a las que llegó el juez”.¹⁹

Todo este conjunto de expresiones conforma la sentencia del juez que dicta para dar solución a la controversia que fue sometida a su conocimiento por los particulares en la cual decide quién tiene la razón jurídica que se plasma en los resolutivos de la sentencia.

¹⁹ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, p. 238.

Ante tantas definiciones, estamos de acuerdo con Ricardo Caracciolo, quien afirma: “(...) la expresión “decisión judicial” (...) se ha utilizado ambigüamente. Por un lado designa el acto de adoptar la formulación de una norma, es decir, emitir la norma. Por otro, también menciona el resultado del acto, que no es otro que la norma emitida”.²⁰

Para dicho autor, entonces, la decisión judicial es el acto de decisión del juez en aplicación de una norma, pero también al decir que es el resultado del acto, esto significa que la decisión es la solución del caso.

Todas estas formas de enfocar la decisión, nos llevan a concluir: la decisión judicial es un acto de actividad jurídica exclusiva de los jueces, quienes mediante un proceso heurístico y deliberativo determinan los deberes y obligaciones de la parte litigante a quien va dirigida, plasmado en una sentencia, con lo cual realiza su función jurisdiccional, encomendada por la Constitución, consistente en dar solución a los conflictos que se le presentan.

III. La decisión como un acto de la voluntad y como un acto de la razón

Como se comentó, la decisión es un acto de elección conforme a la voluntad de la persona quien entre varias opciones elige una y, por ende, sus consecuencias, si esto lo aplicamos a la actividad del juez, en la solución de conflictos, la decisión judicial es un acto de voluntad del juzgador que toma según las distintas opciones que tenga, pero esa voluntad de ninguna manera puede ser arbitraria, pues está sujeta al ordenamiento jurídico: “El juez, pues, no expresa en esta operación una voluntad propia, sino que manifiesta simplemente su propio juicio sobre la voluntad del órgano legislativo en el caso concreto”.²¹

Si la decisión es voluntad propia del juez, como una determinación libre o como un capricho, eso nos lleva a pensar que la decisión sería irracional, ya que, en ella, sólo se toma en cuenta la forma de pensar del juzgador, sin ajustarse a ninguna regla; si es así, la resolución que se dicta no puede contener la motivación exigida en toda resolución, por tanto, la decisión no puede ser sólo un acto de voluntad.

²⁰ Ricardo Caracciolo, *Justificación normativa y pertenencia*, p. 41.

²¹ Rocco, *op. cit.*, p. 55.

La voluntad del juez está sometida al modelo que establecen las normas, que representan un control a esa voluntad, pues si no se respetan, no se podría justificar una resolución.

La decisión tiene que ser ajustada a los preceptos normativos, no puede imponerse por el propio juzgador, si este en su resolución impone su voluntad se atenta contra la seguridad jurídica. El juez está subordinado al principio de la legalidad.

En este punto nos podemos preguntar, ¿por qué los operadores del derecho tienden a justificar sus decisiones con una norma? La respuesta sería: debido a que los juristas no quieren que se note la arbitrariedad o el voluntarismo de la decisión, sino que pretenden demostrar que esa decisión se tomó con base en una norma de derecho: “Los juristas *queremos* decidir lo que libremente nos interesa en cada caso y situación; pero no *queremos* que se note la arbitrariedad o el voluntarismo que esa actitud conlleva inevitablemente. Los juristas queremos decidir libremente, arbitrariamente (...) como todo ser humano: pero disimulándolo”.²²

De acuerdo con lo anterior, afirmamos que la decisión constituye un acto de la inteligencia del juez; producto de su actividad intelectual²³ que toma como base la normatividad jurídica, es como pasa a ser un acto racional; por tanto, la decisión tiene que ligarse al fundamento normativo para que sea racional. No obstante, ¿qué pasa si no existe la norma aplicable? Entonces el juez tiene que recurrir a otros elementos jurídicos para decidir, como son los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la dogmática, la moral, la justicia, los juicios de valor y la lógica informal, y es aquí donde entra la voluntad del juzgador para escoger de entre todos estos factores cuál es el que puede utilizar en la solución del conflicto; pero, a fin de cuentas, aunque entre su voluntad, si la resolución se ajusta a dichas cuestiones, la sentencia se dictará de acuerdo en la razón que marca el propio ordenamiento jurídico: “La ley determina las posibilidades de actuación del órgano jurisdiccional, le indica el cuándo y el cómo de su actividad y, al tiempo, fija los casos en que la actuación del juez será discrecional o reglada”.²⁴

²² Puy Muñoz, *op.cit.*, p. 70.

²³ Rocco, *op. cit.*, p. 55.

²⁴ Colomer Hernández, *op. cit.*, p. 34.

La decisión tiene que ser reflexiva; no sólo como un impulso de la voluntad, sino también estar sujeta a la competencia, a la deliberación y a la coherencia con el sistema jurídico.

Para que la decisión sea racional, el juez tendrá que contar con toda la información a su alcance y la que las partes le proporcionen para que de esta forma tenga la posibilidad de determinar cuál es la mejor de ellas y así resolver el litigio tomando en cuenta la racionalidad.

De manera que la decisión judicial, como un acto de la razón, tiene que someterse a las normas jurídicas; de ahí que el juez deberá analizar cuáles son las normas aplicables al caso que se le presenta para de esa forma justificar su resolución, ya que no puede, por su simple voluntad, decidir el asunto, pues si lo hiciera, no se apegaría a las normas que el propio sistema establece para el dictado de su resolución. La decisión del juez representa la posición jurídica que éste toma frente a las posiciones de las partes.

Una vez que el juez resuelve el caso, estamos en presencia de un derecho decidido, por el cual el juzgador presenta su posición jurídica y establece lo que a él le parece la mejor solución y es aquí donde su decisión se presenta como un acto de voluntad.

La sentencia contiene el acto de voluntad del juez, concretizado en la orden que plasma en su decisión, dirigida a los que están obligados a observar la norma en el caso concreto, pero también es un acto de la razón porque al cumplir con las reglas se justifica la decisión.

Para decidir, entonces, el juzgador tiene que observar el contenido de las normas jurídicas y concretarlas en la sentencia de la norma general deducir la particular, con base en su talento y conocimientos y, de esta manera, dar solución al conflicto que se le presenta. La decisión es un acto de voluntad del juez, pero sometida a estándares legales, pues debe cumplir con lo que establecen las normas procesales, por ejemplo, lo dispuesto por los artículos 81, 402 y 403 del Código de Procedimientos Civiles, que se refieren a los requisitos de la sentencia que deben ser: claros, precisos, congruentes y decisivos; a que los medios de prueba serán valorados en su conjunto atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, con la exposición cuidadosa de los fundamentos de la valoración jurídica y de la decisión, y a que los documentos públicos tienen pleno valor probatorio, respectivamente.

IV. La responsabilidad de la decisión

Si en la vida normal, el hecho de tomar una decisión implica una responsabilidad sobre las consecuencias de esta, más aun, en la vida del derecho, en la actividad técnica de la aplicación del derecho, el juez tiene una responsabilidad que incide de forma directa en las partes que le presentan los conflictos por resolver; por tal razón, los asuntos no pueden resolverse con una fórmula simple, sino que tienen que meditar para encontrar la mejor solución jurídica posible.

El juez es el órgano decisor por excelencia del sistema jurídico y su decisión que resuelve el conflicto es el momento cumbre de su actividad judicial.

El calificativo de excelencia lo adquiere la figura del juez por varias razones:

1. Por conocer el derecho institucionalizado y aplicarlo.
2. Debido a que la ley le impone complicados mecanismos procesales que tiene que conocer para cumplir con el dictado de una sentencia considerada como válida jurídicamente.
3. Por utilizar un lenguaje formalizado acorde con las instituciones jurídicas que tiene que conocer para dictar su decisión.

Si el juez, al dictar su resolución, toma como base estos parámetros y se desliga de cualquier influencia externa, además de fundar y motivar su resolución apegada a derecho, podremos afirmar que cumple con la responsabilidad que le fue encomendada.

Si la actividad del juez se sitúa entre la ley —como derecho establecido— y la vida cotidiana, y dentro de su función está la de adaptar el derecho a la vida diaria, se le puede considerar como un transformador de la praxis jurídica.

En consecuencia, el juez tiene que conocer los requisitos que debe contener la decisión, no puede ser de otra forma porque si no conoce los pasos del proceso decisorio, entonces no tendrá la posibilidad de dictar con atino su sentencia y no tendrá la cualidad de ser llamada decisión “jurídica”.

La propia normatividad procesal define el marco dentro del cual se tienen que dictar las sentencias, y si el juez se apega a los requisitos que se establecen, podemos afirmar que su decisión se apega a derecho; por tal razón, Gre-

gorio Robles dice: “el derecho es un conjunto de procedimientos para tomar un conjunto de decisiones”.²⁵

Alrededor del juez se lleva a cabo todo un proceso de decisión jurídica, lo que implica un desenvolvimiento y creación progresiva del derecho, de tal manera que se constituye un acervo inapreciable de experiencia jurídica que influye en la vida cotidiana, además de permitir el desenvolvimiento del lenguaje de los profesionales del derecho.

Por otra parte, la actividad del juzgador ha permitido el desarrollo de un conjunto de técnicas para encontrar la decisión “correcta” del caso específico; y al respecto existe una discusión profunda que, al parecer, no tiene final, sobre buscar los medios adecuados de la aplicación correcta del derecho, entre los cuales están las tareas interpretativas y de argumentación jurídica.

También debemos considerar que la tarea de decidir del juez es complicada por las múltiples circunstancias que lo rodean entre las que están: el exceso de trabajo, los problemas con su personal, las distintas tareas administrativas que tiene que desempeñar, el lidiar con los abogados, entre otras; pero, no obstante estas cuestiones, el juzgador tiene que realizar un esfuerzo para dejarlas de lado y decidir de la mejor manera.

V. *La decisión vinculada*

Este tipo de decisión se refiere a la fuerte vinculación existente entre la ley y la sentencia: “La ideología de la decisión vinculada corresponde a las ideas políticas del Estado liberal del siglo XIX y al pensamiento teórico del positivismo jurídico”.²⁶

Cuyos fundamentos se encuentran en Montesquieu quien, como sabemos, propuso la separación de poderes para garantizar la libertad de los ciudadanos cuya voluntad era expresada por el parlamento como el único facultado para la creación de las leyes: “Nadie por encima de la ley”, por eso los tribunales sólo podían decidir lo que estaba plasmado en las leyes. La separación entre creación y aplicación del derecho era tajante el juez era un aplicador mecánico de la ley, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. La decisión, entonces, estaba estrictamente vinculada con las leyes, y se tomaba sólo conforme en

²⁵ Robles, *op. cit.*, p. 956.

²⁶ Wróblewski, *op. cit.*, p. 74.

inferencias lógicas, de forma mecánica y automática; todo se resolvía a través del silogismo jurídico, pues era impensable que el juez realizara sus propias valoraciones.

En este modelo, los casos complicados eran resueltos por el legislador, y sus fallas técnicas se cubrían por la analogía y con la aplicación de la llamada “voluntad del legislador”; por tal virtud: “El parlamento decide lo que debe ser, lo que es justo (...) La tarea del juez es de alguna manera nula”.²⁷

Ante las críticas que recibió este tipo de modelo debido a que el juez tenía atado su pensamiento al no estar posibilitado para utilizar su discrecionalidad o prudencia judicial, surge la libre decisión judicial.

VI. La libre decisión judicial

Es la antítesis de la decisión vinculada, pues trata de acabar con el formalismo y con el positivismo; ahora las cuestiones políticas ya no dominan lo jurídico, sino que adquiere relevancia el papel del juez, quien deja de ser la boca de la ley para realizar análisis y valoraciones jurídicas.

En la libre decisión, el juez se presenta como creador del derecho, pues elabora el derecho jurisprudencial y todos los errores contenidos en las leyes se reemplazan o subsanan por una elasticidad del derecho contenida en las decisiones judiciales.

Las valoraciones del juez no son arbitrarias, sino que debe encontrarlas en las fuentes del derecho, como son: los textos legales, la práctica jurídica, las normas sociales extrajurídicas y en los hechos sociales, entre otras fuentes, que le proporcionan determinada objetividad, pero ya no sólo se basa en la ley, por lo que la resolución de los casos es más completa.

En esta forma de decidir se rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley y, con base en esta, ya no se toma la decisión judicial basada en las premisas de las normas; estas no determinan las resoluciones, sino que sólo proporcionan los planes y las direcciones de las decisiones, pues definen los límites entre los que el juez debe elegir. “Las leyes no forman más que un sistema defectuoso; las reglas jurídicas no tienen un sentido único determinado o incluso expresan sinsentidos; son contradictorias; el sistema no es completo

²⁷ *Ibid.*, p. 76.

y se dan muchas lagunas; el lenguaje jurídico rebosa de expresiones valorativas, vagas, que se refieren a valoraciones y reglas extra jurídicas.²⁸

Si se decide de esa manera, también se observan todos los defectos contenidos en la ley, que no se estaba en la posibilidad de poner en duda en la decisión vinculada en donde los jueces se tenían que ajustar a la letra de la ley sin que pudieran realizar ninguna crítica ni valoración personal. Con el nuevo sistema se considera imposible decidir sólo con las premisas de las normas, pues las leyes no bastan para resolver los casos, ya que se requiere de la participación creativa del juez, quien debe buscar las fuentes del derecho y así resolver los casos.

El juez obtiene valoraciones de fuentes muy variadas y se basa en conceptos como los valores de la justicia, del bien moral, de la equidad, que sirven para la solución de los casos de acuerdo con las exigencias de cada conflicto en particular.

No obstante, esta forma de decidir no resuelve el problema de cómo el juez debe decidir los casos, lo cual es su papel, y dónde debe buscar el contenido de sus valoraciones; y, de acuerdo con Wróblewski,²⁹ en la ideología de la libre decisión se pueden apreciar dos tipos: el tipo radical y el tipo moderado.

El tipo radical desprecia el papel de las leyes respecto a los procesos psíquicos de la decisión, pues considera que se toman de forma emotiva y por intuición dependiendo del caso concreto; según esta postura, el caso debe ser decidido de una forma justa y equitativa en función de las valoraciones del juez.

En este punto se presenta un conflicto entre la ley y las valoraciones que tiene que ser decidido a favor de las valoraciones. Si nos guiamos por estas concepciones, el juez es libre de decidir *praeter legem* y también *contra legem*. El derecho de los jueces se concibe como el único en vigor y aun por encima del legislador, ante lo cual el juez es el creador del derecho y reemplaza al gobierno de las leyes.

Por lo que se refiere al tipo moderado, está de acuerdo en la importancia de las leyes y en la necesidad de un orden jurídico estable y previsible, pero rechaza las concepciones positivistas del sistema jurídico y de la aplicación del derecho, por la necesidad de la creación judicial *praeter legem* y proporciona

²⁸ *Ibid.*, p. 78.

²⁹ *Ibid.*, p. 80.

dirección a la aplicación del derecho en el sentido de que sólo cuando en un caso la ley no baste para resolverlos, entonces el juez debe buscar la solución en otras fuentes del derecho.

Debido a que la insuficiencia de las leyes siempre existe, es necesaria la creación del derecho judicial, que es característico de la actividad de los tribunales, y de aquí se desprende la característica del tipo moderado porque el derecho de los jueces no se opone a las leyes, sólo las suple y, en caso de ser necesario, las corrige, pero nunca *contra legem*.

Estas formas de decisión son criticables debido a que en la decisión vinculada se utiliza un racionalismo formalista del positivismo y en la libre decisión se puede caer en el irracionalismo y en el emotivismo; por ello, el autor en consulta opina: “Contra la rigidez de las decisiones *secundum legem* tenemos la autorización de decidir *contra legem*, contra los valores de la certeza y seguridad de una decisión determinada por la ley tenemos una decisión imprevisible del juez el cual es libre ante la ley y no está atado más que por sus valoraciones”.³⁰

De lo anterior se desprende que, de las dos formas citadas de decisión, existe un extremismo radical, que nos lleva a pensar en otra forma de decidir, denominada por Wróblewski como ideología de la decisión racional y legal.

VII. La decisión legal y racional

De acuerdo con esta ideología, la actividad judicial se debe regir en los valores de la legalidad y de la racionalidad de la decisión, por lo que se opone tajantemente al tipo radical de la libre decisión judicial, pues la decisión no puede basarse en cuestiones emotivas del juzgador. Se respeta al legislador como creador del derecho y el juez se debe ajustar a los límites que le marca la ley, al propio sistema jurídico y su legalidad.

En este tipo de ideología, se elimina el proceso psicológico que pudiera el juez utilizar en la solución del asunto, y lo que se considera relevante es la justificación de la decisión judicial, por su objetivación y por el propio control que esta ejerce sobre la decisión: “La ley aplicada por el juez puede conce-

³⁰ *Ibid.*, p. 81.

derle un campo de libertad de elección más o menos restringido, pero, en la práctica, no puede eliminar la actividad valorativa del juez”.³¹

La legalidad se relaciona con la aplicación del derecho en cuanto a que se respeta la ley, no se crean ni se cambian las normas, se decide de acuerdo al contenido de la ley, mediante normas individuales enlazadas con las normas legales, por lo que la aplicación del derecho se basa en las directivas de la interpretación, en las normas aplicables en cuestiones de las pruebas y en las consecuencias jurídicas que genera la decisión.

En esta forma de decidir, los jueces tienen un mayor campo de acción para buscar la solución de los casos; no obstante, no puede ser tan amplia, pues se deben sujetar a la legalidad con una característica más: que la decisión debe ser racional.

Entonces, si tenemos una decisión legal esta también debe ser racional. “Por “racionalidad” se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones”.³²

También para llegar a la decisión podemos incluir: la práctica judicial, la jurisprudencia, la dogmática, la lógica aplicada a las normas. Este conjunto de elementos nos lleva a afirmar que una decisión justificada es una decisión racional, de ahí que la legalidad esté íntimamente ligada a la racionalidad.

VIII. Decisión jurídica e interacción

Según Julia Barragán,³³ la decisión jurídica hace referencia al concepto de “interacción”, y establece que la decisión jurídica es una decisión interactiva bajo incertidumbre que genera las siguientes consecuencias: la decisión debe elaborarse a través de un proceso de interacción, que se deriva del hecho de que toda decisión bajo incertidumbre inicia con una creencia inicial (probabilidad a *priori*) apoyada en la información que el decisor tiene acerca de un problema; y en la decisión jurídica la información incluye el conjunto de las posibles respuestas coherentes con el sistema de normas pero, además, Barragán opina que se incluye también información acerca de circunstancias em-

³¹ *Ibid.*, p. 82.

³² *Ibid.*, p. 83.

³³ Julia Barragán, “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, pp. 63-74.

píricas, acerca de los valores, creencias e intereses implicados en la decisión, así como los del propio decisor.

Toda esta información conlleva un proceso de interacción que se corrige y objetiviza para dar lugar a una nueva creencia (probabilidad a *posteriori*), de tal manera que cuando ocurre el intercambio entre el decisor y el destinatario, se reduce sustancialmente la incertidumbre jurídica, que es la meta fijada al decisor: “La vitalidad del intercambio interactivo es lo único que puede ayudar a la buena elaboración y justificación de la decisión jurídica”.³⁴

En palabras de García Amado, objetivizar una decisión se refiere a mostrar argumentativamente su conveniencia de fundamentarla y, a partir de este dato: “La obtención de criterios que aseguren la racionalidad o corrección de la decisión ya no se hará depender de la conciencia individual de un sujeto cognoscente, sino de una construcción social entre sujetos interactuantes”.³⁵

La interacción se lleva a cabo cuando las partes le proporcionan al juez su opinión acerca del cómo se debe resolver el caso planteado; esto ocurre desde la demanda y la contestación, y más adelante en el mismo proceso. Con los alegatos que presentan las partes, el juez, entonces, tiene la opinión del actor, la del demandado y la suya propia, ésta última la formula con base en los hechos, valores, creencias e intereses de los litigantes y de sí mismo, por lo que al estudiar o analizar todas esas circunstancias se da la interacción, con lo cual norma su criterio y está en posibilidad de decidir.

El intercambio entre los sujetos del proceso le permite al juez tomar una decisión, que reduce la incertidumbre jurídica y, a la vez, genera la publicidad abierta de las razones, como un control de la decisión:

La justificabilidad de una decisión jurídica no se deriva de una buena exposición de razones (...) sino de haber reducido efectivamente la incertidumbre jurídica. En consecuencia la mejor justificación no es aquella de cuyo proceso se han eliminado los factores que puedan entorpecerla (Aarnio), sino la que surge de haber eliminado del proceso de construcción de la decisión los factores que pueden perturbar la reducción de la incertidumbre.³⁶

³⁴ *Ibid.*, pp. 67-68.

³⁵ Juan A. García Amado, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, p. 163.

³⁶ Barragán, *op. cit.*, p. 68.

En el proceso se lleva a cabo una especie de diálogo entre los abogados de las partes, quienes representan intereses distintos. Analizan el problema y lo presentan al juez desde puntos de vista diferentes, aportan la información que creen necesaria para que el juez realice una valoración y, con base en esta, convencerlo y que decida de una u otra manera, que le fue aportada por las partes; pero el juez es quien decide basado en la convicción que se le formó del asunto planteado.

El propósito del abogado es convencer al juez de que su punto de vista es el correcto para que, en apoyo a ello, el juez decida.

El juez también trata de convencerse, tanto a sí mismo como a las partes, y por ello justifica su decisión, de ahí que la finalidad de la actividad del juez como la del abogado sean distintas. El juez decide y justifica la sentencia, mientras que el abogado trata de que la justicia favorezca a su cliente dentro de lo posible, por lo que el abogado participa en el proceso de formación de la decisión, con la pauta que le marca al juez, y en muchas ocasiones le facilita la tarea de decidir, pues con sus argumentos pretende convencerlo de que tiene la razón.

IX. Función de la lógica en la decisión

La lógica dentro de la decisión cumple un doble papel; por un lado, sirve para conocer los motivos reales que impulsan al juez en la toma de la resolución y, por otro, para determinar los motivos que invoca en la fundamentación externa; por lo que, con base en esto, no podemos negar que la lógica es necesaria en el razonamiento del sujeto decisor.

Se puede no tomar en consideración el contenido de las premisas que utiliza el juez, en la fundación externa de una decisión y aun así, se presenta un esquema deductivo, por lo que “la lógica cumple una función retórica de legitimación de la decisión, mediante la persuasión que se deriva de su corrección formal”.³⁷

Es un hecho innegable que la lógica jurídica se utiliza dentro de una sentencia: si bien es cierto que se emplean medios alternativos, como la tópica o la nueva retórica, también lo es que no podemos prescindir de la argumentación lógica, pues sirve para evitar la impresión de arbitrariedad que pudiera desprenderse de la sentencia.

³⁷ Juan A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 196.

Dentro de la sentencia no se puede dejar a un lado los elementos deductivos del razonamiento jurídico. En las decisiones siempre encontramos la terminología deductiva, por ejemplo: por tanto, como consecuencia, en ese tenor y también elementos discursivos no deductivos, como son, el análisis y la aplicación de la jurisprudencia que juegan un papel primordial en el razonamiento jurídico práctico:

Se parte de admitir la existencia y legitimidad de los diferentes tipos de operaciones discursivas de que los juristas se sirven para su tarea y de poner de manifiesto el carácter eminentemente instrumental de todas ellas: A los actores de la vida jurídica, a los juristas, teóricos y prácticos, corresponde en cada caso la elección del tipo de operación que les conviene, según sus criterios jurídicos.³⁸

Compartimos la opinión de García Amado en el sentido de que nos corresponde demostrar cuál es la clave de la decisión jurídica, sus determinaciones principales, los fines y la razón de ser de tal decisión. Para lograr estas metas, partimos del hecho de que el razonamiento deductivo cumple con una garantía de objetividad con la que se asegura el rigor, la coherencia y la claridad del razonamiento; así como la imparcialidad, la seguridad y el respeto a la legalidad. La parte deductiva de una sentencia representa una forma superficial sobre la que subyace la verdadera orientación del razonamiento que nos lleva a la decisión; tan es así que los puntos resolutive se presentan como una conclusión, se formula de un modo deductivo; sin embargo, el descubrimiento de las razones que nos llevaron a esa conclusión no es del todo deductiva, y es aquí en donde los actores jurídicos, jueces y abogados eligen el tipo de operación que les conviene para justificar sus criterios jurídicos.

IX.1. Subsunción

Dentro de la lógica jurídica, se trata el tema de la *subsunción* como el tipo de operación formal que, dentro de la aplicación del derecho, consiste en la incorporación del hecho concreto a la proposición normativa que da lugar a una conclusión que asocia el hecho a la consecuencia normativa; o sea, el juez

³⁸ *Ibid.*, p. 207.

tiene un hecho expuesto por las partes, cuenta con una norma y, para solucionar el caso, subsume ese acontecimiento a la norma, y de ahí obtiene una consecuencia que equivale a su decisión.

García Amado, respecto al empleo de la subsunción, formula la siguiente crítica y objeciones.

La subsunción agota el razonamiento jurídico. Esto es, el razonamiento jurídico de “aplicación” del derecho no es más que mero silogismo, una simple operación lógico-deductiva. Y tal operación basta para fijar el contenido de la decisión jurídica.

Por subsunción también se puede entender únicamente el estadio final del razonamiento jurídico, el puro proceder formal, la mera aplicación del esquema de inferencia.

En cuanto a las objeciones, manifiesta que en la metodología se suelen citar como trabas frente a la idea de subsunción o de silogismo jurídico: La necesidad de obtención previa de las premisas. Es la objeción más frecuente y constituye casi un lugar común, por su amplio alcance comprende buena parte de las objeciones más específicas que a continuación citaremos.

La vaguedad e imprecisión del lenguaje legal, con la consecuente necesidad de su interpretación antes de que una norma se pueda establecer como premisa mayor del silogismo.

La imposibilidad de medir los sucesos reales con esquemas conceptuales rígidos.

El carácter incompleto de toda regulación legal, como consecuencia del dinamismo de la vida social.

La existencia posible de contradicciones normativas.

La inevitabilidad de introducir consideraciones valorativas.

La interrelación hermenéutica entre norma y hecho, la interpenetración de sus sentidos.

La posibilidad de que la premisa mayor se forme a partir de varias normas jurídicas y no de una sola.³⁹

También podemos agregar:

³⁹ García Amado, *Teorías...*, *op. cit.* pp. 198 y ss.

La distinción arbitraria entre la identificación de las normas y la identificación de los hechos.

Insuficiente atención a la justificación de los argumentos fácticos.

Sobre todo que este modelo clásico no se puede utilizar en los denominados “casos difíciles”.⁴⁰

De la anterior crítica y objeciones podemos concluir, la decisión jurídica no puede basarse sólo en una pura y simple inferencia formal, por lo que el silogismo jurídico, no es suficiente para tener como racional una sentencia.

Este modelo para dictar las decisiones judiciales está representado por el esquema deductivo *modus ponens*, por el cual la sentencia se justifica a partir de una norma, como premisa mayor; como premisa menor, la descripción de los hechos del asunto a resolver y, como conclusión, las reglas de inferencia.

Entonces, no podemos ajustarnos sólo en el silogismo jurídico para justificar una decisión judicial porque se cierra la posibilidad de razonar de forma diferente, el razonamiento se agota y nos hace pensar menos. Además, se pueden presentar todos los supuestos que menciona el autor citado, como la vaguedad, las lagunas y las contradicciones. Ante estos casos, el razonamiento deductivo no es suficiente para dar solución a los conflictos jurídicos, por lo que se requiere de la argumentación basada en la lógica informal para estar en la posibilidad de sortear todas esas deficiencias normativas.

X. La relación entre norma y decisión

El proceso que desarrolla el juez en la aplicación del derecho inicia a partir del análisis de las fuentes que considera aplicables para llegar a la decisión, la cual implica el elegir entre distintas posibilidades y se prefiere una solución, la que parezca más adecuada al caso planteado: “La actividad judicial puede caracterizarse como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir selecciona diversas opciones que se refieren a normas, hechos y valores”.⁴¹

⁴⁰ J.J. Moreso, P.E. Navarro y M. C. Redondo, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, p. 248. Estos autores hacen referencia a la Tesis de la Insuficiencia la cual sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no puede reconstruirse adecuadamente conforme al razonamiento deductivo y, por consiguiente, es necesario una teoría que explicita las condiciones de validez de los argumentos que no pueden ser controlados por la lógica deductiva.

