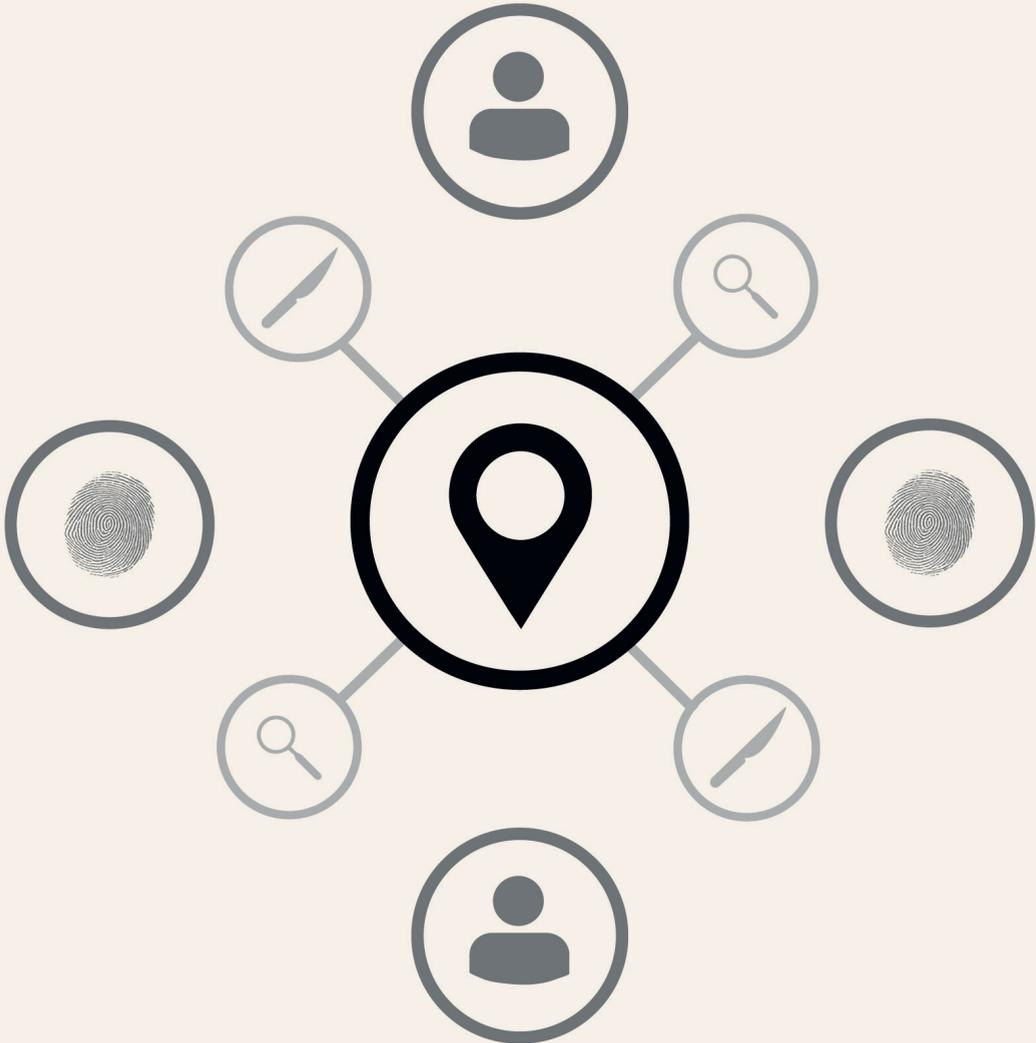


— alegatos —

No. 114

Tercera Época

mayo - agosto 2023 \$50.00



alegatos

Comité Editorial

Dra. Rosa M. Álvarez González
Dra. Alicia B. Azzolini Bincz
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

Secretario Editor del Programa Editorial
Dr. Alejandro Caamaño Tomás

Ayudante del Programa Editorial
Axel A. Curiel Rangel

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 37, Número 114, mayo-agosto de 2023, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana a través de la Unidad Azcapotzalco, División Ciencias Sociales y Humanidades. Departamento de Derecho; 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, Col. Nueva el Rosario, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02128 México, Ciudad de México; Teléfonos 5553 189 412 y 5553 189 109. Página electrónica de la revista: <http://alegatos-enlinea.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. Av. San Pablo No. 420, Col. Nueva el Rosario, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02128 México, Ciudad de México; fecha de la de la última modificación 22 de agosto de 2023. Tamaño del archivo: 9.30 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 114 (mayo-agosto de 2023)

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. Óscar 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 de Difusión y Publicaciones de la División	<i>Dr. César 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); C. M. Correa (Universidad de Buenos Aires); Dra. Beatriz Pallarés (Universidad Nacional del Litoral); J. L. Orozco (UNAM); E. Bacigalupo (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 114 (mayo-agosto de 2023)

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

- Constitucionalismo, bioderecho y plasticidad de lo vivo* 7
Liliana Fort Chávez
- Principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano* 41
Celso Escobar Salinas
- La falacia del paradigma social de la discapacidad. Segunda parte* 61
Gabriela Hernández Islas
Víctor Manuel Rojas Amandi
- La bioética y el bioderecho. Una reflexión iusfilosófica* 73
Gonzalo Carrasco González

Investigación

- La geolocalización como medio de prueba* 101
Elisa Palomino Ángeles
Amir García Villalpando
- Sindicatos y nuevas tecnologías. Primera aproximación* 125
Carlos Reynoso Castillo
- Consideraciones sobre la prueba electrónica en el sistema penal acusatorio* 147
Christian Norberto Hernández Aguirre
Miguel Angel Meléndez Ehrenzweig
Gregorio Ramírez Gutiérrez
- Los municipios por usos y costumbres de Oaxaca. Repensando la autonomía hacia el autogobierno* 175
Víctor Alfonso Zertuche Cobos

***Discriminación de jure y de facto a las personas
trabajadoras del hogar***

Blanca Estela Melgarito Rocha

199

**Reseñas y
Documentos**

Feminicidio en México

Daniela Huerta Rodríguez

Iris Rocío Santillán Ramírez

225

Constitucionalismo, bioderecho y plasticidad de lo vivo

Liliana Fort Chávez*

Resumen:

El pensamiento trascendental de Kant sobre el conocimiento causal y del imperativo categórico ha dejado de lado su pensamiento reflexivo. En la *Crítica del juicio*, el filósofo sistematiza los conocimientos en la comunicación literaria y el acoplamiento a la teleología biológica. Pero la filosofía no lo aborda. Malabou habla del “giro epigenético” en neurobiología, discutiendo con el filósofo. Encuentra que la cultura deliberativa en la literatura y el acoplamiento a la naturaleza rivalizan con la ideología tecnócrata y mercantil. La plasticidad de la vida, del genoma, del sistema nervioso debe ser considerada por el constituyente y el legislativo para desarrollar la democracia deliberativa. Solo así podremos hablar de los conceptos de bioética y de bioderecho, y decidir las transformaciones que hemos de verificar para custodiar el futuro de interespecie.

Abstract:

Kant's transcendental thought about causal knowledge and the categorical imperative has left aside his reflective thought. In the Critique of judgment, the philosopher systematizes knowledge in literary communication and links to biological teleology. But philosophy does not address it. Malabou talks about the “epigenetic turn” in neurobiology, discussing with the philosopher. He finds that the deliberative culture in literature and the engagement with nature rival the technocratic and mercantile ideology. The plasticity of life, of the genome, of the nervous system must be considered by the constituent and the legislature to develop deliberative democracy. Only then will we be able to talk about the concepts of bioethics and biolaw, and decide the transformations that we have to verify to guard the future of interspecies.

Sumario: I. Ideas kantianas / II. Lo que la modernidad pudo haber sido y no fue / III. Conocimiento complejo y disciplinario del derecho / IV. Teoría de sistemas vivos *autopoieticos* / V. Conclusión bioderecho / Fuentes de consulta

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

¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración.

La mayoría de los hombres... permanecen con gusto bajo ella a lo largo de la vida, debido a la pereza y la cobardía.

Para esa ilustración sólo se exige libertad y, por cierto, la más inofensiva de todas las que llevan tal nombre, a saber, la libertad de hacer un uso público de la propia razón, en cualquier dominio.

Immanuel Kant

I. Ideas kantianas

Kant examinó las posibilidades del conocimiento objetivo de la causalidad newtoniana. Y se dice que preparó el conocimiento de las costumbres morales con la categoría del imperativo categórico. Todos los imperativos se expresan por un “debe ser” y muestran así “la relación de una ley objetiva de la razón a una voluntad que, por su constitución subjetiva, no es determinada necesariamente por tal ley”.¹ Los imperativos dicen que fuera bueno hacer u omitir algo; pero lo dicen a una voluntad que no siempre hace algo sólo porque se le represente que es bueno hacerlo.

Es, sin embargo, prácticamente bueno lo que determina la voluntad por medio de representaciones de la razón y, consiguientemente, no por causas subjetivas, sino objetivas, esto es, por fundamentos que son válidos para todo ser racional como tal. Inclinationes subjetivas todos las tienen y las usan para determinar su voluntad. Kant advierte que el fundamento de la ley no puede ser una inclinación subjetiva, pues se formaría una sociedad patológica, por violenta e inestable.

Pues bien, todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquellos representan la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que “representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria”.² Tal imperativo puede formularse así: “Obra como si la máxima de tu acción debiera formar-

¹ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 60.

² *Ibid.*, p. 61.

se, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza”.³ Una buena voluntad actúa solo por respeto a la universalidad de la ley. Sin embargo, la buena voluntad es santa, pero no todos lo somos. Las personas comunes se motivan por la única inclinación subjetiva que es universal: la representación de la dignidad personal.

Kant observa que muchos padres de familia se ocupan que los hijos aprendan ciencias para realizar sus fines, pero no se ocupan de educar tales inclinaciones; por lo que, en el futuro, no habría acuerdo, sino sumisión en el uso de conocimientos y tecnologías.

Nos aclara el filósofo que las cosas tienen un valor relativo como medios, en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio o herramienta, y, por tanto, así se van limitando los caprichos de unos, de otros y los propios, pues todos somos objetos de respeto. El valor de las personas es la dignidad. Este es un principio moral objetivo, es el fundamento práctico supremo del cual han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad. Todo ser racional, afirma el filósofo, imagina su existencia orgánica como un fin en sí mismo y no como un medio; es decir, es capaz de renunciar a los fines individuales o inclinaciones subjetivas para respetar la universalidad de la ley. Y es por nuestro sentimiento de dignidad en el reino de los fines que damos el contenido y el límite a las leyes universales. Pensar en los otros es comenzar a pensar lo universal en tanto dignidades en el reino de fines que se acoplan a la finalidad de la naturaleza: trascender a través de las generaciones. La sociabilidad y civilidad emergen del pensamiento universal sobre las costumbres, que se piensa entre los otros. Para potenciarlo, la razón da un mandato de entrar en un estado de derecho público.

A diferencia de Hobbes, Kant no piensa que el humano primitivo, en estado de naturaleza, sea el lobo del hombre. Él ya observa que en el primitivo hay cierta sociabilidad y una justicia conmutativa, de derecho privado.⁴ Las instituciones que allí surgen son la filiación, el matrimonio, las sucesiones y la posesión. Pero la violencia cunde y no hay órganos centrales de aplicación de sanciones. El tránsito del primitivismo a la sociedad civilizada o cosmopolita se dará mediante un estado de derecho público, caracterizado por la justicia

³ *Ibid.*, p. 40.

⁴ Immanuel Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 47.

distributiva. Y surge la propiedad como título dado a la posesión admitida socialmente. El estado de derecho público es iluminista, allí surge el derecho civil, que es público. Y la práctica de la civilidad cotidiana surge de la expansión de foros públicos para hacer decisiones para resolver los problemas de la vida, como en el foro teatral y literario.

Kant ve el derecho como inseparable de su facultad de obligar. Es decir, al incumplimiento del deber se le enlaza una sanción coactiva. Pero el derecho se fundamenta en el debate de costumbres, no es impuesto, sino de respeto subjetivo a la universalidad y a la dignidad de las personas. Sólo así se logra una coordinación de costumbres en donde se respete la libertad de cada uno, ya habiendo renunciado a la multiplicidad de inclinaciones subjetivas. La sociedad civil cosmopolita emergería en cada estado.

Kant observa que, habiendo concedido al concepto del deber su plena autoridad, resulta absurdo decir que no se puede hacer lo que él manda. Sostiene que no hay conflicto entre costumbres morales y política. Para mostrar cómo unos logran la pacificación y eficacia normativa y otros no, reflexiona sobre la diferencia entre el hombre práctico y autoritario, con relación al político moral.

Para el práctico, la moral es una mera teoría. Piensa que la naturaleza humana es tal que jamás el hombre “querrá” poner los medios precisos para conseguir el propósito de la paz perpetua. Buscará allegarse a las voluntades individuales para una constitución legal, según principios de libertad. Pero no basta la unidad obtenida por la justicia distributiva: “Hace falta la unidad colectiva de la voluntad general, hace falta que todos juntos quieran ese estado, para que se instituya una unidad total de la sociedad civil”.⁵ Pero esto no interesa a este hombre práctico. Para él la política es el mecanismo para gobernar a los hombres, no para escucharlos, pero esto hace vano el concepto del derecho instaurando la paz.

Ahora bien, dice Kant: “Yo concibo un político moral, es decir, uno que considere los principios de la prudencia política como compatibles con la moral; pero no concibo un moralista político, es decir, uno que se forje una moral *ad hoc*, una moral favorable a las conveniencias del hombre de Estado”.⁶

⁵ Immanuel Kant, *La paz perpetua*, p. 237.

⁶ *Loc. cit.*

La máxima fundamental del político moral es:

Si en la constitución del Estado o en las relaciones entre Estados existen vicios que no se han podido evitar, es un deber, principalmente para los gobernantes, estar atentos a remediarlos lo más pronto posible y a conformarse al derecho natural, tal como la idea de razón nos lo presenta ante los ojos; y esto deberá hacerlo el político, aun sacrificando su egoísmo.⁷

El gobierno debe ir acercándose lo más que pueda a su fin último, que es la mejor constitución, según leyes jurídicas.

Hay moralistas que se hacen déspotas, adoptando o defendiendo medidas de gobierno precipitadas; incluso, pueden tratar de construir una moral *ad hoc* para disculpar los principios de gobierno más contrarios al derecho. Sus máximas son: *Fac et excusa*, *Si fecisti nega* y *Divide e impera*. El moralista político preferirá los conocimientos disciplinarios que definen su objeto por las notas comunes en todo tiempo y lugar, resultando una definición abstracta y estática: “Orden coactivo de la conducta”. Pero no hay pacificación, sino expansión de la represión.

Alternativamente, el político moral va superando los vicios de desigualdad y no da leyes intempestivas, por respeto a la dignidad de las personas, de cuyo reino de fines humanos es parte. Y sabe que la emergencia de la sociedad civil cosmopolita se constituye a partir de la comunicación: uso público de la razón. Esto esclarece las mentes, coordina costumbres y es el contexto creativo de nuestro futuro evolutivo, que será sucedido a las generaciones: “Sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría, por tanto, derecho, que es lo que la justicia distribuye y define”.⁸ Por eso, el principio de ‘libre expresión’ para hacer las leyes es fundamental, junto a la dignidad personal. La Constitución debe garantizar la constitución de sociedad de costumbres coordinadas en una sociedad civil cosmopolita entera del estado del mundo y no solo la sumisión a las autoridades estatales que han permitido que vivamos realidades de consumo transnacionales. Y este es el contexto que los jueces deben ver si existe o no cuando aplican sanciones. Pero los contextos cambian y las diversas tecnologías tienen su papel.

⁷ *Ibid.*, p. 238.

⁸ *Ibid.*, p. 243.

II. *Lo que la modernidad pudo haber sido y no fue*

La modernidad se ha desarrollado con gobiernos del tipo del moralista político. En el ámbito educativo y cultural, la importancia del método experimental para la conformación de los ideales de la ciencia moderna no puede menospreciarse. Por una parte, el método experimental produjo un cambio definitivo en la ciencia, al dotar a la investigación de un análogo de las acciones prácticas del hombre, ahora sometidas al control de los parámetros investigados: “El método empírico también significó la materialización de la separación del mundo, la naturaleza y los objetos de investigación”.⁹ Y mediante el método experimental el sujeto separa el objeto investigado de su medio natural y lo estudia en un medio artificial, de manera que no se vuelve a ver su dependencia como tal. Este atributo del método experimental se expresó también en un ideal de separación entre los objetos del conocimiento y el mundo exterior.

Las ciencias empíricas supusieron la separación del sujeto del conocimiento del objeto que conoce. Y el mundo externo es estático e inerte. Así fue que quedaron, por un lado, el mundo de la vida, los valores, la creatividad, la organización; y, por otro lado, los mecanicismos, los determinismos de las ciencias objetivas.

“Los resultados finales de estos procesos fueron la acumulación del saber fueron su diferenciación, la constitución de disciplinas independientes por sus métodos y objetos de indagación específicos”.¹⁰ Así, el pensamiento moderno también excluyó, por insuficientes y vagos, los criterios de veracidad y certeza provenientes de la experiencia de la vida cotidiana. Así la vida cotidiana se comenzó a entender exclusivamente como receptora pasiva de lo que producía la ciencia y presa de la publicidad comercial.

La secularización moderna que Kant impulsó dejó sin finalidad a la naturaleza cuando su obra preveía el acoplamiento en Dios, entendido como verbo o lenguaje. Desgraciadamente, hoy los principios de libre expresión y dignidad, de ser fundamentales, se han convertido en derechos de papel. Aunque están en el altar de la constitución nacional, son protegidos, pero no impulsados con leyes que prevean los foros públicos para hacer decisiones con cualquier tecnología, ni siquiera en escuelas o barrios. La ciudadanía dejó su

⁹ Carlos Delgado, *Hacia un nuevo saber, la bioética en la revolución contemporánea del saber*, p. 14.

¹⁰ *Loc. cit.*

designación de cuarto poder a la imprenta, mientras fue excluida en beneficio de los partidos políticos. El poder económico, en cambio, sí se ha afirmado incluso más allá y sobre las naciones. Estos poderes son los que ahora rigen los estados nación y modelan nuestra vida cotidiana para consumir a partir de las grandes empresas de *mass media* y de biotecnología. Por el contrario, la cultura nacional ciudadana, con los periódicos y los libros de Historia y Literatura nacionales fueron los encargados de conformar esa ciudadanía hablante y creativa. Kant, efectivamente, miró a las categorías culturales como superiores y capaces de dar sentido al uso de la ciencia y a las decisiones jurídicas. Pero su difusión mediante la imprenta es escasa, no hay suficiente número de alfabetizados y, en la academia, la literatura es vista como una disciplina más que se imparte en las facultades de humanidades a modo. La literatura nacional se convirtió en una disciplina más y no tuvo la función de permitir a las personas desarrollar su creatividad natural. Y la deliberación democrática ha brillado por su ausencia; por lo que fue la literatura comercial con la televisión, la que formó al ciudadano y lo sujetó a la estética del consumo más que a la creación normativa y de asignación de nombres de las cosas.

Concluyendo el siglo XIX, ya se contaba con una razón empobrecida, pues solo se tenían las relaciones causa y efecto, así como de un imperativo categórico absoluto, a pesar de que Kant mismo había previsto las normas permisivas en el caso de que aún los sujetos no hubieran alcanzado la igualdad en el goce de libertades. El concepto de dignidad fue vaciado de su contenido orgánico y se dejó como un valor asistencial, entre otros. El razonamiento jurídico se redujo al silogismo deductivo. No emergió la sociedad civil cosmopolita. No hubo transformación.

Hoy, la modelación material de la vida cotidiana por los productos del conocimiento y la tecnología ha conducido a la mejora de las condiciones de vida de una parte significativa del mundo, aunque, paralelamente, la estandarización de la vida humana y la pérdida de la sociodiversidad han sido resultados destructivos e indeseables. La cotidianeidad subvertida tiende a hacerse única y dependiente de elevados consumos de naturaleza, lo que incrementa su fragilidad. La pérdida acelerada de la sociodiversidad parece una carrera desenfrenada en busca de estados sociales de homogeneidad y equilibrio. Como proceso espiritual, la vida cotidiana se subvierte mediante la destrucción de las costumbres y la instrumentación de un modo ideológico único de realización de la vida. Mediante una inversión valorativa, el trabajo se reduce

al empleo, el amor al sexo, la salud a la enfermedad, la calidad de vida al bienestar, la familia a su vida económica, la persona al individuo. Y ninguno está eufórico con su destino: hay un sentimiento de disgusto generalizado. Solo tenemos los lenguajes deterministas y, en el horizonte, ya suprimida la finalidad en Dios, han sido los fundamentalismos mercantiles y religiosos que arrestan el imaginario de cada uno en el deseo satisfecho de consumo o de salvación. Dejan a las personas significadas por su propio deseo o inclinación subjetiva.

La humanidad, en cambio, podría organizarse autososteniblemente, *auto-poiéticamente* por el lenguaje significativo con el cual se interrelaciona para conservarse constantemente, autoproduciéndose. Pero el paradigma de racionalidad en las naciones es disciplinario y determinista. Aunque se haya legitimado la intención de dominar la naturaleza para poder poner su conocimiento al servicio del humano. Se deseaba conocer el mundo con exactitud para garantizar el bienestar del humano, pero no hay acuerdo acerca de lo que es el bienestar.

Si con la física de Newton se había ido la complejidad en el conocimiento, en la física cuántica, la astrofísica y la teoría de sistemas vivos regresaban. Ya no se puede decir que el sujeto está separado del objeto de conocimiento. Pero la complejidad ha vuelto a las ciencias por la misma vía por la que se había ido: El desarrollo mismo de la ciencia física, que se ocupaba de revelar el orden impecable del mundo, su determinismo absoluto y perfecto, su obediencia a una Ley única y su constitución de una materia simple primigenia (el átomo), se ha abierto finalmente a la complejidad de lo real. Se ha descubierto en el universo físico un principio hemorrágico de degradación y de desorden (segundo principio de la Termodinámica); luego, en el supuesto lugar de la simplicidad física y lógica, se ha descubierto la extrema complejidad microfísica; la partícula no es un ladrillo primario, sino una frontera sobre una complejidad tal vez inconcebible; el cosmos no es una máquina perfecta, sino un proceso en vías de desintegración y, al mismo tiempo, de organización. Morin nos hace notar que “la vida no es una sustancia ni una esencia, sino un fenómeno de autoecoorganización extraordinariamente complejo que produce la autonomía”.¹¹ Nosotros, como hablantes organizados, somos parte de esa dinámica, pero, alternativamente, podemos dejar de serlo para individuali-

¹¹ Edgar Morin, *Introducción el pensamiento complejo*, p. 28.

zarnos, distorsionar el conocimiento, autodestruirnos. En conjunto, debemos decidir y contactar en entendimiento en todos los ámbitos de las ciencias. Este es el principio de una bioética significativa para el organismo finito de reproducción sexuada que desea trascender en libertad. Una libertad que tendría que comprender que erradica inclinaciones y permanece solo con sentimientos e identificaciones sociales.

El conocimiento complejo del mundo ya no puede suponer una separación del sujeto del conocimiento; hoy se sabe que el sujeto está en la interrelacionalidad dinámica del mundo y que cada acto y decisión sobre el uso y producción del conocimiento tendría repercusión en su mundo. Este es el principio de la bioética y del bioderecho. No se puede hacer bioderecho sin un estudio de la evolución de la vida y su plasticidad como explosión de la luz y entendimiento neuronal al cosmos, o bien, explosión terrorista del plástico petróleo. Nosotros decidimos en cada acto: estamos en la misma interrelacionalidad como seres morales con instrumentos jurídicos.

III. Conocimiento complejo y disciplinario del derecho

En la *Crítica del juicio*, Kant postula una manera de atenuar la trascendentalidad del conocimiento teórico y normativo. Explica que “el juicio es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo general”. Kant distingue entre juicio determinante y juicio atributivo o reflexionante. En el primero, está dada la regla, principio o ley a los cuales se subordina lo particular múltiple y sensible. En el segundo, es dado lo particular (las cosas naturales) y se trata de encontrar lo general a lo cual está subordinado, esto es, el fin hacia el cual las cosas pueden ser llevadas mediante un concepto (juicio teleológico) o, inmediatamente, sin concepto (expresión estética).

Kant dio preeminencia a las categorías culturales y humanidades con respecto a los discursos científicos deterministas. En la modernidad, la complejidad se conservó en la literatura, pero no hay una buena difusión ni comprensión de los textos; hace falta una hermenéutica pública en la enseñanza de las humanidades. Se trata de ejercitar la capacidad metafórica en nombrar el mundo, a la vez, civilizar y reflexionar sobre la coordinación de costumbres para conservar la supervivencia de las generaciones. Es una labor sobre el imaginario social, diferente a la fragmentación de imágenes en cada

hablante que lo subordina. Es una estética en contacto con la ética de la especie humana, en tanto interrelacionada dinámicamente. Son los poderes racionalizantes del debate público de los asuntos relevantes de la Tierra.

En la reflexión de las costumbres morales, Kant se preocupó por la estética:

La aptitud estética común del humano es llamada *sensus communis*. Esta facultad se ha cultivado a través de tres prescripciones: A) Pensar por sí mismo y evitar la pasividad de la razón, pues esta conduce a la heteronomía o dependencia de prejuicios y supersticiones que debemos superar. B) Debemos pensar poniéndonos en los zapatos de los demás, ampliando así nuestra manera de pensar. C) Cada uno debe ser consecuente consigo mismo.¹²

El poder ser comunicado hace universal al arte. Se pueden ver las cosas no como objeto del conocimiento o del deseo, sino como nos afectan al sentimiento; por lo que el arte es una manera de presentarnos proposiciones para verlas desde una pretensión de poder ser bellas, o sea, ser espontáneamente aceptadas por todos, y discernir aquellas insociables que solo hacen élites. Debemos ver la contingencia en que cada uno de los imaginarios se ubica.

El sentido común implica el libre juego de los sentidos, por lo cual es goce. Allí emerge el espíritu, en tanto es un principio vivificante del ánimo. La reflexión estética nos da los fenómenos y nosotros debemos crear el concepto al cual subsumirlo. Esto se lleva a cabo por el ejercicio del lenguaje simbólico. De esa manera, los hablantes crean los conceptos pedidos a la existencia para, mediante metáforas, nombrar fenómenos más amplios del mundo y poder entenderse con cualquiera cuya existencia orgánica coincide con la organización natural. Se trata de poder expresar las diversas versiones sobre los textos para ver la diferencia entre *a*) el hombre en estado de naturaleza que se ocupa de satisfacer sus inclinaciones, de manera que entra en la violencia y otros riesgos, y confrontarlo con *b*) el hablante que abandona las inclinaciones para vivificar su espíritu con la posibilidad de comunicar y crear el lenguaje de la autoecoorganización. Sólo así podremos ver la contingencia para decidir y nombrar los fenómenos del mundo.

Todas las intuiciones que son sometidas a conceptos *a priori* son: esquemas o símbolos: “Los primeros proceden demostrativamente, los segundos

¹² Immanuel Kant, *Crítica del juicio*, p. 270.

por la vía analógica. Así un estado monárquico puede ser representado como un cuerpo animado, cuando es gobernado según sus propias leyes populares, pero como una simple máquina, cuando está bajo el dominio del quierres absoluto de uno solo: pero la representación de ambos es simbólica”.¹³ Y nos permite ver la contingencia entre dos situaciones: estar organizados para trascender en la vida futura, o bien, estar bajo una organización que se autodestruye por la violencia.

Son dos técnicas de presentación de lo que es el derecho para que el ciudadano considere. Allí, los hablantes podrán ver con transparencia la opción antisocial y cambiar; incluso comenzar a exigir. Todas las lenguas están llenas de estas presentaciones analógicas que son indirectas y en las que no hay un concepto, sino símbolos para la reflexión y poder nombrar las cosas por parte de los hablantes: “Es decir, hay una transferencia del significado por analogías con el primer objeto de la intuición, al cual tal vez no podrá jamás corresponder directamente una intuición”.¹⁴ Este es el poder de los hablantes o cuarto poder en todos los Estados de derecho surgidos a partir de la Revolución francesa. La soberanía popular, como ciudadanía educada, debería estar debatiendo públicamente las costumbres y no ver cómo se imitan los *shows* de mala muerte.

Son las humanidades las que cultivan estas facultades superiores del ánimo; probablemente, porque la humanidad, de un lado, indica el sentimiento de la universal simpatía; del otro, la facultad de comunicación en modo íntimo y universal. Son dos propiedades que constituyen la sociabilidad conveniente a la humanidad. No puede haber bioética ni bioderecho sin exigencia de libre expresión, de dignidad personal y de derecho a una educación en el progreso del conocimiento. Sin embargo, aunque estos derechos son constitucionales, son sólo de papel. Se hace necesaria una consideración de la pedagogía de las humanidades y de la educación de las juventudes, pues el futuro lo proyectamos en ellas y para ellas.

Se dice que el arte es una finalidad sin fin. Es decir, no tiene fines de conseguir lo agradable o lo bueno de cada individuo según inclinaciones, sino lo bello que a todos gusta, como es el autoentendernos como fines de la naturaleza y acoplarnos a ella. Esto segundo es posible, pues Kant liga el arte con la

¹³ *Ibid.*, p. 324.

¹⁴ *Ibid.*, p. 325.

teleología biológica, pues es la instancia en la cual logramos el arte de la naturaleza. Desligado el arte de la teleología de la naturaleza, “se ha convertido en producción de cosas originales presentadas por las vanguardias artísticas, hasta que pierden su sentido social”.¹⁵ Es decir, ya no se refieren a ningún origen ni fin orgánico de la interespecie, sino a los intereses y gustos de quien paga y puede atomizar imaginarios y hacerlos presos del consumo. Hoy, en vez de ser puntos de comunicación, las piezas del arte se han convertido en fetiches, por lo que las “creaciones” no se incentivan en este sentido.

Es decir, la transformación estética, de superación de inclinaciones personales para identificarnos como organismos dignos que cambian y se acoplan a la finalidad de la naturaleza, debe estar regida por nuestra teleología biológica. Desgraciadamente, esta explosión de iluminismo que suponíamos alcanzar bajo el gobierno de un político moral, persiguiendo la libre acción comunicativa, se ha detenido y producido diversos accidentes por el contradictorio modelado que los estados nacionales han permitido producir a los fundamentalismos religiosos y de mercado. Entonces, contemplamos que los principios de “dignidad”, “libre expresión” para hacer leyes, así como el de “educación en el progreso del conocimiento” son letra muerta dentro de la Constitución. Entonces, en el primer contexto, las ciudadanías del mundo se organizan y crean el lenguaje que se proyecta en el cosmos; en el segundo, la plasticidad se usa para formar individuos consumistas que pueden fabricar basura, así como agredir con bombas. Que el lector decida.

Ya habíamos señalado que si en la modernidad la complejidad se fue en el conocimiento, esta se conservó en la literatura y las artes. Es precisamente en la literatura donde se nos presenta la contingencia. Y esta está pintada por aquellos personajes que están en la evolución orgánica o tienen la finalidad de acoplarse a ella en un concepto de ecología profunda, así como las consecuencias de quien no lo hace. Cada organismo inteligente puede hacer su máscara en su relación con los demás; es decir, puede hacerse una personalidad moral y jurídica, según se esté o no en la interrelacionalidad, o bien, en la individualidad. Los jóvenes deben aprender a discernir.

Si el juicio estético se refiere a una finalidad subjetiva, el juicio teleológico se refiere a una finalidad objetiva. Y esa Kant la supone en la evolución orgánica guiada por Dios, pero no como ser personal que protege a unos contra de

¹⁵ Gianni Vattimo, *Fin de la modernidad*, p. 49.

otros, sino como lenguaje que liga a todos en una praxis. Dios no es nada más que un símbolo de todos aquellos originados en la evolución biológica cuya finalidad es la conservación del futuro orgánico. Para lograr la finalidad de la naturaleza, la razón nos da categorías *a priori*, puesto que es con el conocimiento causal y del imperativo categórico como puede lograrse. De hecho, Kant caracteriza la vida como organización circular o *autopoietica* cuando explica que para que una cosa sea considerada fin de la naturaleza, se requiere que sus partes sean posibles solo mediante una relación con el todo:

Para que un cuerpo sea juzgado en sí mismo y según su interna posibilidad como fin de la naturaleza, es necesario que todas sus partes se produzcan recíprocamente, sea en relación a la forma que a su conexión, produciendo, en fuerza de su propia causalidad, un todo cuyo concepto a su vez podría ser causa del cuerpo según un principio, y podría ser juzgada sea como nexo de causa eficiente que como efecto mediante causas finales.¹⁶

Solo entonces y solo por esto, un tal producto, en cuanto ser organizado, y autoorganizante de sí, podrá ser llamado un fin natural. La naturaleza se organiza por sí misma y cada organismo lo hace también para su autoconservación.

Es a esta finalidad de la naturaleza a la que se subordina el arte para perfeccionarla y expresarla universalmente, de manera que sea autoorganizante del medio ecológico en donde todas las especies vivimos. Es por eso que el que conoce su existencia orgánica (cuerpo) puede nombrar fenómenos más amplios del mundo a partir de analogías; como todo hablante posee esa capacidad metafórica entenderá los términos más allá de su lengua nacional. Esta es la manera en que los hablantes humanizan el mundo y lo organizan para conservar el futuro de las generaciones: el lenguaje significativo que todo organismo racional puede entender para comunicar y conservar su mundo estable. Kant parte de la idea de que somos seres finitos de reproducción sexuada, como los animales: “Es la pareja la que constituye un todo *aún si no un todo organizado en un mismo cuerpo*”.¹⁷

¹⁶ Immanuel Kant, *Crítica del juicio*, p. 344.

¹⁷ *Ibid.*, p. 395.

La evolución no avanza como una causalidad según fines de la naturaleza, dice Kant, por lo que solo podemos considerarla una finalidad hipotética: avanzará en la medida en que nos vayamos autoconociendo como parte de ella y vayamos haciendo el lenguaje que nos autodescribe en la interrelacionalidad del cosmos. Nos habla Morin del principio organizacional:

(...) sabemos que desde un punto de vista sistémico organizacional ‘el todo es más que la suma de las partes’. Ese ‘más que’ son los fenómenos cualitativamente nuevos a los que denominamos ‘emergencias’. Estas emergencias son efectos organizacionales, son producto (producir: traer al ser) de la disposición de las partes en el seno de la unidad sistémica. Por otro lado, si el todo es ‘más’ que la suma de las partes también el todo es ‘menos’ que la suma de las partes. Ese ‘menos’ son las cualidades que quedan restringidas e inhibidas por efecto de la retroacción organizacional del todo sobre las partes.¹⁸

Con esto expresamos que, como hablantes, estamos interrelacionados y tenemos poder asertivo en nuestra identidad como hablantes, pero debemos renunciar a las inclinaciones subjetivas para poder integrarnos y gozar de ese poder. Kant sistematiza todos los conocimientos trascendentales poniendo relevancia a la comunicación y señala que “no podemos descuidar el principio finalístico de los productos de la naturaleza, aunque no nos haga comprensible la génesis del mundo, ya que es un principio heurístico para explicar las leyes particulares de la naturaleza como un sistema integrado”.¹⁹ Y este autoconocimiento y organización a partir de nuestro cambio estético y plasticidad en desarrollo del sistema nervioso y expansión de las percepciones van ocurriendo durante la deliberación y atenúan la trascendentalidad formal de las ciencias para ubicarnos en la trascendencia de la humanidad interespecie en el planeta. Es urgente poner más cuidado en la pedagogía de las humanidades y la literatura, pues de su correcta interpretación depende la civilidad de los jóvenes.

Kant, en su tercera crítica, hizo varias revisiones acerca del estado del conocimiento biológico en su época para poder manifestarse como lo hizo. No

¹⁸ Edgar Morin *et al.*, *Educación en la era planetaria: el pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana*, p. 29.

¹⁹ Hipótesis que da luz a la naturaleza de la Norma hipotética fundamental en Kelsen, y es elemento de la Ideología de los jueces de Ross.

conoció a Darwin, ni los desarrollos de Varela y Maturana, pero se mantuvo atento a los asertos de su tiempo. Yo usaré la teoría de estos científicos para explicar el mundo de la sociedad cosmopolita que se acopla a la finalidad de la naturaleza y la organiza *autopoiéticamente* a partir del lenguaje simbólico que Kant planteaba, y pienso diferenciarlo del mundo de los diversos moralistas políticos que se han cerrado en el conocimiento disciplinario dentro de sus naciones y han entregado el poder que correspondía a las ciudadanías, a los fundamentalismos religiosos y de mercado. Sostengo que solo en un mundo deliberativo pueden emerger la bioética y el bioderecho.

IV. Teoría de sistemas vivos autopoieticos

Seguiremos la guía de la materialidad de la Tierra para llegar a comprender la clave del cambio evolutivo. De acuerdo con los geofísicos, nuestro planeta tiene al menos cinco mil millones de años y una historia de incesante transformación.

Cuando desde el caldo energético inicial surge un movimiento contrario que se configura como un átomo (H), cuando surge el átomo de carbono, pudieron formarse las moléculas y por su plasticidad pudieron entrelazarse circularmente y tomar elementos del medio para conservarse. En ese momento, surgió la vida. Esta no es una chispa divina, sino una forma de organización que consiste en la autoproducción.

Nosotros somos descendientes por reproducción, no solo de nuestros antepasados humanos, sino de antepasados muy distintos que se extienden en el pasado hasta hace más de tres mil millones de años:

Como organismos, somos seres multicelulares y todas nuestras células son descendientes por reproducción de la célula particular que se formó al unirse un óvulo con un espermatozoide y nos dio origen. La reproducción está metida en nuestra historia en relación con nosotros como seres humanos y en relación con nuestros componentes celulares individuales, lo que, hace de nosotros y nuestras células seres de la misma edad ancestral.²⁰

²⁰ Francisco Varela y Humberto Maturana, *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*, p. 37.

“Más aún, desde un punto de vista histórico, lo anterior es válido para todos los seres vivos vegetales, animales y todas las células contemporáneas: compartimos la misma edad ancestral”.²¹

Sabemos que un sistema es un conjunto de procesos dinámicamente relacionados para cumplir una función. Una máquina es un sistema que cumple la función del transporte para la cual fue diseñada. Un organismo vivo también es un sistema. La diferencia es que el primero tiene una función que le dio su diseñador, mientras que el segundo se produce continuamente a sí mismo: el productor es lo producido.

Se entiende por organización las relaciones que deben darse entre los componentes de algo para que se los reconozca como miembros de una clase específica, y por estructura de algo, los componentes y relaciones que concretamente constituyen una unidad particular: “Los organismos vivos se reestructuran internamente a partir de las irritaciones del medio externo, y lo hacen para conservar su organización *autopoiética*”.²² La característica más peculiar de un sistema *autopoiético* es que se levanta por sus propios cordones y se constituye como distinto del medio circundante por su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables.

Junto a las ideas de Varela y Maturana que alimentan la reflexión de Catherine Malabou, tomaremos ideas de ella acerca del concepto de “plasticidad”. Esta investigadora postula que puede venir una resistencia biológica a la biopolítica estatal porque lo “bio”, aunque puede ser considerado como una instancia compleja y contradictoria, designa el vehículo ideológico de la soberanía moderna, lo que la limita, lo que se expande. Espero superar con sus ideas el prejuicio antibiológico en la filosofía para desenmascarar los usos espurios que hacen los gobiernos y clarificar situaciones con el concepto de epigenética.

El primer orden de la vida son las células. Estas reorganizan su estructura interna a partir de las provocaciones del medio externo. El medio ambiente no es causa del cambio estructural interno, pero lo gatilla: a partir de irritaciones del medio externo, una célula se reestructura para conservar la organización que la mantiene constantemente en vida. Esos cambios estructurales, por la ontogenia de la célula, se van agregando a la información del genoma o ADN. En esto radica su plasticidad a través de las filogenias.

²¹ *Ibid.*, p. 38.

²² *Ibid.*, p. 25.

Los científicos explican que el mecanismo que hace de los seres vivos sistemas autónomos es la *autopoiesis*. Sin embargo, la autonomía no los independiza del medioambiente, sino que se van reestructurando a partir de las provocaciones del medio. Entre más autónomo es un organismo, más está interrelacionado con el medio externo. Su organización es tal que su único producto es ellos mismos. El ser y el hacer de una unidad son inseparables, y esto constituye su modo específico de organización.

Cuando las células “perciben” en el medio otros organismos que se mueven recurrentemente igual que ellas, se reestructuran internamente para acomodarse entre sí y conservar su organización *autopoiética*, dando origen a los organismos multicelulares o segundo orden de la vida.

La reproducción ocurre a nivel unicelular. No sólo las células, sino otros organismos para reproducirse lo hacen a nivel de la célula que se conforma con los gametos sexuales. En general, el fenómeno de reproducción consiste en que a partir de una unidad y mediante algún proceso determinado se origina *otra* de la misma clase; es decir, se origina otra unidad que un observador puede reconocer como definida por la misma organización que la original, pero no con la misma estructura, pues esta va cambiando a partir de las provocaciones del medioambiente en cada generación, información que va quedando en los genes. Es así como transcurre el paso del tiempo evolutivo: esa es la autohistoria. Lo que caracteriza al ser vivo es su organización, y “distintos seres vivos se distinguen porque tienen estructuras distintas, pero son iguales en cuanto a organización”.²³

La aparición de la multicelularidad y su movilidad hizo que surgiera una gran biodiversidad de organismos que se reestructuran a partir de las provocaciones del medioambiente diverso en cada punto de la Tierra, y, así, su fenotipo se va adaptando y diversificando. La deriva biológica en un constante fenómeno de plasticidad y acoplamiento el mundo común o ecología en sentido profundo.

A) Genoma humano

Tenemos aquí una definición común: “El genoma es el material completo de instrucciones que rigen la esencia del ser humano, en el que se especifican nuestros rasgos físicos y mentales y contiene las instrucciones de los procesos

²³ *Ibid.*, p. 28.

metabólicos de nuestras células”. Si bien aceptada, esta es una concepción estática, sincrónica y generalizadora del genoma humano, reduccionista incluso al no considerar la dinámica evolutiva y diacrónica de las especies ni la información genética que conlleva. Es producto de un determinismo “comercial”.

Catherine Malabou recurre al concepto de epigenética para poner en entredicho la definición de lo viviente como conjunto de funciones determinantes; segundo, pone en entredicho la definición de lo viviente como programa y, finalmente, hace hincapié en el hecho de vivir y la elaboración de un modo de ser. *Epigénesis* significa, entonces, literalmente, “por sobre o al lado de la génesis”. En el siglo XVII, se usó para designar una teoría biológica que afirma que el embrión se desarrolla mediante una diferenciación sucesiva de partes y se opone así al preformismo. Este último presupone, a la inversa, que el organismo viviente esté íntegramente constituido de antemano, a escala, en el germen.

Queda algo de la epigénesis en la epigenética contemporánea, ya que esta es una ciencia que tiene por objeto cierto tipo de desarrollo progresivo y diferenciado a partir de la cual Malabou pone acento en la plasticidad que el organismo vivo presenta a partir del ambiente. De este modo, “se comienza a denominar como epigenética al estudio de los cambios hereditarios y reversibles en la función de los genes que tienen lugar sin alteración de dicha secuencia”.²⁴ Desde los años setenta del siglo pasado, se aplica al conjunto de mecanismos que controlan la expresión genética vía la transcripción por el ARN y modifican la acción de los genes sin modificar la secuencia de ADN. Pero, si el ambiente es estable, dichos datos epigenéticos pasan a ser parte de la historia genómica. El “giro epigenético” de Malabou nos muestra que genética no es destino. El ambiente natural y preparado por el humano tiene una acción refleja. Comparte la crítica de Varela y Maturana contra las teorías deterministas que miran una información estática.

Para no poner en riesgo la unidad de nuestro ADN, el artículo 1 de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos establece: “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.²⁵ Varios derechos humanos se incluyeron en la Constitución

²⁴ Catherine Malabou, *Una sola vida*.

²⁵ Organización de Naciones Unidas ONU, “Declaración universal sobre el genoma humano”.

mexicana en 2011; desgraciadamente, este no fue uno de ellos. Tampoco fue considerado como tema de conocimiento para la educación nacional.

Sabemos que 99% de los humanos comparte el mismo ADN y solo 1% registra variaciones. Esas variaciones se deben a la igual propiedad de reestructurarse y cambiar que tienen los organismos vivos a partir del contacto con el ambiente externo. Es decir, todos los humanos somos iguales, incluso en nuestras diferencias que hacen a cada uno de nosotros único y original. Por eso el genoma es nuestro patrimonio simbólico.

Sin embargo, que el genoma sea nuestro patrimonio simbólico y que sea la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana no es algo que se difunda o discuta públicamente. No es parte de la educación y el mercado abusa con sus concepciones deterministas que nos ciegan al dinamismo interrelacionado de la vida.

Vemos que, a partir del autoconocimiento, la humanidad podría empuñar su evolución, pero, para hacerlo, debe autoconocerse a través de la educación transdisciplinaria y el debate continuo con el legislador para coordinar las costumbres morales. Pero el poder económico-político no va más allá de la educación disciplinaria y de la definición estática del derecho, pues una ciudadanía ignorante es más manipulable. Desgraciadamente, los sectores educativos no cumplieron con introducir la teoría de sistemas vivos al programa de estudios, por tanto, asienten y festejan cualquier “novedad” que no implique trabajo de investigación.

B) Cibernética

La palabra cibernética viene del griego *kybernetiké*, que literalmente significa “el arte de gobernar”. Esta ciencia fue definida por Norbert Wiener como la ciencia del control y la comunicación en sistemas complejos, como organismos vivos y computadoras.

En la deriva de la vida, desde células, multicelulares vegetales y animales, aquellos más logrados son estos últimos. Todos los organismos son un conjunto de procesos dinámicamente interrelacionados para mantenerse constantemente en vida, pero los animales se han transformado en vista de la aparición y las reestructuraciones del sistema nervioso; la aparición de este fue a partir de la necesidad de movimiento de algunas células que fue conservado en la multicelularidad y potenciado con la formación de un sistema nervioso.

Llamamos locomoción al movimiento de los animales, pero no decimos eso del movimiento de las plantas, pues no lo percibimos en lo inmediato. Los animales se trasladan gracias a que poseen un sistema nervioso. Dentro del organismo se conectan todos los tipos celulares a través del sistema nervioso para mantener estable al organismo: “La particularidad de las conexiones y las interacciones que las formas neuronales hacen posible son la clave maestra del operar del sistema nervioso”.²⁶ Este contribuye en el operar del organismo al constituirse, mediante múltiples circuitos entrelazados, en el sistema que conserva las constancias internas esenciales para la manutención de la organización del organismo como un todo. Es decir, el sistema nervioso opera en clausura y mantiene la estabilidad de las correlaciones internas que están en continuo cambio.

Para explicar el funcionamiento del sistema nervioso, los científicos refieren haber separado de su madre, por unas pocas horas, a un corderito recién nacido para luego devolvérselo. Se vio en el animalito un desarrollo aparentemente normal, pero a la hora en que los demás contemporáneos comienzan a jugar, a hacer cabriolas, a caminar, se observa que no juega con los otros corderos. No sabe y no aprende a jugar. ¿Por qué el borreguito no se integra con el grupo? No se sabe por qué en detalle. Esto revela que su sistema nervioso es diferente como resultado de la privación materna transitoria en el momento en que esta lame todo el cuerpo del crío y provoca que, en el interior de su cuerpo, desde la piel hasta el cerebro, se hagan las sinapsis necesarias que le permitirán coordinar sus extremidades y moverse como todos los otros que sí recibieron las provocaciones del medio, es decir, el “baño” que les dio la madre. Estas interacciones o irritaciones del medio externo son decisivas para una transformación estructural del sistema nervioso y para conservar la organización *autopoiética*. El borreguito que no las recibió no pudo caminar, pues al no haber reconectado redes nerviosas, no tenía capacidad de coordinar el movimiento de sus patas: por tanto, no pudo integrarse a su sociedad instintiva.