⁴¹ Manuel Segura Ortega, *La racionalidad jurídica*, p. 80.

Segura Ortega opina que sería más correcto hablar de las decisiones (en plural) que se contienen en toda sentencia judicial porque al analizar las sentencias de los jueces, en muchas ocasiones no se toma en consideración que el fallo final está precedido por un buen número de decisiones que no aparecen explicitadas y eso dificulta su comprensión; de ahí, podemos afirmar: que el proceso que desarrolla el juzgador para la toma de la decisión es complejo, debido a que intervienen muchos factores:

En cualquier caso, es posible afirmar que el proceso de toma de decisiones es sumamente complejo porque intervienen muchos factores que, en principio, podrían quedar fuera de un control racional y parece que en la actualidad el control de la actividad judicial constituye una de las pretensiones fundamentales de toda racionalidad jurídica.⁴²

Para que tenga lugar el proceso decisorio, se utilizan las normas y estas condicionan el contenido de la decisión, y las normas son las que sirven como marco para la justificación de las decisiones; por ello, en una sentencia judicial siempre existe la individualización de las prescripciones generales y abstractas contenidas en las normas al actualizar las conductas concretas de los sujetos.

De lo anterior se desprende que las resoluciones judiciales, siempre de manera formal, se basan en las normas que son parte del sistema; por tal razón, el criterio principal para la justificación de las sentencias lo constituye la referencia normativa que utiliza el resolutor.

Cabe hacer notar que el hecho de que una sentencia se dicte conforme a normas no garantiza su racionalidad, pero sí evita la arbitrariedad en el sentido de que se dictó con base en el sistema, aunque también se debe considerar que, en el proceso de elección de las normas por aplicar, pueden existir varias soluciones del caso, o sea, se pudieran aplicar dos o más normas que resultarían contradictorias, y es aquí en donde el juez tendrá que decidir cuál de ellas aplicar. Esa sería inclusive una manera arbitraria de decidir; no obstante tendrá que explicar en su sentencia los motivos por los que eligió una decisión en lugar de otra, esto sería lo racional. De estas notas se desprende la afirmación

⁴² *Loc. cit.*

de que el juez no crea derecho, sino que su función es la de extraer las consecuencias y efectos previstos por el derecho creado por el legislador.

Desde el punto de vista positivista, la justificación correcta es aquella que se dicta conforme al derecho, porque las normas jurídicas deben aplicarse y obedecerse,⁴³ por lo que al estar en presencia de un conflicto la mejor premisa para resolverlo está dentro del marco del sistema jurídico. Al respecto, Cristina Redondo agrega:

El juez es un funcionario de una institución social y la institución tiene sus reglas propias. El deber moral de apoyar la decisión en razones exclusivamente jurídicas es el axioma básico del positivismo ideológico y, por tanto, el principal criterio de corrección del argumento justificativo.⁴⁴

La decisión del juez se basa en un principio de autoridad, y la justificación es correcta porque la norma que aplica es la más acorde y respeta los principios instaurados:

De esta posición ética puede extraerse una consecuencia importante. En ella se admite que el sistema jurídico es un conjunto de pautas de justificación sustantiva. Esto es, se concibe a las normas jurídicas como fuente de auténticos deberes, i.e. como razones para la acción.⁴⁵

En oposición al positivismo ideológico está la concepción del iusnaturalismo ideológico⁴⁶ según el cual sólo las normas justas deben aplicarse y obedecerse, por lo que la decisión judicial es justificada sólo si se obtiene a partir de normas cuyo contenido es moralmente adecuado. Para esta forma de pensamiento, las disposiciones jurídicas deben estar subordinadas a las pautas de la moral crítica; con mayor razón, las dictadas en la sentencia; y, en consecuencia, el juzgador debe buscar las normas correctas aún fuera del contexto del sistema jurídico, sin importar la dificultad del caso, de tal manera que se puedan incluir las normas morales.

⁴³ Norberto Bobbio, *Positivismo jurídico en el problema del positivismo jurídico*, pp. 46-55.

⁴⁴ María C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, pp. 235-236.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁶ Norberto Bobbio, "Iusnaturalismo y positivismo", pp. 67-90.

Al respecto, Nino establece:

La justificación jurídica, la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d), pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir normas morales.⁴⁷

En la justificación se incluyen normas morales por estar en juego intereses en conflicto de varias personas, debido a que, según Nino, sólo el reconocimiento de una norma de la moral conduce a una inconsistencia práctica con la realización de una acción que no se ajusta a ella y da como ejemplo que, en el caso “Timerman”, la Corte Suprema argentina ordenara a la Junta Militar que le permitiera al detenido salir del país no obstante que el derecho a salir del país a los detenidos por estado de sitio estaba suspendido por esa junta.⁴⁸

Para Cristina Redondo,⁴⁹ desde cualquiera de las dos perspectivas ideológicas (positivista o iusnaturalista), la pregunta por la justificación es una pregunta sustantiva de carácter moral, pues la justificación jurídica se concibe como una especie de justificación moral.

Dentro de la filosofía del derecho, la justificación moral de la decisión jurídica tiene amplia aceptación al afirmar que en todos los casos la justificación se debe apoyar en contenidos moralmente correctos. Las teorías de la argumentación van en este camino y, por lo general, la corrección del contenido de una decisión se apoya más en el respeto de un procedimiento de argumentación que en su adecuación a un código de contenidos sustantivos, por lo que buscan un diseño de un esquema argumental adecuado que determine la corrección material de la justificación.⁵⁰

Tales teorías pretenden armonizar los principios de las ideologías citadas, ya que, por un lado, admiten la justificación de la decisión jurídica con base en las normas jurídicas establecidas y aceptan el argumento práctico en sentido lógico

⁴⁷ Carlos S. Nino, “Respuesta a J.J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”, p. 262.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ Redondo, *op. cit.*, p. 237.

⁵⁰ Véase Robert Alexy, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, Derecho y filosofía.*

y, por otro, al existir conflictos en la determinación de las normas por aplicar, pretenden utilizar la moral como criterio último en la solución del conflicto.

Al respecto cabe hacernos el siguiente cuestionamiento: si la norma no sirve o no proporciona los elementos necesarios para resolver el asunto, entonces, ¿cuáles son los elementos que podemos emplear para dar la solución jurídica?

Una respuesta sería: las valoraciones que remiten a un consenso social, pues “la interpretación de las normas debe ser conforme con las aspiraciones y las expectativas del grupo social de manera que la relativa independencia del juez frente a la ley debe pasar por el filtro de la aceptabilidad social de sus decisiones”.⁵¹

Lo anterior nos da la pauta para precisar que “la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada”;⁵² Lo cual quiere decir que si las leyes y los procedimientos son de interés público, le corresponde al juez dar a conocer a la sociedad, hacer públicas las razones de sus decisiones.

Para justificar una decisión no basta la legalidad formal ni la propia autoridad del juez que la pronuncia, sino que la decisión sea razonada, que quien resuelva exponga con claridad todas las “razones” que empleó para llegar a la solución, pues la sociedad requiere razones.

De acuerdo con Segura Ortega,⁵³ la responsabilidad del juez ha dejado de ser estrictamente personal para convertirse en una responsabilidad social. Ahora el juez, al tomar la decisión, pretende que la sociedad la apruebe de uno u otro modo, por lo que las decisiones tienden a satisfacer no sólo al juez que las tomó, sino también a la sociedad.

De lo expuesto podemos afirmar que el deber de plantear razones para las decisiones se presenta como un deber legalmente establecido: “En los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y substancia, procedimiento formal y derecho sustantivo, se encuentran. Por tanto, es equivocado ver los fundamentos como una cuestión de forma. La forma influye sobre la substancia (...)”.⁵⁴

⁵¹ Segura Ortega, *op. cit.*, p. 87.

⁵² Gunnar Bergholtz, “Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, p. 75.

⁵³ Segura Ortega, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁴ Bergholtz, *op. cit.*, p. 77.

Ante ese comentario, decimos que el pensamiento jurídico ha sufrido un cambio: ya no basta la relación entre norma y decisión; ahora, para resolver un asunto, se requiere de otros elementos como son las valoraciones, fundamentar la decisión en razones suficientes y, sobre todo, analizar la realidad social que ha penetrado en el mundo del derecho.

En la concepción mecánica de la función judicial parece que no se plantea ningún problema, ya que el juez, en el derecho codificado, encuentra la respuesta a los casos que se le plantean, por ello, su función es pasiva. Sin embargo, en la actualidad, de acuerdo a las concepciones modernas para la decisión de los casos, el juez tiene que incorporar a la decisión cuestiones que no están explícitas en la norma, por lo que se hace preciso saber a qué criterios recurre y también someterlo a un control: la libertad del juez no puede ser tan absoluta, si lo fuera, caeríamos en lo arbitrario.

No se descarta la posibilidad de fiscalizar la actividad del juez, pero la idea es que no se atente contra su independencia; este principio se entiende como la independencia judicial de cualquier cosa que no sea el derecho válido y dependiente del juez respecto de las leyes. El control hacia el juez se traduce no como una amenaza en contra de su independencia, sino más bien para que el juez, al aplicar la ley, preserve los valores inherentes al derecho.

En conclusión: las decisiones del juzgador siempre están determinadas por la ley, pues toda resolución judicial se deriva de la aplicación de una serie de normas, por lo que su control de legalidad es fácil de determinar; no obstante, los jueces también fundamentan sus decisiones en otro tipo de procesos jurídicos que están expresados en el ordenamiento normativo, como la interpretación jurídica o con base en los principios generales del derecho.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alexy, Robert. *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, Derecho y filosofía*. Ernesto Garzón Valdés (comp.), México, Fontamara, 1988.
- Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*. México, Oxford, 1999.
- Bobbio, Norberto. "Iusnaturalismo y positivismo". *El problema del positivismo jurídico*, (Trad.), Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991.

- _____. *Positivism jurídico en el problema del positivismo jurídico*. (Trad.), Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991.
- Colomer Hernández, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Duguit León. *Manual de derecho constitucional*. (Trad.) José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán librería española y extranjera, 1926.
- Fix-Zamudio, Héctor (coord.). “El ejecutivo federal y el poder judicial”. *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*. México, IJJ-UNAM, 1988, pp. 269-354.
- García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*. Oviedo, Civitas, 1988.
- Groppali, Alessandro. *Doctrina General del Estado*. (Trad.), Alberto Vázquez del Mercado, México, Porrúa, 1944.
- Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. México, Porrúa, 1982.
- Redondo, María Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.
- Rocco, Alfredo. *La sentencia civil*. (Trad.), Mariano Ovejero, México, Stylo, 1944.
- Segura Ortega, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid, Tecnos, 1998.
- Serra Rojas, Andrés. *Teoría del Estado*. México, Porrúa, 2000.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. (Trad.), Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- Wróblewski, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. (Trad.), Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2003.

Electrónicas

- Barragán, Julia. “La respuesta correcta y la justificación de la decisión jurídica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 8, Universidad de Alicante, 1990, pp. 63-74. <https://doxa.ua.es/article/view/1990-n8-la-respuesta-correcta-unica-y-la-justificacion-de-la-decision-juridica>
- Bergholtz, Gunnar. “Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 8, Universidad de Alicante, pp. 75-85. <https://doxa.ua.es/article/view/1990-n8-ratio-et-auctoritas-algunas-reflexiones-sobre-la-significacion-de-las-decisiones-razonadas>
- Caracciolo, Ricardo. “Justificación Normativa y pertenencia”. *Análisis filosófico*, Núm. 1, Vol. 8, Argentina, Universidad Nacional de Santiago del Estero, 1988. <https://analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/764>
- García Amado, Juan Antonio. “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”. *Anuario de la filosofía del derecho*, Núm. 3, 1986, pp. 151-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142099>
- Moreso Mateos, Josep J., Pablo E. Navarro y María C. Redondo. “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 11, jun. 1992, Universidad de Alicante, pp. 247-262. <https://doxa.ua.es/article/view/1992-n11-argumentacion-juridica-logica-y-decision-judicial>

- Nino, Carlos S. “Respuesta a J.J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 13, jun. 1993, Universidad de Alicante, pp. 261-264. <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n13-respuesta-a-jj-moreso-pe-navarro-y-mc-redondo>
- Puy Muñoz, Francisco. “La decisión”. *Anuario de filosofía del derecho*, Santiago de Compostela, 1984, pp. 61-82. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1984-10006100082
- Robles, Gregorio. “La decisión y la tónica jurídica”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Núm. 54, septiembre-diciembre de 1985, México, IJ-UNAM, pp. 951-984. <https://core.ac.uk/download/pdf/39116606.pdf>

La integración de México al mercado energético de Norteamérica

José Juan González Márquez*

Resumen:

Este artículo analiza de manera general el papel que han jugado los acuerdos comerciales internacionales firmados por México en la configuración de la región energética de América del Norte. Para lograr este objetivo, el autor estudia el contenido del T-MEC y de otros acuerdos de libre comercio firmados por México a la luz de las diferencias más relevantes entre la legislación energética de México, Estados Unidos y Canadá. Tras este análisis, el autor identifica las áreas del sector energético en las que la integración del mercado energético ha avanzado considerablemente.

Abstract:

This article briefly analyzes the role played by the international trade agreements signed by Mexico in the configuration of the North American energy region. To achieve this aim, the author surveys the content of the T-MEC and other free trade agreements signed by Mexico in light of more relevant differences among the energy legislation of Mexico, the United States and Canada. After that analysis, the author identifies the areas of the energy sector where energy market integration has made considerable progress.

Sumario: Introducción / I. El sector energético en los tratados comerciales trilaterales / II. Los sistemas jurídicos nacionales / III. Estructura de los mercados de energía en América del Norte / IV. Áreas de Integración Energética Regional / V. Las reformas a la legislación energética mexicana de 2021 / VI. La solicitud de consultas hechas por Estados Unidos y Canadá en el ámbito del T-MEC / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante, España, Profesor-Investigador UAM-A., miembro del comité de maestría, vicepresidente de la IUCNAEL, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

Aunque Canadá, Estados Unidos y México conforman uno de los bloques comerciales más relevantes del orbe, su integración desde el punto de vista energético es aún limitada. El mercado energético de la región de Norteamérica está consolidado en ciertos temas, pero suele involucrar únicamente a dos países sin incluir al tercero. Por ejemplo, la interconexión de los sistemas eléctricos entre Canadá y Estados Unidos constituye el mercado energético integrado más grande del mundo, pero México no participa en este. Por su parte, México está interconectado con los Estados Unidos de América, pero no con Canadá.¹

La firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y más recientemente del Tratado Comercial México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) no ha modificado sustancialmente esa situación. Sigue existiendo un mercado bilateral de energía entre Estados Unidos y Canadá y otro entre México y Estados Unidos. Más aun, recientemente, la integración de México a ese mercado comenzó a enfrentar serias dificultades debido a las reformas legales implementadas por el actual gobierno mexicano, que limitan la participación de las empresas canadienses y estadounidenses en el mercado energético nacional.

Este trabajo tiene como objetivo analizar el papel que han jugado los tratados comerciales regionales en la consolidación de la integración energética de América del Norte a la luz de las diferencias más relevantes que existen entre las legislaciones energéticas de los tres países, el estado actual de los mercados de energía en la región y las áreas en donde existe una integración regional efectiva. Con base en ese análisis se busca definir si, al amparo del T-MEC, es posible o no la integración energética entre tres países con políticas y regulaciones energéticas divergentes.

¹ Aunque la cooperación energética en América del Norte tiene sus raíces en la interconexión de los mercados eléctricos de Canadá y Estados Unidos a principios del siglo XX, el comercio de energía entre las naciones norteamericanas empezó a cobrar verdadero auge después de la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, América del Norte se ha convertido en el mayor mercado energético integrado del mundo. Joseph Dukert, *The Quiet Reality of North American Energy Independence*.

I. El sector energético en los tratados comerciales trilaterales

En la década de los ochenta, la desregulación de los mercados energéticos de Canadá y Estados Unidos impulsó fuertemente el comercio de energía entre esas dos naciones norteamericanas. Pero, al mismo tiempo, ambos países establecieron restricciones comerciales que impidieron la consolidación plena de ese mercado. Así, por ejemplo, las importaciones estadounidenses de energéticos (sobre todo de petróleo y gas) encontraron un obstáculo en el Programa Nacional de Energía canadiense (1980-1985).² Esta situación se modificó con la firma del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de América (CUSFTA) en 1988.³ El capítulo energético de ese acuerdo aseguró a ambos países el acceso a un mercado energético compartido y, en concordancia con el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), prohibió las acciones discriminatorias en materia de regulación energética.

Más tarde, las reglas del CUSFTA en materia energética se retomaron en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁴ que lo sustituyó en 1994 e incorporó a México al bloque comercial de América del Norte. Con este acuerdo, Estados Unidos obtuvo un mayor acceso al mercado de bienes energéticos canadienses y viceversa. Sin embargo, conviene señalar que ese acceso preferencial se eliminó con el Acuerdo entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC).⁵ A pesar de lo anterior, la idea de que América del Norte “constituye el mayor mercado energético integrado del mundo” sigue siendo válida.⁶

Por su parte, hasta la década de los noventa, México fue un país en donde no se permitía la inversión privada ni en el sector eléctrico ni en la industria de los hidrocarburos. La Constitución mexicana establecía el monopolio del Estado sobre todas las etapas de las cadenas de valor de este sector.⁷ Esta situación comenzó a revertirse con la firma del TLCAN que abrió a la inver-

² El Programa Nacional de Energía (NEP) del gobierno de Canadá rigió desde 1980 hasta 1985. Su objetivo era garantizar que Canadá pudiera satisfacer sus propias necesidades de petróleo y gas para 1990. El NEP fue inicialmente popular entre los consumidores y como símbolo del nacionalismo económico canadiense. Sin embargo, la industria privada y algunos gobiernos provinciales se opusieron al mismo.

³ El acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1989.

⁴ El tratado entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁵ El acuerdo entró en vigor el 1 de julio del 2020.

⁶ Joseph Dukert, *The Quiet Reality of North American Energy Independence*. Citado arriba

⁷ José Juan González Márquez, *Nuevo Derecho Energético Mexicano*.

sión privada la generación de electricidad y algunas actividades relacionadas con el transporte, almacenamiento y comercialización de gas.⁸ En esa misma dirección, en el año 2013 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reduciendo sustancialmente el monopolio estatal sobre el sector energético.⁹ De acuerdo con el nuevo texto constitucional, únicamente las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos y de transmisión y distribución de electricidad quedaron reservadas al Estado mexicano, mientras que el resto de las actividades del sector se abrieron a la inversión privada nacional y extranjera; consolidándose así la apertura del sector energético mexicano y, por lo tanto, allanándose el camino para una mayor integración energética regional.

I.1. El TLCAN

El TLCAN firmado por México, Estados Unidos y Canadá en 1993, condujo a la reorganización del sector energético de México. En el Anexo 620(3) del capítulo seis del TLCAN, México introdujo varias reservas sobre actividades estratégicas que se refieren, entre otras, al comercio y la inversión en el sector energético. Sin embargo, al mismo tiempo, el anexo establece ciertas excepciones a estas reservas.

Así, mientras que en el TLCAN el Estado mexicano se reservó el monopolio sobre la generación, transmisión, transformación, distribución y suministro de energía eléctrica, el anexo citado liberó del monopolio público las siguientes actividades: generación para usos propios, cogeneración y producción independiente de energía; siempre que estas actividades no tuvieran como objetivo la prestación del servicio público de electricidad que, de acuerdo con las reservas fue reconocido como monopolio del Estado mexicano.

Asimismo, de acuerdo con el Anexo 602(3), la inversión privada nacional y extranjera pudo invertir en instalaciones de generación de electricidad para usos propios y de cogeneración de electricidad utilizando fuentes de energía asociadas a un proceso industrial. Además de lo anterior, los productores de electricidad para usos propios quedaron autorizados para vender sus excedentes de producción de energía eléctrica a la Comisión Federal de Electricidad (CFE).¹⁰ Por otra parte, el anexo citado también permitió la participación de

⁸ José Juan González Márquez, “Energy Security and Energy Sovereignty in México”.

⁹ Gerardo Gil, “La Reforma Energética en México 2013 y el desarrollo sustentable del país”.

¹⁰ José Juan González Márquez, “Energy Security and Energy Sovereignty in México”.

productores independientes de energía (PIE), es decir, empresas privadas de generación de electricidad que tenían la obligación de vender a la CFE toda la electricidad generada bajo los términos y condiciones acordados entre ambas partes. Los PIE ubicados en México también fueron autorizados por el anexo citado para exportar electricidad a los otros países signatarios del TLCAN.

A pesar de su reserva del derecho de suministro y las condiciones impuestas a la inversión en México por parte de los productores de electricidad de los países miembros del TLCAN, México no prohibió en dicho tratado las importaciones de electricidad provenientes de sus socios comerciales, pero sí introdujo excepciones al Anexo 603 que se refiere a las restricciones a la importación y exportación de energía. Bajo estas excepciones, México puede restringir el otorgamiento de licencias de importación y exportación en ciertas mercancías listadas en el anexo, incluyendo la importación y exportación de electricidad.

Por tanto, a pesar de la apertura del sector energético mexicano a la inversión privada, el acceso al mercado estaba todavía limitado por el TLCAN debido a las reservas sobre la distribución de electricidad establecidas en el Anexo 602(3), ya que el importador, si no utiliza la electricidad para fines propios, tendría que venderla directamente a la CFE.

A la par que se negociaba el TLCAN, en 1992 se reformó la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica¹¹ para incorporar al ordenamiento jurídico nacional los compromisos asumidos por México en ese acuerdo comercial, lo que significó la primera apertura formal del sector energético mexicano a la inversión privada proveniente de sus socios comerciales, posterior a los procesos nacionalizadores de los años cuarenta y sesenta del siglo XX.¹² Un paso más hacia la apertura del sector energético mexicano se dio en 2015 cuando México firmó un nuevo tratado comercial que también se ocupó del sector energético, a saber: el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP). Este tratado incorporó a México a una región comercial integrada por 11 países, incluyendo a Canadá.¹³ En el siguiente apartado ana-

¹¹ Esta reforma fue publicada en el *Diario oficial de la Federación* el 23 de diciembre de 1992.

¹² En 1940 se reformó la Constitución para nacionalizar la industria petrolera, prohibiendo el otorgamiento de concesiones o contratos. La reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de noviembre de 1940. El 1960 se nacionalizó la industria eléctrica mediante una reforma al artículo 27 constitucional que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de septiembre de 1960.

¹³ Estados Unidos decidió no ratificar este tratado.

lizamos el contenido de este tratado comercial en sus aspectos relacionados con el sector energético.

I.2. El CPTPP

El CPTPP es un tratado de libre comercio celebrado entre varios países del Pacífico que se firmó el 5 de octubre de 2015 en Auckland, Nueva Zelanda, después de años de arduas negociaciones.¹⁴ El CPTPP busca reducir las barreras comerciales, establecer un marco conjunto de propiedad intelectual, reforzar los estándares ambientales y establecer un mecanismo de arbitraje de disputas. Bajo el CPTPP México permite la participación de la inversión extranjera en su sector energético de manera más amplia que la permitida en su momento por el TLCAN. De acuerdo con el CPTPP, México se obliga a permitir la inversión extranjera en el sector energético bajo las condiciones establecidas por la reforma constitucional de 2013, excluyendo cualquier trato menos favorable para sus nuevos socios comerciales. Con ello, México liberalizó las restricciones a la inversión extranjera establecidas en el TLCAN.

Lo anterior significa que Estados Unidos y Canadá, como socios comerciales de México en el T-MEC, deben recibir un trato en el sector energético que no sea menos favorable que el trato que México otorga a los demás miembros del CPTPP, aunque Estados Unidos no haya ratificado este último. Dicho de otra forma, el Gobierno mexicano no puede modificar las reglas bajo las cuales se permite la inversión extranjera en el sector energético con el objetivo de hacerlas más restrictivas que las establecidas en los anexos del CPTPP, con lo que se favorece la integración energética regional.

I.3. El T-MEC

El T-MEC es un tratado de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México que resultó de la renegociación del TLCAN propuesta por Estados Unidos. Luego de varios meses de negociaciones, las partes lo firmaron el 30 de noviembre de 2018 en un evento paralelo a la Cumbre del G20 celebrada en ese año en Buenos Aires, Argentina. A diferencia del TLCAN, el T-MEC no tiene un capítulo específico sobre energía. Sin embargo, diferentes partes del acuerdo contienen reglas que son aplicables a este sector y que giran en

¹⁴ Los países firmantes son: Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Malasia, México, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam.

torno al trato nacional y la libre competencia, por lo que también impulsan la integración energética regional.

Pero estas reglas no se están cumpliendo, ya que el Gobierno mexicano que inició sus funciones en 2018 sostiene que el T-MEC no obliga a la apertura del sector energético mexicano a la inversión privada, nacional y extranjera, basándose en lo que dispone el capítulo 8 de dicho tratado.

El capítulo 8 del T-MEC reconoce la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado mexicano sobre los hidrocarburos. Este capítulo contiene un solo artículo el cual señala:

En el caso de México, y sin perjuicio de sus derechos y recursos disponibles en virtud de este Acuerdo, Estados Unidos y Canadá reconocen que: (a) México se reserva el derecho soberano de reformar su Constitución y su legislación interna; y (b) México tiene la propiedad directa, inalienable e imprescriptible de todos los hidrocarburos en el subsuelo del territorio nacional, incluyendo la plataforma continental y la zona económica exclusiva ubicada fuera del mar territorial y adyacente a éste, en estratos o depósitos, independientemente de sus condiciones físicas de conformidad con la Constitución Política de México.

Sin embargo, el contenido del capítulo 8 no es suficiente fundamento para una política que impida la inversión privada en el sector energético. Existen otras disposiciones en el T-MEC que impiden modificar la estructura de la industria energética nacional. Así, por ejemplo, México aceptó en el T-MEC una especie de cláusula de ‘nación más favorecida’, acordando otorgar a las otras partes un trato en el sector energético que no sea más restrictivo que el que México proporciona a partes integrantes de otros acuerdos comerciales firmados por él, tales como el CPTPP. La disposición clave a ese respecto del T-MEC es la siguiente: “Artículo 32.11: Disposición Específica sobre Comercio Transfronterizo de Servicios, Inversión y Empresas de Propiedad del Estado y Monopolios Designados para México” este precepto señala:

Con respecto a las obligaciones del capítulo 14 (Inversión), capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y capítulo 22 (Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados), México se reserva el derecho de adoptar o mantener una medida con respecto a un

sector o subsector para el cual México no haya tomado una reserva específica en sus Listas a los Anexos I, II y IV de este Tratado, solo en la medida en que sea compatible con las *medidas* menos restrictivas que México pueda adoptar o mantener en los términos de las reservas aplicables y excepciones a obligaciones paralelas en otros tratados comerciales y de inversión que México haya ratificado antes de la entrada en vigor de este Tratado, incluido el Acuerdo sobre la OMC, sin importar si esos otros acuerdos han entrado en vigor.

En virtud de esta cláusula, también conocida como principio de paridad,¹⁵ México debe otorgar un trato a los inversionistas canadienses y estadounidenses en los sectores cubiertos por los tres capítulos del T-MEC enumerados en el artículo 32.11 que no sea menos favorable al otorgado en otros tratados comerciales. Esta cláusula se refiere a las reglas establecidas por el CPTPP. Por tanto, en términos generales, el T-MEC blinda la reforma constitucional energética aprobada por México en 2013 que reduce sustancialmente las actividades de la cadena de valor del sector energético que quedan reservadas a la nación y en las que, por tanto, no se permite la inversión privada. En consecuencia, México no puede modificar su legislación energética para restringir la inversión privada en este sector sin violentar las obligaciones asumidas en el CPTPP y, como consecuencia de ello, en el T-MEC. Por tanto, a la luz de los tratados comerciales citados, los mercados energéticos de los tres países están formalmente vinculados. Empero, esa integración formal puede distorsionarse en función de las políticas públicas que se aplican en cada país.

II. Los sistemas jurídicos nacionales

Las regulaciones sobre el sector energético entre Estados Unidos y Canadá son similares, mientras que estas con relación a las regulaciones mexicanas varían considerablemente. En Canadá, los sectores del petróleo y el gas, así como la minería del carbón y las energías renovables (incluyendo la mayo-

¹⁵ Según Gutiérrez Haces, la paridad del TLCAN significa igualar los beneficios del TLCAN en cuanto a la liberalización de capitales y productos básicos en condiciones que podrían ser similares o mejores que las establecidas en el TLCAN, pero nunca inferiores. Ma. Teresa Gutiérrez Haces, “Incidencia del TLCAN y de los acuerdos de protección a la inversión extranjera sobre las relaciones de México con la Unión Europea”.

ría de las cuestiones medioambientales) están principalmente bajo la regulación de las provincias,¹⁶ pero también hay regulaciones federales relativas al desarrollo de actividades del sector energético en zonas de jurisdicción federal (como los Territorios del Norte y los emplazamientos en altamar).¹⁷ El Gobierno federal se ocupa del transporte interprovincial e internacional (especialmente los oleoductos) y del comercio (Constitución de Canadá, artículos 91 y 92).

La situación en Estados Unidos es muy similar, ya que la mayor parte del petróleo y el gas, la minería y las energías renovables están reguladas a nivel estatal. Empero, a diferencia de Canadá, donde la mayoría de los minerales del subsuelo son propiedad de las provincias, la mayor parte de los recursos energéticos de EE.UU. son, según el derecho consuetudinario estadounidense, de propiedad privada;¹⁸ sólo una pequeña proporción es de propiedad estatal. Los minerales del subsuelo que corresponden a tierras federales (por ejemplo, partes de los Estados de las Montañas Rocosas y Alaska) son de propiedad federal.¹⁹

La energía atómica está regulada a nivel federal en Canadá²⁰ y lo mismo ocurre en Estados Unidos.²¹ Sin embargo, a diferencia de Canadá, las principales normativas medioambientales de EE.UU. (incluidas las relativas a la contaminación del aire, el agua y el suelo) son competencia del Gobierno federal.²²

En México, tanto el sector eléctrico como el de los hidrocarburos están sujetos a regulación federal. Más aun, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, el petróleo y demás hidrocarburos son propiedad inalienable e imprescriptible de la nación. Sin embargo, a la luz de la reforma constitucional de 2013, ni la industria eléctrica ni de los hidrocarburos son completamente considerados monopolios exclusivos de la nación como ocurría antes de esa reforma. Hoy en día, la Constitución sólo reserva a la nación las actividades de exploración y extracción de hidro-

¹⁶ Nickie Nikolaou y Allan Ingelson (eds), *Canada Energy Law Service*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ John Lowe, *Oil and Gas Law in a Nutshell*.

¹⁹ Mineral Leasing Act, Estados Unidos de América 1920.

²⁰ Nuclear Safety and Control Act, Canada 1977.

²¹ Atomic Energy Act, Estados Unidos de América, 1946.

²² Particularmente: EUA, Clean Air Act, 1963; EUA, Clean Water Act, 1972; y EUA, Safe Drinking Water Act, 1974.

carburos y la transmisión y distribución de electricidad; pero el resto de las actividades de las cadenas de valor de esas industrias están abiertas a la inversión privada, nacional y extranjera.

La regulación del sector energético es fundamentalmente federal (Ley de la Industria Eléctrica y Ley de Hidrocarburos), pero las cuestiones medioambientales se rigen tanto por las leyes federales como por las locales, en virtud del sistema de competencias concurrentes que en esta materia establece la Constitución en su artículo 73, fracción XIX-G.

Mientras que Canadá y EE.UU. han abierto sus mercados a las inversiones privadas en los sectores del petróleo, del gas y de la electricidad, con la mayor parte de la inversión privada en los sectores de generación, transporte y comercialización, en México la situación es muy diferente, y la producción y comercialización de productos energéticos en el país implican una fuerte participación del sector público, incluso después de que la reforma constitucional de 2013 abriera ambos sectores a la participación privada. Hasta 2019, la reforma constitucional en materia energética de 2013 sólo había dado lugar a cambios limitados,²³ y la situación no ha cambiado en los últimos años, ya que los dos monopolios estatales (PEMEX y la CFE) siguen controlando la mayor parte del mercado. Lo anterior, sin duda, constituye un serio obstáculo para la integración regional en materia energética en América del Norte.

III. Estructura de los mercados de energía en América del Norte

Como se comentó, el mercado energético de América del Norte no está integrado plenamente, pero sí existen fuertes vínculos bilaterales, Estados Unidos-Canadá y México-Estados Unidos,²⁴ con infraestructuras relevantes para la producción de petróleo crudo, productos refinados del petróleo (PRP), gas natural y electricidad, construidas dentro de las fronteras de los tres países norteamericanos.²⁵ De los tres firmantes del T-MEC, Canadá y Estados Unidos son los más relevantes en términos de producción y comercio de energía;

²³ Yuriria Ávila, “El Sabueso: AMLO dice que la Reforma Energética es un fracaso, ¿pero qué ha dejado a favor y en contra su aprobación?”.

²⁴ American Petroleum Institute, *North American Energy*.

²⁵ *Ibid.*

aunque México es un productor tradicional de petróleo crudo y exporta un volumen importante de este producto a sus vecinos del norte. A su vez, México es también un importante consumidor de PRP y gas natural proveniente de los Estados Unidos.²⁶ Resulta contradictorio que, por una parte, México obstaculice la inversión privada nacional y extranjera en la industria de los hidrocarburos y, por otra, que el Gobierno de los Estados Unidos le haya autorizado la compra de la refinería “Deer Park”, ubicada en el estado de Texas en la Unión Americana, con lo cual, México se incorporó al mercado energético de ese país.

En la región, Estados Unidos se erige como el principal productor y consumidor de petróleo y PRP en el mercado energético norteamericano. Los niveles de exportación de petróleo del país en 2021 alcanzaron los 8.63 millones de barriles diarios (Mb/d), que se dirigieron a 176 países de todo el mundo. Canadá y México fueron de los mayores compradores de estos productos, con 0.84 Mb/d y 1.16 Mb/d respectivamente.²⁷

Por su parte, Canadá se encuentra entre los cuatro primeros productores mundiales de crudo.²⁸ Sus niveles de producción para mayo de 2022 fueron de 4.154 Mb/d.²⁹ El precio del petróleo West Texas Intermediate (WTI), a menudo un precio de referencia mundial citado en los medios de comunicación, promedió 99.39 dólares el barril en julio de 2022, 37.1% más que el año anterior. El precio del Western Canada Select (WCS), que se obtiene para muchos productores de petróleo de Alberta, se situó en una media de 80.44 dólares por barril en julio de 2022, 37.6% más que el año anterior. El diferencial del WTI sobre el WCS fue de 13.17 dólares en junio de 2022.

En contraste, en 2022, México registró la producción de crudo más baja desde julio del 2020, con una producción de 1.6 Mb/d.³⁰ Las exportaciones de crudo también registraron una caída en el año 2021 de 9.1%, exportando 1.018 Mb/d, de los cuales 579,000 b/d se destinaron a Estados Unidos.³¹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ U.S. Energy Information Administration, *How much petroleum does the United States import and export?*

²⁸ Enerdata, *Producción de crudo.*

²⁹ Canadian Centre for Energy Information, *Crude Oil*, 27 de julio de 2022.

³⁰ Bnamericas, “Hidrocarburos en México: producción de petróleo sigue cayendo”.

³¹ Patricia Tapia Cervantes, “Exportaciones de crudo de PEMEX caen 9% en 2021”.

El líder de la producción de gas natural en Norteamérica y en el mundo es Estados Unidos. En 2021, produjo 975 bcm.³² Canadá ocupó el quinto lugar a nivel mundial produciendo 191 bcm, mientras que México produjo 34 bcm.³³

En consecuencia, México se ha convertido más en importador que en exportador de energéticos, a pesar de la reforma constitucional de 2013 y de la firma de tratados de integración económica que permiten la inversión privada extranjera en el sector energético. Por ello, depende fuertemente de las importaciones de PRP provenientes de sus socios comerciales.

IV. Áreas de Integración Energética Regional

Como se comentó, la integración energética regional se puede observar no en todas, pero sí en varias áreas de este sector. A continuación, se analizan las más relevantes.

IV.1. Producción y comercio de electricidad

La electricidad en América del Norte se genera predominantemente para abastecer la demanda interna, aunque también se exporta como medio para satisfacer la demanda de electricidad de algunas zonas de la región. En 2021, Canadá generó 633 teravatios hora (TWh) de electricidad, Estados Unidos generó 4.381 TWh y México generó 350 TWh, la mayor parte procedente de combustibles fósiles, con la generación hidroeléctrica a cierta distancia.³⁴

La mayor parte del comercio de electricidad en América del Norte se produce entre Canadá y Estados Unidos. Canadá exportó 9% de su producción total de electricidad a EE.UU. en 2020, recibiendo importaciones de este país. a razón de 2% del consumo total de electricidad en Canadá ese mismo año.³⁵ El volumen de electricidad comercializado entre EE.UU. y México es mucho menor, y el comercio entre México y Canadá es aún más bajo.

IV.2. Oleoductos transfronterizos

El T-MEC no contiene disposiciones explícitas sobre el transporte de energía. El capítulo titulado “Buenas prácticas regulatorias” se refiere solo a los

³² La unidad de medida bcm corresponde a *billion cubic meters*, lo que quiere decir millardo de metros cúbicos.

³³ Enerdata, *Producción de gas natural*, 2022.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Gobierno de Canadá, *Natural Resources Canada*, 2021.

siguientes aspectos: la creación de un organismo central de coordinación regulatoria, compromisos de consulta interna, coordinación y revisión, planificación temprana, lenguaje claro, grupos consultivos de expertos, evaluación del impacto regulatorio, revisión regulatoria (y fomento de la compatibilidad y cooperación regulatoria) y el establecimiento de un comité de buenas prácticas regulatorias. Sin embargo, los requisitos reglamentarios no necesariamente deben converger. Por ello, son aplicables a este aspecto las disposiciones voluntarias del Anexo V del TLCAN sobre transporte de energía, apoyadas por acuerdos de amplio alcance entre los reguladores.

En México, de acuerdo con el artículo 4, fracción XXXVI de la Ley de Hidrocarburos, el sistema integrado de ductos está compuesto por sistemas de ductos e instalaciones de almacenamiento interconectados. Esta red tiene una extensión de 17,000 km y comprende 48 oleoductos, 89 gasoductos y 4 oleoductos/gasoductos que son operados por la empresa estatal Petróleos Mexicanos (PEMEX).

El sistema mexicano de oleoductos y gasoductos no está todavía plenamente integrado en el mercado de servicios públicos de América del Norte, ya que gran parte del comercio bilateral de petróleo se realiza por vía marítima. No obstante, el 8 de marzo de 2020 el gobierno estadounidense emitió un permiso por el cual se autoriza a NuStar Logistics, L.P. a construir, conectar, operar y mantener instalaciones de oleoductos en la frontera internacional entre Estados Unidos y México. El proyecto aprobado es de un oleoducto de 74 km denominado “Nuevo Burgos”; este será operado por la empresa estadounidense NuStar y conectará la planta de gas de PEMEX en Burgos, en el norte de México, con la terminal de NuStar en Texas, con capacidad para entregar hasta 108,000 barriles diarios de productos petrolíferos refinados.³⁶

México depende del suministro de gas de Estados Unidos. En la última década, las exportaciones de gas estadounidense a México por gasoducto se habían triplicado hasta alcanzar los 4,900 millones de pies cúbicos diarios,³⁷ aunque de enero a mayo del 2022 las importaciones mexicanas desde Estados Unidos se redujeron 2.5%, lo que equivale a 5,699 millones de pies cúbicos diarios. Esto significa el mayor retroceso desde 2010.³⁸ A principios de 2012,

³⁶ Atmos International, “NuStar Pipelines obtiene permiso presidencial para nuevos ductos”.

³⁷ Andrés Guerra y Scott DiSavino, “Rising U.S. natural gas exports to Mexico capped by pipe delays”.

³⁸ Octavio Amador, “Importación de gas natural de Estados Unidos baja por primera vez en los últimos 12 años”.

México y Estados Unidos contaban con 16 interconexiones para importar gas con una capacidad de 2,758 MPCD, y para 2019 entraron en operación 8 interconexiones más. La capacidad de importación ha aumentado más allá de 11,000 millones de pies cúbicos por día.³⁹

Canadá exporta petróleo a Estados Unidos principalmente a través de dos sistemas de oleoductos. El oleoducto Express, operado por *Enbridge*, transporta el petróleo hasta la zona de Chicago, donde se une a una red de oleoductos que permite el transporte a la costa estadounidense del Golfo de México. El segundo, el oleoducto Keystone de *TC Energy*, va desde Alberta (Canadá) hasta la Costa del Golfo de Estados Unidos y las regiones del Medio Oeste.

IV.3. Cooperación transfronteriza en materia de hidrocarburos: yacimientos en el Golfo de México

La cooperación entre México y Estados Unidos dentro de las actividades de la industria de los hidrocarburos parece inevitable en el caso de la exploración y extracción de petróleo en el océano profundo y ultra profundo del Golfo de México en donde, ambos países comparten el derecho de acceso al hidrocarburo que se encuentra en los denominados “Hoyos de dona”. Estas son áreas que han quedado en medio de los mares territoriales de dos o más países, que formalmente no pertenecen a nadie y cuyo aprovechamiento depende de que los países colindantes decidan fijar sus límites en el marco de la Convención sobre Derechos del Mar de la ONU.

En el Golfo de México hay dos hoyos de dona separados en los que se sobreponen las reivindicaciones territoriales de México, Cuba y Estados Unidos, por lo que no pueden explotarse sin un acuerdo tripartito. México y Estados Unidos reclaman todo el polígono occidental, mientras que Cuba, México y Estados Unidos pueden reclamar todo el polígono oriental.

Para evitar un posible conflicto, en 1998 se iniciaron conversaciones para delimitar el polígono occidental. La existencia de hidrocarburos en el polígono occidental dio lugar a un acuerdo en el año 2000, firmado por la Secretaria de Relaciones Exteriores de México, Rosario Green, y la Secretaria de Estado de EE.UU., Madeleine Albright, para delimitar el área restante en el oeste del Golfo de México. Sin embargo, antes de abordar cualquier posible yacimien-

³⁹ Secretaría de Energía, “Estatus de la infraestructura de gas natural”, 2019.

to transfronterizo, ambas partes optaron por establecer una moratoria de 10 años para las perforaciones exploratorias en el polígono occidental. La oferta preliminar de México era establecer una moratoria revocable sólo cuando las partes llegaran a un acuerdo sobre un área específica dentro del polígono.

En 2012, Estados Unidos y México firmaron el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América relativo a los yacimientos transfronterizos de hidrocarburos en el Golfo de México.⁴⁰ Este acuerdo tiene el objetivo de regular los yacimientos transfronterizos de hidrocarburos en el Golfo de México, asegurando que ningún país se aproveche del otro en la explotación de los recursos compartidos.

En el caso del polígono oriental, el 18 de enero de 2017, México y Cuba firmaron el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Cuba sobre la Delimitación de la Plataforma Continental en el Polígono Oriental del Golfo de México, más allá de las 200 Millas.⁴¹

El tratado entre México y Cuba consta de 11 artículos. A diferencia del tratado celebrado entre México y Estados Unidos, no se pretende regular la exploración y explotación conjunta de los hidrocarburos en el polígono oriental. Más bien, de acuerdo con el artículo IV,1 del tratado, las partes se comprometen, por un periodo de 5 años, a no autorizar o permitir la perforación o explotación de petróleo o gas natural en la plataforma continental dentro de una milla náutica, cuatro decimales a cada lado del límite establecido.

El acuerdo firmado por México y EE.UU. (relativo al polígono occidental) consta de 7 capítulos y 25 artículos. Pretende fomentar el establecimiento de acuerdos de cooperación basados principalmente en los principios de unificación de las reservas marítimas transfronterizas, dejando abierta la posibilidad de desarrollar acuerdos de cooperación fuera del marco establecido en el Acuerdo. El propio acuerdo deroga la moratoria a la exploración y producción de petróleo a lo largo de la frontera en la parte occidental del Golfo de México.

Se establece en el artículo 1 del acuerdo, que el ámbito de aplicación se limita a los yacimientos que se extienden más allá de la frontera marítima de las partes y que se encuentran en su totalidad más allá de nueve millas náuticas de la costa de cualquiera de las partes. Además, cada parte someterá a la aprobación de la otra sus planes individuales de explotación de los yacimien-

⁴⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2014.

⁴¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de julio de 2018.

tos situados a 3 millas de la frontera marítima (a cada lado), que va en horizontal desde Texas hasta la Península de Yucatán. El documento indica que ambas partes desean establecer un marco legal para explotar los yacimientos transfronterizos que puedan existir en sus fronteras marítimas de manera segura, eficiente, equitativa y ambientalmente responsable.

Según el acuerdo, cualquier exploración o explotación conjunta de un yacimiento transfronterizo debe ser aprobada por ambas partes con un acuerdo de unificación, que debe incluir disposiciones sobre la transferencia de acciones, la medición precisa de la producción y “procedimientos para garantizar el pago preciso de los cánones y otros cobros”. El documento permite que los acuerdos de unificación establezcan derechos y obligaciones, “incluidos los que no se limitan a la distribución de los costos y responsabilidades y los beneficios derivados de las operaciones”.⁴²

IV.4. Redes eléctricas transfronterizas

En México, de acuerdo con el artículo 3, fracción XXXV de la Ley de la Industria Eléctrica, la red de transmisión y distribución de electricidad se compone de redes eléctricas (utilizadas para transportar la electricidad a las redes generales de distribución y a los usuarios finales), así como de interconexiones a sistemas de transmisión extranjeros (norteamericanos y centroamericanos). Las redes de transmisión y distribución en México cubren 97% del territorio, suministran electricidad a 98% de la población mexicana⁴³ y están controladas por el Centro Nacional de Control de la Energía (CENACE). Sin embargo, la cooperación entre el CENACE y las autoridades energéticas de otros países es escasa o nula.

Existen varias interconexiones entre el sistema eléctrico mexicano y el estadounidense a lo largo de la frontera entre ambos países. Algunos de estos puntos se utilizan a diario, mientras que otros sólo se emplean con fines de emergencia.

⁴² José L. Herrera Vaca, “The new legal framework for oil and gas activities near the maritime boundaries between Mexico and the U.S: comments on the Agreement between the United Mexican States and the United States of America concerning transboundary hydrocarbon reservoirs in the Gulf of Mexico”.

⁴³ Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía, “Cobertura de energía eléctrica -Agua y energía- Bombeo de agua Estados y Municipios”.

La electricidad fluye en ambas direcciones a través de la frontera entre México y Estados Unidos. El comercio de electricidad entre ambos depende de la CFE, de transportistas y comercializadores privados en México y, en EE.UU., del Western Electricity Coordinating Council (WECC) y del Electric Reliability Council of Texas (ERCOT), dos operadores de sistemas de transmisión regionales. Los principales flujos de importación/exportación de electricidad entre los países se canalizan a través de las interconexiones CFE-WECC, con las interconexiones ERCOT diseñadas para ser utilizadas en caso de emergencia. La “Interconexión del Oeste” de la WECC conecta con la CFE en Baja California a través de dos subestaciones situadas en California (Miguel y Valle Imperial). También se conecta con la CFE en Ciudad Juárez a través de las subestaciones Insurgentes y Rivereña, conectando con dos subestaciones del lado estadounidense en El Paso, Texas.⁴⁴

Por su parte, el comercio de electricidad entre Canadá y Estados Unidos, tiene una historia de más de un siglo de cooperación en la que los reguladores nacionales de cada país desempeñan un papel importante. Aunque existe comunicación entre los organismos reguladores y coordinación técnica entre las empresas de transmisión canadienses y estadounidenses, no hay requisitos específicos de cooperación legalmente exigibles. Existe una amplia red de más de 37 interconexiones de transporte de electricidad a lo largo de la frontera entre Estados Unidos y Canadá. En consecuencia, la integración energética de América del Norte es un proceso inconcluso pero que ya tiene bases sólidas.

V. Las reformas a la legislación energética mexicana de 2021

El 1 de febrero de 2021, el Congreso de la Unión aprobó una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica⁴⁵ que introdujo varios cambios relevantes, a saber:

Se limitan las posibilidades de obtener un permiso para generar energía eléctrica (artículo 12).

Se modifican los alcances de los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía

⁴⁴ Secretaría de Energía, *Electricity Sector Outlook 2016-2030*.

⁴⁵ La reforma a la Ley de la Industria Eléctrica fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de marzo del 2021.

Eléctrica suscritos con productores independientes (art. 3 fracciones XII y XII bis).

Se limita el derecho de acceso abierto a la red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios a los casos en que sea técnicamente factible, lo cual afecta directamente a los generadores y comercializadores privados (artículo 4).

Se modifican las reglas de despacho de manera tal que la electricidad generada por la CFE será la primera en entrar a la red de transmisión, aunque no sea la más limpia, relegando a un segundo plano a las energías renovables (artículo 101).

Se modifican las reglas para la asignación de Certificados de Energías Limpias. De acuerdo con la reforma las plantas de CFE recibirán estos certificados y no tendrán que comprarlos en el mercado ni pagar multas por carecer de ellos (artículo 126)

Se ordena la revocación de aquellos permisos de autoabastecimiento que hayan sido obtenidos en fraude a la Ley al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (artículo Cuarto Transitorio)

Se ordena la revisión de los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, a fin de garantizar su legalidad y el cumplimiento del requisito de rentabilidad para el Gobierno Federal establecido en la Constitución (artículo Quinto Transitorio).

En el mismo sentido, en el mes de mayo de 2021, el Congreso Federal aprobó dos modificaciones a la Ley de Hidrocarburos. A partir de la primera modificación, la Secretaría de Energía y la CRE podrán cancelar los permisos otorgados en casos de peligro inminente para la seguridad nacional, la seguridad energética o la economía nacional (artículo 59 bis).⁴⁷ El problema es que

⁴⁶ Según el artículo 3 fracción VIII de la Ley de la Industria Eléctrica, los certificados de energías limpias son títulos emitidos por la CRE que acreditan la producción de un monto determinado de energía eléctrica a partir de energías limpias y que sirven para cumplir los requisitos asociados al consumo de los centros de carga.

⁴⁷ Esta reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2021.

la reforma utiliza conceptos vagos cuyo significado se deja a la interpretación de las autoridades, dejando indefensos a los inversionistas privados.

La segunda modificación a esta ley elimina la regulación asimétrica de las ventas de primera mano de hidrocarburos y petroquímicos.⁴⁸ La regulación asimétrica en el sector energético se refiere a las normas que pretenden crear condiciones de igualdad entre las empresas privadas y PEMEX. Según esta reforma, la CRE ya no tendrá la facultad de determinar el precio de los hidrocarburos, productos petrolíferos y petroquímicos que ofrece PEMEX en las ventas de primera mano; en su lugar, PEMEX fijará esos precios, lo que la coloca en una posición dominante en el mercado que afecta la libre competencia protegida por la Constitución (artículo Décimo tercero transitorio).

Estas modificaciones en el marco jurídico del sector energético mexicano no solo limitan la competencia en el sector, sino que también inhiben la integración de México al mercado energético de Norteamérica.

VI. La solicitud de consultas hechas por Estados Unidos y Canadá en el ámbito del T-MEC

El 20 de junio de 2022, el Gobierno de Estados Unidos presentó al Gobierno mexicano una solicitud de consultas relacionada con diversas medidas que México ha adoptado en favor de las empresas del Estado, CFE y PEMEX, que afectan negativamente a las empresas estadounidenses que operan en el territorio nacional, violando con ello los compromisos establecidos en el T-MEC. El Gobierno de Canadá se adhirió a esta solicitud posteriormente.

Con la solicitud de consultas se dio inicio formalmente al procedimiento de solución de controversias en los términos del artículo 31, 31.2, 31.4 del T-MEC.

El Gobierno de los Estados Unidos basa su reclamación en cuatro puntos fundamentales:

- La reforma aprobada por el Congreso mexicano a la LIE en marzo del 2021.
- La inacción, retraso, denegación y revocación de los permisos que permitían a las empresas privadas operar en el sector energético mexicano.

⁴⁸ Esta reforma se publicó en el *DOF* el 19 de mayo de 2021.

- La prórroga otorgada exclusivamente a PEMEX para cumplir con el requisito de vender exclusivamente el diésel ultra bajo en azufre.
- Medidas adoptadas para el uso de servicio de transporte de gas natural de México.

Estas medidas, según el texto de la solicitud mencionada, son violatorias de los principios del trato nacional y protección de las inversiones en los términos del T-MEC.

El margen de acción para el Gobierno mexicano parece ser muy reducido a la luz de lo que hemos venido argumentando en este artículo. Informalmente, la única defensa que el Gobierno mexicano ha aducido hasta ahora es que el capítulo 8 del T-MEC le otorga el dominio directo sobre los hidrocarburos y el derecho a reformar su Constitución y sus leyes. Sin embargo, en el mejor de los casos, el artículo 8 solamente se refiere al tema de los hidrocarburos, y la petición de consultas refiere a medidas adoptadas tanto con relación a la industria eléctrica como a la industria de los hidrocarburos, por lo que, incluso suponiendo que el Gobierno mexicano tuviese razón, la defensa que esgrime solo sería útil en lo que se refiere a una parte de la solicitud de consultas.

En consecuencia, el Gobierno de México está obstruyendo su propia integración al mercado energético de Norteamérica.

VII. Conclusiones

La integración de México al mercado energético de América del Norte parece natural, necesaria y conveniente. Sobre todo porque México es parte de un tratado comercial con Estados Unidos y Canadá que no excluye al sector energético de sus reglas.

Todo pareciera indicar que no hay razón para excluir el comercio de energía del sistema de libre movilidad de mercancías entre los tres países, así como del libre flujo de inversiones. A pesar de que los sistemas jurídicos de los tres países pudieran contener regulaciones diferentes en materia energética, las reglas del T-MEC pueden ser útiles para modular el efecto distorsionador de esas diferencias y permitir la integración regional energética a pesar de sus discrepancias.

Más aun, en algunos casos, como el de la explotación de recursos compartidos en el Golfo de México, la integración regional es inevitable.

Sin embargo, las recientes reformas aprobadas por el Congreso mexicano a las leyes de la industria eléctrica y de los hidrocarburos impiden la participación de México en el mercado energético regional y propician un conflicto comercial internacional innecesario. La forma en cómo termine la primera controversia que se plantea en el ámbito del T-MEC entre los tres países ilustrará, sin duda, el alcance de los compromisos que el Gobierno mexicano adquirió al firmar ese tratado y, por tanto, a la adecuación de sus políticas públicas que, como ocurrió en la década de los ochenta en Canadá, hoy son innecesariamente nacionalistas.

Fuentes de Consulta

Bibliográficas

- Gil, Gerardo. “La Reforma Energética en México 2013 y el desarrollo sustentable del país”. *La Reforma Energética en México 2013 Pensando el futuro*. Susana Chacón, y Gerardo Gil (coords.), México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C. 2013.
- González Márquez, José Juan. “Energy Security and Energy Sovereignty in México”. *Energy Security Managing Risk in a Dynamic Legal and Regulatory Environmnet*. Barry Barton, Catherine Redgwell, Anita Ronne y Donald Zilman (eds.), Reino Unido, Oxford. 2004.
- _____. *Nuevo Derecho Energético Mexicano*. Universidad Autónoma Metropolitana. 2017.
- Nikolaou, Nickie e Allan Ingelson, (eds). *Canada Energy Law Service*. Canadá. Canadá, Thomson Reuters. 2014.
- Lowe, John. *Oil and Gas Law in a Nutshell*. sexta edición, Estados Unidos. West Academic Publishing.