Este experimento evidencia que el operar del sistema nervioso es expresión de su conectividad o estructura de conexiones, y que la conducta surge según el modo en cómo se establecen en él sus relaciones de actividad internas. Es decir, el sistema nervioso presenta plasticidad, pues cada organismo

²⁶ Francisco Varela y Humberto Maturana, *El árbol del conocimiento*, p. 104.

recorre una historia de interacciones que resulta de un camino específico de cambios estructurales, que constituye una historia particular de transformación de una estructura inicial en la que el sistema nervioso participa ampliando el dominio de estados posibles. Quien desarrolla su sistema nervioso percibe un mundo más amplio y tiene mayor capacidad de realizar conductas, como el animalito que recibió las irritaciones externas de la lengua materna, de manera que pudo acoplarse a su sociedad; no así el borreguito no desarrollado que no pasará del corral.

El sistema nervioso es plástico: se transforma a partir de información genética, pero también a partir de provocaciones del medio externo y estas reestructuraciones se heredan. Lo que no es posible con las máquinas. Del mismo modo, cada vez que una neurona envía un mensaje a otra, sea del tipo que sea, esta responde modificando la expresión de sus programas genéticos, lo que le permite interpretar el mensaje y actuar en consecuencia. El ambiente ejerce otro papel crucial en el control de la expresión de los genes, a menudo de forma permanente, a partir de experiencias puntuales, lo que condiciona cómo funcionará en el futuro nuestro cerebro y, en consecuencia, influirá en aspectos concretos de nuestra vida mental. El uso público de la razón es adecuado para el iluminismo y la plasticidad creativa del cerebro: al humano le es posible entenderse y moverse en el mundo del cosmos nombrado a partir de metáforas. La cultura es lo que funciona como un exocerebro de la interespecie.

Uno de los datos más impresionantes es que durante el desarrollo del cerebro se producen importantes reconfiguraciones epigenéticas, en especial entre la etapa fetal y la juvenil, que se relacionan con el establecimiento de los distintos grupos de neuronas en las diferentes regiones cerebrales y, también, de forma muy importante, con los procesos de aprendizaje. El aprendizaje no solo condiciona las conexiones neurales concretas que se establecen en el cerebro a través de la plasticidad neural, sino que también influye en la forma en cómo funcionan algunos de nuestros genes. En el funcionamiento genético del cerebro, determinados sucesos que pueden acaecer en la vida de una persona favorecen el establecimiento de algunas modificaciones epigenéticas que, al condicionar el funcionamiento de según qué genes, contribuyen de una u otra manera a la función mental de ese individuo: “Las modificaciones epigenéticas modifican el sustrato sobre el que se va construyendo y recons-

truyendo el cerebro”;²⁷ el sustrato plástico donde queda registrada la historia dinámica y en el cual el organismo se autorreproduce o mantiene constantemente en vida. Pero todo esto supone un contexto deliberativo en la cultura discursiva en donde haya libre expresión.

Con esto se están especificando los diversos fenómenos de plasticidad cerebral que se verifican en la diversidad de ambientes que hemos pintado con el moralista político y el político moral. Los principios de “dignidad” y “libre expresión” para el primero no son importantes; en cambio, para el segundo, son fundamentales. En el primer horizonte, se fomenta el conocimiento disciplinario y la plasticidad se accidenta, se solidifica, se hace mecánica: el sujeto se ciega a la dinámica. En cambio, en el segundo horizonte se fomenta el conocimiento transdisciplinario en la teoría de sistemas vivos para discutir las costumbres de la vida cotidiana en nuestros lugares; de esa manera, puede romper con las inferencias deductivas donde las sanciones son inexorables para depurar los conocimientos disciplinarios y conectarlos para lograr la supervivencia de la especie. Es lo que hemos llamado reflexión. El imperativo categórico, hoy, nos dice que: “Debemos conservar en vida la interespecie”, por tanto, debemos organizarnos *autopoiéticamente* en el lenguaje. Quien quiere los fines, quiere los medios.

Es a partir del autoconocimiento biológico evolutivo, la manera de dar sentido organizativo a las instituciones de la dogmática jurídica, formada a la vez de: a) ideologías religiosas, comerciales, etcétera; b) cuando los hablantes se organizan para la trascendencia en el transcurso de las generaciones. Por ejemplo, el matrimonio, la filiación, las sucesiones, la posesión, la propiedad; mirándolas como formas evolutivas (en vez de costumbres supersticiosas o comerciales). Hacer una vida más integrada a la naturaleza en vez de consumirla. En este ambiente, se da una plasticidad máxima del cerebro, pues se logra autopercepción como parte del todo interrelacionado, interespecie. Esta plasticidad tiene sus resultados en la civilidad de los hablantes interrelacionados. Allí explotan las luces en el cerebro y sistema nervioso, que se acopla al cosmos. Estar incluido en la toma de decisiones de nuestras familias, comunidades, naciones, del mundo en la tierra nos lleva a identificarnos como especie inteligente, responsable del mundo interespecie. Por eso, necesitamos ser ya parte de nuestro exocerebro cultural que organiza su ecología.

²⁷ David Bueno i Torrens, *Cerebroflexia. El arte de construir el cerebro*, p. 129.

Vemos al exocerebro como un conjunto de prótesis, como las expresiones artísticas, literarias, musicales —que tienen como base estructuras simbólicas de comunicación— que pueden ser consideradas como formas por las cuales la conciencia es capaz de expresarse libremente y que toman decisiones que desencadenan procesos causales de gran creatividad, innovadores e irreducibles a explicaciones deterministas. Esto nos conduce al ejercicio de la libertad. El exocerebro es un sistema simbólico de sustitución de circuitos cerebrales que son incapaces por sí mismos de completar las funciones propias del comportamiento mental de los humanos: “El cerebro no es capaz de procesar símbolos sin la ayuda de ese sistema externo constituido esencialmente por el habla, las formas no discursivas de comunicación (como la música, la danza, la pintura) y las memorias artificiales exteriores (desde la escritura hasta el internet)”.²⁸ Sin embargo, hay diversos tipos de exocerebros: aquellos que difunden cultura tecnocrática y verdades como generalizaciones, y, a diferencia, aquellos que se organizan en la deliberación y comunicación continua. Solo en cultura deliberativa y de autoconocimiento emerge la sociedad civilizada que se acopla a la interespecie y encuentra formas de asumir responsabilidades.

Sólo bajo el régimen de un moralista político se podría difundir la mala metáfora de que el sistema nervioso se puede homologar a una computadora. Aunque al igual que una computadora procesa información, el sistema nervioso no ha sido diseñado por nadie, ni se reduce a captar información, más bien, “trae un mundo a la mano al especificar qué configuraciones del medio son perturbaciones y qué cambios gatillan éstas en el organismo”.²⁹ La plasticidad del sistema nervioso del organismo hablante le permite la expansión de la percepción. Pero el autoconocimiento se realiza en el lenguaje simbólico, donde se nombran los fenómenos del mundo común y se da contenido a las leyes. Esto nos lleva a integrarnos a una ecología profunda, no mecánica y tecnificada. Este es un momento de explosión de la plasticidad en el entendimiento y razón.

Malabou, dialogando con Kant, mira la formación del lenguaje a partir del lenguaje simbólico. Esto permite la creatividad y desarrollo de los cerebros a partir de la cultura deliberativa y una adecuada hermenéutica. Eso provoca en los sistemas nerviosos la cerebración y acción sobre el mundo como la especie

²⁸ Roger Bartra, *Cerebro y libertad. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo*, p. 35.

²⁹ Francisco Varela y Humberto Maturana, *El árbol del conocimiento*, p. 113.

responsable de la interrelacionalidad. Es una desgracia la deficiente enseñanza de las humanidades.

Nos dice Bergson que, entre las sociedades instintivas, alguna comenzó a registrar los fenómenos que se repiten, como el día y la noche, las estaciones, etcétera, y de esa manera surgió la inteligencia. Esta es una facultad que proporciona el conocimiento de fuerzas naturales y permite construir tecnologías, como pueden ser los calendarios, el arco y flecha, botes, etcétera. La inteligencia, no obstante, lleva al humano a sentirse poderoso y a individualizarse con la sensación de que puede subsistir solo. Pero, “allí donde la inteligencia amenaza de romper en algunos puntos la cohesión social, surge el contrapeso de la función fabuladora”.³⁰

No es suficiente saber que formamos parte de una familia, un pueblo o nación; es necesario, también, autoconocernos como parte de una misma especie evolutiva y considerar abrir a los grupos cerrados como las familias, pueblos o naciones a esta organización incluyente en la interrelacionalidad planetaria. Es un momento de subvertir nuestra realidad cotidiana, en orden a la conservación de la interespecie, ante los estragos sociales y ecológicos provocados por las naciones que sucumbieron al capitalismo. Buscar una plasticidad cerebral para entendernos en el proyecto del futuro es iluminismo.

Debemos ver en la literatura la posibilidad de organizarnos. No solo con aquella que se debate en la imprenta, sino con aquellas diversas, incluso las redes. La literatura de todos los pueblos; en ella aprenderemos la narración de nuestro autoconocimiento como especie: ¿qué ventajas o no, tienen los soportes técnicos para la autoorganización? ¿Cómo se integran entre ellos?

Podemos contemplar de dos maneras diversas la inteligencia artificial. Si nos reducimos al pensamiento disciplinario, las máquinas podrán sustituirnos. Pero si debatimos sobre nuestras vidas y legislamos en materia de conductas y de nombres, podemos usar las máquinas para comunicar y organizar la Tierra como si fuera un ser vivo. Esta es otro tipo de inteligencia artificial más amigable: solo organiza las voces y debate de los hablantes, no los sustituye, les permite expandir su sistema nervioso y percepción del mundo. Por ejemplo, se puede debatir la propia historia presente en la vida cotidiana de las manzanas de las colonias organizadas, cada una mediante *softwares* con foro público y leyes, para recibir la presentación de las propuestas de alcal-

³⁰ Henri Bergson, *Le due fonti della morale e della religione*, p. 101.

des para que sean consideradas y, en su caso, aceptadas o rechazadas. En los bienes públicos de las naciones, organizar las empresas mediante *softwares* que permitan ver lo que ocurre dentro de momento a momento, a todos lo que ocurre, con puestos institucionales para denunciar las irregularidades de esos procesos y actuar. También se podrían organizar transdisciplinariamente las escuelas con varias estrategias. Y habría un control más eficaz del trato entre los sexos, con la denuncia oportuna de ilícitos en las relaciones laborales, pues las cosas que suceden en el trabajo podrían ser denunciadas al momento y el cuerpo social entraría en guardia observando y eventualmente hablando. Habría una convergencia entre la literatura y los nuevos medios para comunicar mediante nuevas textualidades. En todos los dispositivos discursivos, las personas tendrían capacidades creativas. Hoy podríamos extender la iluminación y modelación de los cerebros humanos en las ciudadanías del mundo. Hoy podríamos reorganizar las universidades para lograrlo.

La comunicación lleva a las sociedades instintivas e inteligentes a coordinar sus costumbres en una civilidad sobre el planeta. La razón nos da categorías del conocimiento con el cual lograr dicha trascendencia. Kant planteó el principio de “dignidad” y el principio de “libre expresión” como principios constitucionales fundamentales para constituir una sociedad que se acopla a la naturaleza evolutiva. Es allí donde emerge la sociedad civil cosmopolita, que ha desarrollado su percepción del mundo y ha resemantizado las palabras para expandirlas y nombrar nuestras realidades sobre el planeta, más allá de la “postverdad” de naciones y empresas. Veremos a la sociedad civil cosmopolita a través del sentimiento de dignidad personal como representación de su existencia orgánica como un fin en sí mismo, no como medio. Este organismo racional se puede acoplar a la ecología profunda vista como la interrelacionalidad en la que estamos: es allí donde ocurre la máxima plasticidad de los organismos en orden a la coordinación de conductas y conservación en la paz. Podemos usar las máquinas con la finalidad de acoplarnos a nuestro mundo interrelacionado y para pacificar pequeños entornos; es la vida cotidiana la que debemos transformar. Ojalá adquiramos conocimientos cibernéticos para realizar esta organización ecológica. Toca a la educación pública y comunicación.

C) Medioambiente

Las ciencias ambientales, señala Arne Naess, sólo han tratado de remediar algunos síntomas del malestar ecológico: controlar la contaminación y buscar formas sustentables de extracción de los recursos naturales a través de la tecnología. Esta aproximación tecnócrata, dice el filósofo noruego citado líneas arriba, es una “ecología superficial”, es decir, disciplinaria, y no cuestiona el sistema político, económico y valórico que genera los grandes problemas ambientales, y se alimenta de las ciencias deterministas; asimismo, está al servicio del *statu quo* defendido por las industrias y modelos políticos y económicos imperantes, que además la financian. En contraste, Naess introduce el término “ecología profunda”, que se ocupa de las causas culturales subyacentes a la crisis ambiental y mantiene una postura crítica frente a los supuestos metafísicos, sistemas políticos, estilos de vida y valores éticos de la sociedad industrial.

Desencantada del modelo de desarrollo y ante la falta de solidaridad entre las naciones, entre los seres humanos y en su relación con otros seres vivos, la ecología profunda propone cambios culturales y políticos que conduzcan hacia una ética social y ecológicamente virtuosa. El ser humano es una especie componente del ecosistema dentro del cual desempeña un papel fundamental en su interacción con otras especies de depredadores, herbívoros, plantas, algas y hongos porque puede acoplarse al entorno y autoorganizarse interrelacionándose. Para Naess: “La biodiversidad aumenta las potencialidades de sobrevivencia, las probabilidades de nuevos modos de vida y la riqueza de formas”.³¹ En cambio, el conocimiento disciplinario aumenta la probabilidad del desastre.

Nos dicen Varela y Maturana que la humanidad se organiza *autopoiéticamente* (autososteniblemente) a partir del lenguaje significativo. Más allá de las lenguas nacionales, está el lenguaje de la humanidad, que es un fenómeno social que surge hablando. Comparamos al gorila y al humano y vemos que son iguales en 98% de su material genético. La diferencia entre estas dos especies radica en la posibilidad de los humanos de hablar y formar una cultura. Los animales carecen de facultades de simbolización; en cambio, la humanidad ha creado lenguajes a partir de esta capacidad metaforizante.

³¹ Ricardo Rozzi, “Ecología superficial y profunda: filosofía ecológica”.

No estamos hablando de una disciplina determinista de la ecología basada en las tecnologías industriales, sino de la integración de una nueva “dimensión ambiental” que nos integra en la complejidad del mundo. Enrique Leff nos dice que el:

(...) ambiente es la falta incolmable y no totalizable de conocimiento donde anida el deseo de saber, que anima un proceso interminable de construcción de saberes que orientan acciones hacia la sustentabilidad ecológica y la justicia social; que generan derechos y producen técnicas para construir un mundo sustentable, con base en otros potenciales, conforme a otros valores, restableciendo la relación creativa entre lo real y lo simbólico, abriéndose al encuentro con la otredad.³²

Es decir, aquello que llamamos ecología es una dinámica de autocreación, y la conocemos a la vez que nos autoconservamos a partir del lenguaje simbólico, del lenguaje teórico y de las políticas adecuadas para gozar igualmente de los derechos humanos. La ecología profunda no es una disciplina más que supone que controlará el desorden ecológico actual con tecnologías. La ecología profunda es, más bien, el orden y futuro humano. Es el iluminismo pleno del que se autoobserva y reflexiona.

La visión holística de la ecología concierne a la complejidad como interrelacionalidad de la biodiversidad. La ecología profunda ha contribuido a la integración interdisciplinaria. Allí se discute el mundo de la vida, el nacimiento, la reproducción, la muerte, la dignidad, la trascendencia, los valores, la creatividad.

La modernidad se ha detenido en su evolución con la ideología de las ciencias experimentales cuando niegan la transdisciplina surgida en el autoconocimiento biológico evolutivo. Cerrarse en el conocimiento disciplinario en detrimento de la cultura detiene los juegos del lenguaje y propicia la autodestrucción.

³² Enrique Leff, *Aventuras de la epistemología ambiental. De la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, p. 11.

V. Conclusión bioderecho

El pensamiento kantiano de la *Crítica del juicio*, ya es pensamiento complejo. No es determinista, sino que nos señala dos posibilidades de formaciones sociales con la diferenciación entre el moralista político y con el político moral. Malabou también hace conocimiento de la contingencia. Ella sostendrá una resistencia simbólica en la biología misma, una resistencia que la vida misma ejerce simultáneamente contra su polimorfismo y su fijación. Si no se advierte que lo simbólico es el nombre de los juegos diferenciados que la vida juega consigo misma, sin nunca fragmentarse o dividirse a sí misma, se pierde de vista el alcance revolucionario de las técnicas de clonación o de los mecanismos epigenéticos que se están revelando.

La filosofía tiene un prejuicio antibiológico. Hoy vemos que se ha borrado el límite entre sujeto político y sujeto viviente. Foucault puso en evidencia la desaparición de ese límite cuando marcó el nacimiento de la biopolítica lo cual dio forma al rasgo característico de la soberanía moderna: “En el umbral de la modernidad, el poder se ejerce, en los ‘procesos de la vida’ y se emprende la tarea de controlarlos y modificarlos”.³³ Ahora bien, el devenir político de los conceptos biológicos va en un solo sentido: aquel del control, de la regulación de los individuos y de las poblaciones. Parece estar establecido que no puede existir una resistencia *biopolítica* a la *biopolítica estatal y comercial*.

Sin embargo, con el concepto de epigenética, la relación entre genes es de traslado de la información que determina las características fenotípicas del organismo. No hay una relación de causalidad. Genética no es destino; este podemos tomarlo en nuestras manos. Con ella, ya tenemos una resistencia de la biopolítica contra la biopolítica oficial. Dichos descubrimientos, que en gran medida siguen siendo ignorados por los filósofos, son susceptibles de renovar la cuestión política. Se puede demostrar a partir de dos categorías centrales. La primera es la de *epigenética*; la segunda, la clonación, según dos campos operativos: la reproducción asexual y la regeneración, o autorreparación. El primer concepto refuta el determinismo: el ambiente influye en la información genética; la segunda será de discutirse en un mundo devastado, como el que ya estamos viendo.

³³ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*, p. 172.

Los filósofos, con su descuido del autoconocimiento biológico, dejan esta esfera en la posibilidad de ser manipulada sin conocimiento de los riesgos y peligros provocados por el poder industrial. O, aunque se conozcan dichos peligros, que ya no puedan revertirse. La filosofía contemporánea porta la marca de la preeminencia no criticada y no deconstruida de la vida simbólica por sobre la vida biológica. La vida simbólica es aquella que excede a la vida biológica y que le confiere un sentido. Ella designa la vida espiritual, la vida como “obra de arte”, la vida como cuidado de sí y formación del ser, que desprende nuestra presencia en el mundo de su pura dimensión natural y oscura. Pero dichos juegos del lenguaje han sido suprimidos. Recordemos, con Kant, que el arte se subordina a la teleología biológica; desligado de ella, puede obedecer a inclinaciones.

Tanto la epigenética como la clonación son conceptos ligados por un conjunto de relaciones complejas que sitúan lo viviente como centro de interacciones. En la epigenética, las interacciones tienen lugar entre dos sistemas de transmisión de la información hereditaria: tanto en el nivel del desarrollo individual (desarrollo ontogenético), como en el nivel de la perpetuación de los caracteres de la especie (herencia filogenética). Cada uno de estos casos hace aparecer al viviente como una estructura abierta en la cual se cruzan regímenes plurales de transmisión de la memoria y del patrimonio génico.

Hay que pensar “lo que hay de más vivo y de material en los cuerpos” como un espacio de juego, un dinamismo formativo y transformativo de la identidad orgánica que operan en la economía misma de lo viviente y no fuera de ella. Esto lo estudia a través del concepto de plasticidad. Convivió con Butler, estudiando ambas la plasticidad; esta acabo por transformar los cuerpos con una nueva nomenclatura: entre la regla y la excepción, normalizó esta y la regularidad pasó a ser la excepción. Malabou observó la plasticidad, pero aceptó que hay límites impuestos por la evolución biológica.

La herencia epigenética es hoy indiscutible. La noción de historia epigenética remite finalmente a la manera en la cual las modificaciones del patrón de los genes dependen no solo de factores internos y estructurales, sino también de factores ambientales. Las modificaciones epigenéticas efectivamente tienen la particularidad de ser heredables de una generación celular a otra, lo que complejiza la idea de evolución y revela la multiplicidad de sus dimensiones. Podemos transformarnos si nos identificamos, como sucedería con el político moral kantiano, que pone las condiciones culturales y de transformación

de las vidas cotidianas y procura el desarrollo cerebral y la toma de posesión de sí mismos, a cada uno, como sujetos libres y responsables de sus cuerpos dentro de la comunidad humana. Las células tienen la facultad de memorizar los cambios estacionarios. No solo las células animales, sino también las vegetales. La comunicación pone en acto ciertas posibilidades con precedentes del organismo y estas se heredan. Bajo el moralista político, incluso las neurociencias son deterministas: solo se mira aquello que es unidireccional y definitivo de la diferenciación celular, del programa y de la impronta.

Hoy es precisamente el carácter unidireccional y definitivo de la diferenciación celular lo que se pone en duda. En otros términos, el asunto se sostiene en la posibilidad de remontarse a un tiempo anterior a la diferenciación celular cuando surge orden, pero no hay huella del sentido. No hay huella; sin embargo, hubo dinámica. En la evolución, los mamíferos han perdido en gran medida la posibilidad de reparar naturalmente todo o parte de su cuerpo, lo que denominamos regeneración. Por esta razón, el descubrimiento de las células madre, susceptibles de reparar, reformar o regenerar órganos o tejidos lesionados, imprime a la mirada una doble dirección, conjuntamente hacia el futuro y hacia el pasado. Hacia el futuro, es decir, hacia la puesta a punto de técnicas destinadas a la utilización médica de estas células mamíferas. Hacia el pasado, ya que la regeneración es una propiedad muy antigua, atada a los animales primitivos, como la hidra, la plenaria y la estrella de mar.

Hacia el futuro, Malabou piensa en un iluminismo del sistema nervioso que se expande. Una resimbolización más adecuada a los cuerpos y su plasticidad para acoplarse a la dinámica biodiversidad. Un debate humanista sobre la gran literatura, que lleve a los hablantes desde el primitivo en estado natural, hacia la civilidad de costumbres que lo acopla a la organización ecológica terrena es lo que necesitamos. Este es el sentido de la bioética y el bioderecho. No son conocimientos disciplinarios, parcializados, ciegos y hasta “populistas”. El bioderecho presupone la visión holística de la ecología interrelacionada a partir del debate sobre las costumbres coordinadas para conservar el futuro de la interespecie. Por eso es interdisciplinaria. Allí se discute el mundo de la vida, el nacimiento, la reproducción, la muerte, la dignidad, la trascendencia, los valores, la creatividad y todos podemos mirar la contingencia.

Eso hace Malabou con relación a Moisés. Freud realizó dos observaciones para analizar la masculinidad y la paternidad. El primer bosquejo es en el “Moisés y la religión monoteísta”. Allí Moisés descubre la idolatría de su pue-

blo y se violenta en contra de ellos. Está colérico y los acusa mientras las leyes están por caer: “El patriarca parece un capataz que maltrata a un esclavo”.³⁴ En cambio, en el “Moisés” de Miguel Ángel, hay un Moisés sereno, tranquilo, que se abstiene de destrozar las tablas, refrena su ira, domina sus pasiones, aparece como el contrario del retrato bíblico. Hay una ambivalencia en la figura de Moisés y el destino de la ley está supeditado entre ambos polos. Son dos posibilidades y son contingentes.

Malabou observa al Moisés de Miguel Ángel, está en majestuosa calma. No se pone de golpe de pie y arroja las tablas. Su imagen es de cuando ya superó la cólera y la intención de venganza. Superó la tentación y permaneció sentado con dolor. Recordó su misión y cuidó las tablas de la ley, renunciando a la satisfacción de sus inclinaciones. Miguel Ángel cristianiza a Moisés y lo identifica con Julio II, como padres fundadores. Así, en “Moisés y la religión monoteísta” se afirma la religión del padre que forma al hijo.

Esto sucede porque el poder es plástico. En esta ambivalencia de imágenes se ve una real aptitud para la transformación del concepto de poder. De hecho, se asiste a una plasticidad de lo masculino y la paternidad. No se trata de lo masculino y femenino, sino de lo masculino, y lo masculino siendo de dos diversas maneras que aquí se desdoblán y plantean una posible transexualidad. El paso del padre castrante al padre simbólico.