Electrónicas

- Alberta Government. “Oil Prices”. <https://economicdashboard.alberta.ca/OilPrice>
- Amador, Omar. “Importación de gas natural de Estados Unidos baja por primera vez en los últimos 12 años”. *El Economista*, 4 de agosto de 2022, México. <https://www.economista.com.mx/empresas/Toma-respiro-produccion-nacional-de-gas-y-baja-importacion-desde-EU-20220804-0012.html>
- American Petroleum Institute. *North American Energy*. 2019. <<https://www.api.org/~media/Files/Policy/Trade/North-American-Energy-Onepager.pdf>>
- Anaya, Jorge (trad.) “México y EU parten la dona”. *La Jornada*. México, 8 de mayo de 2012 <https://www.jornada.com.mx/2012/05/08/economia/economist.pdf>

- Atmos International. “NuStar Pipelines obtiene permiso presidencial para nuevos ductos”. <https://www.atmosi.com/es/noticias-y-eventos/noticias/nustar-pipelines-obtiene-permiso-presidencial-para-nuevos-ductos/>
- Ávila, Yuriria. “El Sabueso: AMLO dice que la Reforma Energética es un fracaso, ¿pero qué ha dejado a favor y en contra su aprobación?”. *Animal Político*, México, 24 de abril de 2019. <https://www.animalpolitico.com/elsabueso/reforma-energetica-amlo-fracaso-resultados/>
- Bnamericas. “Hidrocarburos en México: producción de petróleo sigue cayendo”. 20 de mayo de 2022. <https://www.bnamericas.com/es/noticias/hidrocarburos-en-mexico-produccion-de-petroleo-sigue-cayendo#:~:text=La%20producci%C3%B3n%20nacional%20de%20petr%C3%B3leo,el%20regulador%20de%20hidrocarburos%2C%20CNH.>
- Canadian Centre for Energy Information. *Crude Oil*. 27 de julio de 2022 <https://energy-information.canada.ca/en/subjects/crude-oil>
- Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía. “Cobertura de energía eléctrica -Agua y energía- Bombeo de agua Estados y Municipios”, 9 de julio de 2014. <https://www.gob.mx/conuee/acciones-y-programas/cobertura-de-energia-electrica-agua-y-energia-bombeo-de-agua-estados-y-municipios>
- Comparador de Constituciones del Mundo. *Canadá 1867*. <https://www.bcn.cl/proceso-constituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/can>
- Dukert, Joseph. *The Quiet Reality of North American Energy Independence*. Montreal. Institute for Research on Public Policy, 2014. <https://central.bac-lac.gc.ca/item?id=wp2004-09h&op=pdf&app=Library>
- Enerdata. *Producción de crudo*. 2022. <https://datos.enerdata.net/petroleo-crudo/datos-produccion-energia-mundial.html>
- _____. *Producción de gas natural*. 2022. <https://datos.enerdata.net/gas-natural/produccion-gas-natural-mundial.html>
- _____. *Producción de electricidad*. 2022. <https://datos.enerdata.net/electricidad/estadisticas-mundiales-produccion-electricidad.html>
- Guerra, Andres y DiSavino, Scott. “Rising U.S. natural gas exports to Mexico capped by pipe delays”. *Reuters, Canadá*, 10 de agosto de 2018. <https://www.reuters.com/article/us-usa-mexico-natgas/rising-u-s-natural-gas-exports-to-mexico-capped-by-pipe-delays-idUSKBN1KV2B3>
- Secretaría de Energía. *Estatus de la infraestructura de gas natural*. 2019 https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/497827/Estatus_de_gasoductos_octubre_2019.pdf
- _____. *Electricity Sector Outlook 2016-2030*. 2016 https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/236866/Electricity_Sector_Outlook_2016-2030_P.compressed.pdf
- Tapia Cervantes, Patricia. “Exportaciones de crudo de PEMEX caen 9% en 2021”. *Forbes México*, 27 de enero de 2022. <https://www.forbes.com.mx/negocios-exportaciones-de-crudo-de-pemex-caen-9-en-2021/>

- Tayari, Farid y Seng, Tom. *Crude Oil*. <https://www.e-education.psu.edu/ebf301/node/470>
- US Cons Req Mexico energy. https://ustr.gov/sites/default/files/US%20Cons%20Req%20Mexico%20energy_072022.pdf
- U.S. Energy Information Administration. *How much petroleum does the United States import and export?* 9 de marzo de 2022 <https://www.eia.gov/tools/faqs/faq.php?id=727&t=6>

Hemerográficas

- Gutiérrez Haces, Ma. Teresa. “Incidencia del TLCAN y de los acuerdos de protección a la inversión extranjera sobre las relaciones de México con la Unión Europea”. *Economía UNAM*. Núm. 31, Vol. 11, México, 2014, pp. 25-52.
- Herrera Vaca, José Luis. “The new legal framework for oil and gas activities near the maritime boundaries between Mexico and the U.S: comments on the Agreement between the United Mexican States and the United States of America concerning transboundary hydrocarbon reservoirs in the Gulf of Mexico”. *Journal of World Energy Law and Business*, Num. 3, Vol. 5, Reino Unido, 2012.
- Sovacool, Benjamin. “National Energy Governance in the United States”. *Journal of World Energy Law and Business*. Num. 2, Vol. 4, Reino Unido, 2011

Justicia alternativa en la justicia penal para adolescentes en México. De la teoría a la práctica

Alejandra Marlene Gómez Barrera*

Resumen:

Uno de los ejes torales del proceso penal para adolescentes es la aplicación de formas alternativas de justicia, las cuales se regulan en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en dos formas de Soluciones Alternativas: Acuerdo Reparatorio y Suspensión Condicional del Proceso. En el presente trabajo se exponen algunas reflexiones resultado del trabajo realizado entre 2021 y 2022 en las áreas encargadas de aplicar los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en la justicia penal para adolescentes en la Ciudad de México, el Estado de México y en Chiapas. Se realizaron entrevistas a las y los facilitadores (en las tres entidades) y a adolescentes que participaron en procesos de mediación penal (Estado de México).

Abstract:

One of the main axes of the criminal process for adolescents is the application of alternative forms of justice, which are regulated in the National Law of the Comprehensive Criminal Justice System for Adolescents in two forms of alternative solutions: Reparatory Agreement and Conditional Suspension of the Process. In this paper, some reflections are presented as a result of the work carried out between 2021 and 2022 in the areas in charge of applying the Alternative Dispute Resolution Mechanisms in criminal justice for adolescents in Mexico City, the State of Mexico and in Chiapas. Interviews were conducted with the facilitators (in the three entities) and with adolescents who participated in criminal mediation processes (State of Mexico).

* Doctora en Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia Terapéutica por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Vigo, Profesora en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

El presente trabajo se desarrolló como parte de las actividades de la beca otorgada a la Doctora Alejandra Marlene Gómez Barrera por el Programa de Becas Posdoctorales de la Universidad Nacional Autónoma de México a través de la Dirección General de Personal Académico bajo la asesoría del Doctor Raúl Juan Contreras Bustamante. En virtud de lo anterior, aprovecho la oportunidad para agradecer a la Dirección General de Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México; así como al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas en especial al Doctor Nimrod Mihael Champo Sánchez y a la Juez Especializada en Justicia Penal Para Adolescentes Doctora Jaqueline Ángel Juan por el apoyo para la realización del trabajo de campo.

Sumario: I. El Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes / II. La justicia alternativa como principio de la justicia penal para adolescentes / III. Las soluciones alternativas al proceso penal para adolescentes / IV. Aplicación de las soluciones alternas en los sistemas de justicia penal para adolescentes en la Ciudad de México, el Estado de México y Chiapas / V. Conclusiones (reflexiones finales) / Fuentes de consulta

I. El Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

El objetivo de este trabajo es presentar algunas reflexiones en torno a la aplicación de las soluciones alternativas y sus mecanismos en la justicia penal para adolescentes. Por ello, se presenta una breve exposición sobre el proceso penal para adolescentes, para después esbozar el marco jurídico de la justicia alternativa en la justicia juvenil, en el tercer apartado se enuncian el Acuerdo Reparatorio (AR) y la Suspensión Condicional del Proceso (SCP), en el cuarto epígrafe se mencionarán las reflexiones en torno a la aplicación de estas soluciones alternas en tres entidades de la federación.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIIPA)¹ no sólo regula el proceso penal aplicado a personas entre 12 y 17 años de edad, a quienes genéricamente se denomina *adolescentes*, en toda la república a nivel local y federal, sino que además se reconoce la necesidad de que la intervención estatal en este ámbito sea integral; es decir, que atienda tanto las circunstancias del hecho delictivo como las características y condiciones de la persona adolescente que lo cometió² y de la víctima. La LNSIIPA se aplica a las personas adolescentes, a quienes se investigue, procese o sentencie por la comisión de alguna conducta establecida como delito.³

Las etapas que se siguen en el proceso son las mismas que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales en su art. 211:

¹ Entró en vigor el día 18 de junio de 2016. Como resultado de la reforma Constitucional 5 de febrero de 2017, en la que se reformó el 73 frac. XXI, inciso c), que faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de justicia penal de adolescentes.

² Mónica González Contró, *Derechos de los niños y las niñas*, pp. 40-41.

³ a) Código Penal Federal; b) Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 CPEUM; c) Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; d) Ley General de Salud; e) Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; f) Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; y g) Códigos Penales Estatales.

- I Etapa de investigación (inicial y complementaria).
- II Etapa Intermedia (fase escrita y fase oral).
- III Etapa de Juicio Oral.

Durante la secuela procesal se pueden aplicar el criterio de oportunidad, las soluciones alternas y el procedimiento abreviado. Una vez que ha quedado acreditada la responsabilidad de la persona adolescente (PA), se podrá imponer una medida sancionadora, la cual tiene una naturaleza jurídica *sui generis*, ya que los objetivos difieren de los de las penas y las medidas de seguridad. Estas se guían por el interés superior de la PA, tienen una finalidad educativa⁴ y orientadas a su reinserción social y reintegración familiar (arts.18 Constitucional párrafo sexto, 28 y 154 LNSIJPA).

A pesar de que la LNSIJPA no establece una medida y duración para cada delito, establece que la determinación de la medida y su duración deben guiarse por el principio de proporcionalidad,⁵ teniendo en consideración las características propias de la PA, pues, de este modo, se responde a sus necesidades específicas.

En cumplimiento al derecho internacional, la LNSIJPA prevé una amplia gama de medidas, entre las cuales el juez podrá elegir la más adecuada para el caso concreto; así pues, encontramos medidas en libertad⁶ y medidas de internamiento.⁷

⁴ Vicenta Cervelló y Asunción Colas, *La responsabilidad penal del menor de edad*, p. 49.

⁵ El principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Asimismo, permite maximizar los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas. la intervención educativa en la ejecución de las mismas, pues recae en manos de los profesionales no jurídicos: pedagogo, psicólogo, trabajador social y cualquier otro profesionista que resulte necesario, quienes resultan ser ejecutores finales de la medida que el Juez Oral o el Tribunal de Enjuiciamiento en forma de sanción les ha impuesto; por ello, es de suma relevancia que el juez al decidir la medida y tiempo de duración tome en consideración los recursos económicos y humanos con los que cuenta el Estado para alcanzar los objetivos de la medida.

⁶ Amonestación (157 LNSIJPA); Apercibimiento (art. 158 LNSIJPA); Prestación de servicios a favor de la comunidad (art. 159 LNSIJPA); Sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas (art. 160 LNSIJPA); Supervisión familiar (art. 155 LNSIJPA); Prohibición de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o producto que se hayan utilizado en el hecho delictivo (art. 155 LNSIJPA); No poseer armas (art. 155 LNSIJPA); Abstenerse de viajar al extranjero. (art. 155 LNSIJPA); Integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales. (art. 155 LNSIJPA); Restauración el daño (art. 161 LNSIJPA); Libertad asistida (art. 162 LNSIJPA).

⁷ Estancia domiciliaria (art. 163 LNSIJPA); Internamiento (art. 164 LNSIJPA); Semi-internamiento o internamiento en tiempo libre; y Alejandra M. Gómez, “La medida de internamiento impuesta

La edad del adolescente es el primer criterio a considerar al momento de determinar la medida que se ha de imponer; el art. 5 de la LNSIJPA establece grupos etarios I.12-13, II. 14-15 y III. 16-17 años (art. 3 LNSIJPA). De esta forma, cuando el adolescente se encuentre en el grupo etario I, únicamente se podrán imponer medidas en libertad por un máximo de 1 año; cuando el adolescente se encuentre en el grupo II, la duración máxima que podrán tener las medidas que se le impongan será de 3 años; y de 5 años cuando el adolescente se encuentre en el grupo III (art. 145 LNSIJPA).⁸

La LNSIJPA establece, además, como principio de este sistema la *justicia restaurativa* (artículo 21) la cual debe observarse en todo el sistema no sólo en las soluciones alternas; en consecuencia, es posible afirmar que nos encontramos ante una justicia juvenil con enfoque restaurativo, la cual se ha definido como: “(...) un modelo de justicia hacia la potenciación de los adolescentes autores de actos infractores, a partir del encuentro de este, el receptor (de su acto víctima) y la comunidad, buscando tres objetivos: reparar el daño, la responsabilidad del autor, la restauración de las personas involucradas en sus sentimientos y relaciones)”.⁹

II. La justicia alternativa como principio de la justicia penal para adolescentes

La comunidad internacional (Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos) ha elaborado una serie de instrumentos que brindan las pautas mínimas que los sistemas nacionales de justicia juvenil deben incluir.¹⁰ De este andamiaje se desprende una serie de principios¹¹ que deben observarse en los sistemas estatales de Justicia Juvenil: interés superior

en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en México. Estudio comparado con el internamiento en España”, p. 214.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Reyler Rodríguez, “Alcance de la justicia juvenil restaurativa en el Perú a propósito del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”, p. 107.

¹⁰ Las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores, Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones;

de la persona adolescente, protección integral, especialización, mínima intervención y flexibilidad.

Tanto la Convención sobre Derechos del niño como la Corte Interamericana han señalado que los Estados deben implementar una gama de medidas no judiciales para tratar con las personas adolescentes que son investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de un delito.¹² Estos mecanismos incluyen la aplicación de la figura de la remisión (Criterio de Oportunidad), los medios alternativos de solución de controversias (mediación y los procesos restaurativos). La aplicación de cualquier forma alternativa de justicia siempre debe respetar y garantizar los derechos humanos de las personas adolescentes, incluidas las garantías del debido proceso.

La justicia alternativa es un modelo que materializa los principios que rigen la justicia juvenil, en específico, los principios de interés superior y mínima intervención y a la finalidad educativa-resocializadora de la justicia juvenil, por lo que de conformidad con la Observación General número 24 del Comité de Derechos del Niño, la justicia juvenil tiene las características de lo que constituye una justicia alternativa, pues implica la desjudicialización (evitar llegar a instancia judicial) y la diversidad de respuestas que pueden aplicarse (durante y después del proceso).¹³

La finalidad de estos mecanismos en la justicia juvenil, no es (o no debería ser) la descongestión de los sistemas de justicia, pues lo que se busca es reparar el tejido social dañado por la comisión del delito, el cual no sólo perjudica a la víctima, sino también a la comunidad; de ahí que su aplicación es la mejor forma de materializar los principios de interés superior y mínima intervención: desjudicialización.¹⁴ Además, la justicia alternativa (restaurati-

Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad.

¹¹ Alejandra M. Gómez Barrera, “La Constitución, las formas de terminación anticipadas en el proceso penal para adolescentes y los MASC”, pp. 471-473.

¹² Artículos 3.2 y 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana; artículo VII de la Declaración Americana.

* Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor VS. Paraguay*, párrs. 211 y 212.

* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, párrs. 100 y 102.

¹³ Gómez, *op. cit.*, p. 478.

¹⁴ Carlos Vázquez, *Derecho penal juvenil*, p. 155; Octavio García, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en justicia de menores”, p. 48.

va) es el medio idóneo para alcanzar los efectos pedagógicos de los sistemas de justicia juvenil.

III. Las soluciones alternativas al proceso penal para adolescentes

En México el acceso a la justicia alternativa se ha reconocido como un derecho humano, en virtud de que además de lo establecido en el artículo 18 constitucional, en relación con las formas alternativas de justicia en la justicia penal para adolescentes, tenemos que, como parte de la reforma constitucional en materia penal, se incluyó en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) la posibilidad de acceder a la justicia a través de soluciones alternativas. La aplicación de estas se encuentra regulada en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

De esta forma, en la aplicación de las soluciones alternativa en la justicia penal para adolescentes (JPA) se deben aplicar las reglas previstas en el CNPP, LNMASC y LNSIJPA.¹⁵ Así, desde su primera intervención, tanto el Ministerio Público (MP) como el Juez de Control (JC), deben informar a las partes (cuando el caso lo permita), sobre la posibilidad de optar por un mecanismo alternativo de solución de controversia, la forma en que estos proceden y sus alcances, por lo que además en esta materia se le concede un uso prioritario (arts. 131 frac. XVIII y 189 CNPP y 94 LNSIJPA) y su omisión en materia de reposición de procedimiento, ello de acuerdo con la siguiente tesis aislada: “(...) si omite hacerlo, viola Derechos Humanos con trascendencia al fallo recurrido, lo que origina la reposición del procedimiento”.¹⁶

Las soluciones alternativas que se prevén en la LNSIJPA son dos: Acuerdo Reparatorio y Suspensión Condicional del Procedimiento (arts. 94-105).¹⁷ Su

¹⁵ De acuerdo con el artículo 10 de la LNSIJPA el Código Nacional; la Ley de Mecanismos Alternativos; la Ley Nacional de Ejecución Penal y la Ley General de Víctimas, se aplicarán de forma supletoria siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de la persona sujeta a la presente ley.

¹⁶ Tesis: XVIII.4º.3 P (10ª), Núm. de registro: 2004377, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, Septiembre de 2013, p. 2437.

¹⁷ Gómez, *op. cit.*, pp. 476-477.

aplicación debe buscar el esclarecimiento de los hechos y con ello encaminar el proceso hacia la reintegración social y familiar del adolescente: “Negociar con el adolescente para esclarecer los hechos en los que se ve implicado es, siempre, una mejor opción que encaminar el caso solo contra él”.¹⁸

A. *Acuerdo reparatorio*

De acuerdo con el artículo 186 del CNPP, los acuerdos reparatorios son los celebrados entre la víctima y el imputado, deben ser aprobados por el MP o el JC dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentren (inicial e intermedia, respectivamente, y su cumplimiento implica la extinción de la acción penal. Las partes pueden acceder a este mecanismo desde la investigación inicial y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral (art. 188 CNPP), y se suspenderá la prescripción durante la tramitación del procedimiento alternativo hasta por treinta días (art. 188 CNPP).

En la JPA, los acuerdos reparatorios proceden cuando el hecho atribuido a la persona adolescente se dé en aquellos casos en los que no procede la medida de internamiento; es decir, se podrán celebrar cuando la persona imputada sea menor de 14 años de edad o bien cuando el delito no sea de los previstos en el artículo 164 de la LNSIJPA; tampoco procederán en los casos de violencia familiar (art. 96 LNSIJPA). La celebración de un AR no requiere que la PA reconozca haber realizado el hecho que se le atribuye.

El procedimiento para su aplicación consiste en que una vez que el MP o el JC inviten a la víctima y la persona adolescente, y estos hayan aceptado participar en un MASC (mediación o proceso restaurativo) se elegirá el órgano encargado de su aplicación; puede ser del órgano de procuración o administración de justicia estatales, dependiendo de la etapa procesal, de los recursos de los gobiernos estatales o bien de la preferencia de las partes (art. 97 LNSIJPA).

Una vez que se ha derivado el asunto a la oficina especializada, de acuerdo con la LNMA SCP se revisará si se cumplen con los requisitos de procedencia: a) que no se pueda sancionar con medida de internamiento y b) que las partes estén de acuerdo con la derivación. En caso de que no sea procedente, se devolverá, si es procedente, se asignará a la persona facilitadora, quien invitará a las partes a una sesión previa en la que (por separado) se les

¹⁸ José D. Hidalgo, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, p. 153.

Tabla 1. Principios de los MASC en justicia penal para adolescentes.

Principios de los MASC en justicia penal para adolescentes	
Artículo 83 de la LNSIJPA	Artículo 4 de la LNMASCP
I. Equidad en los procesos restaurativos	I. Voluntariedad
II. Honestidad del personal especializado en su aplicación.	II. Información
III. Enfoque diferencial y especializado	III. Confidencialidad
	IV. Flexibilidad y simplicidad
	V. Imparcialidad
	VI. Equidad
	VII. Honestidad

Fuente: elaboración por la autora.

informará en qué consiste la aplicación de estos mecanismos, cuáles son sus efectos y alcances, así como aclarar dudas y expectativas (art. 12 LNMASCP). Esos mecanismos se rigen por una serie de principios previstos tanto en la LNSIJPA como en la LNMASC.

Estos principios deben ser observados en todo el proceso de aplicación de los mecanismos. En la JPA, cobran especial relevancia dos principios: el de voluntariedad y el de información. Cabe señalar que el orden de estos debe invertirse, pues para poder manifestar la voluntad sin duda es necesario primero contar con una adecuada información.

En relación con la información, es necesario que la persona facilitadora, al igual que todos los operadores del sistema de justicia penal para adolescentes, cuenten con una formación y capacitación especiales para trabajar con personas adolescentes y víctimas. Es decir, que se use un lenguaje claro y sencillo que permita a la PA entender los alcances de este proceso, así como las consecuencias. Asimismo, debe garantizarse a las personas intervinientes su derecho a ser asistidos jurídicamente, pues la información por parte del facilitador no suplente el derecho de víctima y adolescente a ser asistidos por una persona licenciada en Derecho que vele por sus derechos (asesor jurídico y defensa, respectivamente). Cabe precisar que en este proceso debe considerarse la participación de la persona representante legal de la PA (madre, padre, tutor o representante por suplencia).

En relación con la voluntariedad, esta es la manifestación libre —e informada—, que deben hacer las partes de su conformidad para participar en el mecanismo alternativo y puede ser retirada en cualquier momento del proceso. Una vez que las partes han sido informadas y que han expresado su voluntad de participar,¹⁹ la facilitadora elegirá el mecanismo por aplicar, mediación penal o alguno de los procesos restaurativos:

- La mediación penal es “un mecanismo voluntario mediante el cual la persona adolescente, su representante y la víctima u ofendido, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia” (art. 85 LNSIJPA).²⁰
- Los procesos restaurativos²¹ buscan *restaurar el tejido social* (art. 27 LNMASC en materia penal).²² Su aplicación requiere que el adolescente acepte la responsabilidad de la conducta (durante la sesión previa). Se puede desarrollar de tres formas: a) encuentro entre *víctima y adolescente* (art. 90 LNSIJPA), b) junta restaurativa (art. 91 LNSIJPA), y c) *Círculos* (restaurativos) (art. 92 LNSIJPA).

Resulta pertinente mencionar que, aunque la LNSIJPA no considera la mediación penal como un proceso restaurativo, en teoría, por sus características, es considerada como un tipo de proceso restaurativo (encuentro víctima-victimario),²³ máxime que la propia ley especializada establece cómo un principio de todo el sistema de justicia penal para adolescentes la justicia restaurativa.²⁴

¹⁹ Jorge A. Gutiérrez, “Las soluciones alternas y la forma de terminación anticipada en el procedimiento especializado”, p. 237.

²⁰ La mediación penal “versa sobre la gestión del conflicto causado a partir de la comisión de un delito, la cual tendrá como límites los criterios tasados en la legislación procesal penal aplicable al territorio nacional.” Arnulfo Sánchez y Francisco J. Gorjón, *Vademécum de mediación y arbitraje*, p. 163.

²¹ Los procesos restaurativos son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido, el imputado, la comunidad y los operadores del sistema (en los encuentros víctima/adolescente, procesos restaurativos o círculos), y una vez aprobados por el MP o el JC y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal; procederán desde la presentación de la denuncia o querrela, hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio y en los casos en los que no sea procedente aplicar una medida de, internamiento según la LNSIJPA. Además, no es necesaria la aceptación de responsabilidad por parte del adolescente dentro del proceso (pero sí en las sesiones previas); no procederá en los casos de violencia familiar (arts. 95 y 96 LNSIJPA). Rogelio Barba y Antonio Fierros, “La mediación del Derecho Penal del menor en México”, pp. 91-114.

²² De ahí que se afirme que estos procedimientos tienen una función social.

²³ Jesús D. Ayllón, “La justicia restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, p. 12.

²⁴ María A. Maltos, “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias con enfoque restaurativo para adolescentes”, p. 136.

Ahora bien, en caso de que ambas partes estén de acuerdo, se llevarán la o las sesiones conjuntas (art. 7 LNMASC), en las que se aplicará el mecanismo elegido, si derivado de ello las partes consiguen llegar a un acuerdo, cuyo objeto son las obligaciones de hacer o no hacer; en caso de las obligaciones económicas, los recursos deben ser resultado del esfuerzo y trabajo de la PA (art. 98 LNSIIPA).

En este punto, debe resaltarse que se pide que la persona adolescente suscriba un acuerdo que, en sentido estricto, es un convenio y, según el artículo 647 del Código Civil Federal sólo las personas mayores de 18 años pueden disponer libremente de su persona y sus bienes; en consecuencia, las PA requieren que su representante legal también esté de acuerdo con el acuerdo que se suscriba, por lo que tendrá participación (limitada) en las sesiones conjuntas.

El cumplimiento de dichas obligaciones permitirá a la víctima sentirse por reparada del daño (debe buscarse la reparación integral). El plazo para el cumplimiento de las obligaciones será pactado por las partes, en caso de que no sea así dentro de los seis meses posteriores a su ratificación (art. 99 LNSIIPA).

Para su validez, los acuerdos deben ser aprobados por el MP o JC. En caso de que una de las partes se inconforme, contará con diez días para solicitar el control judicial del acuerdo; esto implica que el JC revise que en el mecanismo se observaron los principios del PJA y los de los MASC y que existe proporcionalidad de las obligaciones (art. 97 LNSIIPA).

En caso de incumplimiento del acuerdo, se citará a una sesión en la que se expondrá la causa de incumplimiento y, en su caso, se continuará con el acuerdo o bien se podrá concluir y se continuará con el proceso ordinario a partir de la última actuación (art. 99 LNSIIPA).

Aunque la LNSIIPA no prevé qué ocurrirá con el pago que se haya realizado por concepto de reparación del daño en caso de que se interrumpa el cumplimiento del acuerdo, se puede prever que, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 198 del CNPP, esta cantidad se destinará al pago de la indemnización por daños y perjuicios que en su caso se imponga, aunque ninguna ley señala qué ocurriría si la persona adolescente es absuelta por sentencia.

En caso de que el acuerdo se cumpla en todos sus términos, se resolverá la terminación del procedimiento y ordenará el no ejercicio de la acción penal (MP) o el sobreseimiento por extinción de la acción penal (JC).

B. *Suspensión condicional del proceso*

Al igual que el CNPP, la LNSIJPA prevé como solución alterna la Suspensión Condicional del Proceso que, como su nombre lo indica, es la suspensión del proceso penal durante un tiempo determinado en el cual la PA deberá cumplir una condición, la cual será acordada por las partes, además de que debe cumplir con la reparación del daño. De acuerdo con el art. 100 de LNSIJPA, este procedimiento se puede solicitar desde que se dicta el auto de vinculación, siempre y cuando no se trate de un delito en el que se pueda imponer la medida de internamiento (art. 164 LNSIJPA) y hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral (art. 101 LNSIJPA) a través del planteamiento que el MP o la persona adolescente (o su defensa) formulan al juez de control.

Dicho planteamiento debe tener dos elementos: un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño (cuyo plazo no podrá exceder de 3 años) y la o las condiciones a las que la PA se sujetará durante la suspensión (pueden ser una o dos condiciones),²⁵ cuya duración no podrá ser menor de tres meses ni mayor de un año (art. 102 LNSIJPA). Para su procedencia, no debe existir oposición fundada de la víctima (art. 201 frac. II CNPP). La ley establece de forma enunciativa seis condiciones a las que se puede sujetar la PA (art. 102 LNSIJPA):

- Comenzar o continuar la escolaridad que le corresponde.
- Prestar servicio social a favor de la comunidad, las víctimas, del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada, en caso de que la persona adolescente sea mayor de 15 años (art. 159 LNSIJPA).
- Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia, siempre y cuando su edad lo permita (art. 123 apartado A CPEUM).
- En caso de hechos tipificados como delitos sexuales, la obligación de integrarse a programas de educación sexual que incorporen la perspectiva de género.
- Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.

²⁵ Javier Martínez, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, pp. 1232-1238.

- Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones.

Antes de presentar al JC la solicitud, es necesario que se realice una evaluación de las condiciones de la PA a efecto de conocer la viabilidad de cumplimiento y eficacia de la condición a que se pretenda sujetar; esta evaluación la realizará la Autoridad de Supervisión de Medidas Cautelares y de Suspensión Condicional del Proceso (art. 71 B LNSIJPA). La elección de la condición se rige por los principios de proporcionalidad, mínima intervención, autonomía progresiva y justicia restaurativa, atendiendo a la finalidad de las medidas sancionadoras.²⁶

Aunque la ley no prevé el procedimiento por el cual las partes puedan acordar la reparación del daño, se propone hacerlo mediante la aplicación de los MASC (mediación penal y procesos restaurativos) con auxilio de las unidades especializadas de los órganos de procuración y administración de justicia que correspondan. Cuando se cumplan los requisitos de procedencia, proporcionalidad y se cuente con un pronóstico favorable sobre el cumplimiento de la condición, el JC acordará la Suspensión Condicional del Proceso.

En caso de que exista incumplimiento, se citará a una audiencia a efecto de escuchar a la PA respecto de los motivos por los que no cumplió, ya sea la condición o la reparación del daño; en caso de que sea por un motivo justificado se continuará. A consideración del juez y previo debate de las partes, se podrá ampliar la duración de la suspensión hasta por seis meses, y por una sola ocasión.

Si durante la suspensión condicional la PA es sujeta a una medida de internamiento sea preventivo o sancionador (por sentencia) por un proceso diverso, los efectos de la suspensión cesarán temporalmente, hasta en tanto se obtenga su libertad, hecho lo cual continuará con la suspensión. En caso de que se encuentre sujeto a otro proceso, pero continúe en libertad, los efectos de la suspensión condicional continúan (art. 105 LNSIJPA). El cumplimiento, tanto del plan de reparación, como de la condición, trae como consecuencia el sobreseimiento de la causa penal.

²⁶ Rogelio Barba y Antonio Fierros, "La mediación del Derecho Penal del menor en México", pp. 111-112.

IV. Aplicación de las soluciones alternas en los sistemas de justicia penal para adolescentes en la Ciudad de México, el Estado de México y Chiapas

La aplicación de los mecanismos depende de la autoridad encargada de la procuración o administración de justicia estatal, por lo que las prácticas pueden variar dependiendo del personal, de los recursos o bien de la voluntad de quienes dirijan dichos órganos.

Los siguientes párrafos contienen las reflexiones derivadas de una investigación de campo, a través de una serie de entrevistas semiestructuradas realizadas a cinco facilitadores del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, tres facilitadores de la Unidad de Atención Inmediata y Justicia Restaurativa de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, dos facilitadores del Centro de Mediación, Conciliación y de Justicia Restaurativa del Poder Judicial del Estado de México y un facilitador del Poder Judicial del Estado de Chiapas. Las entrevistas se realizaron por la suscrita de forma virtual a las autoridades de la Ciudad de México y del Estado de México, y de forma presencial al facilitador adscrito al área de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado de Chiapas. La observación se realizó por la suscrita, tanto en las unidades de la fiscalía del Estado de México como en el Juzgado Especializado en Justicia penal para Adolescentes del Estado de Chiapas, con domicilio en Berriozábal.

Las entrevistas y observaciones²⁷ se hicieron con los recursos proporcionados a la suscrita por la Dirección General de Asuntos del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México a través del Programa de Becas Posdoctorales durante los años 2021 y 2022. No se pretende evaluar a quienes realizan ese trabajo, sino mencionar las buenas prácticas que se identificaron, así como algunas áreas de oportunidad que podrían fortalecerse.

Derivación de los asuntos

Como se ha señalado, tanto el Ministerio Público como el Juez de Control podrán derivar los asuntos en los que proceda la aplicación de una solución

²⁷ (Datos personales y Curriculum), Funciones, Actividades, Intervención en el proceso de impartición de justicia para adolescentes, Espacio de trabajo y Propuestas.

alterna al área respectiva. Esto puede resultar en detrimento de la celeridad procesal, ya que implica que las partes que comparecen antes dichas autoridades tengan que acudir a una segunda instancia en día y hora determinado, debido a que el área de aplicación de los MASC se encuentra en un domicilio diferente a la Fiscalía o Juzgado de Control.

Sin embargo, en el Poder Judicial del Estado de México las entrevistas realizadas a facilitadores, arrojaron que una Juez de Control (cuando en el asunto procedía la aplicación de una solución alterna), solicitaba que acudiera al Juzgado un o una facilitadora, a efecto de que iniciara el procedimiento alterno si las partes, una vez informadas de la posibilidad accedían a la aplicación de un MASC.

En el Juzgado Especializado en Justicia Penal para Adolescentes de Berriozábal, Chiapas, se encuentra un facilitador, para conocer los casos en que las partes, una vez que la Juez de Control informaba la posibilidad de aplicar un MASC, accedían. Con estas practicas, se evita el desgaste (físico, emocional y económico) de las personas (víctima, adolescente y su representante legal).

Evaluación para la suspensión condicional del proceso

La evaluación sobre la viabilidad de cumplimiento de la condición para la suspensión, versa sobre una serie de factores personales (redes de apoyos) y socioeconómicos (recursos para acudir a las actividades).

De las entrevistas realizadas a los facilitadores adscritos a la Fiscalía General del Estado de México, se informó que, como parte del proceso de aplicación de MASC (cuando el o la facilitadora aprecian que existe la intención de llegar a un acuerdo), se realiza un diagnóstico psicosocial (elaborado por especialistas en psicología y trabajo social) de la persona adolescente, con la finalidad de saber si existe algún factor de riesgo o si se encuentra en alguna situación de vulnerabilidad: violencia familiar o social, situación socioeconómica, abandono escolar, consumo de drogas, vinculación con personas que cometen delitos, desintegración familiar, etcétera.

En caso de que el resultado del diagnóstico sea positivo respecto de factores de riesgo o situaciones de vulnerabilidad (es específico respecto del consumo de drogas legales o ilegales), se pone en marcha el programa «“Mexiquense” ¡date un chance!», el cual consiste en incluir como parte del Acuerdo Reparatorio o Plan de Reparación del daño, la propuesta de canalizar a la persona

adolescente y a su persona responsable, a la institución llamada Centros de Integración Juvenil, A.C. en donde realizará una serie de actividades encaminadas tanto a adquirir como a fortalecer sus habilidades sociales, auto-cambio-cognitivo y solución de problemas, a través de la aplicación de un programa cognitivo conductual que costa de 35 sesiones. Todo ello con la anuencia de la persona adolescente y su persona responsable.

Para la aplicación de este programa, se requiere el apoyo de la persona responsable legal de la PA, así como el pago de la reparación del daño que, en la mayoría de las ocasiones, consiste en el pago de una cantidad en efectivo. Estos dos requisitos resultan discriminatorios, pues en caso de que la persona adolescente no cuente con recursos económicos para el pago del daño o bien con una red de apoyo que le acompañe durante la aplicación del programa, no podrá aplicarse (este mismo criterio se aplica tanto en la Ciudad de México como en el Estado de Chiapas).

Asimismo, este programa se ha aplicado en casos de delitos sexuales, sea porque la persona adolescente es menor de 14 años o bien porque no es de los previstos en el artículo 164 de la LNSIIPA, por lo que, de conformidad con el artículo 102 de la misma Ley, la condición debería tener un contenido con perspectiva de género, lo que en este caso no ocurre.

Reparación integral para la víctima

Como se ha referido, en muchas ocasiones, la reparación del daño se limita al pago de una cantidad en efectivo. Sin embargo, considerando la justicia restaurativa como principio de este sistema de justicia, los mecanismos alternativos deben tener una finalidad restaurativa para las víctimas. Por lo que es necesario que se apliquen medidas de “(...) restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”. (art. 1 Ley General de Víctimas). En consecuencia, la aplicación de los procedimientos alternativos, debe buscar la reparación integral de las víctimas.

Observación de las garantías procesales

En los procedimientos alternativos, deben observarse las garantías del debido proceso, en especial en lo relativo al derecho a una defensa adecuada, el cual no puede ser sustituido por la información brindada por el Ministerio Público, Juez de Control o Facilitador, pues su función es informativa, no de asesora-

miento como sí lo es en el caso de la defensa y asesoría jurídica (en el caso de las víctimas), lo que implica velar por los intereses y derechos de la PA y de la víctima.

La omisión de esta garantía puede derivar en que la voluntad para participar en un procedimiento alternativo se vea viciado ante la coerción que las partes pueden llegar a sentir por parte de los operadores,²⁸ quienes usualmente expresan frases como: “te conviene más”, “así no irás a prisión”, “no tendrás antecedentes penales”, “te ahorras dinero”.²⁹ Lo que evidencia una mala información, pues el proceso de justicia penal para adolescentes no genera antecedentes penales aunque haya una sentencia condenatoria; si el delito fue derivado al área de MASC no se puede aplicar la medida de internamiento y, sobre todo, existe la posibilidad de que la persona adolescente no sea responsable del hecho que se le imputa (contrario a la presunción de inocencia), además de que es posible que se dicte una sentencia absolutoria.

Especialización de la persona facilitadora

Aunque en todos los casos, las personas facilitadoras de estos órganos cuentan con una certificación como facilitadores especializados MASC y en justicia penal para adolescentes, la formación recibida varía en todos los casos. Por lo que se propone que haya una formación integral que incluya no solo el marco jurídico, sino también: perspectiva de género, perspectiva sociocultural, psicología adolescente, victimología, justicia restaurativa y reparación integral del daño.

V. Conclusiones (reflexiones finales)

Como se ha expuesto, la aplicación de los procedimientos alternativos es la mejor forma en que se puede alcanzar el objetivo de reinserción social y familiar que se busca con el sistema de justicia penal para adolescentes. Sin embargo, su aplicación depende de las autoridades estatales, por lo que es necesario que se brinden pautas generales para su aplicación.

²⁸ Jorge A. Gutiérrez, “Las soluciones alternas y la forma de terminación anticipada en el procedimiento especializado”, p. 217.

²⁹ Estas frases fueron referidas por adolescentes entrevistados en el Estado de México en cuyos procesos se aplicó una solución alterna.

Estos procedimientos pueden brindar a la persona adolescente una experiencia de legalidad, pues se le permite participar de forma activa en la solución que se da al hecho delictivo que se le imputa. También se disminuyen los efectos negativos que el proceso ordinario produce tanto para la persona adolescente como para la víctima. Asimismo, permite a la víctima participar de forma activa en el proceso, lo que, sin duda, tiene efectos positivos en relación con el daño ocasionado por el hecho delictivo, lo que es un paso en favor de la reparación integral del daño.

Asimismo, como se ha señalado, las soluciones alternas al proceso penal para adolescentes proceden, en todos los casos, en que no proceda la aplicación de la medida de internamiento; en consecuencia, cobra especial relevancia el contenido de los artículos 18 párrafo sexto *in fine* de la CPEUM y 164 de la LNSIJPA.

Respecto del texto constitucional, es importante resaltar que en la reforma de 2008 se estableció (en cumplimiento al marco internacional) que “el internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, *por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves*”.³⁰ De esto se desprendieron cuatro puntos sobre la aplicación del internamiento como medida sancionadora: i. aplicación como último recurso (es necesario que se analice la procedencia de una medida no privativa de libertad); ii. el internamiento será por el menor tiempo posible; iii. se aplicará sólo a adolescentes mayores de catorce años de edad; y, iv. solo se aplicará por conductas antisociales calificadas como graves.

Sin embargo, el 2 de julio de 2015 (posterior a la publicación de la LNSIJPA) se reformó dicho párrafo en específico en la parte arriba señalada, para quedar como sigue: “El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, *por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito*”,³¹ quitando la restricción de gravedad de las conductas en las que procede el internamiento, por lo que constitucionalmente esta medida procede en cualquier delito.

³⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008. Cursivas por la autora.

³¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 2 de julio de 2015. Cursivas por la autora.

No obstante, el artículo 164 de la LNSIJPA establece las reglas para la imposición de la medida de internamiento, retomando los principios arriba señalados: último recurso, por el tiempo más breve que proceda, aplicada a adolescentes mayores de catorce años y además enlista una serie de conductas delictivas en las que se puede aplicar,³² siendo estas para las que se ordenará prisión preventiva oficiosa de acuerdo con el artículo 19 Constitucional; lo que permite concluir que la medida de internamiento se aplica en aquellas conductas que, de acuerdo a la política criminal, resultan particularmente reprochables a quienes las cometen, evidenciando un claro criterio punitivista.

Por ello, es necesario hacer una revisión a los criterios de procedencia de las soluciones alternas, ya que en los artículos 18 Constitucional y 164 de la LNSIJPA, la aplicación o no de la medida de internamiento es facultad de la persona juzgadora, por lo que en atención al principio de flexibilidad sería posible que estas soluciones se apliquen incluso en los casos señalados en el artículo 164 de la LNSIJPA, siempre y cuando se observen los principios de los MASC y del sistema de justicia penal para adolescentes, así como los derechos de las víctimas y de las personas adolescentes.

Lo anterior incrementaría el número de casos resueltos por estos mecanismos, ya que actualmente son muy pocos.

³² a) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; b) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; c) Terrorismo, en términos del Código Penal Federal; d) Extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa; e) Contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 Ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud; f) Posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea; g) Homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio; h) Violación sexual; i) Lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente, y j) Robo cometido con violencia física.

Tabla 2. Soluciones alternativas tramitadas en la Ciudad de México, Estado de México y Chiapas

Soluciones alternativas tramitadas ³³									
Entidad	CI	Fiscalía General de Justicia Estatal				Poder Judicial Estatal			
		Etapa inicial	Etapa intermedia		Total	Asuntos vinculados	A.R.	S.C.P.	Total
		A.R.	A.R.	S.C.P.					
Chiapas	217	78	-	2	80	75	0	2	3
Ciudad de México	1602	5	0	5	5	336	1	216	217
Estado de México	2498	4	0	94	99	553	0	32	32

Fuentes de consulta

- Ayllón García, Jesús Daniel. “La justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”. *Ars Boni et Aequi*. Núm. 2, Vol. 15, 2019. <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/357/330>
- Barba Álvarez, Rogelio y Antonio Fierros Ramírez. “La mediación del Derecho Penal del menor en México”. *Mediación penal y justicia restaurativa*. Arnulfo Sánchez García *et al.*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 91-114.
- Cervelló Donderis, Vicenta y Asunción Colas Turégano. *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, Tecnos, 2002.
- García Pérez, Octavio. “La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana”. *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinaria ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Jorge A. Barreiro y Bernardo J. Feijoo Sánchez (coords.), Barcelona, Atelier, 2008.
- Gómez Barrera, Alejandra Marlene. “La Constitución, las formas de terminación anticipadas en el proceso penal para adolescentes y los MASC”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXI, Número 281, septiembre-diciembre 2021, pp. 457-486. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/issue/view/5967/showToc>

³³ Elaboración de la autora a partir de los Censos Nacionales de Procuración e Impartición de Justicia Estatal 2021. C.I.- Carpetas de Investigación; A.R.- Acuerdos Reparatorios; S.C.P.- Suspensión Condicional del Proceso.

- González Contró, Mónica. *Derechos de los niños y las niñas*. Colección Biblioteca Constitucional, serie Nuestros Derechos, México, IJJ-UNAM, 2015.
- Gutiérrez Muñoz, Jorge Arturo. “Las soluciones alternas y la forma de terminación anticipada en el procedimiento especializado”. *Manual de justicia penal para adolescentes*, Sofía Magdalena Cobo (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 209-267
- Hidalgo Murillo, José Daniel. *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2017.
- Maltos Rodríguez, María Antonieta. “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias con enfoque restaurativo para adolescentes”. *Manual de justicia penal para adolescentes*. Sofía Magdalena Cobo (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 133-208.
- Jiménez Martínez, Javier. *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- Rodríguez Chávez, Reyler. “Alcance de la justicia juvenil restaurativa en el DitPerú a propósito del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”. *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, Janet Tello Gilardi, y Carlos Calderón Puertas (coords.), Perú, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2016.
- Sánchez García, Arnulfo y Francisco Javier Gorjón Gómez. *Vademécum de mediación y arbitraje*. México, Tirant lo Blanch, 2016.
- Vázquez González, Carlos. *Derecho penal juvenil*. 2a. ed., España, Dykinson, 2007.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 18 de noviembre de 2022.
- Código Civil Federal, publicado en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 11 de noviembre de 2021.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, publicada el 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 19 de febrero de 2021.
- Ley General de Víctimas, publicada el 9 de enero de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para adolescentes, publicada el 16 de junio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 01 de diciembre de 2020.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada el 29 de diciembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 20 de mayo de 2021.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 24 (2019) Sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Instituto de Reeducción del Menor VS. Paraguay*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

Tesis: XVIII.4º.3 P (10ª), Núm. de registro: 2004377, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, Septiembre de 2013. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004377>.

Otras fuentes

Gómez Barrera, Alejandra Marlene. “La medida de internamiento impuesta en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en México. Estudio comparado con el internamiento en España”. *Investigo* Repositorio Institucional da UVigo, España, Universidad de Vigo, 2018. <http://www.investigo.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/1068n>

Instituto Nacional de Geografía Estadística e Información, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021*. <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2021/n>

_____, *Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal 2021*. <https://www.inegi.org.mx/programas/cnpjje/2021/>

El enfoque de género para el acceso a la justicia a mujeres víctimas de desaparición

Nancy Guadalupe Hernández Mendoza*

Resumen:

El objetivo de la investigación se centra en identificar la relación entre el acceso a la justicia como acto transicional y la perspectiva de género para el análisis de los casos de desaparición de mujeres. Toda vez que se plantea que la falta de perspectiva de género en el análisis de los casos de desaparición de mujeres por parte de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención y reparación impide el acceso a una justicia transicional que permita la reivindicación y la reminiscencia a las mujeres víctimas de desaparición. Su pertinencia radica en la comprensión del alcance del derecho al acceso a la justicia frente al fenómeno de las desapariciones de mujeres motivadas por el género.

Abstract:

The objective of the research focuses on identifying the relation between access to justice as a transitional act and the gender perspective for the analysis of cases of disappearance of women. Since it is proposed that the lack of gender perspective in the analysis of cases of disappearance of women by the authorities in the fulfillment of their obligations of prevention and reparation prevents access to transitional justice that allows the vindication and reminiscence to women victims of disappearance. Its relevance lies in understanding the scope of the right to access to justice in the face of the phenomenon of gender-motivated disappearances of women.

Sumario: Introducción / I. El enfoque de género para el análisis de las violaciones de derechos humanos de las mujeres / II. El fenómeno de las desapariciones de mujeres en el contexto mexicano / III. Marco jurídico para el fenómeno de las desapariciones de mujeres / IV. Una justicia para los casos de desaparición de mujeres / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Becaria del Programa Nacional de Posgrados del Conacyt

Introducción

La persistencia de la violencia de género contra las mujeres se ha configurado como la máxima expresión de la desigualdad. Particularmente, fenómenos criminales como la desaparición de mujeres que se encuentran relacionados con otras formas de violencia, como el feminicidio, que llevan implícitos actos de tortura, maltrato, abusos y otras formas de violencia, son manifestación expresa del continuo de violencia que recae sobre las mujeres.

En este sentido, para investigar, judicializar, sentenciar, reparar y prevenir los actos de desaparición de mujeres es necesario que las autoridades tomen en cuenta el contexto de violencia. De ahí que el enfoque de género se presente como una herramienta que permite destacar el impacto diferenciado de las violaciones de derechos humanos en las mujeres, toda vez que permite comprender las causas y los efectos de la discriminación y la desigualdad que dan lugar a condiciones de desventaja y de vulneración entre los géneros.

Por lo tanto, se plantea que la falta de perspectiva de género en el análisis de los casos de desaparición de mujeres, por parte de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención y reparación, impide el acceso a una justicia transicional que permita la reivindicación y la remisión a las mujeres víctimas de desaparición. Se plantea como interrogante principal: ¿Cuál es la relación entre el acceso a la justicia como acto transicional y la perspectiva de género para el análisis de casos de desaparición de mujeres?

A partir del cuestionamiento anterior, es necesario identificar la relación entre el acceso a la justicia como acto transicional y la perspectiva de género para el análisis de los casos de desaparición de mujeres. La hipótesis que orienta esta investigación es que la perspectiva de género para el tratamiento de los casos de desaparición de mujeres por parte de las autoridades, permitirá el acceso a la justicia a víctimas y/o familiares, particularmente para la reparación del daño y la garantía de no repetición de los actos.

Así pues, se llevó a cabo una investigación de tipo inductivo, bajo métodos de análisis-síntesis que posibilita el estudio de las variables de la investigación en sus elementos y destaca sus características; y el método histórico, para comprender el desarrollo de los antecedentes de las desapariciones en México, bajo una técnica de tipo documental.

El artículo se divide en los siguientes apartados: en un primer momento, las violaciones de los derechos de las mujeres desde un enfoque de género; en un segundo apartado, el fenómeno de las desapariciones de mujeres desde el contexto histórico mexicano; posteriormente, el marco jurídico internacional que determina las obligaciones de los estados frente a este fenómeno criminal; en seguida, el acceso a la justicia para las mujeres y/o familiares víctimas de desaparición; y, finalmente, las conclusiones.

I. El enfoque de género para el análisis de las violaciones de derechos humanos de las mujeres

La perspectiva de género se ha manifestado como una herramienta que permite la elaboración de interpretaciones, diagnósticos y políticas que visibilizan las problemáticas relacionadas con el reconocimiento de la diversidad de géneros y las relaciones que se conforman (sean estas entre personas de géneros diferentes o del mismo género). Dichas relaciones, se establecen tanto en el ámbito público como en el privado, lo que implica el análisis desde las instituciones, educativas, de comunicación, sanitarias, religiosas, de gobierno, judiciales, etcétera.

Con respecto al género, Judith Butler señala que este condiciona e impone un conjunto de normas de género que se inculcan a lo largo del tiempo por medio de interpelaciones de todo tipo, que dan forma a modos de vida corporeizados establecidos por ideales o fantasías ajenas: así, lo que implica ser mujer o ser hombre está determinado por las normas de género. En este sentido, se esté o no de acuerdo con el género impuesto (generalmente solo aceptando un marco binario), se obliga a reproducir dichas normas que implican un ejercicio de mayor o menor poder y de privilegios según sean las características que se poseen. De modo que la imposición de las normas de género implica el grado en que se puede aparecer en público y el lugar que se toma en el espacio privado.¹

En este sentido, el género permite establecer cómo “a partir de las condiciones biológicas del sexo, se atribuyen al ser humano, desde su nacimiento, una serie de características que implican también un reparto de poder so-

¹ Judith Butler, *et al.*, *Cuerpos aliados y lucha política*, pp. 36-41.

cial”.² Pretende explicar y diferenciar cómo las construcciones socioculturales abducen roles dependiendo del sexo y se establecen las relaciones de poder, visibilizando las condiciones de desventaja y/o privilegios que llegan a presentarse tanto en hombres como en mujeres.

Consecuentemente, lo que implica ser hombre o mujer, está constituido por valores, expectativas, actitudes y apariencias que se creen apropiados en un lugar y tiempo determinados. De ahí que el género permita analizar a los seres humanos como sujetos construidos a partir de su historia; lo que da cuenta del orden social y de los mecanismos que se utilizan para reproducir ese mismo orden.

En este sentido, y desde el hacer científico, como señala Teresita de Barbieri: “Existe una óptica diferente de preguntar al hacer investigación si se hace con perspectiva de género”,³ pues implica reconocer que existe socialmente un conjunto de ideas, comportamientos, creencias y representaciones direccionadas que depende del género en el que se reconocen las personas, cuyos efectos son la participación diferenciada, jerárquica y desigual.

Así, desde este campo de conocimiento, siguiendo a Marcela Lagarde, las nuevas preguntas sustantivas bajo una perspectiva de género son:

¿Cuál es la distancia entre las mujeres y los hombres en cuanto a su desarrollo personal y social? ¿Cuál es la relación entre el desarrollo y el avance de los hombres respecto de las mujeres y de las mujeres respecto a los hombres? ¿Es posible que las relaciones entre los géneros marcadas por el dominio y la opresión, y las formas de ser mujer y ser hombre en las condiciones patriarcales favorezcan el desarrollo social, la realización de los derechos humanos y el mejoramiento de la calidad de vida?⁴

De este modo, el análisis de género se presenta como una herramienta que permite comprender las causas de la discriminación y la desigualdad; lo que incide a destacar el impacto diferenciado cuando las manifestaciones de violencia se manifiestan en grupos que, derivado de su género, se encuentran en un mayor grado de vulnerabilidad.

² María del Carmen Barranco, “El enfoque feminista de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales desde la perspectiva de género”, p. 73.

³ Teresita de Barbieri, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico- metodológica”, p. 125.

⁴ Marcela Lagarde y de los Ríos, *Género y feminismo. Desarrollo humano y Democracia*, p. 15.

Por tanto, el análisis de género en las violaciones de derechos humanos, como es el caso del fenómeno de las desapariciones de mujeres, plantea un enfoque diferenciado que visibiliza, lo que Judith Butler llama precarización. Al respecto señala:

(...) la precariedad no es más que la distribución diferenciada de la precariedad. Los grupos más expuestos a ella son los que más riesgo tienen de caer en la pobreza y el hambre, de sufrir enfermedades, desplazamientos y violencia, por cuanto no cuentan con formas adecuadas de protección o restitución. La precariedad se caracteriza asimismo porque esa condición impuesta políticamente maximiza la vulnerabilidad y la exposición de las poblaciones, de manera que quedan expuestas a la violencia estatal, a la violencia callejera o doméstica, así como otras formas de violencia no aprobadas por los Estados pero frente a los cuales sus instrumentos judiciales no ofrecen una suficiente protección o restitución.⁵

De ahí que la vulnerabilidad y exclusión de la que pueden formar las mujeres derivado de las normas de género impuestas en la sociedad (aunado a ello de otros factores interseccionales que agravan y complejizan el fenómeno de la violencia contra las mujeres) elevan el riesgo de sufrir violaciones de derechos humanos; actos que son manifestados de diversas formas violentas como es la desaparición, fenómeno de alta incidencia que no culmina solo en la ausencia de la víctima, pues su comisión conlleva otras formas de maltrato y violencia.

II. El fenómeno de las desapariciones de mujeres en el contexto mexicano

La desaparición forzada es a nivel, tanto internacional como nacional una de las formas más atroces de violación a los derechos humanos. Pues dicho crimen, no solo implica una afectación individual a la persona víctima de desaparición, a su vez, también representa una afectación a los familiares de la víctima ante la incertidumbre y sufrimiento debido al desconocimiento del

⁵ Judith Butler, *op. cit.*, p. 40.

paradero de su familiar. Esto genera un trastorno social, pues el incremento sistemático de desapariciones de personas refleja un espacio de impunidad y de inseguridad.

En México, los antecedentes sobre desaparición forzada se manifiestan con mayor intensidad a partir de la represión política de 1968, a lo que se le denominó “guerra sucia”: “En aquel entonces, desaparecer era parte de un conjunto de medidas de represión encaminadas a disolver los movimientos de oposición que resistían al poder representado en el Partido Revolucionario Institucional (PRI)”.⁶

Particularmente, el caso más representativo de la desaparición forzada en México es el de Rosendo Radilla, en 1974, quien fue miembro activo en diversas actividades en la vida política y obras sociales de Atoyac de Álvarez, Guerrero. Dicho suceso ocurrió en un contexto de gran presencia militar en todo el estado de Guerrero, atribuyéndoles al fuero militar la responsabilidad por su desaparición.⁷

El caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y la sentencia se convirtió en un eje transformador del sistema jurídico mexicano en materia de derechos humanos. Sin embargo, el fenómeno de la desaparición forzada continuó transformándose. Se presentaron otros sucesos, como la “guerra contra el narcotráfico”, caracterizado por asesinatos, secuestros y desapariciones selectivas. Dicha estrategia continuó hasta el mandato de Enrique Peña Nieto, cuyo caso más trascendental fue el de la desaparición de 43 estudiantes normalistas de Ayotzinapa, en 2014.