Es allí donde Freud establece el paralelo entre la historia de un pueblo y la psique individual, mostrando la posible identificación de un pueblo con su padre, su legislador y su dios. Aquí el tema del asesinato del padre es fundamental: los seres humanos han sabido siempre que antaño poseyeron un padre primordial y lo mataron. Un padre colérico es la ocasión de repetir el parricidio. La religión procede de este asesinato y su negación del arrepentimiento de tal y su represión.

Sin embargo, gracias a Miguel Ángel, “también hay un Moisés que reprime este poder, más bien extrae su poder de la represión de su poder”.³⁵ Es como si Moisés cambiara de carne y cambiara de sexo sin dejar de ser vigorosamente masculino. Vemos cómo el sexo feroz del macho cambia hacia el sexo civil. Este es el transhumano posible por la identificación en las leyes y el discurso. Este es el padre con quien se identifican los hijos, los gobernados

³⁴ Catherine Malabou, *La plasticidad en espera*, p. 37.

³⁵ *Ibid.*, p. 45.

y cada uno toma posesión de las pasiones de su cuerpo y logra ser libre y responsable por él y por la naturaleza. Estos son los valores y conocimiento del bioderecho. Así como Moisés transforma su cuerpo, sin dejar de ser el mismo, los hijos y gobernados cambian: se pacifican. En esta situación ¿Por qué habrían de matarlo los judíos? Más bien se identifican con él. Estas imágenes son provocaciones que vienen del exterior y que hacen cambiar a cada uno de los hijos y sujetos, así como al patriarca: frente a la escultura de Miguel Ángel, se ve la plasticidad de su sistema nervioso; Moisés se controla perfectamente y restituye las leyes; los fieles se identifican con él y se transforman igualmente. El iluminismo del cerebro y de la palabra de la ley los identifica. Se puede hablar, intervenir, escuchar, cambiar y desarrollar juntos el sistema nervioso interpretando la ley y poniendo nombres a los fenómenos del mundo. Es posible que se puedan autoobservar como parte de la misma especie en un mundo común y exhorten a los demás a hacerlo. Se multiplican los juegos del lenguaje y la creatividad; y, aunque son inconmensurables, conservan el aire de familia biológica sobre el planeta.

En cambio, en el Moisés colérico, los hijos y pueblo se supeditan a él y viene la tentación del parricidio o sujeción. No hay identificación en los cambios, no hay identidad por desarrollo del sistema nervioso; la percepción de cada uno es de su dependencia con el padre castrante, por lo que no hay más que eliminarlo. No tienen otra percepción del mundo más que su relación dual con el padre. Son reactivos no propositivos. Ejercitan contra él la misma fuerza que han sentido sin lograr identificarse entre ellos. No logran percibir el mundo, no ha habido desarrollo nervioso. No toman posesión de su cuerpo controlando inclinaciones; no tienen cosas, ni mujeres; su plasticidad se estatiza. Todos estamos a disgusto: tenemos nostalgia del pasado y melancolía de un futuro no alcanzado. No se ha transitado hacia la conciencia de estar en la dinámica interrelacional: pero se tiene melancolía de lo no conocido. Bajo un régimen de moralista político, estas necesidades son captadas por el mercado para ofrecer ilusiones y productos con obsolescencia programada.

No es posible hablar de bioética ni de bioderecho sin el conocimiento de la contingencia. Bajo el moralista político, tanto uno como el otro concepto no pasan de ser moda; en cambio, en el contexto de un político moral, tanto la bioética como el bioderecho se llenan de significado a partir de la deliberación de los hablantes que edifica la civilización y funciona produciendo paz.

Se hace necesario asumir la contingencia para poder reflexionar cómo vamos a afrontar las posibilidades de las nuevas tecnologías, relacionándolas con la conservación del futuro de la interespecie y no solo con demagogia y populismos.

Sin los conceptos de bioética y bioderecho, derivados de un conocimiento complejo de la dinámica interrelacional, no podremos afrontar la diseminación de las tendencias de las tecnologías actuales para desarrollar medicina individualizada, en detrimento del derecho a la salud que es un derecho humano y social. El constitucionalismo comienza conociendo el significado de la comunicación y plasticidad de la persona y su cerebro. Solo sabiendo esto podemos hablar de bioética y bioderecho y, desde este punto de vista, juzgar la fundamentalidad de los principios de “libre expresión”, “dignidad” y “educación” en el progreso del conocimiento, pues solo ellos producen la civilidad y la paz.

Por eso, propongo que el bioderecho sea definido complejamente a partir de varios discursos diversos, pero íntimamente entrelazados: *a)* el lenguaje simbólico con el que se discute con el legislador sobre las instituciones dogmáticas y se exigen los principios expresando metáforas de la propia existencia; *b)* políticas obligatorias para los gobernantes de comunicación pública e inclusión a la toma de decisiones, garantizando el goce igualitario de los derechos de los hablantes, y *c)* la teoría como sistema de conocimientos universales que recibe su contenido de la liga que tiene sobre los otros discursos. Así se supera el trascendentalismo determinista kantiano.

Definir disciplinariamente el derecho como “orden coactivo de la conducta” significa dar poder a las naciones y empresas para hacer leyes sobre el uso y concesionamiento de dichos nuevos saberes de la biología. Mejor busquemos la práctica hacia la trascendencia y superemos el determinismo trascendentalista kantiano. Se trata, con el conocimiento transdisciplinario, de darle al ciudadano del mundo la mejor formación que admitan sus capacidades y disposiciones, haciéndolo, en todo lo posible, capaz de producir y gozar. Y se trata de dirigir las tecnologías para transitar a la sociedad civil que se acopla al planeta con sus costumbres: este es criterio para transformar cuerpos y cambiar nombres en orden a la conservación interespecie. No dejemos que el capitalismo se apropie de nuestro futuro; todos debemos participar en la construcción del futuro.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Bartra, Roger. *Cerebro y libertad. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo*. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Bergson, Henri. *Le due fonti della morale e della religione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1979.
- Bueno i Torrens, David. *Cerebroflexia. El arte de construir el cerebro*. Barcelona, Plataforma actual, 2016.
- Delgado Díaz, Carlos Jesús. *Hacia un nuevo saber, la bioética en la revolución contemporánea del saber*. Colombia, Universidad El Bosque, 2008.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*. México, Editorial Siglo XXI, 1976.
- Kant, Immanuel. *¿Qué es la ilustración? Filosofía de la historia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- _____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Ediciones Espasa Calpe, 1983.
- _____. *La paz perpetua*. México, Porrúa, 1975.
- _____. *Crítica del juicio*. Torino, TEA Classici, 1995.
- _____. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Dirección General de Publicaciones, México, UNAM, 1968.
- Leff, Enrique. *Aventuras de la epistemología ambiental. De la articulación de ciencias al diálogo de saberes*. México, Siglo XXI Editores, 2006.
- Malabou, Catherine. *La plasticidad en espera*. Chile, Editorial Palinodia, 2010.
- _____. *Una sola vida*. (Trad.) Cristóbal Durán, Facultad de Educación y Ciencias Sociales, Universidad Andrés Bello.
- Morin, Edgar. *Introducción el pensamiento complejo*. Barcelona, Gedisa, 1995.
- _____. Emilio Roger Ciurana y Raúl Domingo Motta. *Educación en la era planetaria: el pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana*. Elaborado para la UNESCO, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2002.
- Varela G., Francisco y Humberto Maturana Romesín. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Argentina, Lumen, 2000.
- Vattimo, Gianni. *Fin de la modernidad*. Barcelona, Gedisa, 1983.

Electrónicas

- ONU. “Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos”. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>
- Rozzi, Ricardo. “Ecología superficial y profunda: filosofía ecológica”. *Revista Ambiente y Desarrollo* de CIPMA. Santiago de Chile, 2007. https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24676w/Ecologia_superficial_y_profunda_Filosofia_ecologic.pdf.

Principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano

Celso Escobar Salinas*

Resumen:

El presente artículo tiene como objetivo analizar las dimensiones de los principios jurídicos implícitos, considerándolos como normas-puente entre el mundo expreso y subyacente del derecho. Tradicionalmente, se les ubica en un ámbito estrictamente judicial; sin embargo, este estudio plantea la posibilidad de su presencia y expansión en todo el sistema jurídico, por ejemplo, en la forma, funciones, límites y operatividad del Estado. Esta investigación siguió la siguiente estrategia metodológica: 1) análisis teórico de los principios jurídicos en general; 2) indagación teórico-metodológica sobre los principios jurídicos implícitos, y 3) estudios de caso con los que fue posible identificar algunos principios jurídicos implícitos que sostienen el funcionamiento del Estado neoliberal mexicano.

Abstract:

This article aims to analyze the dimensions of implicit legal principles, considering them as “norms-bridge” between the express and underlying world of Law. Traditionally, they are placed in a strictly judicial field, however, this study raises the possibility of their presence and expansion throughout the legal system, for example, in the form, functions, limits and operability of the State. This research followed the following methodological strategy: 1) theoretical analysis of legal principles in general; 2) theoretical-methodological inquiry into the implicit legal principles, and 3) case studies with which it was possible to identify some implicit legal principles that sustain the functioning of the Mexican neoliberal state.

Sumario: Introducción / I. Naturaleza, funciones y tipología de los principios jurídicos / II. ¿Qué son los principios jurídicos implícitos? / III. Tesis de Josef Esser y Ronald Dworkin / IV. Tesis de Herbert Hart y Juan Pablo Alonso / V. Los principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano / VI. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM. Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-A., Investigador de la UAEMEX. Profesor de la Facultad de Derecho, FES Acatlán, UNAM.

Introducción

La perspectiva teórica que concibe el derecho como un medio único para la solución de las problemáticas sociales, así como una especie de monolito de normas jurídicas blindado ante las injerencias de factores económicos, sociales y políticos, es decir, el positivismo jurídico, pareciera que ya no alcanza a dimensionar y dar respuesta a la desafiante realidad social del siglo XXI.

Sin embargo, de manera paradójica, la mencionada filosofía sigue siendo preponderante en el Estado contemporáneo, en virtud de ser la base con la que se legitiman, sustentan y replican los ordenamientos jurídicos vigentes. Dicha situación se puede observar en diversos países en los que existe un notable incremento en el cúmulo de legislaciones, jurisprudencias, tratados internacionales y principios jurídicos con los que se intenta dar atención a las demandas de la sociedad. Por ejemplo, en México, a partir de las reformas constitucionales de junio de 2011 relativas a derechos humanos y sus garantías, así como juicio de amparo, se acrecentó de manera exponencial el universo jurídico con la aspiración de mejorar las condiciones de la población.

Tal desarrollo normativo, inclusive, ha orientado a varias instituciones educativas de enseñanza del derecho a modificar sus planes de estudio. Verbigracia, en algunas universidades mexicanas para poder integrar los nuevos contenidos y estar a la vanguardia, comenzó el desplazamiento de asignaturas nodales para las nuevas generaciones de juristas, como la historia, la política y la filosofía, bajo los argumentos de falta de espacio y tiempo para estudiar todo el universo normativo, por lo que sólo se dejaron las materias con un estricto contenido jurídico.

De esta forma, el derecho, comprendido como un cúmulo de normas jurídicas complejas, sistémicas y dialécticas, continúa estudiándose desde una postura estrictamente positivista que valida oficialmente y desde múltiples frentes un mundo de explicitud jurídica, con lo que se soslaya una amplia veta de implícitud presente en los sistemas jurídicos.

En este orden de ideas, la presente investigación tiene como objetivo analizar las dimensiones de los principios jurídicos, concretamente los implícitos, considerándolos como normas-puente entre el mundo expreso y el subyacente del derecho, los cuales se encuentran presentes no solo en la dimensión judicial, sino que se expanden a las múltiples dimensiones del mundo normativo,

por ejemplo, en la forma, funciones, límites y operatividad de las diversas instituciones del Estado.

Para lograr el objetivo, se estableció la siguiente estrategia metodológica. En la primera parte, se revisa el concepto, funciones y tipología de los principios jurídicos en general. En la segunda sección, se analiza la naturaleza de los principios jurídicos implícitos, haciendo un estudio sobre las tesis de Josef Esser y Ronald Dworkin, así como las de Herbert Hart y Juan Pablo Alonso. Y en la tercera parte, se realiza un estudio de caso en el que se identifican y ponderan principios jurídicos implícitos que sostienen la operatividad del Estado neoliberal mexicano.

I. Naturaleza, funciones y tipología de los principios jurídicos

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (RAE), la palabra principio (del latín *principium*¹) tiene múltiples acepciones: “1. Primer instante del ser de algo. 2. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa. 3. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. 4. Causa, origen de algo. 5. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.²

De manera concreta, la RAE señala que sobre el concepto principio de derecho debemos comprender la “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”.³

Como se observa, la naturaleza de los principios jurídicos es vasta y compleja, pues no es posible reducirla a una sola esencia. Al respecto, Félix Morales Luna⁴ considera que podemos comprenderlos de la siguiente forma:

1. Son normas muy generales que regulan asuntos significativos y trascendentes.

¹ De acuerdo con Jiménez Cano, la palabra *principium* está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa “lo antiguo” y “lo valioso”, y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* —tomar—, y en el sustantivo *caput* —cabeza—. Roberto M. Jiménez Cano, “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”, p. 2.

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

³ *Ibid.*

⁴ Félix Morales Luna, “Principios jurídicos y sistemas normativo”, p. 150.

2. Son normas redactadas en términos particularmente vagos.
3. Son normas programáticas o directrices.
4. Son normas que contienen los valores más relevantes del sistema jurídico.
5. Son normas dirigidas a las instancias de aplicación del derecho.
6. Son normas *regula iuris*, es decir, axiomáticas.

Lo anterior nos lleva a distinguir entre principios jurídicos y legislaciones. Al respecto, son dos especies de normas jurídicas. Para Félix Morales Luna, los principios jurídicos están presentes en el propio sistema jurídico, además, acota:

(...) no son importaciones de un orden, anterior o superior, a cualquier ordenamiento como una emanación directa del Derecho Natural. Por el contrario, los principios son enunciados de un determinado ordenamiento que coexisten con las reglas, pero, cumplen funciones distintas en la medida en que su formulación permite una mayor capacidad de actuación al operador del Derecho, mediante la argumentación.⁵

En este sentido, a las reglas ante determinados hechos se les da una aplicación o no, es una especie de “todo o nada”. En el caso de los principios jurídicos, nos dirigen a soluciones que necesariamente se deben ponderar por el juez y, por ende, apoyarse en los necesarios y relevantes.⁶

Conforme lo anterior, José Antonio Ramos Pascua señala que: “(...) los principios no son, sino propiamente normas o, mejor, reglas en sentido estricto, sí al menos ‘orientaciones’ o ‘directrices’ de carácter general y fundamental”.⁷

Entonces, podemos considerar que las características esenciales de los principios jurídicos son: 1) fundamentalidad, 2) generalidad y 3) vaguedad. Por lo que respecta a la fundamentalidad, esta significa que su modificación nos lleva a una trasmutación del resto del ordenamiento. La generalidad se refiere al campo donde es posible su aplicación. En referencia a la vaguedad, ocurre ante ambigüedades e indeterminaciones de las normas.⁸

⁵ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 72 y ss., *apud Morales Luna, op. cit.*, p. 152.

⁶ José A. Ramos Pascua, “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, p. 271.

⁷ *Loc. cit.*

⁸ Ramón Ruiz Ruiz, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, p. 147.

Ahora bien, los principios jurídicos en los sistemas normativos desempeñan importantes funciones. Una de las más relevantes es el sostenimiento de la estructura del Estado en aras de cumplir con sus obligaciones, es decir, conecta los principios explícitos previstos en las legislaciones con los implícitos. Al respecto, es pertinente señalar que los principios ayudan a la resolución de controversias jurídicas, pero no sólo eso, sino también a la materialización en general de las cláusulas del pacto social.

Conforme esta visión, es posible considerar que los principios jurídicos son nodales para la operatividad de los sistemas normativos, pues son un puente entre el mundo del deber ser y la realidad a la que se aspira regular, y que se halla contenida en el mundo del ser; así como entre lo explícito y lo implícito.

Por su parte, Juan Ruiz Manero⁹ plantea que los principios jurídicos tienen las siguientes funciones:

1. *Función interpretativa.* Ayuda a resolver el sentido de las normas jurídicas si se da la existencia de dudas o controversias.
2. *Función integrativa.* En caso de lagunas, proporciona los criterios por seguir dentro del marco jurídico.
3. *Función directiva.* Orienta la actividad de legisladores, jueces y todos aquellos involucrados para decidir sobre el sentido normativo.
4. *Función limitativa.* Refiere los límites competenciales de los órganos del Estado para su eficacia jurídica y administrativa.

Dada la complejidad de los principios jurídicos, existen en la doctrina múltiples criterios para su clasificación. Al respecto, uno de los más relevantes es el propuesto por Luis Prieto Sanchís,¹⁰ quien sugiere categorizarlos en: 1) principios explícitos, 2) principios implícitos y 3) principios extrasistémicos. Estos se caracterizan de la siguiente forma:

1. *Principios explícitos.* Son los expresamente recogidos por alguna disposición normativa. Se hallan en fuentes determinadas del sistema jurídico. Se pueden considerar razones que permiten resolver asuntos litigiosos.

⁹ Morales Luna, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰ Luis Prieto Sanchís, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, apud Morales Luna, *op. cit.*, p. 152.

2. *Principios implícitos*. Son aquellos que se extraen (por deducción o inducción) de lo establecido en normas expresas. Se les considera como directrices no perentorias ni aisladas.¹¹ Al respecto, Félix Morales Luna señala: “(...) de un grupo cualquiera de normas que tengan algo en común pueden inducirse así diversos principios, por lo que el recurso a los mismos indudablemente concede al operador jurídico (en especial al juez) mayor discrecionalidad que en la interpretación de textos normativos estables”.¹²
3. *Principios extrasistémicos*. También se denominan inexpresados, y son los formados a partir de la norma suprema o de filosofías políticas y/o morales en las que se respalda el sistema jurídico.

II. ¿Qué son los principios jurídicos implícitos?

En los sistemas jurídicos existen normas implícitas, las cuales han motivado un intenso debate en la doctrina para comprender su naturaleza. De acuerdo con Riccardo Guastini, este tipo de disposiciones son identificadas en el lenguaje jurídico como normas no expresas, por ende, no se hallan de manera escrita en el derecho vigente. Así, Guastini refiere que tales ordenanzas “(...)no pueden ser reconducidas a precisas disposiciones en cuanto significados de éstas”.¹³

En tal sentido, Riccardo Guastini considera que una norma no expresa es fruto del razonamiento de los intérpretes; concretamente, de: inferencias válidas cuyas premisas provienen de normativas explícitas. No obstante, Guastini reconoce que otros razonamientos no expresos carecen de esas propiedades: “(...) no son inferencias lógicamente válidas (en la mayoría de los casos son entimemas) y/o representan premisas que no son normas expresas”.¹⁴

Podemos, entonces, señalar que los principios jurídicos implícitos son construidos por las autoridades facultadas para tal efecto, mediante un procedimiento lógicamente arbitrario, a partir del material que le ofrecen las pro-

¹¹ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 13, apud Morales Luna, *op. cit.*

¹² *Ibid.*, p. 153.

¹³ Riccardo Guastini, “Derechos implícitos”, p. 1.

¹⁴ En nuestros pensamientos cotidianos, no enunciamos de modo expreso las dos premisas para obtener la conclusión. Nos parece obvia alguna de ellas y deducimos de inmediato la conclusión. El entimema es un silogismo simple al que se le han suprimido alguna de las dos premisas.

pías normas jurídicas válidas. De esta forma, José Antonio Ramos Pascua¹⁵ plantea que los principios inexpressos han logrado introducirse en el ordenamiento jurídico de la mano de los jueces que los han creado, haciendo uso de su capacidad discrecional.

Pero tal labor facultativa no debe considerarse como sinónimo de arbitrariedad; más bien, los principios jurídicos implícitos aspiran a ser un mecanismo para solucionar las lagunas jurídicas. Así, este tipo de principios pueden ser considerados como: “(..) faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias”.¹⁶

Como se observa, la característica más relevante de los principios jurídicos implícitos es que su significado se extrae de alguna disposición determinada.¹⁷ Aunque es importante reconocer que existe la posibilidad de prescindencia de alguna fuente normativa positiva. En este tenor, Juan Pablo Alonso señala que la justificación de los principios implícitos se obtiene por las siguientes vías:

- *Vía 1.* El principio implícito deriva de un principio jurídico explícito, por ende, se halla en el derecho vigente.
- *Vía 2.* El principio implícito es una disposición que se extrae de normativas expresas particulares.
- *Vía 3.* El principio no se respalda en una disposición jurídica expresa, es autónomo.

Así, Juan Pablo Alonso refiere que, para la obtención de los principios implícitos (vías 1 y 2), se requiere la justificación de normas explícitas. Empero la vía 3 no las necesita.

III. Tesis de Josef Esser y Ronald Dworkin

El debate sobre la naturaleza y alcance de los principios jurídicos —de manera concreta los implícitos— ha estado presente en la doctrina desde hace varias décadas. Sobre este punto, podemos considerar que dentro de las pri-

¹⁵ Ramos Pascua, *op. cit.*, p. 539.

¹⁶ Sentencia 290/2000 de 30 de noviembre, *apud* Ruiz Ruiz, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷ Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, p. 141, *apud* Juan P. Alonso, *Principios jurídicos implícitos*, p. 225.

meras obras en reconocer la importancia de los principios se encuentra la de Josef Esser *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, de 1956, en donde se presenta una crítica a la tesis positivista que considera la autosuficiencia de las leyes para resolver todos los conflictos jurídicos con la prescindencia de cualquier valoración político-moral.

La concepción enclaustrada del orden jurídico, de acuerdo con Josef Esser, refleja de manera errónea la vida real del derecho, donde es imperativo resolver los conflictos de naturaleza ética y legal mediante principios valorativos. Sobre este punto, José Antonio Ramos Pascua abunda:

(...) tales principios tienen su origen en el orden o escala de valores ético-políticos de cada época, en las energías configuradoras de la conciencia social, en la naturaleza y finalidad de las instituciones, en la lógica de las cosas, en el sentido común, en las necesidades sociales y económicas que contribuyen a determinar las tareas que el orden jurídico debe realizar en cada caso, etc. En definitiva, los principios jurídicos enraizarían o se hallarían implícitos en el ambiente social valorativo que envuelve al Derecho.¹⁸

Otro referente teórico para comprender la naturaleza de los principios jurídicos es el texto *Los derechos en serio* de Ronald Dworkin, de 1977. Esta obra propone superar el positivismo de Hans Kelsen y Herbert Hart, así como el utilitarismo de Jeremy Bentham.

En tal sentido, Ronald Dworkin propugna la idea de colocar los principios jurídicos en un punto central de una nueva teoría jurídica: “(...) los individuos pueden tener derechos legales diferentes de los creados por una decisión o una práctica explícita; es decir, que pueden tener derecho a resoluciones judiciales específicas incluso en casos difíciles en que no hay una decisión o una práctica explícita que exija una decisión en ningún sentido”.¹⁹ Por lo tanto, el autor en comentario considera que debería ser superada la concepción del derecho como un sistema de reglas explícitas y alejado de concepciones morales.

Así, Dworkin discurre que un sistema jurídico incluye el derecho expreso, al igual que los principios implícitos, o son propuestos por el derecho explí-

¹⁸ Ramos Pascua, *op. cit.*, p. 278.

¹⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 38.

cito.²⁰ Por su parte, Félix Morales Luna reconoce las limitaciones del sistema monolítico de normas o positivista. Este autor sostiene que:

(...) las reglas a diferencia de los principios son aplicables en la forma: ‘todo o nada’, lo cual supone que, si los hechos que estipula una regla están dados, entonces, o bien la regla es válida y deben aceptarse las consecuencias, o no es válida, por lo que no contaría en la decisión a ser tomada. Por otro lado, los principios no determinan la decisión, sino que solamente proporcionan razones para decidir. En otros términos, los principios jurídicos a diferencia de las reglas enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.²¹

Podemos observar otra diferencia entre las reglas y los principios jurídicos: se tiene una dimensión distinta a la hora de solucionar el choque entre estos. En el caso de las primeras, ante antinomias o contradicciones: necesariamente una regla debe excluir a la otra, ya sea por criterios jerárquicos, temporales o de competencia. En el supuesto de conflicto entre los principios, es necesaria una ponderación:²² “(...) lo cual supone atender las particularidades que presenta el caso para establecer qué valor debe prevalecer en el supuesto que se está abordando, y a fin de establecer un orden preferente de los principios”.²³

IV. Tesis de Herbert Hart y Juan Pablo Alonso

Podríamos considerar que la postura de Josef Esser y Ronald Dworkin sobre los principios jurídicos es definitiva para superar el positivismo jurídico. No obstante, Juan Pablo Alonso identifica que en materia de principios jurídicos implícitos existe un panorama complejo.

En tal sentido, Juan Pablo Alonso refiere que los argumentos críticos de Ronald Dworkin atinentes al iuspositivismo no son certeros. En tal virtud, Alonso sostiene que “(...) es posible justificar la vigencia (existencia y vali-

²⁰ José M. Rojo Sanz, “En torno a los principios (algunas reflexiones sobre Dworkin)”, p. 520.

²¹ Dworkin, *op. cit.*, p. 150.

²² De acuerdo con Núñez Vaquero, la ponderación resuelve mediante la identificación de un tercer estado de cosas que no coincide totalmente ni con la otra de las directrices. Álvaro Núñez Vaquero, “Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios”, pp. 54-70.

²³ Dworkin, *Loc. cit.*, p. 150.

dez) de principios implícitos con arreglo a la tesis iuspositivista de las fuentes sociales del derecho y con prescindencia de fuentes morales”.²⁴

De esta forma, para Juan Pablo Alonso los operadores del derecho extraen o justifican los principios jurídicos implícitos del universo de derecho positivo y vigente. Con ello, el autor en comentario señala que: “(...) 1) es posible construir criterios metodológicos para justificar la vigencia de principios implícitos y 2) es posible hacerlo dentro de los límites del derecho positivo”.²⁵

Conforme lo expuesto, Juan Pablo Alonso argumenta que es compatible la concepción de los principios jurídicos implícitos con la “tesis iuspositivista de las fuentes sociales del derecho”. Así, el carácter del derecho positivo sostiene que los principios implícitos provienen de manera exclusiva de normas expresas.

Para demostrar su afirmación, Juan Pablo Alonso usa la siguiente metodología:

- 1 *Marco teórico*. Se apoya en las ideas de Neil MacCormick, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. De Neil MacCormick retoma el concepto: “(...) ‘coherencia jurídica’ —que se define como una relación entre principios y reglas según la cual un conjunto (reducido) de principios permite ‘explicar’ o ‘dotar de sentido’ a un conjunto más vasto de reglas jurídicas—”.²⁶ Asimismo, se apoya en otros dos conceptos centrales de MacCormick: consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos. La consistencia se da si en un sistema normativo hay ausencia de antinomias. Por su parte, la coherencia se identifica cuando en un sistema normativo existe un principio (o conjunto de principios) y, entonces, si sus normas se subsumen en tal principio (o conjunto de principios). Por otro lado, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, Alonso retoma el concepto de normas: “Llamaremos normas a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones”.²⁷
- 2 *Marco empírico*. Juan Pablo Alonso analiza diversas normas jurídicas (como un universo de casos), donde utiliza una metodología inductiva

²⁴ Juan P. Alonso, *Principios jurídicos implícitos*, p. 221.

²⁵ *Ibid.*, p. 224.

²⁶ *Ibid.*, p. 45.

²⁷ Alchourrón y Bulygin, p. 37, *apud* Alonso, *op. cit.*, p. 191.

que permite extraer principios implícitos. Así, obtenidos los principios mencionados, elabora un diagrama de coherencia, es decir, una gráfica en la que plasma relaciones de coherencia en su universo de casos.

3 *Análisis de resultados.* Juan Pablo Alonso logra distinguir tres funciones de las normas jurídicas con relación a sus principios de referencia:²⁸

- i *Función descriptiva.* Supone que el ordenamiento normativo no tiene lagunas y, por ende, no existen antinomias. Se le puede considerar un “sistema coherente, ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen en él. En términos inductivos, el grado probabilístico de los principios determinantes de la coherencia es de cien por ciento”.²⁹
- ii *Primera función normativa de coherencia.* De acuerdo con Juan Pablo Alonso, esta;

(...) presupone que el sistema posee alguna patología normativa (lagunas o antinomias). El propósito de esta función es inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia se puede delinear la solución coherente para el caso patológico. Dada la problemática, no es posible verificar principios implícitos al cien por ciento, ello debido a que en el proceso de verificación se sustrae el caso (o casos) patológicos.³⁰

- iii *Segunda función normativa de la coherencia.* Juan Pablo Alonso señala que esta “presupone dos cuestiones: *a*) que el sistema normativo es completo y consistente y *b*) que existe algún caso del universo de análisis, cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Tal incoherencia será (o no) derrotable, en función de la jerarquía de los principios involucrados”.³¹

De esta forma, Juan Pablo Alonso logra probar que los principios jurídicos implícitos están presentes en las normas explícitas, por lo que las tesis de Josef Esser y Roland Dworkin no son del todo verdaderas: “(...) los principios implícitos verificados (...) han sido obtenidos del material positivo analizado;

²⁸ Juan Pablo Alonso, *Principios jurídicos implícitos*, p. 192.

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ *Loc. cit.*

y aun así se les considera valoraciones (y en algún sentido lo son), no son valoraciones externas a los sistemas normativos en cuestión, sino internas a ellos y —en este último sentido— compatibles con la tesis de las fuentes sociales del derecho”.³² Así, Alonso concluye que la idea de la discrecionalidad judicial fuerte es una tesis no necesaria; es una situación de contingencia del iuspositivismo.

V. Los principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano

De acuerdo con el análisis expuesto, los principios jurídicos implícitos se encuentran presentes en normas explícitas o pueden tener un carácter autónomo, y resultan fundamentales para la solución de controversias judiciales. Sin embargo, es posible considerar que sus funciones se expanden a las múltiples dimensiones del derecho, no solo la judicial; por ejemplo, en la forma, competencias, límites y operatividad de las diversas instituciones del Estado.

Es decir, aunque un sistema normativo aspire a ser claro en la estructura de su aparato estatal y su dinámica, no puede prever todo explícitamente: existen márgenes de maniobra en las propias disposiciones constitucionales y legales para dar vida al dinamismo jurídico y político complejo de las sociedades. Y aunque esas subjetividades pudieran desbordar en arbitrariedad, es posible contrarrestarlas por mecanismos constitucionales y convencionales.

Entonces, en el Estado contemporáneo (comprendido en sus dimensiones jurídica, política y económica), existen múltiples principios jurídicos (tanto explícitos como implícitos) que son un puente que aspira a dar respuesta a las demandas de la población y busca materializar los mandatos del poder. Empero ¿cómo podemos identificar los mencionados principios? y ¿cuáles son?

Para intentar dar respuesta a estas interrogantes, en primer lugar, es necesario considerar que el neoliberalismo es el sistema económico, político y jurídico vigente, el cual minimiza las dimensiones y funciones del Estado, y las supedita a los capitales transnacionales. Fue implantado por los siguientes documentos: el discurso de Woodrow Wilson “Los Catorce Puntos”, 1918; la “Carta del Atlántico”, 1941; los “Acuerdos de Bretton Woods”, 1944; el

³² *Ibid.*, p. 220.

“Acuerdo General de Aranceles y Comercio”, 1948; el “Plan Marshall”, 1948; las “Cartas de Intención” suscritas por el Estado mexicano con el Fondo Monetario Internacional en septiembre de 1976, noviembre de 1982 y junio de 1986; el “Plan Baker”, 1985; el “Plan Brady”, 1989 y el “Consenso de Washington”, 1990. Así, las directrices de política económica para México llegaron desde el exterior³³ y se materializaron en el sistema jurídico mexicano como normas explícitas y principios implícitos.

En segundo lugar, para identificar los principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano, se siguió la metodología propuesta por el jurista Juan Pablo Alonso, referida con antelación: 1) *Construcción de un marco teórico*. 2) *Análisis de un marco empírico*. Este consistió en llevar a cabo un estudio inductivo de algunas normas jurídicas neoliberales (el universo de casos se delimitó a tres ejes torales del Estado neoliberal contenidos en el Consenso de Washington:³⁴ privatización, desregulación y liberalización del comercio).³⁵ 3) *Análisis de resultados*. Ante la existencia de lagunas y antinomias en el derecho mexicano, se observa la existencia de principios jurídicos implícitos con los que opera el Estado.

V.1. Principios jurídicos implícitos derivados de la privatización

Para cumplir con el mandato de Washington en materia de privatizaciones, el Estado mexicano tuvo que modificar diversos artículos constitucionales y otras normas jurídicas, pese a ser contrarias a los intereses de la nación. Por ejemplo, para privatizar los bancos en México, se tuvo que modificar el artículo 28 constitucional en 1990; y, posteriormente, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte 1994, artículo 1110,³⁶ los capitales transna-

³³ Miguel Á. Contreras Natera, *Crítica a la razón neoliberal. Del neoliberalismo al posliberalismo*, p. 16.

³⁴ De manera concreta, el Consenso de Washington ordenó llevar a cabo los siguientes puntos: “1) Disciplina fiscal, 2) Reordenación de las prioridades del gasto público, 3) Reforma fiscal, 4) Liberalización financiera, 5) Tipo de cambio competitivo, 6) Liberalización del comercio, 7) Liberalización de la inversión extranjera directa, 8) Privatizaciones, 9) Desregulación, 10) Derechos de propiedad asegurados”. Rubí Martínez y Ernesto S. Reyes, “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, pp. 35-64.

³⁵ Fernando Escalante Gonzalbo, *Historia mínima del neoliberalismo*, pp. 22 y 23.

³⁶ Artículo 1110 del TLCAN: “1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación) (...)”. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 20 de diciembre de 1993.

cionales se aseguraron de prohibir a los Estados suscriptores el llevar a cabo nacionalizaciones y expropiaciones en la posterioridad.

Es decir, se dio por sentado que las privatizaciones anteriores a la entrada en vigor del mencionado acuerdo fueron plenamente legales y justas. Con ello, se limitó la soberanía del Estado mexicano para revisar en el futuro si hubo acuerdos leoninos o negocios perjudiciales para la nación, y, si fuera procedente, poder modificar dichas circunstancias.

De esta forma, se observa un principio jurídico implícito derivado del mencionado artículo del TLCAN que podría formularse de la siguiente forma: “En caso de controversia para modificar las privatizaciones llevadas a cabo con antelación al TLCAN, la soberanía de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra por debajo de lo establecido en el mencionado tratado”.

En este sentido, el principio no expreso señalado se adminicula con otro que es ampliamente anunciado y defendido desde múltiples trincheras, pero que podemos considerar implícito en virtud de no encontrarse de manera expresa en alguna norma. Aunque con dicha orientación ha operado el Estado mexicano de las últimas cuatro décadas: “Lo privado está por encima de lo público”.

Al respecto, podemos observar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia sobre la supremacía de lo privado sobre lo público. Sin embargo, no lo plantea como un mandato, sino como una orientación para la operatividad de las instituciones del Estado y de los capitales privados:

COMPETITIVIDAD. SU INCIDENCIA EN LOS MERCADOS REGULADOS. La competitividad, entendida como la capacidad de la economía nacional, mercados y sectores productivos, para generar mayor satisfacción de los consumidores, ofreciendo los menores precios y las mejores condiciones de abasto y calidad, a efecto de financiar o promover el bienestar de las personas y satisfacer sus necesidades, en especial las más apremiantes, trasciende tanto en mercados libres, como en aquellos que tradicionalmente han sido regulados. Respecto de los segundos, la tendencia en varios países, incluyendo México, es que las políticas de competitividad deben propiciar la apertura a la competencia, abarcando aspectos de liberalización, desregulación y privatización, que se estiman necesarios para lograr eficiencia en dichos mercados, tanto en lo económico, como

en lo jurídico, en pos del desarrollo social y del beneficio a los consumidores (...).³⁷

Otro ejemplo donde se observa el principio jurídico implícito de supeditación de lo público a lo privado se encuentra en la contravención a lo establecido en el artículo 27 constitucional, que señala: “En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.³⁸ Sin embargo, por medio de la Ley de Inversión Extranjera (artículo 10, fracción II) se autoriza a determinadas sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, a poder adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida mediante la figura del fideicomiso. Es decir, ante esta colisión normativa, el interés privado es superior al del Estado mexicano.

V.2. Principios jurídicos implícitos derivados de la liberalización del comercio

Otro de los puntos neurálgicos del neoliberalismo en México fue la liberalización del comercio. Para materializarla, se tuvo que reformar la Norma Suprema y diversas disposiciones secundarias a fin de dar cabida a diversos principios jurídicos implícitos, dentro de los que podríamos considerar los siguientes: 1) “Para el desarrollo de la nación mexicana es una condición *sine qua non* el celebrar tratados de libre comercio”; 2) “El resultado de firmar acuerdos librecambistas internacionales es de suma cero, es decir, todos los participantes salen ganando”; 3) “Con la celebración de tratados de libre comercio el Estado mexicano puede desligarse de sus obligaciones en materia de desarrollo agrario e industrial, y estos sectores deben dejarse a la mano invisible del mercado”, y 4) “Se prescinde del Estado en la rectoría de la economía nacional”.

Podemos considerar que el primer principio tácito proviene de los documentos con los que se implanta el neoliberalismo en el país y, particularmente, desde 1985, cuando México se adhiere al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Este último instrumento derivó en la celebración de subsecuentes acuerdos de libre comercio: con Chile en 1991; Colombia y Ve-

³⁷ Tesis Aislada. *Competitividad. Su Incidencia en los mercados regulados.*

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27.

nezuela en 1994; Costa Rica en 1994; EUA y Canadá en 1994 (TLCAN), y la Unión Europea en el año 2000.

El segundo principio referido se extrae al analizar el preámbulo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte donde se plantea una serie de beneficios con el fin de suscribir el mencionado acuerdo. Sin embargo, no es un tratado de suma cero debido a que los resultados generan tanto ventajas como desventajas variables en los participantes, ya que sus economías, aparatos institucionales y sociedades son notoriamente disímiles.

El tercer principio tácito proviene de la Ley Agraria de 1992 y del TLCAN. En ambos documentos se mandatan estrategias para que el Estado retire su apoyo al campo mexicano y se le deje en un *laissez faire*. Además, se auspicia que el Estado abandone sus labores para el desarrollo industrial y que las deje en manos de los capitales privados. Aunque, de manera paradójica, los países industrializados continúan siendo rectores en su desarrollo.

Con respecto al cuarto principio implícito, de igual forma es una orientación contenida en el TLCAN y remasterizada en el T-MEC, la cual implica dejar un margen de acción libre a los capitales privados para el aparente desarrollo de México. De esta forma, se flexibilizan las leyes laborales, ambientales y fiscales para beneficiar a unos cuantos y se genera un menoscabo en la calidad de vida de millones de connacionales.

V.3. Principios jurídicos implícitos derivados de la desregulación

La desregulación fue otro de los ejes principales para la operatividad del Estado neoliberal en México. Esta consiste en derogar y abrogar las normas jurídicas que no son funcionales a los intereses del sector privado (principalmente transnacional). Fue implementada desde 1982 y tuvo un notorio auge durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) en materia de transportes, sector agropecuario, puertos, petroquímica, aguas, electricidad, sector financiero, industria textil, minería, telecomunicaciones y otras.

Podemos considerar, asimismo, que la desregulación condujo a una consecuente desestatización normativa; es decir, a una situación en la que las normas jurídicas son influidas o establecidas (material o formalmente) por otros actores diferentes al Estado, ya sea que los intereses privados coopten a actores políticos, usurpen la labor legislativa o se genere un incumpli-

miento material con el que se da forma al principio añejo: “Acátese, pero no se cumpla”.

De esta forma, el espíritu de las leyes dista del beneficio para la población en general y, por el contrario, da cabida a los intereses de privados trasnacionales, Estados extranjeros y organismos financieros internacionales.

V.4. Otros principios jurídicos implícitos vigentes

Asimismo, podemos considerar la existencia de tres principios adicionales para la operatividad del Estado neoliberal mexicano. Aunque es preciso reconocer que no se produjeron en esta época, sino que son anteriores: 1) “En el Derecho y Estado mexicanos, lo racional está encima de lo emocional”, de esta forma, en los últimos tiempos las instituciones públicas se han deshumanizado; 2) “El antropocentrismo es el eje para la acción política, jurídica, económica y social”, situación que prevalece y ha destruido las condiciones esenciales de nuestro planeta, y 3) “La homogenización normativa que invisibiliza a grupos en situación de vulnerabilidad”; aunque se han reconocido en diversos instrumentos los derechos de indígenas, mujeres, niños, migrantes y otros grupos, sigue siendo un reto su materialización en las sociedades.

VI. Conclusiones

Como se observa, las inferencias que podemos llevar a cabo nos permiten comprender la explicitud de las normas jurídicas; pero, a la vez, la implícitud presente de los principios jurídicos con la que realmente se da la operatividad normativa. Ambas naturalezas (explicitud e implícitud) pueden encontrarse en una concordancia o, por el contrario, alguna de estas por encima de la otra, encubriendo alguna circunstancia, como sucede con los principios implícitos del Estado neoliberal de la República Mexicana.

El análisis sobre la naturaleza de los principios jurídicos, en general, y, de manera concreta, su alcance en las múltiples dimensiones del derecho, no sólo la judicial, así como sus funciones en las interacciones con la política y la economía, son vetas abiertas para futuras investigaciones.

Queda pendiente llevar a cabo un estudio que nos permita profundizar los alcances de los diez puntos del Consenso de Washington en los ordenamien-

tos jurídicos latinoamericanos, concretamente en México. *A priori*, es posible considerar que cada uno de esos mandatos derivó en la materialización de normativas y principios (explícitos e implícitos) que sería necesario dilucidar para comprender de mejor manera la naturaleza del Estado neoliberal.

Acertadamente, Juan Luis Moreno considera que el análisis de los principios jurídicos implícitos es un campo abierto por explorar: “Parece que los principios jurídicos implícitos son todavía un misterioso vecino al que la doctrina se encuentra con frecuencia, pero del que se sabe poco”.³⁹

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alonso, Juan Pablo. *Principios jurídicos implícitos*. Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, 2018.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996.
- Contreras Natera, Miguel Ángel. *Crítica a la razón neoliberal. Del neoliberalismo al posliberalismo*. México, Akal, 2015.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1989.
- Escalante Gonzalbo, Fernando. *Historia mínima del neoliberalismo*. México, El Colegio de México, 2015.

Hemerográficas

- Jiménez Cano, Roberto M. “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en derecho español”. *Revista telemática de filosofía del derecho*, Núm. 3, 2000, España, pp. 1-18.
- Morales Luna, Félix F. “Principios jurídicos y sistemas normativos”. *Foro Jurídico*. Núm. 01, 30 de mayo de 2002, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 149-156.
- Moreno, Juan Luis. “Principios implícitos y relaciones sistemáticas”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 38, noviembre de 2015, España, Universidad de Alicante, pp. 319-345.
- Núñez Vaquero, Álvaro. “Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios”. *Jurídicas*, Vol. 14, Núm. 1, 2017, Colombia, Universidad de Caldas, pp. 54-70.

³⁹ Juan L. Moreno, “Principios implícitos y relaciones sistemáticas”, p. 340.

Ramos Pascua, José Antonio. “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”. *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 9, España, Universidad de la Rioja, 1992, pp. 269-290.

Rojo Sanz, José María. “En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)”. *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 3, España, Universidad de la Rioja, 1986, pp. 517-528.

Ruiz Ruiz, Ramón. La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y realidad*, Núm. 20, 24 de junio de 2016, Colombia, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, pp. 144-166.

Electrónicas

Guastini, Riccardo. “Derechos implícitos”. *Observatorio DOXA*, Traducción de Alí Lozada Prado, España, Universidad de Alicante. <https://studylib.es/doc/5719087/derechos-impl%C3%ADcitos---universidad-de-alicante> (consultada el 20 de septiembre de 2022).

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed., versión 23.5 en línea. <https://dle.rae.es> (consultada el 2 de septiembre de 2022).

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; reforma publicada el 29 de mayo de 2023.

Tesis Aislada. Competitividad. Su incidencia en los mercados regulados, publicada el 03 de febrero de 2017. *Semanario Judicial de la Federación*, libro 39 tomo III, página 2173. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013608>

La falacia del paradigma social de la discapacidad. Segunda parte

Gabriela Hernández Islas*
Víctor Manuel Rojas Amandi**

Resumen:

El artículo demuestra, partiendo de una recapitulación técnica del concepto de falacia, cómo la estrategia de descontextualización del modelo social de discapacidad bien puede ser calificada como falacia *secundum quid et simpliciter* por falsear la definición de discapacidad generalmente aceptada y reconocida por el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Abstract:

The article demonstrates, starting from a technical recapitulation of the concept of fallacy, how the strategy of decontextualization of the social model of disability can be qualified as a fallacy secundum quid et simpliciter for falsifying the generally accepted definition of disability recognized by Art. 1 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Sumario: I. La falacia en la historia / II. La falacia *secundum quid et simpliciter* / III. La falacia *secundum quid* en el paradigma social de la discapacidad / IV. Reflexiones finales / Fuentes de consulta

* Maestra en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en el Centro de Estudios Jurídico-Políticos de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y miembro de la Red de Investigadores Parlamentarios.

** Doctor en Derecho Internacional y de Derecho Público por el Instituto Max Planck. Profesor-Investigador en el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

I. La falacia en la historia

Resulta difícil encontrar un tema que haya mantenido el interés de los filósofos tan intensamente y que haya cambiado tan poco a lo largo de los años, siglos y milenios como el tema de las falacias. Desde su formulación original por Aristóteles, Bacon, Port-Royal, Locke, Feijoo, Bentham, Whately, Schopenhauer, John Stuart Mill, Vaz Ferreira, Hamblin, Johnson y Blair, Van Eemeren, Grootensdorst y Snoeck Henkemans, entre otros, se han vuelto a ocupar de la naturaleza, tipos, funciones, contextos o, criterios para identificar las falacias.¹ A pesar de esto, aún no se dispone de una teoría sistemática de las falacias.²

El estudio de las falacias tuvo su origen en una reflexión sobre las condiciones de validez del silogismo, concebido como instrumento de la ciencia. En este sentido, una falacia es, pues, un argumento inválido derivado de una inferencia cuya forma recuerda a la de un razonamiento válido. Así, una teoría de las falacias presupone, por tanto, una teoría válida de la argumentación, de la que es su aspecto negativo.³

Aristóteles, quien distinguió trece tipos de falacia en dos grupos,⁴ fue, en este como en otros temas, el autor que planteó las preguntas y la problemática que han sido extensamente comentadas y desarrolladas en una tradición de investigación que aún sigue en construcción. En esta tradición, a la que Hamblin se refiere como el “tratamiento estándar”,⁵ la definición de la falacia está respaldada por la búsqueda de la verdad.

Francis Bacon prestó mucha atención a las falacias en su obra *The advancement of learning*,⁶ donde las describió como ídolos. Este trabajo, un punto de inflexión en el estudio de las falacias, puesto que introdujo en la investigación el tema de factores psicológicos, como cuando comenta la función de las falacias como los ídolos de la tribu, o de factores sociales, como es el caso de los ídolos del mercado.

¹ Luis Vega Reñón, *La fauna de las falacias*, p. 212.

² Charles L. Hamblin, *Falacies*, p. 11.

³ Christian Plantin, “L’argument du paralogisme”, p. 251.

⁴ Aristóteles, *Tratados de lógica*, pp. 337 y ss.

⁵ Hamblin, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

⁶ Francis Bacon, *The advancement of learning*.