Otras formas más comunes de desaparición se relacionan con el crimen organizado, a los cuales se les denominó coloquialmente como “levantones”. Se suman a ellos las desapariciones por trata de personas, tráfico de migrantes, reclutamiento forzado de jóvenes, despojo territorial y hasta por extracción de recursos naturales como medios para eliminar la resistencia de los habitantes originarios del territorio.

Respecto a los casos de desaparición de mujeres, es posible que puedan efectuarse por particulares motivados por razones asociadas al género, pro-

⁶ Carolina Robles Silvestre, “Genealogía e historia no resuelta de la desaparición forzada en México”, p. 5.

⁷ Carlos M. Pelayo Moller, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, pp. 989-991.

ducto de factores socioculturales y dinámicas enraizadas en las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que provocan la violencia de género.

Los antecedentes sobre desapariciones de mujeres por motivo de violencia de género, se pueden encontrar en los asesinatos sistemáticos de Ciudad Juárez, Chihuahua. En dicho contexto, se identificaron dos aspectos relevantes: primero, que ante su desaparición, las mujeres fueron víctimas de otros delitos, como el feminicidio y las implicaciones de este delito, pues se identificaron signos de tortura sexual, mutilación y otras formas de violencia; segundo, fue posible identificar las negligencias y omisiones de prevención, investigación, sanción y reparación por parte de los agentes del Estado.⁸

En la sentencia del Campo González y otras (Campo Algodonero) se identifica la problemática de la violencia de género contra las mujeres y se ejemplifican con precisión los estereotipos “que durante muchos años las autoridades han evidenciado tener al momento de recibir denuncias e investigar delitos cometidos en contra de mujeres, en particular en casos de desaparición”.⁹ Pues ante la denuncia de los familiares, la respuesta de los ministerios públicos consistió en la minimización de los hechos y señalamientos de tipo sexista dirigidos a las víctimas por su forma de vestir, su conducta y sus relaciones sociales, haciéndolas responsables por sus afectaciones.

A partir de lo anterior, surgen consideraciones como las siguientes:

¿Cómo es que agentes de seguridad y justicia encargados de atender y erradicar la violencia contra las mujeres pueden ser los generadores de violencia sistemática contra las mujeres? La forma en que las instancias de seguridad son productoras y reproductoras de desapariciones de mujeres y niñas puede explicarse por medio de tres mecanismos institucionales; mientras el primero es un mecanismo de producción de esta violencia, los dos últimos operan como generadores de incentivos para el ejercicio de esta forma de violencia: 1) violencia por parte de Fuerzas Armadas y policías; 2) revictimización.

⁸ Julia E. Monárrez Fragozo, “Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores”, p. 86.

⁹ Ana L. Velázquez Moreno, “La falta de perspectiva de género en la investigación de delitos: el caso de las mujeres desaparecidas en México”, pp. 97-98.

zación por parte de agencias del Ministerio Público y/o policías de investigación; y 3) protección a grupos delincuenciales.¹⁰

Dichos mecanismos han servido como indicadores de la violencia letal y es posible identificarlos en el contexto mexicano. Respecto a la violencia por parte de las fuerzas armadas y policiales, los casos ejemplares son los ocurridos en contra de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, víctimas de violencia sexual por parte de agentes militares; así como el ocurrido en el municipio de San Salvador Atenco en donde la represión y abuso de poder por parte de los policías dio lugar a 27 casos de abuso sexual y alrededor de 200 detenciones.

La revictimización sigue siendo uno de los más grandes obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de algún delito. A pesar de implementar normativas acordes a los estándares internacionales de derechos humanos, se han detectado prácticas por los agentes del Estado basadas en la discriminación de género. Así, la negación a recibir las denuncias ante las desapariciones, la falta o retraso de las diligencias para la búsqueda de las víctimas, los cuestionamientos o respuestas de tipo sexista, entre otras más, dan como resultado una doble victimización, es decir, un daño posterior al hecho mismo.

Finalmente, la protección a grupos delincuenciales, sea por colusión por parte de los propios agentes del Estado o por omisión de sus obligaciones para la prevención, la investigación y sanción, da como resultado que dichos grupos delincuenciales sigan operando. Como bien lo ha señalado la Corte IDH:

Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.¹¹

La identificación de estos mecanismos da lugar a la necesidad de analizar la desaparición forzada de mujeres de forma diferenciada; de tal forma que se identifiquen los dispositivos reproductores de violaciones a los derechos hu-

¹⁰ María de Lourdes Velazco-Domínguez y Salome Castañeda-Xóchitl, “Desaparición de mujeres y niñas en México: aportes desde los feminismos para entender procesos macrosociales”, p. 110.

¹¹ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 388.

manos de las mujeres, los cuales pueden ser traducidos en diversas formas de violencia, como la explotación sexual, la trata de personas, feminicidio y otros tratos crueles y degradantes, lo que provoca la intensificación del problema.

Las circunstancias descritas dan como resultado que los casos de desapariciones de mujeres sean más complejos en cuanto a su prevención, investigación, sanción y reparación, debido a que la violencia contra la mujer debe ser entendida como un continuo de violencia; es decir, que existe una completa relación entre los diferentes tipos de violencia y por su grado de expresión dependerá a su vez de otros factores sociales y culturales como el origen étnico, la edad, la identidad de género, religión, discapacidad y otros que requieren de su análisis interseccional.

Por ello, como se ha analizado, la perspectiva de género permite visibilizar y reconocer las asimetrías de poder, los estereotipos y los prejuicios contenidos en las estructuras socioculturales. Así, bajo esta herramienta es posible identificar las situaciones que posiciona a las mujeres en una situación de mayor o menor grado de vulnerabilidad respecto a su agresor y establecer mecanismos que garanticen el acceso a la justicia.

III. Marco jurídico para el fenómeno de las desapariciones de mujeres

Las causas, los efectos, más aun, la práctica generaliza de impunidad por el delito de la desaparición forzada o de particulares, ha dado como resultado la actuación internacional para contribuir a la supresión de este fenómeno. Es a partir del contexto latinoamericano, en específico con las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala, Argentina y de dictaduras como la de Chile, por Augusto Pinochet, que la Asamblea General de la ONU, en su resolución 33/173 (1978), insta a los Estados a destinar los recursos para la búsqueda de las personas desaparecidas bajo investigaciones rápidas e imparciales, así como a garantizar la responsabilidad en el desempeño de sus funciones por los excesos injustificables que conducen a desapariciones forzosas o involuntarias y a otras violaciones de derechos humanos.¹²

Si bien este no es un instrumento de carácter vinculante, fue la primera condena política mundial de esta práctica, pues se consideró este fenómeno

¹² ONU, Resolución general “Personas desaparecidas”, A/RES/33/173, 20 de diciembre de 1978.

como una grave y flagrante violación a los derechos humanos en el sentido de que es catalogado como un crimen de lesa humanidad;¹³ por lo que se pretende proteger los bienes jurídicos personalísimos esenciales como la vida, la integridad física o la libertad sexual ante ataques masivos o sistemáticos perpetrados por la tolerancia o incluso por la participación del poder político.¹⁴

Actualmente, los sistemas de protección de derechos humanos, como el de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a nivel regional el de la Organización de los Estados Americanos (OEA), han contribuido a identificar cuáles son sus elementos constitutivos y los criterios que deben cumplir para su acreditación, permitiendo, a su vez, definir las obligaciones de los Estados parte de la convenciones para el tratamiento de este delito.

Así, dentro del sistema universal de derechos humanos, las primeras referencias a la desaparición se encuentran en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas de 1992,¹⁵ en donde se reconoce al fenómeno de las desapariciones, con énfasis especial, como una particular ofensa contra la humanidad. Insta a los Estados a tomar las medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo y judicial para la prevención de estos actos; también entabla los derechos que son puestos en riesgo y vulnerados por este delito.

Si bien se trata de un instrumento no vinculante para los Estados, sí marcó las pautas y precisó la urgencia de actuación. Posteriormente, surge la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de la OEA¹⁶ como primer tratado especializado y vinculado con esta materia. En cuanto a las Naciones Unidas, se encuentra la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas.¹⁷

Ambas convenciones internacionales han determinado que se trata de un crimen ligado a la actuación de los agentes de los Estados, por su participación directa ante su autorización, apoyo o aquiescencia y caracterizando por

¹³ Véase, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 7.1.

¹⁴ Alicia Gil Gil, "Crímenes contra la humanidad", p. 204.

¹⁵ Véase, ONU, "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas", artículo 1.2.

¹⁶ Véase, OEA, "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", artículo II.

¹⁷ Véase, ONU, "Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas", artículo 2.

la violación a múltiples derechos esenciales de las personas, reafirmando que su práctica sistemática constituye un crimen de lesa humanidad.

Aunado a ello, entre las recomendaciones señaladas en el Informe del Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, se destaca la necesidad de crear una política nacional de prevención y erradicación que combata las causas y apunte a la no repetición; así como facilitar el acceso a la búsqueda, verdad, justicia y reparación con un enfoque diferencial para grupos en situación de vulnerabilidad que enfrentan obstáculos de carácter discriminatorio.¹⁸

Por consiguiente, podemos identificar por sus características y el contexto, al menos el mexicano, a las desapariciones de mujeres como un delito que impide el ejercicio a una vida libre de violencia y demás derechos contenidos en la Convención Belem Do Para, pues cumple y es posible encasillarlo dentro de los parámetros establecidos en la conceptualización de la violencia contra la mujer: que tenga lugar en cualquier tipo de relación interpersonal o dentro de la comunidad, incluyendo aquella que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.¹⁹

De ahí que se desprendan una serie de obligaciones aplicables a los casos de desaparición de las mujeres. Así, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem Do Para, como órgano técnico responsable del análisis y evaluaciones del proceso de implementación de la convención ha atendido, particularmente, la situación de mujeres y niñas desaparecidas en América. Reconoce que existen zonas con altos índices de desapariciones; dato poco confiable, ya que, a su vez, indica que como otras formas de violencia contra la mujer, el registro es poco confiable, pues sigue existiendo un subregistro por parte de los Estados. Siendo así, explicitaron una serie de obligaciones por cumplir en el marco de la convención:

- I. Obligación de prevención general;
- II. Prevención especial: acceso a la justicia y obligaciones de búsqueda e investigación con perspectiva de género;
- III. Obligaciones cuando se encuentran restos de mujeres reportadas como desaparecida/cuando se encuentran con vida a mujeres reportadas como desaparecidas; y

¹⁸ Véase, ONU, “Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México en virtud del artículo 33 de la Convención”, primera y segunda parte.

¹⁹ OEA, “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem Do Para”, artículo 2.

IV. Obligación de compilar información estadística sobre desaparición de mujeres.²⁰

Una vez analizados los distintos instrumentos internacionales que marcan las pautas de actuación para los Estados parte, es posible particularizar el caso de las mujeres víctimas de desaparición; pues como se ha señalado, responde a factores distintos que se presume están relacionados con el género, lo que conlleva un análisis diferenciado que destaque las causas y los efectos, precisamente, con la intención de construir e intensificar medidas jurídicas que sean útiles y efectivas para el tratamiento de este crimen o, en su caso, la eliminación y detección de aquellos que obstaculicen el acceso a la justicia.

IV. Una justicia para los casos de desaparición de mujeres

Es posible conjeturar que la ausencia de justicia en los casos de desapariciones de mujeres, es una forma de manifestar los valores androcéntricos del Estado mexicano; lo que Nancy Fraser ha distinguido como una forma de injusticia de género, pues implica la legitimidad de normas que privilegian solo aspectos masculinos en contraposición con la desvalorización y el desprecio de lo considerado como femenino. Esta devaluación se expresa en múltiples formas de violencias, contribuyendo a la discriminación, la exclusión y la marginación.²¹

Así, sentencias como la del Campo Algodonero vinieron a dar cuenta de la descalificación de las víctimas, pues la omisión, la negligencia y el ocultamiento de los hechos violentos son las barreras impuestas para negarles el acceso a la justicia. Además, permitieron develar el ocultamiento de las muertes sistemáticas por disposiciones políticas causando la naturalización de la violencia sobre las mujeres. Al respecto, se señala lo siguiente:

Naturalizar equivale a normalizar la violencia y las víctimas como parte del paisaje social o del devenir histórico. En la medida que se naturaliza algo se lo acepta como normal e inevitable (...) Al na-

²⁰ OEA, Mecanismo de seguimiento Convención Belém Do Para (MESECVI), “Recomendación General No. 2 del Comité de Expertas del MESECVI sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio de acuerdo a los Art. 7b y 8 de la Convención de Belém Do Para”.

²¹ Judith Butler y Nancy Fraser, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate entre el marxismo y feminismo*, pp. 41-42.

turalizar un fenómeno como la violencia social y las víctimas, se exponen como normales ambos fenómenos permitiendo el ocultamiento de sus causas sociales, políticas y económicas originarias. La naturalización diluye la responsabilidad política y oculta el anonimato de las causas naturales la responsabilidad por las injusticias cometidas.²²

Lo anterior es producto de lo que se denomina como mimesis; es decir, el impulso por repetir determinados actos o conductas, puesto que son vistos como algo natural. Así, la omisión o el ocultamiento por parte de las autoridades, no borra los efectos de los acontecimientos, sino que estos perduran en el tiempo y en el espacio como algo diacrónico (histórico y evolutivo), lo que lleva a que los actos violentos pasados se presenten en una constante, pues son producto de la impunidad de los delitos.

De modo que, en la medida que la naturalización tiende a ocultar las diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres, es capaz de originar dos efectos: el primero es la impunidad de los actos criminales sobre las víctimas, y, consecuentemente, el aumento del riesgo hacia la violencia, la vulnerabilidad y, el segundo y en sentido general, la indefensión respecto a los derechos humanos de las mujeres.

En este sentido, no podemos llamar justicia al mero cumplimiento de formalidades procedimentales, toda vez que pueden encontrarse limitaciones para hacer una justicia particular a las mujeres víctimas de desaparición; es decir, que no capta la singularidad de los casos y de la injusticia histórica sufrida por las víctimas y sus familiares. En todo caso, la justicia, desde una perspectiva de género, implica la reparación y la neutralización de las causas de la violencia a partir de mecanismos que eviten la repetición de los actos. Estos desafíos que se propone cumplir la justicia transicional, para que la condición de las víctimas históricas se convierta en el referente ético para las prácticas de reparación y de no repetición.

Lo anterior supone reconocer los contextos históricos de violencia extrema y personales de los casos de las desapariciones de mujeres, los cuales se pueden catalogar como actos de reminiscencia, “es decir, el rastro que ha quedado de aquello que origina una dolorosa injusticia en el presente, po-

²² Castor M. M. Bartolomé Ruiz, “La justicia anamnética. Violencia, mimesis y memoria colectiva de las víctimas”, p. 325.

sibilitando que su nombramiento, a partir de un ejercicio de memorización de las vidas ausentes, sea el primer paso hacia la reparación y, por tanto, la justicia”.²³

Bajo este supuesto, se puede asumir lo que Alessandro Pizzorno llama un reconocimiento externo e interno de la identidad²⁴ el cual, además de las luchas por el reconocimiento de las nuevas identidades, reivindica derechos a sus miembros, mismos que se encuentran en un estado de desigualdad. O, en su caso, lo que Judith Butler denomina interdependencia: todo *yo* significa un *nosotros*.

Para el caso particular de las desapariciones, lo señalado implica la existencia de un rechazo general a la violencia que socava las expectativas de todas las mujeres, y que demanda hacer presentes sus peticiones y reivindicaciones en la esfera pública. Por tanto, el referente de la justicia es en relación con el otro, es decir, con el que sufrió la injusticia. Ello implica, entonces, que “la relación intrínseca entre la justicia y el otro remite a la búsqueda del criterio de lo justo a la alteridad negada de la víctima”.²⁵

Los argumentos anteriores, permiten establecer una relación entre justicia y memoria de lo pasado; lo que implica que el hacer justicia a las víctimas requiere tener presente la memoria colectiva, conformada por el colectivo de familiares de víctimas de desaparición, que se construye a partir de los relatos y de todas las otras formas de actos performativos que tienen lugar con el objeto de mantener un recuerdo activo de las víctimas en el transcurso del tiempo, además de presentarse como una apropiación del espacio público para el colectivo femenino que exige y participa políticamente como ejercicio de su derecho a aparecer.

Por tanto, la memoria colectiva de las mujeres y/o familiares de víctimas de desaparición, se convierte en “una herramienta válida y eficaz para impulsar estos cambios; por ello, si ella se impone o se ignora difícilmente se podrá superar el conflicto lo que garantiza continuar con este o crear nuevos conflictos”.²⁶ La narración de los actos delictivos, además de sanar heridas y

²³ José R. Gutiérrez Vargas, “Ensamblajes entre cuerpo y lenguaje: la ponencia política de las lamentaciones públicas de las madres víctimas de feminicidio en México”, p. 22.

²⁴ Alessandro Pizzorno, “La naturaleza de la desigualdad: poder político y poder privado en la sociedad en vías de globalización”, p. 26.

²⁵ Castor M. M. Bartolomé Ruiz, *op. cit.*, p. 320.

²⁶ Jheison Torrez Ávila, “La memoria histórica y las víctimas”, p. 156.

de desahogo, se transforma en actos con contenido político en el sentido de convertirse en el escenario idóneo para la transformación y el impedimento de regresar a las condiciones previas de la violencia. Ello permitiría tanto la reparación como la no repetición de los actos violentos que se plantea la justicia transicional.

Conclusiones

A manera de cierre, se concluye que el análisis de género permite comprender las causas de la discriminación y la desigualdad. Desde este enfoque, se destaca la forma diferenciada en que estas influyen, respectivamente, a partir de las normas de género que imponen determinadas formas de actuación social y política. Sus efectos se presentan en relaciones jerárquicas tanto públicas como privadas.

En este sentido, el contexto histórico mexicano respecto a las desapariciones de mujeres ha dado cuenta que responde a factores relacionados con el género, producto de la discriminación estructural y de su perpetración sistemática que imponen un sistema de normas de género y un ejercicio menor o mayor del poder respecto de mujeres y hombres. Por lo tanto, obliga que las autoridades reconozcan dichos factores estructurales para que sean tomados en cuenta para los procesos de búsqueda, de investigación, de judicialización y en el establecimiento de las medias de reparación y de prevención.

Por la complejidad del fenómeno, la memoria colectiva se manifiesta como un importante instrumento para las mujeres y/o familiares víctimas de desaparición, pues genera un espacio de diálogo en torno a la reflexión de la violencia contra las mujeres, tanto de sus efectos como de sus consecuencias; toda vez que permite develar la desigualdad, la inseguridad, vulnerabilidad y, en general, de todas las formas de violencia frente a las cuales las medidas judiciales no ofrecen la protección suficiente. Igualmente, permite desnaturalizar los actos violentos que por su constante repetición perduran en el tiempo y el espacio como algo normal y aceptable.

Así, las narraciones de las desapariciones de mujeres por sus familiares en el escenario público se plasman como demandas sociales específicas que permiten la creación de esquemas sociales y políticos que pueden ser dirigidos a la reparación de los daños, de quienes sufrieron las consecuencias directas;

así como la no repetición de los actos como forma de prevención general para las mujeres.

Por todo lo anterior, es importante que los marcos normativos en materia de violencia contra las mujeres deban estar formados por elementos interpretables y transformables que permitan que la deconstrucción de las leyes sea la justicia y no la ley por sí misma. Esto quiere decir que las leyes en materia de género, que pretendan hacer frente a la prevención y reparación de las violaciones de derechos humanos de las mujeres, deban ser capaces de adaptarse o evolucionar tomando en consideración que la violencia contra las mujeres es un fenómeno diacrónico.

De este modo, que la justicia transicional deba incluir la perspectiva de género como de uno de sus enfoques principales para la consolidación de la reivindicación de los derechos de las mujeres víctimas de desaparición y establecerse como forma de reminiscencia; es decir, deben mantener el recuerdo de algo que no se acepta y que no puede seguir sucediendo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Barranco, María del Carmen. “El enfoque feminista de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales desde la perspectiva de género”. *Género y derechos humanos*. Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez (Coords.), Granada, Comares, 2010, pp. 49-85.
- Butler, Judith y Nancy Fraser. *¿Reconocimiento redistribución? Un debate entre el marxismo y feminismo*. Madrid, New Left Review, 2016.
- Butler, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política*, (trad. de María José Viejo). Barcelona, Paidós, 2017.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela. *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid, Heras y Horas, 1996.

Electrónicas

- Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Sentencia 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf (consultada el 04 de agosto de 2022).

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (consultada el 04 de agosto de 2022).
- OEA. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Para)”. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (consultada el 08 de agosto de 2022).
- _____. “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”. <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html> (consultada el 04 de agosto de 2022).
- _____. Mecanismo de seguimiento Convención Belem Do Para (MESECVI). “Recomendación General No. 2 del Comité de Expertas del MESECVI sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio de acuerdo a los Art. 7b y 8 de la Convención de Belém Do Para”. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionMujeresDesaparecidas-ES.pdf> (consultada el 08 de agosto de 2022).
- ONU. “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”. <https://acnudh.org/load/2014/10/newCoreTreatiessp-1-nuevos.53-76.pdf> (consultada el 04 de agosto de 2022).
- _____. “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2022.pdf> (consultada el 04 de agosto de 2022).
- _____. “Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México en virtud del artículo 33 de la Convención”. <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/04/Informe-de-visita-a-MX-del-Comite-contrala-Desaparicion-Forzada-abril-2022.pdf> (consultada el 29 de noviembre de 2022).
- _____. Resolución general, “Personas desaparecidas”. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/368/12/IMG/NR036812.pdf?OpenElement> (consultada el 04 de agosto de 2022).

Hemerográficas

- Bartolomé Ruiz, Castor M. M. “La justicia anamnética. Violencia, mimesis y memoria colectiva de las víctimas”. *ADVOCATUS*, edición especial, núm. 20, 2013, Barranquilla Colombia, Universidad Libre Seccional, pp. 319-335.
- De Barbieri, Teresita. “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico- metodológica”. *Debates en sociología*, Núm. 18, 1993, Perú, Universidad Católica del Perú, pp. 145-169.
- Gil Gil, Alicia. “Crímenes contra la humanidad”. *Eunomía, Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 10, abril- septiembre 2016, Madrid, pp. 202-215.
- Gutiérrez Vargas, José Ricardo. “Ensamblajes entre cuerpo y lenguaje: la ponencia política de las lamentaciones públicas de las madres víctimas de feminicidio en México”. *Revista estudios de género de El Colegio de México*, núm. 17, vol. 5, e. 370, junio de 2019, México, pp. 1-29.
- Monárrez Fragoso, Julia Estela. “Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores”. *Estado & comunes, revista*

de políticas y problemas públicos, núm. 8, vol. 1, enero-junio 2019, Ecuador, pp. 85-110.

Pelayo Moller, Carlos María. “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”. *Revista Anuario Mexicano de derecho internacional*, vol. XII, 2012, México, pp. 959-1021.

Pizzorno, Alessandro. “La naturaleza de la desigualdad: Poder político y poder privado en la sociedad en vías de globalización”. *Revista Metapolítica*, núm. 113, abril-junio 2021, México, pp. 7-32.

Robles Silvestre, Carolina. “Genealogía e historia no resuelta de la desaparición forzada en México”. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 55, mayo 2016, Quito, pp. 93-114.

Torres Ávila, Jheison. “La memoria histórica y las víctimas”. *Jurídicas*, núm. 2, vol. 10, 2013, Colombia, pp. 144-166.

Velazco-Domínguez, María de Lourdes y Salome Castañeda-Xóchitl. “Desaparición de mujeres y niñas en México: aportes desde los feminismos para entender procesos macrosociales”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 67, 2020, Ecuador, pp. 95-117.

Velázquez Moreno, Ana Laura. “La falta de perspectiva de género en la investigación de delitos: el caso de las mujeres desaparecidas en México”. *Nova Iustitia Revista digital de la reforma penal*, año VIII, re-edición especial, marzo 2020, México, pp. 93-113.

Cuestión agraria y pueblos originarios huastecos veracruzanos durante la colonización española

Imelda Torres Sandoval*
Gerardo Gómez González**
Federico Guzmán López***

Resumen:

En este texto, se analizaron los cambios que el *capitaloceno* español impuso a las sociedades precolombinas asentadas en los actuales municipios de Ixhuatlán de Madero, Tlachichilco y Chicontepec, ubicados en la región de la Huasteca veracruzana. Mediante el análisis de contenido de fuentes del derecho indiano, resguardadas en el Archivo General de la Nación, los hallazgos de la investigación mostraron algunas rupturas en la estructura sociocultural y política de la tenencia de la tierra y de la producción y consumo de alimentos, provocadas por el expansionismo y la acumulación primitiva de capital impuestos por los intereses de la Corona española de los siglos XV al XVI.

Abstract:

In this text, the changes that the Spanish capitalocene imposed on the pre-Columbian societies settled in the current municipalities of Ixhuatlán de Madero, Tlachichilco and Chicontepec, located in the Huasteca Veracruzana region, were analyzed. Through the content analysis of sources of Indian law, protected in the General Archive of the Nation, the findings of the research showed some ruptures in the socio-cultural and political structure of land tenure and food production and consumption, caused by expansionism and the primitive accumulation of capital imposed by the interests of the Spanish Crown from the fifteenth to the sixteenth centuries.

Sumario: I. Capitaloceno: la era de la naturaleza barata / II. Diversidad agrícola en Mesoamérica y patrimonio biocultural / III. Investigación documental para el acopio de datos e información / IV. Resultados y hallazgos / V. Conclusiones y reflexiones finales / Fuentes de consulta

* Doctora en Ciencias en Ciencias Agrarias. Abogada por la UAM-A.

** Doctor en Ciencias Agrarias. Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Chapingo.

*** Doctor en Desarrollo. Universidad Autónoma de Zacatecas. Posdoctorado Universidad Autónoma Chapingo. Departamento de Sociología Rural. Doctorado en Ciencias Agrarias.

I. Capitaloceno: la era de la naturaleza barata

*El capitalismo no es un sistema económico; no es un sistema social;
es una manera de organizar la naturaleza.*

Jason W. Moore¹

El capitalismo, desde su origen, ha construido una narrativa civilizatoria que impulsa un imaginario de dominación sobre la naturaleza, la cual concibe como una fuerza externa al ser humano. En esta lógica, el capitalismo asume que el ser humano tiene la capacidad de controlar, codificar y cuantificar la naturaleza con fines de mercantilización en aras del crecimiento económico, el desarrollo social o alguna otra aspiración social que pudiera ser relevante.

Por ello, se afirma que el capitalismo ha pretendido organizar, predecir, controlar y revertir los procesos naturales, desde su origen, en las primeras revoluciones industriales a fines del siglo XVIII hasta la era contemporánea, dominada por la globalización.²

Este ímpetu del ser humano por transformar la naturaleza a su servicio, es inherente al surgimiento de las grandes civilizaciones desde la edad antigua, tal como sucedió con el imperio chino, la *polis* griega, el imperio romano y la civilización egipcia, que impulsaron una gran actividad comercial y producción de mercancías, aunque estas sociedades comerciales tardaron siglos en transformar su entorno mediante la explotación de los recursos naturales y humanos.

Así, se ubica en Europa, entre 1450 y 1530, una etapa transitoria hacia el capitalismo, fundada en una estrategia civilizatoria que creó un sistema de ideas y poder como medio de apropiación de la naturaleza para aumentar la productividad del trabajo.