Todas las teorías contemporáneas de las falacias dependen, en un grado u otro, de la obra del filósofo australiano Charles Hamblin, quien en su obra *Falacies* (1970) posiblemente haya sido el primero en proponer reubicar el estudio de las falacias en el marco de los sistemas dialécticos formales. Woods y Walton, en particular, retoman esta propuesta para subrayar la complejidad estructural de los argumentos que se expresan en lenguaje natural y que son dependientes del contexto. Situaron el estudio de las falacias sobre nuevas bases, aprovechando instrumentos recientemente desarrollados en la lógica, pero también en la semántica y en la epistemología.⁷ Van Eemeren y Grootendorst crearon un sistema de diez reglas para la discusión crítica desde una perspectiva pragma-dialéctica. En este contexto, se declara falaz la intervención de uno de los socios que no cumpla con alguna de estas reglas. Por ejemplo, la primera de ellas se enuncia así: “En una discusión crítica, las partes no deben impedir que la otra proponga puntos de vista o los cuestione”. La violación de esta regla produce las clásicas falacias de ataque personal, *ad hominem* o *ad personam*.⁸

Quizá el rasgo específico de los enfoques más modernos es su abandono a los criterios formales y su sustitución por criterios materiales, tales como la relevancia, suficiencia o aceptabilidad.⁹

II. *La falacia secundum quid et simpliciter*

A lo largo del tiempo se ha propuesto una enumeración exhaustiva del tipo de falacias: *argumentum ad hominem*, *verecundiam*, *miserericordiam*, *ignorantiam*, *populum*, *baculum*, *pasiones*, *superstitionem*, *invidiam* —envidia—, *crumenam* —monedero—, *quietem* —descanso—, *metum* —miedo—, *fidem* —fe—, *socordiam* —estupidez—, *superbiam* —orgullo—, *odium* —odio—, *amicitiam* —amistad—, *ludicrum* —entretenimiento—, *captandum vulgus* —posar para la galería—, *fulmen* —trueno—, *vertiginem* —vértigo— y *a carcere* —cárcel—, etcétera.

⁷ John Woods y Douglas N. Walton, *Argument: the logic of the fallacies*.

⁸ Frans H. Van Eemeren y Rob Grootendorst, *Argumentation, communication, and fallacies a pragma-dialectical perspective*.

⁹ Nora I. Muñoz *et al.*, “Examen de las nuevas teorías de la argumentación para un replanteo de la enseñanza”, p. 104.

La falacia de ignorar las calificaciones, o *secundum quid et simpliciter*, es una estrategia engañosa presente en los diálogos argumentativos, los discursos y las discusiones.¹⁰ Consiste en tergiversar el sentido de un enunciado para que su significado se amplíe, se restrinja o simplemente se modifique para perseguir diferentes objetivos, como sacar una conclusión específica, atacar al interlocutor o generar reacciones humorísticas. La falacia *secundum quid* la describió Aristóteles como una estrategia manipulativa interpretativa, basada en el contraste entre el sentido propio de un enunciado y su significado tomado en forma absoluta o en cierto sentido restringido.¹¹

Sin embargo, ¿cómo puede una declaración no calificada tener un significado propio diferente del calificado y viceversa? Esta falacia lingüística saca a la luz una relación compleja entre pragmática, argumentación e interpretación. La falacia *secundum quid* se describe como un argumento manipulador cuyo efecto engañoso radica en su dimensión pragmática. Esta falacia se analiza como una estrategia de descontextualización situada en la interface entre pragmática y argumentación y que consiste en el paso injustificado de un enunciado a su representación semántica. Al ignorar la evidencia disponible y la interpretación presuntiva de un enunciado, el hablante lo ubica en un contexto diferente o suprime evidencia textual y contextual para, de esta forma, inferir un significado específico diferente al presumible.

En el “tratamiento estándar”, la falacia *secundum quid* se consideraba comúnmente causada por tomar una generalización calificada como si fuera universal, lo que llevó a que se analizara como una falacia inductiva derivada de una generalización apresurada.¹² Sin embargo, Hamblin subrayó, muy claramente, que cualquier enunciado en lenguaje natural es inespecífico y en muchos casos incompleto, en el sentido de que deja sin expresar algunas calificaciones necesarias. Por lo tanto, cualquier afirmación expresada en lenguaje natural puede conducir potencialmente a la falacia *secundum quid*, ya que bien puede llevar potencialmente infinitas calificaciones que quedan implícitas.¹³ Por ejemplo, Hamblin observa que el problema radica en la ambigüedad

¹⁰ Douglas Walton, *Ignoring qualifications (secundum quid) as a sub fallacy of hasty generalization*, pp. 54-113.

¹¹ Aristóteles, *op. cit.*, p. 341.

¹² Hamblin, *op. cit.*, pp. 28-31.

¹³ *Ibid.*, p. 213.

de atribuir el predicado “ser blanco” a un objeto sin especificar si lo es total o parcialmente.¹⁴

No obstante que ningún texto es cien por ciento transparente y que siempre es incompleto, su sentido viene soportado por consensos de los intérpretes y estudiosos: en el derecho decimos que por la jurisprudencia y por la doctrina de los expertos. Por eso, la hermenéutica nos enseña que siempre debemos dejar que el texto nos diga algo. No es posible que un texto nos conduzca a un “deslizamiento interminable de sentido”,¹⁵ más bien, tal y como Dworkin lo refiere, el trabajo de los jueces es como el del autor que escribe la continuación de una novela.¹⁶ Para dicho autor, en primer lugar, se tiene que representar una idea de la novela que ya ha sido escrita. Sólo cuando él ya sabe cómo imaginarse a los personajes centrales de la novela, puede planear cómo continuar la historia. Lo importante es que los nuevos capítulos guarden una congruencia con los anteriores.¹⁷ De esta forma, estaríamos en un caso de la falacia *secundum quid* cuando el sentido del texto consensuado, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, se manipula para conferirle significados arbitrarios, los que no se dejan justificar racionalmente.

La relación entre ambigüedad y la falacia *secundum quid* es el núcleo del ataque de Hamblin al lenguaje formal, ya que cualquier sistema formal que evite esta falacia proporcionando reglas semánticas específicas, necesariamente crea un lenguaje que es esencialmente diferente del natural.¹⁸ Frente a este enfoque poco realista y paradójico, Hamblin propuso un sistema de reglas de diálogo, entre las cuales juegan un papel crucial las presunciones, concepto que define como metodológico. En este enfoque, la definición de una proposición se considera aceptada en ausencia de evidencia en contrario, y así será hasta en tanto se proporcione una razón más fuerte que pueda justificar otra definición. Así, el problema del equívoco, que incluye el problema de los “predicados incompletos” y las calificaciones no declaradas que caracterizan los enunciados naturales, puede abordarse considerando las presunciones de significado.¹⁹

¹⁴ *Ibid.*, p. 210.

¹⁵ Umberto Eco, “Interpretación e historia”, p. 43.

¹⁶ Ronald Dworkin, *Law's empire*, p. 228.

¹⁷ *Ibid.*, p. 229.

¹⁸ Hamblin, *op. cit.*, p. 213.

¹⁹ Fabrizio Macagno, “The presumptions of meaning. Hamblin and equivocation”, pp. 93-367.

Hamblin sostiene que mientras exista la presunción de que una expresión W se use con un significado específico, es posible concluir que W tenga ese significado en el uso específico dado.²⁰ Como puede advertirse claramente, la argumentación es una interface entre la pragmática y la lógica, y la falacia *secundum quid* es una prueba de fuego para captar cómo una teoría de la argumentación puede dar cuenta de esta doble naturaleza.

La falacia *secundum quid* es, así, una estrategia manipuladora que muestra no sólo la dimensión pragmática de los argumentos, sino también la dimensión argumentativa de la pragmática. La falacia *secundum quid* consiste en el uso estratégico del proceso de enriquecimiento pragmático con el cual lo dicho por un enunciado se recupera por un proceso inferencial de diferentes fuentes, como información léxica y semántica, evidencia textual y contextual, y estereotipos culturales. Esta falacia puede concebirse como una táctica manipulativa pragmática en la que se enriquece un enunciado al considerar presunciones distintas de aquella en la que se basa el oyente y que se justifican contextual y presuntivamente. El resultado es una representación semántica que es posible, pero no presuntamente aceptable en el contexto dado.

El “ignorar” las calificaciones puede considerarse como el uso intencional de la diferencia entre el presunto paso de un enunciado a su representación específica, y uno inaceptable o simplemente no presumible, en el que las especificaciones temporales, espaciales y relacionales, entre otras, se modifican, agregan, suprimen o generalizan. El contraste entre lo que se dice específicamente y absolutamente o viceversa *secundum quid et simpliciter* es sólo el resultado de la manipulación de los presuntos enriquecimientos de un enunciado.

III. La falacia secundum quid en el paradigma social de la discapacidad

En nuestra vida ordinaria, normalmente no tratamos con generalizaciones universales; más bien, los conceptos, las reglas, los principios y las leyes están sujetos a excepciones y se concretan en contextos sociales complejos. Cuando ignoramos tales excepciones y contextos, obtenemos conclusiones

²⁰ Hamblin, *op. cit.*, p. 295.

inválidas que no se entienden correctamente. Este defecto del razonamiento, al que calificamos como una falacia *secundum quid*, lo encontramos en el caso del paradigma social de discapacidad cuando universaliza el concepto de discapacidad haciendo de lado los diferentes tipos de discapacidad y las necesidades propias de cada una de aquellas. En efecto, según lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), no existe un sólo tipo de discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como bien se puede apreciar, de esta definición convencional existen diferentes causas de tipo biomédico que dan lugar a diversos tipos de discapacidad y que deberían tomarse en cuenta para el diseño de cualquier tipo de paradigma de la discapacidad, lo que en el paradigma social queda desatendido.

Otros enfoques lógicos reducen la falacia al otro componente de un argumento: la premisa menor o fáctica a la que se aplica una generalización. Desde este punto de vista, *secundum quid* se convierte en una falacia de supresión de evidencia: el hablante no menciona una evidencia que implicaría una conclusión muy diferente.²¹ En el caso del paradigma social, se suprime la evidencia biomédica de las personas con discapacidad para arribar a la conclusión que el problema de la discapacidad tiene una naturaleza estrictamente de exclusión social que debe atender el Estado. Como bien se aprecia, en el paradigma social el núcleo del problema con el término discapacidad radica en la distinción entre personas con y sin y, por tanto, en la construcción de dos grupos diferentes, uno de los cuales se define como normal y el otro como no normal.

Asimismo, el paradigma social incurre en la falacia *secundum quid* al tergiversar el concepto de discapacidad, restringiendo su significado, exclusivamente, a su aspecto biopsicosocial. Esto resultaba necesario para, de ahí, derivar la conclusión que el problema de la discapacidad lo es la marginación social de que son víctimas las personas que sufren discapacidad con el propósito de establecer que el objetivo sería, así, eliminar la exclusión social de las personas con discapacidad, logrando su inclusión como agentes sociales en plenitud de derechos y oportunidades.

²¹ Patrick J. Hurley y Lori Watson, *A concise introduction to logic*, p. 171.

También, el paradigma social ignora la evidencia disponible sobre el tema de discapacidad, sus causas, así como los problemas físicos, intelectuales y psicológicos que la motivan. De igual forma, desconoce la interpretación semántica del art. 1 de la CDPD y de las fracciones X, XI, XII, XIII y XVII del art. 2 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, de la discapacidad física, mental, intelectual, sensorial y de las personas con discapacidad. Este paradigma ubica el problema de la discapacidad en un contexto limitado en el que a la persona con discapacidad sólo se le ve o con la sociedad o con el Estado. Al ignorar la evidencia médica disponible y la interpretación literal de la definición legal de la discapacidad, el paradigma social ubica el problema de la discapacidad en un contexto de simple discriminación a partir del cual se determinan las políticas públicas de inclusión.

La estrategia de la falacia *secundum quid et simpliciter* del paradigma social desatiende las calificaciones biomédicas del concepto de discapacidad sin las que no sería posible hablar, propiamente, de discapacidad para enfocarse, exclusivamente, en la relación de la persona con discapacidad y la sociedad y el Estado.²²

La falacia *secundum quid* en el paradigma social es producto de una generalización calificada de la discriminación por motivos de discapacidad como si fuera universal, cuando en realidad se trata de una generalización apresurada.²³ La discapacidad se produce sólo en la interacción de varios factores causales. Las características perjudiciales individuales típicas de una persona —daño o deficiencia— son estructuras corporales faltantes o alteradas, así como enfermedades físicas y mentales crónicas. En relación con esto, los factores ambientales como barreras físicas, por ejemplo, en forma de accesos físicos, pueden provocar la discapacidad de una persona. Las barreras sociales, por ejemplo, en la educación, el mundo del trabajo, el tiempo libre y la comunicación, son igualmente discapacitantes si conducen a la exclusión de personas con características diferentes.

El problema radica en la ambigüedad que se genera al atribuir el predicado “ser discriminado” a las personas con discapacidad sin especificar si lo es total o parcialmente o si en realidad lo es.²⁴ En última instancia, siempre hay un elemento de arbitrariedad en la distinción entre personas con discapacidad y

²² Walton, *op. cit.*, p. 113.

²³ Hamblin, *op. cit.*, pp. 28-31.

²⁴ Hamblin, *op. cit.*, p. 210.

sin discapacidad; por ejemplo, se discute si el analfabetismo es una forma de discapacidad. En ningún caso, la persona con discapacidad —como sugiere la dicotomía entre “persona con discapacidad” y “sin discapacidad”— es completamente diferente de las personas sin discapacidad. Por lo mismo, el paradigma social incurre en falacia *secundum quid*, pues negando la evidencia biomédica del grado de discapacidad que podría dificultar la inclusión social de algún ser humano, cataloga apresuradamente todo tipo de discapacidad bajo la misma categoría y determina las políticas públicas que deberían adoptarse para lograr su inclusión.

Asimismo, la falacia *secundum quid*, de manera general, se analiza en relación con el tipo de generalización utilizada —discapacidad— y su propósito, inclusión social y no discriminación, sus excepciones y derrotabilidad, y el paso de la evidencia a la generalización plausible o universal. De esta forma, el paradigma social pasa de la evidencia de la discapacidad, como problema estrictamente social, a la generalización de los medios estatales necesarios para lograr la inclusión social.

La táctica manipulativa de la falacia *secundum quid* que va implícita en el paradigma social, consiste en enriquecer el concepto de discapacidad, exclusivamente, con aspectos de la situación social de la persona con discapacidad y que presuntivamente la abandona en una situación natural de marginación y exclusión. Esta conclusión sólo es posible, por esa separación arbitraria entre cuerpo y cultura, entre impedimento y discapacidad. Sin embargo, la discapacidad, en ocasiones, choca con las fronteras culturales. Un ejemplo sería la sordera. Esta es vista como una discapacidad por personas oyentes y muchas personas sordas probablemente estarían de acuerdo con esta definición. Empero, algunas personas sordas creen que los sordos no son personas con discapacidad, sino que deben ser vistos como miembros de una cultura con sus propios rituales. Así, el intento de hacer oír a los sordos o de equipar a los niños con implantes cocleares debe verse como audismo —suponer que las personas que pueden escuchar son superiores frente a quienes no lo hacen— y parece un etnocidio. La sordera no es vista como un defecto en la cultura de los sordos. Más bien, ser capaz de oír es una desventaja en esta cultura, ya que es posible que un niño oyente nunca aprenda por completo la lengua de señas de sus padres.²⁵ De esta forma, la

²⁵ Harlan L. Lane, “The mask of benevolence: disabling the deaf community”, pp. 239-246.

correlación simple y falsa del paradigma social entre discapacidad y exclusión es la fuente de la falacia *secundum quid*.

IV. Reflexiones finales

El paradigma social de discapacidad, tal como se vio, ha funcionado como una falacia *secundum quid et simpliciter*, pues ha querido reducir a la discapacidad a un sentido impuesto, unívoco, hegemónico y ha dejado de lado la comprensión polifacética de este fenómeno. A la discapacidad se le siente, se le vive, no sólo se le comprende como un dogma, como una definición inanimada y desarticulada de la condición humana.

Esto nos lleva a afirmar categóricamente que se hace ineludible cambiar el esquema paradigmático de la discapacidad, y las primeras señales de que nos encontramos en esa transición ya se perciben.

Kuhn, en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, construye un proceso transicional claro que los paradigmas siguen en su andar transicional, proceso que no es completamente disruptivo, sino más bien gradual. Ubica los siguientes periodos: ciencia normal, anomalías y revolución científica.

En el primero de los estadios del proceso, el paradigma es conocido, utilizado, instrumentado, se erige como guía y faro de la comprensión y constitución que enmarca, en este caso de la discapacidad.

Posteriormente, se pasa al periodo de conciencia de las anomalías, en el que habrán de surgir descubrimientos de puntos débiles del paradigma, aspectos que se han dejado sin estudiar; pero, sobre todo, de anomalías que pondrán en tela de juicio su eficacia, porque precisamente debido a estas el paradigma no podrá arribar a la consecución verídica de sus objetivos. Visto que estas anomalías son perceptibles, se tratará de adecuar el paradigma para que continúe incólume, o sea, se trazará una suerte de ajustes para evitar que el paradigma sea derrocado, evitar que exista transición. Es en este momento, cuando comienzan a surgir, casi una tras otra, nuevas teorías, concepciones, modelos, etcétera, que comparten el aspecto de haber percibido la anomalía y se saben futuros orientadores. Inicia, pues, el proceso transicional.

Una vez que se comprueba que el paradigma no alcanza para subsanar la anomalía, se arriba al último periodo, el de la revolución científica. En este, emerge un nuevo modelo que subsiste al lado de las teorías y modelos que eclosionaron en la etapa previa; empero, poco a poco, se consolidará y ahora será la guía y faro, entrando nuevamente al periodo de ciencia normal.

Este ciclo transicional, magistralmente expuesto por Kuhn, nos indica que el paradigma social se encuentra entre el segundo y tercer periodo, puesto que hoy día existe modelos propuestos que distan del social: etnocultural, *crip*, bioética y derecho, etcétera, y que no necesariamente comparten los ideales y cimientos de aquel.

En la actualidad, existen tantas teorías y paradigmas de discapacidad como experiencias de la misma. Aunado a estas fases de cambio, se encuentran las carencias a las que no hace frente el paradigma y que han sido expuestas en un capítulo previo en forma de falacias: concepto unívoco, reducción de la concepción de la discapacidad, desbiologización de la discapacidad. Además, la limitación del problema a dos actores: Estado y sociedad, para lograr un único objetivo, la inclusión. Estas fallas, omisiones o anomalías han propiciado la aparición de nuevas líneas de investigación del tema de discapacidad y, a su vez, han fomentado el crecimiento y modificación del horizonte del conocimiento actual.

Nos hemos centrado, en este estudio, en presentar una visión alterna del paradigma de la discapacidad, una que lo piensa en términos de la realidad verificada en México y que ha puesto en entredicho los postulados de dicho modelo; y a esta perspectiva pueden sumarse otras que, aunque no siguieran nuestra línea argumentativa por sobre la falacia *secundum quid*, bien podrían ubicar el modelo en alguna de las falacias conocidas hoy en día o tasarlo en el ejercicio de falsación de Karl Popper. Es por esto que, con base en la presente investigación, bien podemos afirmar que el paradigma social se encuentra en el curso de una transición.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Aristóteles. *Tratados de lógica*. México, Porrúa, 1993.
- Bacon, Francis. *The advancement of learning*. Londres, Create Space Independent Publishing Platform, 2017.
- Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Londres, Peral Duckworth, 1986.
- Eco, Umberto. “Interpretación e historia”. *Interpretación y sobreinterpretación*, (trad.), Juan Gabriel López Guix, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- Hamblin, Charles Leonard. *Falacies*. Londres, Methuen, 1970.
- Hurley, Patrick J. y Lori Watson. *A concise introduction to logic*. Boston, Cengage, 2018.
- Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*. (trad.), Agustín Contin, México, 1983.
- Lane, Harlan L. “The mask of benevolence: disabling the deaf community”. *Journal of deaf studies and deaf education, Online video library, exploring the metaphysics of oppression*, Dawn sign press, 2000, H. Dirksen, L. Bauman, Audism. H. Bauman, Dirksen, L. Audism. Tomo 9, Núm. 2, 2004, pp. 239–246.
- Macagno, Fabrizio. “The presumptions of meaning. Hamblin and equivocation”. *Informal logic*, Vol. 31, Núm. 4, 2011, pp. 93-367.
- Muñoz, Nora Isabel, Mónica Beatriz Musci, Andrea Beatriz Pac, Silvina Paola Meoniz y Alejandra Lorena Costantini. “Examen de las nuevas teorías de la argumentación para un replanteo de la enseñanza”. *Informes Científicos Técnicos*, Vol. 2, Núm. 2, Río de Gallegos, Universidad Nacional de la Patagonia Austral, 2010.
- Plantin, Christian. “L’argument du paralogisme”. *Hermes, La Revue*, Núm. 15, Francia, 1995, pp. 241- 258
- Suppe, Frederick. “Ejemplares, teorías y matrices disciplinares”. *La estructura de las teorías científicas*, Frederick Suppe, (trad.), Pilar Carrillo y Eloy Rada, Madrid, Editora Nacional, 1979.
- Van Eemeren, Frans y Rob Grootendorst. *Argumentation, communication, and fallacies a pragma-dialectical perspective*. Nueva Jersey, Lawrence Erlbaum, 1992.
- Vega Reñón, Luis. *La fauna de las falacias*. Madrid, Trotta, 2013.
- Walton, Douglas N. “Ignoring qualifications (*secundum quid*) as a sub fallacy of hasty generalization”. *Logique et analyse*, 130, 1990, pp. 54-113.
- Woods, John y Douglas N. Walton. *Argument: the logic of the fallacies*. Toronto, McGraw-Hill, Ryerson, 1982.

La bioética y el bioderecho. Una reflexión iusfilosófica

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

En el presente ensayo se hace una reflexión desde la filosofía del derecho de las implicaciones éticas de la biotecnología, tanto en el ámbito de la medicina como en el del medio ambiente. Se analiza la relación entre las ciencias de la vida (la biología) y los principios éticos que influyen en el surgimiento de la bioética. Desde la distinción entre el objeto de estudio de la teoría general del derecho y la filosofía del derecho, entre el ser y el deber ser jurídicos, se investiga el origen e institucionalización del bioderecho como un derecho emergente.

Abstract:

In this essay, a reflection is made from the philosophy of law on the ethical implications of biotechnology, both in the field of medicine and in the field of the environment. The relationship between the life sciences (biology) and the ethical principles that influence the emergence of bioethics is analyzed. From the distinction between the object of study of the general theory of law and the philosophy of law, between the world of being and should be legal, the origin and institutionalization of biolaw as an emerging law is investigated.

Sumario: Introducción / I. Bioética / II. El principialismo bioético / III. El bioderecho / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

El estudio de la relación entre la bioética y el bioderecho implica necesariamente el análisis del objeto de estudio de la teoría general del derecho (derecho positivo) y la filosofía del derecho. Desde la perspectiva de que la bioética es definida como una rama de la ética, es decir, como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinadas a la luz de los valores y de los principios morales; mientras que el bioderecho se perfila como la regulación legal de la bioética, es decir, las respuestas legales del aparato legislativo de un ordenamiento jurídico a los conflictos y desafíos planteados por la biotecnología.

La teoría general del derecho tiene como objeto de estudio el derecho, tal como es (ontología jurídica); es decir, el derecho positivo, derecho vigente o derecho constituido, generalmente, se trata de una disciplina que investiga la estructura de las normas, su clasificación, la elaboración y la reforma de las normas jurídicas. Pérez Valera sintetiza la coincidencia de los especialistas con respecto a esta concepción de la teoría general del derecho al señalar que:

Para Recaséns Siches la teoría general del derecho, y en esto coincide con Finch y con Villoro Toranzo, se propone encontrar y aclarar, en general, la esencia de lo jurídico: esclarecer qué es el derecho, su sentido, sus notas intrínsecas y la diferencia con otras normatividades, además de esclarecer la estructura del orden jurídico y el significado de conceptos clave como sujeto de derecho, deber jurídico, relación jurídica y derecho subjetivo, entre otros.¹

Ahora bien, desde una concepción restringida del derecho, algunos tratadistas postulan la independencia de la teoría general del derecho con respecto a la filosofía del derecho al establecer que la primera se ocupa de su objeto, que es el derecho positivo, tal como es en la realidad jurídica; mientras que la filosofía del derecho se ocupa del derecho positivo, tal como debiera ser de conformidad con las pautas universalmente aceptadas. Elías Díaz ha reflexionado en el sentido de que una visión formal del derecho basada sólo en su estructura normativa independiente de los valores a que esta estructura sirve e independientemente de su contenido limita la concepción ética del derecho

¹ Víctor M. Pérez Valera, *Teoría del derecho*, p. 13.

enfocado a la equidad y la justicia. Por lo que, a fin de superar la visión positivo-formalista, plantea la necesidad de un análisis desde una perspectiva integral del derecho que incluya el aspecto filosófico del derecho y, con ello, su carácter axiológico.

El problema es que la justificación concreta del contenido de sus preceptos, esto es, de su justicia o injusticia, excede en muchas ocasiones los límites de la ciencia jurídica positiva; los rebasa siempre que se plantee más allá de los principios determinantes inspiradores del mismo orden positivo y que son parte de él. Pertenecen a otro tipo de estudio: al estudio sobre el último fin del derecho, sobre sus supremos principios directivos. Por otro lado, el que está más allá de la ciencia jurídica, llega al planteamiento de interrogantes que sólo la filosofía puede tratar y resolver, a saber, las cuestiones estimativas.²

La filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral y crítica. Su objeto de estudio, de acuerdo con los tratadistas, se centra en el tema ético-valorativo, esto es, en lo axiológico; es considerada como una teoría de la justicia y los valores: “La Filosofía el Derecho investiga cabalmente aquello que *debe o debiera ser* en el derecho, frente a aquello que *es*, contraponiendo una verdad ideal a una realidad empírica. (Pues deontología equivale a la ciencia de lo que debe ser)”.³ En síntesis, se enfoca en descubrir y poner de manifiesto los vínculos indisolubles que unen los hechos a los valores y los valores a los hechos, vínculos que son la causa de la continua transformación del derecho.

Así, desde la perspectiva de que todo derecho positivo requiere de una base filosófica, es decir, de una teoría de la justicia para fundamentar su legitimidad, la reflexión de la interconexión entre la filosofía de derecho (bioética) y el derecho positivo (bioderecho) es inexcusable.

Los avances en el conocimiento científico y tecnológico en el campo de la biología —la biotecnología— han traído consigo una variedad de alteraciones al medio ambiente, a la biodiversidad y a la vida en general. Los excesos en la investigación y experimentación en el campo médico dieron lugar a numerosos dilemas éticos.

² Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, pp. 238 y ss.

³ *Ibid.*, p. 245.

La bioética surge de manera institucionalizada en la década en los setenta del siglo pasado con el Informe Belmont (*The Belmont report: ethical principles for research with human subjects*, 1978), el cual puede considerarse como el primer documento de carácter oficial en el mundo que buscaba aportar criterios para proteger a los seres humanos frente a la experimentación biomédica, y, para ello, proporcionaba un valioso elenco de principios éticos básicos. La bioética se plantea como la ética que requiere la ciencia actual, ya que es una propuesta capaz de establecer puentes entre la salud, la ciencia y la tecnología, siempre a favor de la vida. Con ella se busca dar respuesta a una serie de dilemas que se presentaron a raíz de los vertiginosos adelantos en la biomedicina y ante el desarrollo de la tecnología aplicada a las ciencias de la vida y de la salud.

A partir del Informe Belmont, se establece una de las corrientes más extendidas en el ámbito de la bioética, mejor conocida como Principialismo, con la cual se pondera una tétrada clásica: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

En el estudio de la bioética se pueden distinguir dos concepciones, una amplia y otra restringida. En un primer momento, las reflexiones de la bioética se orientaron preferencialmente al campo de la medicina respecto al desarrollo de la biotecnología genómica, por lo cual se consideró como ética médica. Sin embargo, el impacto del desarrollo de la biotecnología en el medio ambiente paulatinamente amplió sus investigaciones a temas tales como el deterioro del medio ambiente el cambio climático, la contaminación ambiental, la biodiversidad, los organismos genéticamente modificados, los transgénicos, etcétera.

De manera paulatina, el principialismo bioético se amplía e institucionaliza en instrumentos internacionales como, por ejemplo, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, la cual toma en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología que afectan cada vez más nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que traen consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos. Con base en ello, se resuelve que es necesario y conveniente que la comunidad internacional establezca principios universales que sirvan de fundamento para una respuesta de la humanidad a los dilemas y controversias cada vez numerosos que la ciencia y la tecnología plantean a la especie humana y al medio ambiente.

Con el principio de responsabilidad propuesto por Hans Jonas en su obra *Das prinzip verantwortung versuch ieiner ethik für die technologische zivilisation*, de 1979, se formula la idea de una nueva ética, la ética de la responsabilidad. Para Jonas, la ética tradicional no contiene ni los principios adecuados ni las reglas utilizables frente a los efectos del desarrollo tecnológico sobre la naturaleza, razón por la cual propone el desarrollo de una ética nueva.

Con base en el estudio de los principios bioéticos, se pretende señalar la relación entre el mundo del ser y el del deber ser, entre el derecho y la moral, con la finalidad de explicar la relación entre la bioética y el bioderecho. Esto significa que los principios bioéticos reconocidos como tipos ideales, como modelos de la conducta humana, deben ser la guía para la elaboración y/o reforma del derecho.

El bioderecho, como rama del derecho emergente, se enfoca en resolver los conflictos relativos a la licitud jurídica respecto de las diversas consecuencias derivadas, precisamente, del avance tecnocientífico.

I. Bioética

I.1. Ética y bioética

La bioética es la imbricación de las ciencias de la vida (la biología) con los principios de la ética, por lo que el concepto se ha entendido como la “ética de la biología”. La *Enciclopedia de bioética*, editada por Warren T. Reich, define la bioética como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinadas a la luz de los valores y de los principios morales.⁴

Ahora bien, podemos observar que, por un lado, se hace referencia a principios éticos y, por otro, a principios morales, lo cual puede generar confusión, por lo cual, consideramos pertinente comentar de manera sucinta la diferencia entre ética y moral.

Entre los especialistas, existe la tendencia a considerar la ética y la moral como sinónimos. La identificación entre ética y moral no resulta fuera de lugar si atendemos su definición etimológica general: el término ética, etimológicamente, deriva de la palabra griega *ethos*, que significa costumbre; mientras

⁴ Comisión Nacional de Bioética, “¿Qué es Bioética?”.

que moral, proviene de la palabra latina *mores*, que significa costumbres. Sin embargo, los términos ética y moral pueden considerarse sinónimos solo de manera superficial. Esta posición la podemos observar en la definición de la ética como estudio de la moral. Desde esta perspectiva, la ética estaría en un nivel superior a la moral, esto es, la ética sería fundamentadora de la moral.⁵

En lo que se refiere a la ética, podemos decir que esta tiene una connotación filosófica, mientras que en la moral la connotación es sociológica.

Desde la perspectiva sociológica, la moral no es más que un hábito o una costumbre socialmente aceptada o, muchas veces, si acaso, tolerada. Los hábitos y las costumbres constituirían conductas y creencias rutinarias y pasivas que, con el paso del tiempo, se volverían propositivas y dinámicas. Propositivas en tanto que proponen actitudes, y dinámicas en cuanto que nos impulsan a observarlas, a tomarlas en cuenta.⁶

En lo que se refiere a la connotación filosófica, la ética se considera como una rama de la filosofía. El *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, define la ética como la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del humano:

La ética busca establecer mediante una evolución histórica —con distintas formas de comprender la moral— la esencia de ésta, establecer su origen y sus condiciones objetivas y subjetivas, así como determinar la naturaleza y función de los juicios morales y los criterios de justificación. Dicha disciplina es una rama de la filosofía que busca establecer los criterios del comportamiento moral de los hombres en sociedad, y es un conocimiento que busca sentar las bases de la conducta humana.⁷

Por consiguiente, desde la connotación filosófica, de la filosofía práctica, la ética es fundadora de la moral, es decir, estatuye los principios teóricos del comportamiento moral. Sin embargo, algunos autores han categorizado la ética como moral teórica o moral doctrinaria o moral filosófica, dando así mayor énfasis al uso del término moral que al de ética. Así, en los estudios jurídicos,

⁵ Gonzalo Carrasco, “La ética profesional, desde una perspectiva iusfilosófica. La Deontología de los periodistas”, pp. 796 y ss.

⁶ Lidio N. Ribeiro Riani, *Moral personal y compromiso colectivo. Reflexiones para una ideología emergente*, pp. 23-24.

⁷ Alfonso E. Ochoa Hofmann *et al.*, “Ética general”, pp. 2-3.

es común que los especialistas se refieran a la relación derecho y moral y no a la relación derecho y ética. Un ejemplo de ello es el libro *Moral y derecho: doce ensayos filosóficos* (2011), publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Universidad Autónoma Metropolitana.

Vinculado a los conceptos de ética y moral, se ha desarrollado el de deontología, entendido como el conjunto de normas de comportamiento de los profesionales que tienen por objeto establecer un marco ético para su actuación:

La deontología es un conjunto de normas de comportamiento de los profesionales que tienen por objeto establecer un marco ético para su actuación. Un profesional debiera serlo no sólo con base en su conocimiento y experiencia, sino también a su conciencia y conducta. En esa línea, la deontología profesional dota al profesional de una referencia de actuación caracterizada por la responsabilidad de sus actos y acciones, pero también por la independencia y la imparcialidad en la toma de decisiones, que supone un criterio propio en la prestación del servicio (acto) profesional, así como los principios y la honorabilidad con la que se conduce.⁸

Para Toulouse,⁹ el empleo del término ética, en un sentido más global, podría proporcionarnos otra distinción útil. En esa acepción, la sucesión de las tres palabras: deontología, moral y ética, refleja una progresión que va de lo particular a lo general, de lo local a lo global. El concepto de deontología, en un sentido amplio, como un producto racional de la reflexión de un grupo profesional específico (un gremio), coadyuva a la explicación de la elaboración de códigos deontológicos en las distintas profesiones.

Así, en un sentido amplio, podemos establecer la vinculación de la ética, la moral y la deontología de la siguiente manera: la ética es la rama de la filosofía dedicada al estudio “del origen, estructura, esencia y regularidades del desarrollo histórico de la moral”. La moral es un constructo histórico concreto sobre el cual surgen y evolucionan los principios y normas que reflejan las necesidades, intereses y valores de los seres humanos en su devenir social; mientras que la deontología o código de ética profesional es “el conjunto de

⁸ Juan Ramírez Marín, “El marco legal del ejercicio de las profesiones”, pp. 101-102.

⁹ Gérard Toulouse, *Mirada sobre la ética de las ciencias*, p. 44.

principios, normas y exigencias morales adoptado en un medio profesional determinado”.¹⁰

I.2. Concepción restringida de la bioética

Se puede observar entre los especialistas una concepción restringida de la bioética, es decir, la tendencia a reducir la bioética a la ética médica. Esta vinculación de la bioética con la medicina proviene de lo que se consideran dos de los hitos más determinantes para el desarrollo disciplinario de la bioética: a) el Estudio Tuskegee de la sífilis, llevado a cabo en Estados Unidos en cientos de hombres afroamericanos, que constituye uno de los experimentos más controversiales y censurados en la historia de la medicina estadounidense; b) el caso de la inoculación del virus de la hepatitis en niños sanos (huérfanos o abandonados por sus padres en la Willowbrook State School, institución apoyada por el Estado norteamericano, para niños con discapacidad intelectual (1947-1972)).¹¹

Estos dos casos dieron lugar a que en 1974 se creará la *Nacional Comisión for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Experimentación Biomédica y Conductual), y se le conoce en el mundo, simplemente, como National Commission:

Antes, en 1974, y ya conocidos los arteros abusos que infringieron los científicos sobre sus eventuales sujetos humanos de experimentación, el Congreso de Estados Unidos dispuso la creación de una Comisión cuyos propósitos debían ser discutir y reflexionar sobre los límites de la investigación biomédica, así como evaluar la ecuación entre los riesgos y beneficios de la investigación en seres humanos, además de proporcionar guías y criterios para una selección justa y equitativa de los sujetos de experimentación, y, finalmente, reflexionar acerca de la naturaleza, alcance y significado del consentimiento informado en la investigación biomédica.¹²

Los resultados de los trabajos de la Nacional Comisión están expuestos en el documento conocido mundialmente como el Informe Belmont, el cual

¹⁰ Carrasco, *op. cit.*, p. 799.

¹¹ Erick Valdés, “El nacimiento del bioderecho”, p. 8.

¹² *Ibid.*, pp. 8-9.

puede considerarse como el primer documento de carácter oficial en el mundo que buscaba aportar criterios para proteger a los seres humanos frente a la experimentación biomédica, para ello, proporcionaba un valioso elenco de principios éticos básicos, cuyo valor y alcance epistemológico y metodológico rápidamente adquirió mucha utilidad para analizar, comprender y solucionar controversias morales surgidas en los ámbitos biomédico y clínico.¹³

En el mismo sentido, en 1979, Tom L. Beauchamp y James F. Childress publicaron el libro *Principles of biomedical ethics*, cuyo tema principal es el estudio de la ética biomédica. Dicha publicación fue la más representativa de esa época y, aún en nuestros días, continúa siendo una de las más empleadas, ya que en ella se basa una de las corrientes más extendidas en el ámbito de la bioética, mejor conocida como principialismo, la cual pondera una tétada clásica: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.¹⁴

Desde la perspectiva de la concepción restringida, la bioética es definida como una rama de la ética que se encarga de estudiar, analizar y promover todos los principios y valores en el campo médico. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como la disciplina que estudia los problemas éticos relacionados con la salud; por ejemplo, al hacer investigación con seres humanos, diseñar una política de salud o brindar atención de salud.

Así, debido a los avances tecnológicos y científicos, la temática y el ámbito de investigación de la bioética son cada día más extensos: la ingeniería genética (la experimentación con seres vivos y los avances tecnológicos y científicos para modificar la estructura biológica de los seres vivos), las nanotecnologías, la investigación con células madre, la investigación y ensayos clínicos, el cultivo de órganos humanos, la donación y trasplante de órganos, la fecundación *in vitro*, el aborto y el estado del embrión, la maternidad sustituta, la relación entre médico y paciente, la duración y la calidad de vida, la eutanasia, la muerte con dignidad, etcétera.

I.3. Concepción amplia de la bioética

Ahora bien, desde la perspectiva de una concepción amplia, la bioética no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos relacio-

¹³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁴ Comisión Nacional de Bioética, *op. cit.*

nados con la vida en general, y, en particular, el ser humano, sus ecosistemas y su evolución:

Al oncólogo holandés Van Rensselaer Potter se le reconoce haber elaborado el neologismo *bioética* y haber propuesto las bases para esta nueva disciplina a la que llamó “la ciencia de la supervivencia”. Potter postula que la existencia del ser humano no está garantizada, más bien está amenazada por las alteraciones del equilibrio de los ecosistemas y por los avances de la tecnología.¹⁵

En este sentido, es necesario puntualizar que la bioética de Potter tiene un enfoque más globalizador, mientras que para otros especialistas (por ejemplo, Hellegger y Callahan) la bioética está más restringida a los asuntos relacionados con los temas médicos.

En su sentido más amplio, la bioética, a diferencia de la ética médica, no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y a todos los seres vivos en general (animales y plantas):

Potter propuso el término bioética para enfatizar los dos ingredientes fundamentales: ética y biología, es decir conocimiento biológico y valores humanos, para alcanzar esta nueva sabiduría. Cuando a mí me preguntan qué significa bioética, yo resumo el término utilizando una palabra, *supervivencia*. La bioética habla de la supervivencia del ser humano, de la supervivencia de la sociedad y de la supervivencia de nuestra casa, la Tierra.¹⁶

La doctora en bioética Cruz Netza, jefa del Servicio de Bioética del Hospital Ángeles Puebla y fundadora del Observatorio Mexicano de Bioética, en una entrevista desde México con Noticias ONU ofrece una definición amplia de la bioética:

La bioética es una disciplina que básicamente se dedica a orientar y reflexionar sobre situaciones dilemáticas o de mucha complejidad que abarquen tantas aristas económicas, sociales, ecológicas, éticas

¹⁵ Emilio Escobar y Ana L. Escobar, “Principales corrientes filosóficas en bioética”.

¹⁶ Arnoldo Kraus, “Bioética significa supervivencia del ser humano, de la sociedad y de la tierra”.

o biomédicas, biotecnológicas, que haga necesaria la unión interdisciplinar de varios especialistas. La bioética coordina esos ejercicios interdisciplinarios para reflexionar sobre un fenómeno y, eventualmente, sugerir posibles soluciones o guías de acción.¹⁷

La concepción amplia de la bioética, además de la ética médica, incluye en su ámbito de estudio temas relacionados con la biotecnología y su efecto en el medio ambiente y en la salud humana, tales como el deterioro del medio ambiente, el cambio climático, la contaminación ambiental, la biodiversidad, los organismos genéticamente modificados, los transgénicos, etcétera.

II. El principialismo bioético

Entre las diferentes corrientes teóricas de la bioética, el principialismo bioético ocupa un lugar relevante, sobre todo en la ética biomédica, basada en la definición de los cuatro principios considerados como clásicos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

El principialismo surge con el Informe Belmont, pero de manera general con la obra de L. Beauchamp y James F. Childress *Principles of biomedical ethics*, cuyo tema principal es el estudio de la ética biomédica, donde se desarrollan los cuatro principios que se consideran su núcleo central.

Estos principios se han ido precisando e incorporado en los instrumentos internacionales. Así, en octubre de 2005, la Conferencia General de la UNESCO aprobó por aclamación la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Por primera vez en la historia de la bioética, los Estados miembros se comprometían, y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar los principios fundamentales de la bioética reunidos en un único texto. Esta Declaración toma en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos. Con base en ello, la Conferencia General resolvió que es necesario y conveniente que la comunidad internacional esta-

¹⁷ Jocelyn Hernández, “La bioética se vuelve el faro en medio de la tormenta de los que están en las trincheras contra el coronavirus”.

blezca principios universales que sirvan de fundamento para una respuesta de la humanidad a los dilemas y controversias cada vez más numerosos que la ciencia y la tecnología plantean a la especie humana y al medio ambiente. La Conferencia General de la UNESCO se muestra convencida de que la sensibilidad moral y la reflexión ética deberían ser parte integrante del proceso de desarrollo científico y tecnológico y de que la bioética debería desempeñar un papel predominante en las decisiones que han de tomarse ante los problemas que suscita ese desarrollo.¹⁸

La Declaración enumera y define brevemente los principios bioéticos que han sido aceptados universalmente en anteriores declaraciones de la UNESCO y de otras organizaciones y sociedades científicas internacionales: dignidad humana, derechos humanos, libertades fundamentales, autonomía, consentimiento y confidencialidad, solidaridad y cooperación, responsabilidad social, equidad, beneficencia, justicia y diversidad cultural.

Finalmente, se reafirma la responsabilidad de que los seres humanos deben proteger el medio ambiente, la biodiversidad y la biosfera. El Artículo 17, intitulado Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad, establece que: “Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad”.

Aunados a los principios citados, paulatinamente se han incorporado una variedad de principios, entre los que destacamos los siguientes:

Principio de investigación limitada. Héctor Mendoza, con base en el reconocimiento de los evidentes beneficios del desarrollo científico y tecnológico, propone como principio la investigación científica limitada: “Conscientes estamos de los derechos relativos a la libertad de investigación, sin embargo, este derecho a la libertad de investigación en materia biotecnológica deberá verse acotado por los principios anteriores. Es decir, toda investigación y adelanto científico deberá respetar los derechos fundamentales de todo individuo”.¹⁹

¹⁸ UNESCO, Declaración universal sobre bioética y derechos humanos.

¹⁹ Fernando Flores Trejo, *Bioderecho*, apud Héctor Mendoza, “Bioderecho y derechos humanos: principios fundamentales”, p. 57.

Por último, siguiendo este principio de investigación limitada, todo protocolo de investigación en el que se vean involucrados aspectos biotecnológicos deberá considerar las repercusiones tanto presentes como futuras. Efectivamente, la visión del quehacer científico en las áreas biotecnológicas no puede constreñirse a la inmediatez, ya que es necesario ver a futuro y asegurar que con lo que hoy hacemos no se verán afectadas las generaciones posteriores.²⁰

Principio de experimentación restringida. La investigación, pero particularmente la experimentación, deben ser encauzadas en un marco que, en todo caso, les conduzca al mejoramiento y no a la destrucción del ser humano. Cabe señalar que tanto este principio como el anterior de investigación limitada han sido desarrollados en Europa bajo el rubro de principio de precaución o de cautela.²¹

Principio precautorio. El principio precautorio tiene su origen en el concepto alemán *Vorzorgeprinzip* o principio de precaución, introducido en la legislación alemana en la década de los setenta. Boehmer sostiene que el concepto alemán de *Vorzorgeprinzip* implica mucho más que la simple traducción inglesa de planificación preventiva. Para el autor el concepto absorbe también nociones de prevención de riesgo, costo efectividad —pero en un marco económico más flexible— responsabilidades éticas para la mantención (sic) de la integridad de los sistemas naturales y de la falibilidad de la comprensión humana.²²

El principio precautorio establece que, frente a una eventual obra o actividad con posibles efectos negativos en el medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta. El sentido del principio es fundamentalmente manejar la incertidumbre propia de las causas y relaciones que pueden estar fuera del control humano y que son básicamente las vinculadas a las ciencias naturales, incluyendo las que se refieren a la protección del bien superior de la vida y la salud humana.²³

²⁰ Mendoza, *op. cit.*, p. 58.

²¹ *Ibid.*, p. 59.

²² Carmen Artigas, *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*, p. 6.

²³ *Loc. cit.*, p. 6.

Este principio fue rápidamente adoptado en numerosos tratados multilaterales y en declaraciones internacionales en materia de derecho ambiental:

El principio precautorio fue consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, Brasil, 3–14 de junio de 1992) Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.²⁴

Principio de responsabilidad. El principio de responsabilidad se atribuye a Hans Jonas, quien en su obra *Das Prinzip verantwortung-versuch einer ethik für die technologische zivilisation* de 1979, propone como una nueva ética la ética de la responsabilidad. Ante la ética tradicional, antropocéntrica y dirigida a la contemporaneidad, y debido que frente a los efectos del desarrollo tecnológico sobre la naturaleza estamos desprovistos de reglas que ordenen las acciones humanas, concluye diciendo que es precisa una nueva propuesta ética que contemple no sólo a las personas, sino también a la naturaleza. Ese enorme desajuste sólo podrá repararse, de acuerdo con Jonas, mediante la formulación de una nueva ética:

El principio de responsabilidad pide que se preserve la condición de existencia de la humanidad, muestra la vulnerabilidad que la acción humana suscita a partir del momento en que él se presenta ante la fragilidad natural de la vida. El interés del hombre debe identificarse con el de otros miembros vivos de la Naturaleza, pues ella es nuestra morada común. Nuestra obligación se hace incomparablemente mayor en función de nuestro poder de transformación y la conciencia que tenemos de todos los eventuales daños causados por nuestras acciones, como bien observó Eco.²⁵

Para Krawietz, Jonás pretende nada menos y nada más que establecer una enteramente nueva “ética para la civilización tecnológica”. Su diagnóstico

²⁴ *Ibid.*, p. 20.

²⁵ José E. de Siquiera, “El principio de responsabilidad de Hans Jonas”.

parte del “hecho” aceptado de que, actualmente, y en medida creciente, “el saber previsor queda detrás del saber técnico que da poder a nuestras acciones”; ello lleva a un abismo cada vez más grande entre el “poder del hacer” y la deficiente “fuerza de saber provisor”. Por ello, Jonás recomienda una enteramente “nueva concepción de los derechos y deberes” para la cual la ética anterior no contiene ni principios adecuados ni reglas utilizables.²⁶

III. El bioderecho

De manera similar al concepto de bioética, el concepto de bioderecho es la imbricación de dos disciplinas de estudio: la biología y el derecho. Con este se busca dar respuestas legales a los conflictos y desafíos planteados por los avances del conocimiento científico y tecnológico en la biología (biotecnología):

Visto así, el bioderecho es un medio para tratar de explicar las complicadas relaciones entre el avance científico y la licitud de su aplicación, particularmente en seres humanos, y representa una simbiosis entre la vida y el comportamiento humano. En este orden de ideas, el bioderecho debe transitar un camino de ida y vuelta, uno que va de lo biológico a lo jurídico y de lo jurídico a lo biológico.²⁷

De manera similar al surgimiento de la bioética, Erick Valdés ubica el origen del bioderecho en Estados Unidos con el estudio Tuskegee de la sífilis y con los principios expuestos en el documento conocido mundialmente como el Informe Belmont.