Desde este enfoque, además, los cambios en la geografía y en el clima mundial posteriores al siglo XV, que han sido vertiginosos en comparación con los que han producido las civilizaciones precapitalistas, no deben entenderse desde la simple acción humana, sino desde este sistema de ideas y poder que se apropia de la naturaleza para mercantizarla, al cual Moore ha denominado *capitaloceno*.³

¹ Jason W. Moore, *El capitalismo en la trama de la vida. Ecología y acumulación del capital*, p. 17.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

Entonces, en cualquier etapa histórica “los seres humanos operan como una especie que crea medio ambiente, específicamente dotada (si bien no especial), dentro de la trama de la vida”,⁴ pero, es el capitalismo, y no el ser humano, el que transmuta a la naturaleza en mercancía. Por tanto, tampoco depende de la acción humana detener esta mercantilización, toda vez que el ser humano también es mercantilizado porque forma parte inherente de la naturaleza, y se convierte en un insumo para transformar la naturaleza a bajo costo.

Se asume, en consecuencia, hablar de *capitaloceno*, para reconocer, desde una dialéctica historicista, el punto donde inicia realmente la acumulación del trabajo social y la apropiación de los “dones gratuitos” de la naturaleza para producir plusvalía: “Capital es valor-en-movimiento, es valor-en-la-naturaleza”.⁵

I.1. Capitaloceno y crisis climática

Moore critica la perspectiva biogeológica⁶ para evidenciar la crisis climática y ambiental como consecuencia del modelo capitalista imperante, ya que esta reduce la crisis a una simple consecuencia de la actividad humana, suponiendo la dominación de la naturaleza por las sociedades humanas, a las que se les mira de forma homogénea sin distinciones ni consideraciones socioculturales, políticas y geográficas:

La *acumulación* se considera un proceso social con consecuencias medioambientales, más que como una forma de enlazar las naturalezas humanas y extrahumanas. La ecología política y la historia medioambiental globales han adoptado una perspectiva medioambiental que hace hincapié en la historia medioambiental *de* las relaciones sociales (Naturaleza-más-Sociedad), en vez de en las relaciones “sociales” de la modernidad como productoras y productos

⁴ *Ibid.*, p. 209.

⁵ *Ibid.*, p. 206.

⁶ “El origen de la vida tiene sus raíces en las etapas primitivas de la evolución planetaria, registradas por los cuerpos extra-terrestres hoy llamados meteoritas y representa la materia prima principal formadora de los planetas rocosos como Mercurio, Venus, Tierra y Marte. Este registro incluye el material químico precursor de la vida, así como aquellos eventos altamente energéticos cuya naturaleza pudo acelerar el proceso de evolución química de ese material hasta la vida, o bien retrasar su formación”. Fernando Ortega-Gutiérrez, “El origen geológico de la vida: una perspectiva desde la meteorita”, p. 71.

de la trama de la vida (la sociedad-en-la-naturaleza y la-naturaleza-en-la-sociedad).⁷

Por ello, Moore expresa su desacuerdo con el paradigma del Antropoceno para explicar la crisis ambiental que se vive en pleno siglo XXI, ya que afirma que no es posible responsabilizar solo a la actividad humana del cambio climático que ha sido registrado a partir de la era de la expansión industrial en Europa, y al consecuente impulso del uso de combustibles fósiles.

Así, Moore desafía el paradigma del Antropoceno, puntualizando que se debe mirar más allá del origen eurocéntrico de los desequilibrios socioambientales que plantea este enfoque, debiendo ampliar la perspectiva analítica hacia periodos históricos anteriores a 1800 (inicio de la era de la modernidad). Se apunta, entonces, hacia las primeras revoluciones agrícolas en Europa (Inglaterra y Holanda), así como hacia otras sociedades humanas y territorios culturalmente diferenciados de los pueblos de Europa y Asia, partiendo del periodo de expansión imperialista en América.⁸

Moore advierte, además, que el Antropoceno plantea que el ser humano está separado de la naturaleza, y que los efectos devastadores en el medioambiente sólo se explican a través del estudio de la acción humana contra la naturaleza, omitiendo al capitalismo como un elemento organizador de la vida, y asociando equívocamente el cambio climático y la transformación geológica y geográfica con la irrupción de la Revolución Industrial y el uso de combustibles fósiles para la producción mercantil en masa.

Aun cuando muchos ideólogos del Antropoceno contradicen las tesis de Moore,⁹ finalmente coinciden en destacar que “la crisis climática se debe a un

⁷ Jason Moore, *op. cit.*, p. 59.

⁸ “(...) Moore pone mayor atención no a una fecha específica del inicio del Capitaloceno, sino a los procesos históricos que se desarrollaron en los últimos cinco siglos de Occidente y que contribuyeron a la crisis climática del presente (...). De esta forma, las bases políticas, sociales y económicas del Capitaloceno tuvieron lugar al principio de la modernidad europea o el largo siglo XVI, más o menos entre 1450 y 1640, para luego extenderse hasta la introducción de los combustibles fósiles —sobre todo el carbón— en la industria inglesa a mitad del siglo XIX”. Francisco Serratos, *El capitaloceno. Una historia radical de la crisis climática*. pp. 41-42.

⁹ Hay otros autores que desacreditan la conceptualización de Moore sobre el capitaloceno por considerarla poco científica y muy humanista, entre ellos, Jhon Bellamy Foster, Brett Clark y Richard York, sociólogos e historiadores norteamericanos de bagaje marxista y editores de libros de ecología política, entre los que destaca el texto *The ecological Rift: Capitalism's War on Earth*, 2010. Su crítica se basa principalmente en los postulados teóricos que defiende Moore: “estos autores se enfrentan en cuanto al concepto: Mientras Moore es el campeón del Capitaloceno, el grupo ecosocialista se siente cómodo con el Antropoceno”. Francisco Serratos, *op. cit.*, p. 49.

sistema económico, el capitalismo, porque su dinámica de creación de riqueza es incompatible con los procesos biológicos de la Tierra, desde aquellos considerados como naturales, como los recursos, hasta los humanos”.¹⁰

I.2. Formas colonialistas de apropiación de la naturaleza

Se puede afirmar que la ley del valor representa la rapacidad del capital para apropiarse de *la trama de la vida*, y define qué intereses y recursos entran en juego, y por que grupos sociales entran en pugna por acapararlos. Por tanto, la ley del valor también es la historia de la lucha de clases.

En esta lógica, las batallas del capital por la plusvalía se hicieron evidentes a partir del expansionismo colonialista de la Europa de los siglos XV y XVI, dando paso a una nueva concepción capitalista para apropiarse de los dones *gratuitos* de la naturaleza.

Posteriormente, el expansionismo colonialista europeo llevó la ley del valor a América, para ampliar la producción global y el intercambio mercantil: “Esta constituyó la estrategia de las fronteras mercantiles del capitalismo temprano y resultó fundamental para el cambio epocal en la medida en que aumentó la productividad del trabajo al tratar la naturaleza no capitalizada como sustituta de la maquinaria”.¹¹

Entonces, con la llegada del incipiente capitalismo español al territorio americano se produjeron importantes cambios en los sistemas de consumo, producción y abasto de alimentos, introduciendo la ganadería y la producción agrícola intensiva para abastecer las poblaciones surgidas en los centros de explotación minera. Estos cambios se impusieron con mecanismos jurídicos, culturales, religiosos y políticos, como las encomiendas, los repartimientos de tierras, las estancias y las capitulaciones.

El derecho indiano, codificado a finales del siglo XV, fue el instrumento idóneo para regular las expediciones de conquista en nombre de los intereses de la Corona española, como un primer mecanismo de apropiación de los dones de la naturaleza recién “descubierta”.

Tal fue la ambición de los expedicionarios privados ante el descubrimiento de los territorios de América en 1492, que se hicieron a la mar por su cuenta

¹⁰ Francisco Serratos, *op. cit.* p. 47.

¹¹ Jason Moore, *El capitalismo en la trama de la vida. Ecología y acumulación del capital*, p. 81.

y riesgo, y con apoyo de la Corona española, en busca de riquezas y dominio de estas tierras. Ante esta situación, los Reyes de España, Fernando e Isabel, se vieron en la necesidad de emitir licencias para regular estas travesías de conquista sin detrimento de los intereses reales, ya que invirtieron algo de sus riquezas en esta empresa.

Estas primeras licencias, de acuerdo con De la Torre, se expidieron en 1501, y se continuaron emitiendo, con una regulación más específica, hasta 1573, con la premisa de celebrar un *contrato* entre la Corona y los conquistadores para garantizar el reparto justo de las ganancias y la prevalencia de la autoridad y ley española. A este tipo de contratos se les conoció como *capitulaciones*, que: “(...) se convirtieron en las primeras prerrogativas de poder y propiedad en las que fundamentaron el despojo y apropiación de los territorios conquistados, no para la Corona, sino a nombre propio”.¹²

Es decir, la conquista de América, al menos en el primer siglo de expediciones, fue realizada por inversionistas privados y no precisamente por Estados colonialistas, concepción que es útil para comprender la acumulación por despojo de saberes, sabores y territorios a favor de la incipiente clase capitalista que se formó con los primeros conquistadores de la Nueva España.

El siguiente paso para apropiarse de los territorios “conquistados” fue la emisión de ordenanzas reales para la dotación y repartimiento de esas tierras a favor de los primeros *emprendedores* del Nuevo Mundo. Las “Mercedes Reales” fueron expedidas por la Corona para mantener el control sobre sus colonos. También los pueblos de indios fueron dotados de tierras comunales y aguas para su sustento.

Así, en 1573, Felipe II, Rey de España, expide las *Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos*, que dispusieron “conforme al caudal que cada uno tuviera para emplear, en la misma proporción se le dé repartimiento de solares y tierras de pasto y labor y de indios u otros labradores, a quien pueda mantener y dar pertrechos para poblar, labrar y criar”.¹³

Es evidente, entonces, que el reparto de tierras no fue para *premiar* el esfuerzo y arrojo de los descubridores en la peligrosa empresa de hacerse a la mar y territorio desconocido, sino para sentar las bases de un nuevo *sistema de acumulación de capital* en el territorio recién colonizado.

¹² Ernesto de la Torre, *Estudios de Historia Jurídica*, p. 25.

¹³ Citado en Ernesto de la Torre, *op. cit.*, pp. 86-87.

Se advierte, en consecuencia, que las tierras del nuevo continente fueron repartidas entre los primeros colonizadores siguiendo el criterio de a mayor riqueza, mayor capacidad para apropiarse de los dones gratuitos de la *Nueva Naturaleza*, incluyendo la mano de obra disponible sin costo (los indios) y del paisaje y territorio para organizarlo y modificarlo a las necesidades del capital e impulsar su acumulación.

La estrategia por excelencia usada para la apropiación de territorios y de la fuerza laboral indígena durante las primeras décadas de la Nueva España fue la “encomienda”. Aun cuando la intención declarada de la encomienda era el adoctrinamiento religioso y la congregación de los indios, en realidad fue una forma de despojo de su sistema originario agrícola, para apropiarse de su fuerza laboral y utilizarla para crear un nuevo sistema de producción agropecuario, que permitiera la acumulación de capital en manos de la Corona española y los primeros “descubridores” del territorio.

En 1531, la Segunda Audiencia de la Nueva España da cuenta a la Corona de la imposibilidad de llevar a cabo con eficiencia la labor de adoctrinamiento religioso a los indígenas sometidos, quienes insistían en preservar sus ritos y creencias:

(...) que los pueblos e asentos de los naturales no tienen orden ni manera política; están las poblaciones dispersas e derramadas, en que se extienden algunas de ellas cuatro e cinco leguas, e otras no tanto, e con estar así divididos e apartados o en partes remotas, no se les puede dar orden alguna de policía, ni se puede tener con ellos cuenta de lo que fazen en sus retrainientos, para odiar a sus sacrificios, idolatrías e borracheras.¹⁴

La intención, entonces, de las congregaciones de indios fue lograr el sometimiento de esta población al nuevo sistema político, religioso, económico y cultural de la Corona española, con el consecuente despojo de tierras y saberes a los naturales de la América precolombina.

Aunado al despojo territorial y agrícola, la minería fue la otra fuente importante de acumulación de capital en el Nuevo Mundo, cuya cuarta parte de explotación debía entregarse a la Corona española, a cambio de jugosas regalías representadas por el libre aprovechamiento de las minas durante cierto

¹⁴ Citado en Ernesto de la Torre, *op. cit.*, p. 121.

periodo, con un pago de derechos ínfimo y con la posibilidad de utilizar la Encomienda de indios para la explotación minera.

Las *capitulaciones* hacían constar el beneficiario de la acumulación de capital de la explotación de los nuevos yacimientos de oro y plata de la Nueva España, y, en algunos casos, hacían extensiva esta acumulación al sistema agrícola local, otorgando *como privilegio especial* “el derecho de poder cultivar o aprovechar especiería, canela, Brasil, etcétera, por una o varias vidas pagando solo el quinto: así como la facultad de poseer y explotar una o dos pesquerías de perlas o pescados”.¹⁵

Para organizar la vida a favor del capital no hay mejor instrumento que la ley al servicio de los intereses expansionistas y colonizadores. Por ello, la Corona española fue muy acuciosa para regular los descubrimientos en América, y para instaurar procedimientos judiciales para fiscalizar a los nuevos pobladores, para garantizar sus rentas y para procurar que la acumulación de capital redundara solo en beneficio de los sistemas productivos establecidos por los españoles.

Así, se estableció una serie de disposiciones jurídicas durante la Colonia que fueron recapituladas, las primeras en 1542, y nombradas como las *Leyes de Indias*, que crearon un sistema jurídico emulando las instituciones y procedimientos de la España del siglo XVI.

Una de estas primeras instituciones jurídicas de fiscalización que la Corona impuso fue el juicio de responsabilidades o de residencia mediante el cual se iniciaba una pesquisa en contra de alguna autoridad, denunciada por presuntos abusos en el ejercicio de su encomienda o poder concedido.

Gran parte de los expedientes de estos primeros juicios de fiscalización se conservan aún en México, en el Archivo General de la Nación, donde se pueden encontrar interesantes actas que hacen constar las demandas de los particulares para obtener justicia, los autos donde se da entrada a la petición de justicia por parte de las autoridades con jurisdicción para conocer del asunto (ya sea políticas o religiosas), y autos resolutivos, denominados *capítulos*, en los que se imponían “(..) penas para los infractores a las disposiciones que regían los descubrimientos, poblaciones y pacificaciones, (estos) se abrían en las leyes y ordenanzas, como contrapartida de los premios y recompensas obtenidos”.¹⁷

¹⁵ Ernesto de la Torre, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶ Ernesto de la Torre, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ Ernesto de la Torre, *op. cit.*, p. 92.

II. *Diversidad agrícola en Mesoamérica y patrimonio biocultural*

Pocos de los recién llegados a Mesoamérica pudieron comprender que el verdadero tesoro de los pueblos originarios de esta región consistía en el avanzado desarrollo y tecnología de sus sistemas alimentarios, los andenes agrícolas y las chinampas, que sostenían una cosmovisión circular del mundo, donde el ser humano indígena vivía en permanente simbiosis con su entorno natural, siendo parte esencial del sistema de vida el agradecer, conservar y alimentar a la Madre Tierra, arrancando a espada y sangre a los indígenas sus tradiciones y cultura, imponiéndoles la lógica lineal europea, basada en el pretendido racionalismo científico, que niega toda explicación mística del Universo y del ser humano.

En esa lógica, hoy en día, se ha impulsado la corriente de descolonización, desde la antropología y la sociología, para recategorizar lo que comprendemos por cultura, toda vez que la herencia de la colonización española nos impuso la idea de atraso y rezago histórico como percepción para caracterizar a la población originaria de América, y de esa forma, justificar la salvaje conquista y destrucción de sus sistemas culturales, incluyendo el alimentario, que sembró el hambre entre su población que anteriormente gozaba de una rica y variada alimentación.

De esa manera, se ha revalorado la importancia de los saberes y sabores de las comunidades indígenas, denominando patrimonio biocultural al cúmulo de sus experiencias y tradiciones.

Así, se ha reconocido como patrimonio biocultural de los pueblos indígenas al conjunto de recursos naturales intervenidos de acuerdo a patrones culturales, entre los cuales destacan los agrosistemas, la diversidad biológica y los recursos fitogenéticos adaptados a la realidad local.¹⁸

Estas actividades se desarrollan alrededor de “prácticas productivas (praxis) organizadas bajo un repertorio de conocimientos tradicionales (corpus) y relacionando la interpretación de la naturaleza con ese quehacer, el sistema simbólico en relación con el sistema de creencias (cosmos) ligados a los rituales y mitos de origen”.¹⁹

¹⁸ Eckart Boege, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*.

¹⁹ Toledo *et al.*, 1993; 2001, citado en Eckart Boege, *op. cit.*

A su vez, Boege S. E. documenta la acumulación por despojo de los saberes agrícolas tradicionales y su pérdida por prácticas de extractivismo agrícola; y puntualiza el giro antropocéntrico en nuestro país, y la crisis ecológica que se está padeciendo por el cambio climático provocado por el modelo económico hegemónico.

Por último, otro de los aportes conceptuales más importantes de Boege S. E. es la definición esquemática del patrimonio biocultural de los pueblos indígenas, que enfatiza el territorio como un elemento esencial para el diseño de políticas gubernamentales que pretendan incentivar el bienestar de los pueblos indígenas, y conservar su cultura y recursos naturales.

Por su parte, Toledo y Barrera-Bassols señalan que los pueblos indígenas han representado un importante rol en la preservación de la diversidad agrícola y lingüística, a través de la reproducción de conocimientos y saberes para el manejo de la biodiversidad y del habla de lenguas originarias. Estas sociedades, en su mayoría, se identifican como pueblos indígenas o tribales.

También, desde la América precolombina, se ha reconocido la existencia de importantes elementos alimentarios de pueblos indígenas asentados en la región de Mesoamérica, los cuales han sido caracterizados como:

(...) el conjunto de actividades, conocimientos, tecnologías, tradiciones, creencias, normas, formas organizativas, relaciones sociales y económicas, con las cuales los pueblos indígenas y sus integrantes interactúan entre sí, con otros sectores de la población, con el medio ambiente y sus recursos naturales, con el propósito de obtener alimentos para su reproducción social y biológica.²⁰

Antes de la colonización, como lo afirman Gómez G. *et al*, los pueblos indígenas del territorio mesoamericano tenían sistemas agrícolas bien adaptados al agreste entorno natural, destacando la agricultura de cultivos mixtos de riego y temporal; la agricultura nómada o rotativa, usada en zonas selváticas o tropicales, con el fin de sembrar la tierra temporalmente y luego dejarla descansar, buscando otras tierras fértiles en el mismo territorio con uso de técnicas como la rosa-tumba y quema y la coa; la agricultura de barbecho, usada en zonas templadas y frías, donde la tierra se deja descansar algunos

²⁰ Jesús Guzmán F. (coord.), *Caracterización de los sistemas alimentarios de los Pueblos Indígenas de México*, p. 45.

ciclos; y la agricultura en terrazas, utilizada en zonas montañosas o de pendientes elevadas.

La agricultura de los pueblos indígenas, de acuerdo con Gómez G. *et al*, alcanzó una alta diversificación, cultivándose productos agrícolas muy nutritivos, que, en su mayoría, fueron llevados a Europa por los españoles, en donde se hicieron mejoras y se obtuvieron nuevas variedades de estos alimentos, destacando el maíz, el frijol, el jitomate y el tomate de cáscara, el aguacate, el cacao, el cacahuate, el chile, el nopal, la vainilla, el tabaco, el algodón, el henequén y la guayaba, los cuales alcanzaron, en el comercio de la Nueva España, un alto valor comercial y un importante aporte nutricional a la dieta europea.

También, Gómez G. *et al.*, destacan la importancia de los tianguis locales en el México prehispánico como espacio sociocultural para la reproducción del sistema alimentario prehispánico, donde se comercializaban, además de los productos mencionados, alimentos de gran relevancia para las familias indígenas, tales como armadillo, ardilla, chapulín y conejo; y árboles frutales y plantas comestibles propias de la variada y nutritiva dieta de los pueblos indígenas de las regiones del México precolonial, como el chicozapote, la chirimoya, el quelite, la malva y la flor de izote, que aún se consumen.

Por su parte, Toledo y Barrera-Bassols puntualizan que, antes de la Conquista, en Mesoamérica existía un importante centro de origen y de diversificación biológica que permitió el desarrollo de importantes civilizaciones, las cuales se apropiaron de los recursos naturales con una alta complejidad tecnológica, uso intenso de mano de obra y con un bajo uso de insumos externos, logrando por ello una gran diversidad de cultivos y, a la vez, la conservación de los recursos naturales localmente apropiados.

Por ello, se comprende como sistema alimentario:

(...) el conjunto de actividades, conocimientos, tecnologías, tradiciones, creencias, normas, formas organizativas, relaciones sociales y económicas, con las cuales los pueblos indígenas y sus integrantes interactúan entre sí, con otros sectores de la población, con el medio ambiente y sus recursos naturales, con el propósito de obtener alimentos para su reproducción social y biológica.²¹

²¹ Jesús Guzmán, *op. cit.*, p. 45.

Consecuentemente, se puede caracterizar a las sociedades tradicionales mesoamericanas como pueblos indígenas “íntimamente ligados a la naturaleza a través de sus cosmovisiones, conocimientos y actividades productivas, tales como agricultores permanentes o nómadas, pastores, cazadores y recolectores, pescadores o artesanos, que adoptan una estrategia de uso múltiple de apropiación de la naturaleza”.²²

Por último, es importante destacar que, en el marco constitucional vigente en México, se reconoce la existencia e importancia de los sistemas alimentarios de los pueblos indígenas:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

...

...

...

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.²³

²² Víctor M. Toledo y Narciso Barrera-Bassols, *La memoria biocultural. La importancia ecológica de las sabidurías tradicionales*, p. 51.

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 28 de mayo de 2021, artículo 2. Apartado A (extracto).

III. Investigación documental para el acopio de datos e información

Para identificar los posibles cambios producidos por la colonización española en la demarcación del territorio y de la dieta alimenticia de los pueblos originarios en la Huasteca veracruzana, se realizó la investigación documental en el Archivo General de la Nación (AGN), dependencia que, en México, resguarda la historia colonial de nuestro país. Esto se efectuó mediante la técnica de análisis de contenido,²⁴ para lo cual se revisaron 50 referencias de documentos del AGN, en su mayoría actas notariales, cédulas reales y ordenanzas, de las series de Indios, Tierras, Reales Cédulas duplicadas, Clero Regular y Secular y la sección de Indiferente virreinal.

Se eligió la muestra de análisis y sus categorías y variables siguiendo el criterio de pertinencia para demostrar los cambios que pudieron ocurrir en los sistemas de producción agrícola que existían en el territorio de la Huasteca veracruzana, a partir de 1579 hasta 1798.

Este periodo de la colonización española es relevante como variable histórica para el análisis, porque este primer siglo de conquista del territorio americano se caracterizó principalmente por el despojo de saberes y sabores que sufrieron los pueblos originarios, aunado a la pérdida de sus territorios, en manos de los primeros colonizadores que arribaron a la Nueva España.

Estos primeros “descubridores” no precisamente representaban los intereses de las principales potencias económicas de los siglos XV y XVI, tales como España, Inglaterra y Portugal, ya que las primeras expediciones al Nuevo Mundo no fueron auspiciadas con recursos de los Estados o de las Casas Reales.

En las primeras cruzadas hacia la América desconocida fue “(..) el esfuerzo privado el decisivo en la obra colonizadora, y actuó en los primeros años con total independencia, sin trabas legales, habiendo adquirido en años posteriores moldes jurídicos precisos”.²⁵

Otra variable considerada para el análisis fue el espacio geográfico, delimitando la búsqueda de fuentes históricas al territorio actual de la región Huasteca veracruzana, específicamente en los municipios de Ixhuatlán de Madero, Tlachichilco y Chicontepec.

²⁴ Flory Fernández, “El análisis de contenido como ayuda metodológica para la investigación”, pp. 35-53.

²⁵ Ernesto de la Torre V., *Estudios de Historia Jurídica*, p. 20.

En cuanto a las categorías, el análisis de la búsqueda de información y análisis de los documentos revisados se orientó principalmente por dos premisas:

- a) Creación de nuevos centros de población para identificar formas de despojo y apropiación del territorio a manos de los colonizadores.
- b) Nuevos sistemas de producción agrícola, para reconocer nuevas formas de apropiación de la naturaleza ante el expansionismo español del siglo XVI.

IV. Resultados y hallazgos

En cuanto a las formas de apropiación de territorio por los colonizadores, se encontraron antecedentes de las primeras mercedes reales, caballerías y encomiendas en el territorio de la Huasteca veracruzana a partir de 1592.

Se encontró el primer antecedente de fundación de las primeras congregaciones en la región de estudio, denominadas históricamente *pueblos de indios*, creadas como una forma de control territorial y político de la población indígena asentada originalmente en los territorios ocupados por los primeros conquistadores españoles.

En ciertos expedientes del AGN, se documenta la forma en que se crearon estos *pueblos de indios*, desde la unilateralidad del derecho de los colonizadores, y con la imposición de formas de organización comunitaria y territorial ajena a los usos y costumbres de las comunidades indígenas que ya se encontraban asentadas en este territorio. Así, se ordena “que los naturales del pueblo de Chicontepec, deben tener en sus estancias cuatro congregaciones: una en el pueblo de Santa Catarina Chicontepec, otra en el de Santiago, la siguiente en el de San Cristóbal y la última en San Francisco, por ser lugares apropiados. Veracruz, Po. Chicontepec, 2^a pte.1”.²⁶

Otro antecedente de la formación de congregaciones en el territorio de la Huasteca veracruzana, da cuenta del uso de la fuerza para la integración de los *pueblos de indios*, y el ejercicio coercitivo del derecho de los colonizadores para concretar la fundación de estas congregaciones: “(mandato) para que la justicia del Partido de San Agustín Tlachichilco proceda a congregar en

²⁶ Sección GD58 Indios, (1592). Exp. 718, fs. 166v. Archivo General de la Nación, México.

sus respectivos pueblos a los indios que viven en las barrancas y montes. San Agustín Tlachichilco, San Miguel de la Escalera”.²⁷

De esa manera, la formación de congregaciones o pueblos de indios implicó el consecuente control político y territorial sobre la población indígena, lo que tuvo como consecuencia intensas rebeliones y resistencias de los pueblos indígenas sometidos, como se establece en diversas cédulas y ordenanzas, expedidas al menos desde 1591, dotando de mandato y jurisdicción al gobernador de Chicontepec para buscar y traer de vuelta a los indígenas que habían huido de la orden de congregarse, con el fin de ser adoctrinados en la fe *cristiana* y despojarlos de sus territorios y sistemas productivos agrícolas.

La persecución de la población indígena tuvo como consecuencia el sometimiento a las nuevas formas de producción agrícola española, con el fin de introducir la ganadería y la siembra de caña de azúcar. La apropiación de los territorios recién conquistados fue intensa en el primer siglo de la Colonia, aunque continuó durante dos siglos más, como lo demuestran los documentos del AGN, al menos en el periodo de 1592²⁸ a 1786.²⁹

IV.I. Nuevas formas de apropiación de la naturaleza ante el expansionismo español del siglo XVI

Los expedientes del AGN que se revisaron dieron cuenta de los cambios en las cadenas de producción y suministro de alimentos, particularmente en el territorio de la Huasteca veracruzana, aunque estas nuevas formas de mercantilización surgieron en toda la Nueva España.

El primer antecedente más antiguo data de 1579, para el establecimiento en el territorio de la Huasteca veracruzana de estancias, como nuevo modo de producción pecuaria, con la introducción del ganado vacuno a esta región.³⁰

²⁷ Sección GD58 Indios, (1756) Exp. 151, fs. 232v-234. Vol. 56. Archivo General de la Nación, México.

²⁸ Comisión al gobernador y alcalde Chicontepec, para ir a cualquier lugar a sacar a los indios de la nueva congregación para que sean doctrinados. Veracruz, Chicontepec. 2ª parte. Sección de Indios. (1592). Vol. 6, Exp. 711, fs. 165v. Archivo General de la Nación, México.

²⁹ Expediente sobre quejas que da el Justicia de Chicontepec de que los gobiernos de indios no han querido presentar las cuentas de sus bienes de comunidad. Sección Indiferente Virreinal. (1786). Caja-exped. 6192-023. Bienes de comunidad foja 6. Productor: Antonio Piñero. Archivo General de la Nación, México.

³⁰ Diligencias sobre la merced pedida por Diego de Vergara de un sitio de estancia para ganado mayor en términos del pueblo de Chicontepec, en unos llanos nombrados Tamencur. Grupo Documental 110 Tierras. (1579). Volumen 2695, Exp. 20, foja 18. Metateyuca, Po. Archivo General de la Nación, México.

Ello evidencia la introducción de nuevas especies animales a la región de la Huasteca veracruzana, ya que el ganado vacuno y el caballar eran desconocidos para la población originaria. Además, los cambios en la producción agropecuaria fueron aparejados, a su vez, con la imposición de una nueva dinámica social hacia la población indígena, estratificada en clases sociales relacionadas con la tenencia de los nuevos modos de riqueza y apropiación de los dones de la naturaleza recién descubierta; Esto se hizo evidente en normas que regulaban la obtención del *permiso* para montar a caballo,³¹ y el usufructo de las estancias y mercedes reales. Como nuevas formas de organización agrícola en los territorios indígenas de la Huasteca Baja veracruzana.

Las mercedes reales constituyeron licencias para la comercialización de cultivos, granos y semillas, que sólo podían ser puestos en el mercado con la anuencia del gobernador o alcalde del territorio, quien otorgaba, a la par, el consentimiento para usar la fuerza de las armas, para defender los intereses de los beneficiarios de las mercedes reales.³²

Otro cambio en la producción agrícola en la zona de estudio fue la introducción de la siembra de caña de azúcar para la producción de piloncillo, mediante la técnica del trapiche, cuyo cultivo y comercialización fueron controlados por los españoles y por el clero.³³

El clero tuvo un gran poder e influencia en las decisiones políticas para la creación de la Nueva España, lo que no estuvo exento de abusos, por lo que la autoridad política virreinal debió intervenir para mediar la expoliación que hacían algunas congregaciones religiosas de la población indígena que tenían bajo la encomienda de su adoctrinamiento. Sin embargo, las normas “protectoras” de la población indígena sólo variaron el tipo de pago que estas comunidades tuvieron que enfrentar, y regularon de manera más precisa las formas de apropiación mercantil del nuevo poder hegemónico colonialista:

³¹ “Constan licencias para montar a caballo a Don Martín de Nicolás, indio cacique de Chicontepec; y Pablo de San Francisco, indio principal de Chicontepec”. Sección Indios, de los años (1590) y (1591). Vol. 4, Exp. 749, foja 207v. y Vol. 4, Exp. 749, foja 207v. Archivo General de la Nación, México.

³² “Licencia a Martín Vázquez, principal de Chicontepec, Jurisdicción de Huayacocotla, a su mujer e hijos para comerciar toda clase de semillas y frutos de los permitidos, asimismo puedan portar arcabuces o escopetas y lanzas, únicamente. Veracruz”. Serie GD58 Indios, del año (1688). Vol. 30, Exp. 204 fs. 193v-193v. Archivo General de la Nación, México.

³³ “Su Excelencia aprueba y confirma la escritura de arrendamiento que los naturales de San Agustín Tlachichilco y Oficiales de la República de Chicontepeque, Provincia de Huayacocotla, hicieran a Juan López y Antonio Rodríguez del trapiche de San Cristóbal. Juris. Veracruz. Po. San Agustín. Serie GD58 Indios (1656). Vol. 20, Exp. 206, fs. 156-162v. Archivo General de la Nación, México.

(...) se ordena a las justicias de Chicontepec no obliguen a los naturales de los pueblos de San Cristóbal, Santa María Miahuatlán y San Francisco a sembrar maíz como contribución a los gastos de sus comunidades, ornado y culto de sus iglesias, sino que sólo den 2 reales para ello. Veracruz.³⁴

Así, la introducción del dinero como instrumento de pago fue otro cambio relevante en la estructura social y económica de los pueblos originarios, y signo inequívoco del asentamiento del sistema capitalista en la recién “descubierta” tierra americana. Ello consta en una ordenanza de 1682 que indica un cambio sustancial en la tributación impuesta a los indígenas: “Se conmuta a dinero el tributo que dan en piernas de manta los naturales de Chicontepec, comprendido en el partido de Huayacocotla y los demás pueblos a ella perteneciente menos de Iamatlan. Chicontepec, Veracruz”.³⁵

V. Conclusiones y reflexiones finales

Con el análisis de las fuentes históricas analizadas en este trabajo, se pudo identificar una etapa emergente del colonialismo en la América de los siglos XV y XVI, caracterizada claramente por la conversión de los recursos naturales de los pueblos indígenas mesoamericanos en mercancías y el inicio de un proceso de acumulación primitiva de capital en favor de los intereses de inversionistas privados y poderes políticos y religiosos de origen español.

Se examinó, en particular, el surgimiento del colonialismo en el área de la región Huasteca veracruzana a fines del siglo XV, consolidándose durante los siglos XVI y XVII, respondiendo a los paradigmas del capitaloceno europeo, que es patente en el saqueo de recursos naturales y humanos durante la colonización de África y América, partiendo del paradigma de la *ley del valor*, que ha fundamentado la idea que *el capital puede organizar la vida*.

Es visible que esta ley del valor fue una *estrategia civilizatoria*, con el fin de justificar la movilización del capital para mercantilizar la naturaleza, con el único fin de aumentar la productividad en el trabajo, como una forma de plusvalía, bajo el diseño de la *naturaleza barata* como una nueva forma de despojo.

³⁴ Serie GD58 Indios, (1686). Vol. 30, Exp. 227, fs. 213v-214r. Archivo General de la Nación, México.

³⁵ Serie GD58 Indios, (1682). Vol. 26, Exp. 142 foja 132. Cuaderno 2°. Archivo General de la Nación, México.

Así, en la América colonizada, la *Naturaleza Barata* representó una estrategia de acumulación para los colonizadores de la América precolombina que funcionó gracias a las *fronteras de apropiación* que impulsaron la expansión geográfica de las grandes potencias europeas en busca de esos cuatro insumos *baratos*. El colonialismo español propició una nueva organización de los recursos mineros, hídricos y botánicos del territorio americano en función de los intereses de las potencias europeas expansionistas, utilizando como fuerza productiva la servidumbre y esclavitud para apropiarse de esos recursos, catalizando una gran reconfiguración geográfica y política del mundo en pugna por la plusvalía generada por la *Naturaleza Barata*.

El expansionismo español utilizó los mecanismos mercantilistas para la apropiación de la naturaleza y del territorio, lo que trastocó el entorno ecológico de los pueblos indígenas asentados en esta zona, poniendo en riesgo incluso su sobrevivencia, ya que ésta tenía una estrecha relación e intercambio con la naturaleza.

Entonces, el sistema agrícola indígena originario fue reemplazado por el incipiente capitaloceno europeo del siglo XVI, iniciando una nueva era de acumulación de capital, con la consecuente integración de nuevas clases sociales, y una estructura política, jurídica y económica que permitió a la España colonialista organizar la vida de los indígenas en otras formas ajenas a su cosmovisión cultural y agrícola, despojándolas de sus sistemas socioculturales y productivos, y de sus saberes y sabores tradicionales.

Es decir, con la llegada del colonialismo español, surgieron a la par nuevas ideas y formas de poder, cristalizadas en el derecho indiano, que organizaron la trama de la vida de los pueblos indígenas mesoamericanos con el fin de impulsar la acumulación de capital, la productividad de la mano de obra indígena y la apropiación de los territorios en perjuicio del régimen alimentario de estos pueblos, modificando drásticamente su dieta y sus formas de organización sociocultural y agrícola, limitando su acceso a una alimentación culturalmente pertinente, sustituyendo la cosmovisión indígena sobre la Madre Tierra por la ley del valor, fundamento del capitalismo.

Finalmente, se reconoció, además, que la sociedad globalizada capitalista del siglo XXI se parece mucho a la sociedad expansionista de los siglos XV y XVI, orientadas ambas por su ambición transnacional, siendo el mismo sistema capitalista primario en busca de nuevos mercados, rutas de expansión y

extracción de materias primas y expoliación de mano de obra, teniendo como fin último la acumulación de capital.

Por consiguiente, se abren nuevas canteras de exploración del efecto del capitaloceno en la subsistencia del sistema alimentario de los pueblos originarios, así como la preservación del patrimonio biocultural de estas comunidades que, sin duda, representan otras formas posibles de interactuar con los recursos naturales, desde la reproducción de la vida comunitaria sin extraer la diversidad sociocultural y biológica.

Estas nuevas vetas de investigación exigen un ejercicio epistémico y metodológico interdisciplinario, desde la ciencia del derecho, los derechos humanos, la sociología jurídica, la historia y la economía, para la comprensión de las dinámicas del mercado agroalimentario local, nacional e internacional, lo que permitirá producir nuevos estudios que exploren los efectos de la agroindustrialización en el acceso y disfrute de los derechos humanos de la población indígena y campesina de los diversos territorios, tanto de la Huasteca veracruzana como de nuestro país.

Por ello, se proponen, como nuevos temas de estudio y análisis para las ciencias sociales del siglo XXI, el abordaje teórico de una cuestión agraria de los alimentos y de los regímenes alimentarios locales, la descolonización de la historia de los pueblos campesinos, los estudios sobre el agroextractivismo con perspectiva de género y la discusión sobre el significado actual acerca de la vida digna campesina, premisa que sustenta a los derechos humanos campesinos.

Se puntualiza como necesaria la apreciación intercultural de otras formas de concebir la naturaleza, el mundo y el bienestar social y comunitario y, desde el diálogo de saberes y de la mirada de los pueblos originarios, el estudio de los derechos humanos de la población campesina en riesgo por el modelo agroalimentario industrial, atendiendo también la investigación social sobre las brechas de género en el campo.

En suma, es urgente y relevante el escrutinio y análisis multidisciplinario de los efectos del capitaloceno en la agricultura lo que permitirá proponer soluciones al deterioro del medioambiente, la pérdida de la biodiversidad y, principalmente, dilucidar y exponer la afectación de este sistema de capitalismo agrícola al *buen comer* y al patrimonio biocultural de las comunidades campesinas indígenas y la consecuente vulneración de sus derechos funda-

mentales. Es evidente que el hambre se asoma como un problema agrario emergente, lo que lleva a una crisis sin precedente del derecho a la alimentación en todo el mundo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- De la Torre Villar, Ernesto. *Estudios de Historia Jurídica*. Núm. 41, Serie C., Estudios Históricos, IIJ-UNAM, 1994.
- Moore, Jason W. *El capitalismo en la trama de la vida. Ecología y acumulación del capital*. Primera edición en castellano (2020). Madrid, España, Traficantes de sueños, 2015.
- Serratos, Francisco. *El capitaloceno. Una historia radical de la crisis climática*. México, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, UNAM, 2020.

Electrónicas

- Boege, Eckart. *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*. México. Instituto Nacional de Antropología e Historia. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2018. https://idegeo.centrogeo.org.mx/uploaded/documents/El_patrimonio_biocultural-Eckart_Boege.pdf
- Fernández, Flory. “El análisis de contenido como ayuda metodológica para la investigación”. *Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 96, Vol. II, Universidad de Costa Rica, 2002, pp. 35-53. <https://www.revistacienciasociales.ucr.ac.cr/images/revistas/RCS96/03.pdf>
- Guzmán Flores, Jesús (coord.). *Caracterización de los sistemas alimentarios de los Pueblos Indígenas de México*. México. Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria (CEDRSSA), H. Cámara de Diputados LXII Legislatura/Congreso de la Unión, 2013. http://www.cedrssa.gob.mx/files/b/8/87Caracterizaci%C3%B3n_sistemas_alimentarios_pueblos_ind%C3%ADgenas_M%C3%A9xico.pdf
- Ortega-Gutiérrez, Fernando. “El origen geológico de la vida: una perspectiva desde la meteorítica”, *TIP, Revista especializada en ciencias químico-biológicas*. Núm. 1, Vol.18, junio 2015, México, UNAM, FES Zaragoza, pp. 70-81. <http://tip.zaragoza.unam.mx/index.php/tip/article/view/96/0>
- Toledo, Víctor M. y Narciso Barrera-Bassols. *La memoria biocultural. La importancia ecológica de las sabidurías tradicionales*. Barcelona, Icaria Editorial, 2008. <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/364.pdf>

Otras

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 28 de mayo de 2021.
- Grupo Documental 110 Tierras. (1579). Volumen 2695, Exp. 20, foja 18. Metateyuca, Po. Archivo General de la Nación, México.
- Sección Indios. (1590). Vol. 4, Exp. 749, foja 207v. Archivo General de la Nación, México.
- Sección Indios. (1591). Vol. 4, Exp. 749, foja 207v. Archivo General de la Nación, México.
- Sección de Indios. (1592). Vol. 6, Exp. 711, foja 165v. Archivo General de la Nación, México.
- Sección GD58 Indios, (1592). Exp. 718, foja 166v. Archivo General de la Nación, México.
- Serie GD58 Indios (1656). Vol. 20, Exp. 206, fs. 156-162v. Archivo General de la Nación, México.
- Serie GD58 Indios, (1682). Vol. 26, Exp. 142 foja 132. Cuaderno 2°. Archivo General de la Nación, México.
- Serie GD58 Indios, (1686). Vol. 30, Exp. 227, fs. 213v-214r. Archivo General de la Nación, México.
- Serie GD58 Indios, del año (1688). Vol. 30, Exp. 204 fs. 193v-193v. Archivo General de la Nación, México.
- Sección GD58 Indios, (1756) Exp. 151, fs. 232v-234. Vol. 56. Archivo General de la Nación, México
- Sección Indiferente Virreinal. (1786). Caja-exped. 6192-023. Bienes de comunidad foja 6. Productor: Antonio Piñero. Archivo General de la Nación, México.

Regulación laboral de los organismos públicos descentralizados. Novedades en la jurisprudencia

Carlos Reynoso Castillo*

Históricamente, la regulación jurídica de los trabajadores al servicio del Estado se encuentra inmersa en medio de la polémica. Primero, discutiendo si en la mente de los constituyentes de 1917 estaban considerados en el artículo 123; más tarde, tratando de dotarlos de una reglamentación que vivió pocos años bajo sospecha de inconstitucional y, después, reformando la Constitución para darles cabida en el artículo 123 al establecerse el Apartado B. A partir de ahí, parecía que buena parte de sus debates se habían superado; sin embargo, las últimas décadas del siglo XX y primeras del XXI estuvieron marcadas, entre otros sucesos, por el redimensionamiento del Estado y de muchos gobiernos, los cuales, al encontrarse en un contexto internacional cuyas reglas estaban cambiando también en el orden político y económico, se vieron obligados a redefinir el tamaño y funciones de sus estructuras de la administración pública. Todo esto afectó a los trabajadores al servicio del Estado para los cuales, si bien el marco jurídico laboral que los regulaba parecía intacto, en los hechos, de muy diversas maneras, sus derechos se irían transformando.

Y es precisamente en este proceso de cambio en el que hay que ubicar a los organismos públicos descentralizados en México (OPD), los cuales deben entenderse como aquellos entes públicos que nacen por decreto o por ley, y que tienen la función genérica de llevar a cabo alguna función o tarea que en principio le correspondería al mismo Estado.

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

Se trata de organismos cuyo análisis tiene que llevarse a cabo desde varios ángulos jurídicos para comprender a cabalidad su función en un país como México. Así, por ejemplo, desde el terreno del derecho administrativo, no hay duda de que se trata de organismos con personalidad jurídica y patrimonio propios que, en su tarea de cumplir una función (es) concreta, en general de interés para la sociedad, cuentan con un alto grado de autonomía de gestión y decisión, si bien el presupuesto que ejercen anualmente está considerado en los presupuestos de egresos que cada año aprueba la Cámara de Diputados.

Asimismo, el ángulo que nos interesa ahora destacar es el relacionado con el marco jurídico que regula las relaciones laborales de estos organismos; es decir, para cumplir adecuadamente las funciones que tienen encomendadas, necesitan contratar personal con el cual establecen una relación laboral; de esta manera, el OPD, en su calidad de patrón, tiene, en principio, las prerrogativas, derechos y obligaciones propias de esa condición; y es precisamente esta afirmación la que ha marcado el debate sobre las relaciones laborales de los OPD en las últimas cuatro décadas. Este debate ha sido alimentado por varias consideraciones; por ejemplo, si bien estos trabajadores no son, en estricto sentido, trabajadores al servicio del Estado, sí forman parte de un ente público cuyas tareas y funciones sí lo son. Hasta qué punto sus derechos laborales deben o no ser equiparados a los de un trabajador del sector privado y, finalmente, cuál es la ubicación jurídica que sus relaciones laborales deben tener en la Constitución y sus leyes reglamentarias son interrogantes que siguen en el ambiente desde hace tiempo.

En la evolución reciente, estas preguntas han sido respondidas de varias maneras; por ejemplo, en muchas de las normas que crean estos OPD, leyes o decretos, se ha señalado expresamente que la regulación de sus relaciones laborales debían regirse por el apartado B del artículo 123 constitucional y su ley reglamentaria, asimilándolos a plenitud como burócratas, lo cual, como se sabe, genera implicaciones laborales en varios rubros, pero, sobre todo, en materia de derechos colectivos laborales (libertad sindical, contratación colectiva y huelga) en los que existe la percepción generalizada de que su ejercicio es más bien limitado. En esta línea de evolución es que se incluyó en la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado (art. 1), como parte de su campo de aplicación, a los trabajadores de los OPD, lo cual se enfrentó, ya en la práctica, a una innumerable cantidad de problemas operativos relacio-

nados con la conducción de las relaciones laborales de sus trabajadores, tanto en materia individual como colectiva, en atención, sobre todo, a su origen administrativo ambiguo como formando o no parte del Estado o Gobiernos; todo ello aunado a que en muchos de estos organismos se empezó a gestar un movimiento sindical que cuestionaba el marco jurídico para su actuación.

Esta situación se tradujo, en un gran número de litigios en los tribunales en los cuales se cuestionaba el espacio jurídico en el cual se había colocado a estos trabajadores. No sería por una reforma legal, sino por la vía de la jurisprudencia en donde se inició una nueva etapa en la, evolución de la regulación laboral de los trabajadores de los OPD. En efecto, la en su momento, famosa jurisprudencia 1/96 (rubro; Organismos descentralizados de carácter federal, su inclusión en el artículo 1 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, es inconstitucional) señaló que el apartado B del artículo 123 se ocupaba de los trabajadores de los Poderes de la Unión y los del gobierno del entonces Distrito Federal, por lo que su ley reglamentaria no podía ampliarse e incluir otros grupos de trabajadores como los de un OPD; asimismo, esta jurisprudencia expuso un argumento de derecho público en el sentido de considerar que, si bien los OPD coadyuban a las labores de los poderes públicos (Poder Ejecutivo Federal), en estricto sentido, no forman parte de ellos.

Finalmente, la conclusión a la que llevaron estas consideraciones fue que los trabajadores de la OPD debían regirse y formar parte del campo de aplicación del Apartado A del artículo 123 y su ley reglamentaria, la Ley Federal de Trabajo, con lo cual se avanzaba hacia en un proceso de laboralización de los trabajadores de estos entes, reconociéndoles, en los hechos, derechos más amplios y flexibles como son los derechos colectivos laborales, por ejemplo formar sindicatos, el poder negociar y firmar contratos colectivos e incluso estallar huelgas. Asimismo, este criterio de fines del siglo pasado derivó también en la redefinición de los tribunales competentes en materia de conflictos laborales en los OPD, en donde, si bien durante muchos años siguieron presentándose ambigüedades, la tendencia fue declarar competentes a las juntas de conciliación y arbitraje.

Esta evolución planteó también diversos problemas operativos cotidianos en los OPD, ya que la administración de las prestaciones seguía una lógica de la administración pública federal en términos de las reglas jurídicas asociadas a su administración y gestión, mientras que, frente a los trabajadores la admi-

nistración de los recursos humanos, debía ubicarse en una lógica de derecho privado. Si bien el camino ha estado lleno de retos y dificultades jurídico-laborales, había un cierto consenso en el sentido de que con la jurisprudencia 1/96 se había dado un paso en la dirección correcta al dotar a las relaciones laborales de los OPD de un marco jurídico coherente con el resto del sistema jurídico (Constitución, normas internacionales, derechos humanos, etcétera); sin embargo, en fechas recientes, el Estado mexicano, por conducto del Poder Judicial Federal, consideró, luego de 25 años, que había llegado el momento de revisar, nuevamente, el espacio jurídico laboral en donde debían colocarse a los trabajadores de los OPD, al dar trámite a una solicitud de sustitución de jurisprudencia (2/2020), y donde se concluyó con la adopción de un nuevo criterio, expresado en el siguiente rubro: “Organismos descentralizados de carácter federal, con base en la libertad configurativa del órgano de creación, su régimen laboral puede regirse por el Apartado A o por el Apartado B, del artículo 123 constitucional; por lo que no resulta inconstitucional el artículo 1 de la Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado”.¹

Entres los puntos destacables de este nuevo criterio están los siguientes:

Trata de OPD federales.- En efecto, el criterio ahora expresado solo se relaciona con los OPD federales, no así con los OPD estatales o municipales. Y no podría ser de otra manera, no solo porque la jurisprudencia a la cual sustituye (1/96) se refería también a los organismos federales; sin embargo, como sucedió en los años noventa del siglo pasado, aquel criterio sirvió de inspiración y guía para que los OPD en el resto del país se inclinaran por considerar que las relaciones laborales en esos casos también se regularan por el Apartado A del artículo 123. En ese sentido, una posibilidad cierta es que este nuevo criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) pueda influir al resto del país en la misma dirección,

Incorpora el criterio de la “libertad configurativa”.- Se trata de un concepto original que, tal y como está expresado, pareciera absoluto y dejaría en plena libertad al legislador, federal en este caso, para decidir cuál es el marco jurídico laboral más conveniente para el Estado, y no para los trabajadores involucrados, al momento de crear los OPD. A este planteamiento habría que agregar que, incluso en la labor legislativa o reglamentaria, habría que

¹ Registro digital: 22024102, Instancia Pleno, Tesis P./J. 10/2021 (11ª.), Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, enero 2022, Tomo I, p. 5.

respetar el mismo marco constitucional vigente, así como las normas internacionales aplicables al caso, de tal manera que en la creación de un OPD en su nacimiento y configuración (incluso laboral) hay que tener en cuenta ese marco jurídico. En ese sentido, siguen siendo vigentes los argumentos que en su momento fundaron y motivaron la jurisprudencia 1/96, sobre todo en el sentido de que la inclusión de los OPD en el campo de aplicación del Apartado B del artículo 123 y su ley reglamentaria es de dudosa constitucionalidad. Según el razonamiento de la SCJN, en el nuevo criterio, el art. 123 Apartado A fracción XXXI, inciso b, punto 1 de la Constitución General, a propósito de los organismos descentralizados, solo establece un criterio de competencia en favor de los tribunales federales, por lo que quienes creen estos organismos descentralizados (Congreso de la Unión o Poder Ejecutivo Federal) tienen la libertad de decidir el régimen laboral que más les convenga para el logro de sus fines para los que fueron creados. De esta manera, la SCJN asume que el tema de la competencia de los tribunales laborales puede verse como un tema aislado del resto del régimen jurídico laboral aplicable (normas constitucionales, normas internacionales, derechos sustantivos, colectivos, etcétera); de tal manera que la decisión sobre un tema adjetivo, como es la competencia de un tribunal, es de mayor relevancia e importancia que el resto de los aspectos sustantivos y, en general, de protección de derechos humanos laborales que estuvieran involucrados. Esta visión reduccionista deja en libertad a quienes creen un OPD, para que en atención a un criterio de “conveniencia” funcional del mismo, decidan qué derecho del trabajo (general o burocrático) debe regir las relaciones laborales con sus respectivos trabajadores.

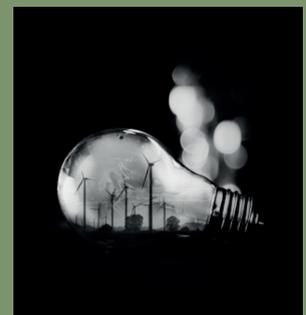
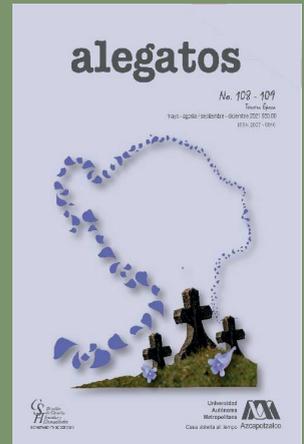
Libertad para decidir el régimen laboral público o privado.- Con este nuevo criterio, el nacimiento de un OPD, en cuanto al régimen laboral que se le aplique, sería incierto toda vez que la elección de este podría estar sujeto a los apartados A o B del artículo 123, con razonamientos diversos que lo justificarán en cada caso, lo cual se podría traducir en el futuro en una falta de certeza jurídica y discordancias en todo el sistema jurídico laboral mexicano.

Restablecimiento de la constitucionalidad de la ley burocrática.- Durante décadas se discutió la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, que incluía expresamente a los trabajadores de los OPD en su campo de aplicación, y se llegó a la conclusión de que, en efecto, no había sustento para tal inclusión; con este criterio, la SCJN regresa a un debate que se creía superado.

Implicaciones en los derechos individuales y colectivos.- Como es bien sabido, el tratamiento jurídico laboral de los derechos de los trabajadores es diferente si se encuentran en el Apartado A o el Apartado B del artículo 123 y sus correspondientes leyes reglamentarias. En particular, en lo relacionado con el reconocimiento y ejercicio de los derechos, con relación a sus derechos individuales, la indefinición histórica sobre su ubicación laboral como entes públicos o privados ha dado lugar a un conjunto de condiciones de trabajo, cuyo otorgamiento a sus trabajadores y su administración siempre ha presentado dificultades; mientras que, en cuanto a sus colectivos (libertad sindical, contratación colectiva y huelga) existe un amplio consenso en considerar que ubicar a los trabajadores como parte de la burocracia federal se traduce en un limitado y estrecho margen de acción de los trabajadores; de esta manera este nuevo criterio de la SCJN dejaría en manos del legislador la opción de cómo los trabajadores de un OPD podrían vivir sus derechos colectivos.

Como se advierte, este nuevo criterio ha dado lugar a renovados debates entre los expertos, pero, sobre todo, ha abierto un espacio de incertidumbre entre los trabajadores, sindicatos y encargados de las áreas laborales de los OPD, sobre los alcances y futuro de sus derechos laborales, individuales y colectivos, ya que, si bien se ha señalado, incluso durante el debate en la SCJN, que este criterio solo se aplicará en el futuro a nuevos OPD que se creen y no para los ya existentes, lo cierto es que la ambigüedad y la duda es lo que ahora permea el ambiente laboral en estos organismos.

Otras publicaciones
Institucionales:



111 - 112

alegatos

Doctrina

Gonzalo Carrasco González

Derecho y Lógica. Justificación interna y justificación externa. Segunda parte.
La argumentación normativa deductiva y la argumentación ética axiológica

Luis Figueroa Díaz

La construcción del derecho económico mexicano en el inicio del siglo XXI:
una perspectiva teórica desde la *lex mercatoria*

Alicia B. Azzolini Bincaz

El delito de feminicidio en México. Tipificación y dificultades probatorias

Fermín Torres Zarate

La decisión Jurídica

Investigación

José Juan González Márquez

La integración de México al mercado energético de Norteamérica

Alejandra M. Gómez Barrera

Justicia alternativa en la justicia penal para adolescentes en México.
De la teoría a la práctica

Nancy G. Hernández Mendoza

El enfoque de género para el acceso a la justicia a mujeres víctimas de desaparición

Imelda Torres Sandoval, Gerardo Gómez González y Federico Guzmán López

Cuestión agraria y pueblos originarios huastecos veracruzanos
durante la colonización española

Reseñas y Documentos

Carlos Reynoso Castillo

Regulación laboral de los organismos públicos descentralizados.
Novedades en la jurisprudencia

ISSN 2007-6916