Con la finalidad de precisar el origen del bioderecho de manera epistemológica, el especialista citado expone que:

Señala Kemp que “el término ‘bioderecho’ fue probablemente un invento francés (biodroit)”, utilizado originalmente por el abogado Olivier Cayla en 1991, en un artículo editorial de la revista *Droits*, para señalar un elenco, más bien vasto, de respuestas legales del cuerpo legislativo de un ordenamiento jurídico a los conflictos y de-

²⁶ Werner Krawietz, *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, pp. 52-53.

²⁷ Mendoza, *op. cit.*, p. 41.

safíos planteados por lo que él designa “biología”, que, debido a su evolución y potenciamiento es capaz de transformar a todos los seres vivientes en cosas que pueden ser manipuladas, instrumentalizadas, intervenidas, y modificadas.²⁸

A fin de detallar el origen del bioderecho, Valdés señala que más tarde, en 1993, el término fue recepcionado por otro jurista francés, Christian Lavalie, en la introducción de su libro *De la bioéthique au bio-droit*. En ese texto, Lavalie defiende la tesis de que el derecho debe adaptarse rápidamente y ser capaz de responder a las consecuencias sociales que emergen de los desarrollos de la tecnología contemporánea, elaborando nuevas reglas y normas jurídicas tendientes a la protección del ser humano en dicho contexto. De ese modo, para este jurista, el bioderecho —aunque reactivo— era un tipo especial de derecho.

Ahora bien, se puede distinguir una concepción restringida y una concepción amplia del bioderecho. La concepción restringida plantea que el bioderecho surge como alternativa jurídica para responder a problemas generados por las prácticas biomédicas contemporáneas, es decir, es un derecho aplicado al ámbito biomédico. Recordando una de las dos definiciones de Erick Valdés, Laura Puentes expone que:

Desde un punto de vista general, lo define como un derecho aplicado al ámbito biomédico, que es capaz, entre otras cosas, de abrir nuevos plexos normativos, identificar nuevas categorías de daños antijurídicos, dotar de valor constitucional nuevos derechos subjetivos individuales o bioderechos, y posibilitar la emergencia de mayor certeza jurídica en el ámbito regulatorio de la biomedicina.²⁹

La concepción amplia del derecho plantea que el bioderecho, como parte de la ciencia jurídica, no está restringido de manera exclusiva a lo humano, sino que deberá ocuparse también del resto de los fenómenos que tengan que ver con la vida en general; es decir, incluye la reflexión sobre el efecto de la biotecnología en el medio ambiente y los riesgos que pudieran ocasionar, trayendo consecuencias (afectaciones) a todo ser viviente en el planeta “El rápido

²⁸ Valdés, “El nacimiento del bioderecho”, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ Valdés, “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *apud* Erick Valdés, “Bioderecho, genética y responsabilidad del Estado”. pp. 270-271.

desarrollo tecnocientífico y el pluralismo ético a nivel internacional han dado lugar a nuevos problemas respecto de las regulaciones y políticas de y sobre la vida, por lo que la reflexión bioética, biojurídica o del bioderecho no son ajenas a ello”.³⁰

En la opinión de los especialistas en la materia, el bioderecho representa un nuevo enfoque de lo jurídico, uno que responde a nuevas necesidades derivadas del avance científico y tecnológico relacionado con las nuevas posibilidades de manipulación de la vida humana. El bioderecho, entonces, está llamado a resolver conflictos relativos a la licitud jurídica respecto de las diversas consecuencias, derivadas, precisamente, del avance tecnocientífico.³¹

Si bien el bioderecho se considera una rama emergente del derecho, algunos autores lo postulan como una cuarta generación de derechos humanos:

De este modo, todo el marco legal regulatorio surgido a partir de los principios del bioderecho puede ser considerado como una “cuarta generación de derechos humanos” o “bioderechos”, que implican una protección universal de la persona, su identidad genética y otros bienes jurídicos relacionados con la autodeterminación, la integridad genética y el proyecto de vida; esto es, concibe al ser humano ya no sólo como parte de una sociedad, sino como miembro de una especie capaz de ser afectada directamente en su composición ontológica por los avances y aplicaciones de la biomedicina y de la biotecnología.³²

Desde la perspectiva de que el derecho positivo tradicional ha sido claramente incapaz de responder a los desafíos que la investigación y las prácticas biomédicas comportan para el ser humano, Valdés se plantea que el abordaje que el bioderecho lleva a cabo con las controversias jurídicas surgidas como resultado de los avances de la biomedicina implicarían el surgimiento de derechos humanos de cuarta generación; esto es, bioderechos específicamente relacionados con la identidad genética de la especie humana, los cuales, hasta hoy, no han sido considerados ni teórica ni procedimentalmente en este campo.³³

³⁰ William Ordóñez, “Reflexión acerca de la naturaleza de la protección jurídica a las generaciones futuras”, p. 176.

³¹ Mendoza, *op. cit.*, p. 41.

³² Laura Puentes, “Bioderecho, genética y responsabilidad del Estado”, p. 271.

³³ Erick Valdés, “Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de

III.1. Bioderecho y bioética

El orden de prioridad en la relación entre el bioderecho y la bioética y/o la bioética y el bioderecho está determinado por la posición doctrinaria que tengan los especialistas con respecto a las fuentes y a la elaboración del derecho, pero, sobre todo, a la relación entre la teoría general del derecho y la filosofía del derecho.

La teoría general del derecho tiene como objeto el derecho positivo; es decir, el derecho realmente existente, el derecho escrito institucionalizado, las normas y el ordenamiento jurídico. Su estudio se orienta a la estructura de las normas, su clasificación, sus relaciones, las figuras jurídicas básicas. En síntesis, la teoría del derecho desarrolla sus conceptos jurídicos a partir del derecho positivo.

La filosofía del derecho se ocupa del derecho positivo, pero desde la perspectiva de cómo debiera ser de conformidad con las pautas universalmente aceptadas. La búsqueda del deber ser la vuelve especialmente sensible a los cambios de la realidad social. Su ámbito de investigación es el problema de la justicia y, vinculado con ella, el problema de los valores, de ahí su relación con la ética.

La distinción entre la teoría general del derecho y la filosofía del derecho, básicamente, se establece desde el ser (la ontología) y el deber ser jurídicos (la axiología). La teoría general del derecho atiende al derecho tal cual es y la filosofía del derecho tal como debe ser:

Del Vecchio: “La Filosofía del Derecho se distingue de la Ciencia del Derecho en sentido estricto, en que ésta —dice— estudia el Derecho en particular, es decir, el Derecho positivo de un cierto pueblo y en un momento determinado, mientras que aquélla examina el Derecho en su universalidad, en lo que tiene de esencial y de permanente” (...) La Filosofía del Derecho, desde mi punto de vista —añade Treves—, debe intentar descubrir y poner de manifiesto los vínculos indisolubles que unen los hechos a los valores y los valores a los hechos, vínculos que —concluye— son la causa de la continua transformación del derecho.³⁴

cuarta generación”, *apud* Carlos Mario García, “La construcción metafórica del concepto de salud: antesala de su estatus científico y de su definición como derecho”, p. 252.

³⁴ Díaz, *op. cit.*, p. 244.

Anteriormente, se ha señalado que la bioética se basa en la filosofía y que una de sus corrientes teóricas dominantes es el principialismo. La filosofía del derecho la ubicamos como el modelo o tipo ideal —el deber ser— que sirve de guía para la transformación del derecho existente. En este sentido, los principios elaborados en la bioética (deber ser) serán considerados como base para el desarrollo del bioderecho.

Si bien el debate entre Hart y Dworkin es emblemático para distinguir las reglas de los principios, en el presente estudio, por razones de espacio, sólo hacemos referencia a los elementos de los principios que nos permiten explicar la distinción entre bioética y derecho. A este respecto, consideramos relevante destacar parte de la propuesta dworkiniana:

R. Dworkin, sostiene que un sistema de Derecho positivo no está integrado únicamente por normas (y definiciones), sino también por *principios*, esto es, por enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. Y exigencias de justicia, equidad y moral positivas.

Dworkin entiende que mantener la tesis de que el Derecho está integrado por principios (y no solo por normas) es incompatible con el positivismo jurídico (en particular, con el positivismo jurídico hartiano), que parte de la separación entre el Derecho y la moral (distinción que no siempre puede hacerse al nivel de los principios) y de la existencia de una regla de reconocimiento que establece cuales son los enunciados que forman parte del Derecho positivo (y que no serviría como reconocimiento de los principios).³⁵

Los principios del derecho se relacionan con los principios más generales de la ética social y la axiología jurídica descubiertos por la razón, constituyéndose como las estructuras fundamentales de la elaboración del derecho. En este caso, el término “principio” en el lenguaje jurídico se refiere a valores, instituciones o reglas considerados como puntos de partida, origen o fundamento del derecho, los cuales deben ser claros, pues de ello depende el desarrollo de un sistema jurídico.³⁶

³⁵ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, pp. 33-34.

³⁶ Carla Huerta, “La imparcialidad del juez en la ponderación del derecho”, p. 23.

Los principios son elementos que contienen un valor considerado y reconocido por el legislador (...) y son entendidos como las referencias de valores programáticas encargadas de optimizar los derechos fundamentales, en tanto las reglas se refieren a una situación de hecho con consecuencias legales dependiendo de la comisión u omisión de la conducta descrita (...) un principio está siempre inmerso de un valor, a diferencia de una regla, que sólo da seguimiento al valor establecido por el principio.³⁷

Así, podemos observar que la bioética, con sus exigencias de justicia y equidad, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, establece una serie de principios que influyen en el surgimiento del bioderecho europeo. De ahí que el efecto del principialismo ocupe un lugar importante en el tránsito de la bioética al bioderecho:

La razón de que el bioderecho haya adoptado un modelo principialista se debe fundamentalmente a que la mayoría de los teóricos europeos que participaron de su configuración reconocen, hasta ahora, una suerte de intrínseca conexión entre la bioética y el bioderecho, así como una preeminencia epistemológica de aquélla respecto de éste. Por lo tanto, se ha pensado que el bioderecho no puede justificarse a sí mismo sin la bioética, y que ésta sería, no sólo histórica, sino léxicamente anterior al bioderecho.³⁸

La reflexión sobre la preeminencia epistemológica de la bioética sobre el bioderecho tiene como punto de partida la concepción de la bioética como deber ser, que pretende servir como principio ideal de orientación de la conducta humana, y dado que el mundo del deber ser se refiere al aspecto ideal de las normas, contribuir al mejoramiento del derecho:

Desde el punto de vista normativo cabe preguntarse cuáles son las concepciones morales que deben ser transformadas en derecho positivo y de qué manera. La primera cuestión puede ser respondida por una teoría empírica de la política jurídica, de la praxis administrativa y de la decisión judicial; la segunda, por las correspondientes teorías

³⁷ Carlos A. Burgoa Toledo, *Principios tributarios, entre la legalidad y el conocimiento*, p. 11.

³⁸ Erick Valdés, “El nacimiento del bioderecho”, p. 33.

normativas. Pero la cuestión acerca de la relación entre derecho y moral tiene también otro significado que, tanto desde el punto de vista histórico como sistemático, se encuentra en el primer plano del interés que siempre han tenido y siguen teniendo en ella, la filosofía y la teoría del derecho.³⁹

De acuerdo con Erick Valdés, la institucionalización del bioderecho en Europa supuso su recepción, más que como un instrumento o modelo jurídico autónomo, como una suerte de filosofía del derecho que investigaba asuntos jurídicos de y en la bioética, precisamente, para obtener más claridad sobre la relación entre la ética y el derecho. Desde esta perspectiva, es posible explicar la propuesta de Erick Valdés de que en este sentido el bioderecho se adhiere a la bioética; y, de manera tajante, señala Valdés, que la jurisdicción del bioderecho quedaba en poder de la bioética. De este modo, la jurisdicción del bioderecho europeo quedó en manos de los comités y comisiones de ética, de la legislación sobre asunto bioéticos, de los instrumentos internacionales creados para regular las nuevas inventivas biocientíficas, de los ordenamientos administrativos que concernían a la bioética (comisiones, colegios, consejos, entre otros) y de las decisiones jurisprudenciales acerca de conflictos y controversias bioéticas.⁴⁰

Esta apreciación es incuestionable desde la versión más usual y amplia de la relación entre derecho y moral, la cual se refiere a la relación entre el derecho que es, es decir, el derecho positivo y el derecho que debería ser de acuerdo con los principios de la moral o de la justicia, es decir, el tradicionalmente llamado derecho natural o racional. En ese sentido, ya la pregunta acerca de la relación entre derecho y moral parece encerrar en sí misma la respuesta; pues el concepto de un derecho tal como debería ser de acuerdo con los principios de la moral es la expresión de la exigencia moral de estructurar el derecho según estos principios, y el destinatario principal de esta exigencia es quien tiene competencia para sancionar el derecho positivo.⁴¹

Sin embargo, desde una concepción legalista-normativista del derecho, que considera como fuente principal del derecho a la legislación, los princi-

³⁹ Ralf Dreir, "Derecho y moral", p. 72.

⁴⁰ Erick Valdés, "El nacimiento del bioderecho", p. 36 y Erick Valdés e Ingrid Brena, Introducción, p. XV.

⁴¹ Dreir, *op. cit.*, pp. 71-72.

pios éticos deben ser positivados para convertirse en un instrumento legalmente vinculante y tener una obligatoriedad jurídica. De ahí que a la bioética se le plantee transformarse de una guía u orientación ética en un instrumento jurídico reconocido y, por tanto, obligatorio:

Si bien es cierto que la reflexión sobre los dilemas que emergen de la práctica clínica y el desarrollo de las técnicas genéticas lleva destilándose alrededor de cuarenta años, no es menos correcto afirmar que dicho pensamiento se ha desplegado, casi exclusivamente, desde la bioética o desde la perspectiva de los derechos humanos. En este sentido, aunque la deliberación sobre estos asuntos ha sido profusa, existe una deuda desde el punto de vista regulatorio, ya que ni la bioética ni los instrumentos internacionales han logrado generar un universo normativo eficaz que aborde la naturaleza y el alcance de las biociencias desde una perspectiva legalmente vinculante.⁴²

Así, la necesidad de positivar (juridificar) los principios y reglas de la bioética implica el desarrollo del bioderecho como nueva disciplina que, como lo señala Erick Valdés, debería, simplemente, ser una forma de regulación social que busca establecer un marco legal que determine un derecho válido y pertinente para la solución de conflictos provocados por los casos y problemas bioéticos:

En dicho orden de ideas, la mayoría de los biojuristas del mundo no justifican una distinción más comprehensiva entre la bioética y el bioderecho y, más bien, consideran a la primera como una presuposición del segundo, ya que la nueva disciplina debería simplemente ser una forma de regulación social que busca establecer un marco legal que determine un derecho válido y pertinente para la solución de conflictos provocados por los casos y problemas bioéticos.⁴³

Finalmente, podemos observar, que desde una perspectiva filosófica y debido a la influencia del principialismo en los instrumentos jurídicos internacionales, el bioderecho se ha considerado como una bioética jurificada; lo que, desde la perspectiva de la llamada ciencia jurídica —la dogmática jurídica—,

⁴² Erick Valdés e Ingrid Brena, *Introducción*, *op. cit.*, p. XV.

⁴³ Erick Valdés, “El nacimiento del bioderecho”, *op. cit.*, p. 34.

es considerado como una ingenua intelección del bioderecho. Es difícil pensar en una suplantación o superposición de plexos normativos de distinta naturaleza, a saber: el ético y el jurídico:

De hecho, pretender que legisladores y jueces transformen, respectivamente, en normas y resoluciones jurisdiccionales las recomendaciones a las que llega la bioética comportarían una coincidencia directa e ineludible entre argumentación (bio)ética y argumentación (bio)jurídica. Por mucho que la bioética pueda alejarse de una concepción ontológica de sí misma, abrazando la revolución procedimental de la filosofía moral, ésta no puede pretender sustituir el derecho en su función social de “calificar comportamientos como obligatorios, prohibidos o consentidos y, entonces, de otorgar derechos y deberes”.⁴⁴

Así, es necesaria la regulación jurídica de las consecuencias que conllevan los avances biotecnológicos, buscando incorporar los principios de la bioética en la legislación con la finalidad de proporcionar certeza jurídica:

Un problema que deben enfrentar las sociedades tecnológicas es cómo estimular la innovación y al mismo tiempo regularla, en un contexto donde quizá la única certeza para el derecho son los riesgos intrínsecos que éstas conllevan. Según S. H. Ranchordás, un enfoque para la regulación de la innovación tecnológica requiere: i) aceptar que los legisladores no conocen la esencia de todos los problemas que necesitan ser regulados y la extensión de los efectos de sus regulaciones; ii) buscar información y tratar de adaptar sus instrumentos legislativos a la naturaleza de los problemas; iii) experimentar con el potencial de las soluciones regulatorias; iv) extraer lecciones e incorporar ese conocimiento en nuevas y mejores leyes; v) reconocer los errores legislativos. Algunos mecanismos para desarrollar un derecho adaptado a los vertiginosos cambios tecnológicos que se han propuesto e implementado son las *sunsetclauses* y la *experimental legislation*.⁴⁵

⁴⁴ Ferdinando Insanguine, “¿Ha llegado la hora de reconsiderar el artículo 13 del Convenio de Oviedo?”, p. 126.

⁴⁵ Juan A. Lecaros, “Acceso a recursos genéticos y beneficios compartidos: los desafíos del Protocolo de Nagoya para el bioderecho”, p. 335.

IV. Conclusiones

Debido a que los códigos deontológicos son relevantes para el desarrollo de los principios bioéticos, es importante distinguir la relación entre ética, moral y deontología.

La creación de códigos éticos plantea una cuestión de interés para la filosofía del derecho, pues éstos son elaborados con la finalidad de regular la actividad profesional en un ámbito determinado (autorregulación) ante problemas derivados de situaciones más vinculadas con la ética (normas sociales) que con la normatividad jurídica.

La distinción entre una concepción restringida y una concepción amplia de la bioética es pertinente desde la perspectiva de no limitar su objeto de estudio sólo a la ética médica, sino incluir todos los aspectos de la vida en general (humana, vegetal y animal).

El principialismo bioético es el puente que conecta la bioética con el bioderecho, puesto que sirve como el tipo ideal para la elaboración o reforma del derecho, esto es, que el bioderecho no puede justificarse a sí mismo sin los principios de la bioética. Así, la relación entre bioética y bioderecho es de complementariedad.

El debate sobre la separación o la conexión entre el derecho y la moral debe ser analizado desde la perspectiva del deber ser y el ser, en este caso la bioética y el bioderecho. Los principios desarrollados por la bioética deben ser considerados como tipos ideales, como modelos de conducta que sirvan de fundamento para una reforma del derecho orientado a la justicia y la equidad.

La ausencia de respuesta del derecho tradicional a los retos de los efectos de la biotecnología a la salud, el medio ambiente y a la vida en general plantea la necesidad del desarrollo de una rama emergente del derecho. El bioderecho representa un nuevo enfoque de lo jurídico, uno que responde a nuevas necesidades derivadas del avance científico y tecnológico, relacionado con las nuevas posibilidades de manipulación de la vida humana.

Establecer un vínculo entre la bioética y el bioderecho implica, por un lado, superar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral; es decir, la tesis de que el derecho positivo de una sociedad puede identificarse y describirse sin acudir a consideraciones morales o valorativas; por otro lado, aceptar la posición no positivista en esta materia que 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, esto es, que todo derecho debe tener una base ética. Pues el concepto de un derecho tal como debería ser de acuerdo con los principios de la moral es la expresión de la exigencia moral de estructurar el derecho según estos principios, y el destinatario principal de esta exigencia es quien tiene competencia para sancionar el derecho positivo.⁴⁶

Fuentes de consulta

- Artigas, Carmen. *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*. Serie Recursos naturales e infraestructura, Núm. 22. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2001.
- Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*. 1a. ed. corregida, México, Fontamara, 1998.
- Burgoa Toledo, Carlos Alberto. *Principios tributarios, entre la legalidad y el conocimiento*. México, Dofiscal, 2012.
- Carrasco González, Gonzalo. “La ética profesional, desde una perspectiva iusfilosófica. La Deontología de los periodistas”. *Alegatos*, Núm. 85, septiembre-diciembre de 2013, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 789-818.
- Díaz García, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. reimp. de la 2a. ed., Madrid, Taurus, 1993.
- Dreir, Ralf. “Derecho y moral”. *Derecho y Filosofía*, Ernesto Garzón Valdés, (comp.), 2ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 18, México, Fontamara, 1993.
- Escobar-Picasso, Emilio y Ana Laura Escobar-Cosme. “Principales corrientes filosóficas en bioética”. *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, Vol. 67, Núm. 3, may/jun 2010, México, Instituto Nacional de Salud, Hospital Infantil de México Federico Gómez.
- Huerta, Carla. “La imparcialidad del juez en la ponderación del derecho”. *Estudios de Filosofía del Derecho*, Jorge Fernández Ruiz (coord.), México, Editorial Novum/FES Acatlán//UNAM Posgrado Derecho, 2012.
- Insanguine, Ferdinando. “¿Ha llegado la hora de reconsiderar el artículo 13 del Convenio de Oviedo?”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*, Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 113-130. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- García, Carlos Mario. “La construcción metafórica del concepto de salud: antesala de su estatus científico y de su definición como derecho”. *Bioderecho y derechos humanos*.

⁴⁶ Vid. Carlos Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, p. 26.

- Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 237-258. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Krawietz, Werner. *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Núm. 20. México, Fontamara, 1992.
- Lecaros, Juan Alberto. “Acceso a recursos genéticos y beneficios compartidos: los desafíos del Protocolo de Nagoya para el bioderecho”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 317-340. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Mendoza Héctor. “Bioderecho y derechos humanos: principios fundamentales”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 41-64. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Nino, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- Ochoa Hofmann, Alfonso Estuardo. “Ética general”. *Ética y derechos humanos*, Edith Mariana Zaragoza Martínez (coord.), México, Iure Editores, 2011.
- Ordóñez, William. “Reflexión acerca de la naturaleza de la protección jurídica a las generaciones futuras”. *Bioderecho y derechos humanos. Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Pérez Valera, Víctor Manuel. *Teoría del derecho*. México, Oxford University Press, 2009.
- Puentes, Laura Victoria. “Bioderecho, genética y responsabilidad del Estado”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 259-282. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Ramírez Marín, Juan. “El marco legal del ejercicio de las profesiones”. *Ética, profesión y ciudadanía. Una ética para la vida en común*. Dora Elvira García, G. (coord.), 1a. reimp. México, Edit. Porrúa/Tecnológico de Monterrey, 2010.
- Ribeiro Riani, Lidio Néstor. *Moral personal y compromiso colectivo. Reflexiones para una ideología emergente*. México, Plaza y Valdés, 2006.
- Toulouse, Gérard, *Mirada sobre la ética de las ciencias*. Colección Hermes, Núm. 24. Madrid, Del Laberinto, 2003.
- Valdés, Erick. “El nacimiento del bioderecho”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*. Erick Valdés, e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IJ-UNAM, 2020, pp. 3-40. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>
- Valdés, Erick e Ingrid Brena, “Introducción”. *Bioderecho y derechos humanos. Perspec-*

tivas biojurídicas contemporáneas. Erick Valdés e Ingrid Brena (edit.), Serie Doctrina Jurídica, Núm. 901, México, IIJ-UNAM, 2020, pp. XV-XIX. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6170/22a.pdf>

Electrónicas

- Comisión Nacional de Bioética. “¿Qué es Bioética?”. 22 de octubre de 2021. www.gob.mx.
- De Siquiera, José Eduardo. “El principio de responsabilidad de Hans Jonas”. *Acta bioethica*, Núm. 2, Vol. 7, Santiago, 2001. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2001000200009#:~:text=El%20Principio%20de%20la%20Responsabilidad,poder%20transformador%20de%20la%20tecnociencia.
- Hernández Jocelyn. “La bioética se vuelve el faro en medio de la tormenta de los que están en las trincheras contra el coronavirus”. *Noticias ONU, Naciones Unidas*, 14 mayo 2020. <https://news.un.org/es/interview/2020/05/1474332>
- Kraus, Arnoldo. “Bioética significa supervivencia del ser humano, de la sociedad y de la tierra”. https://colnal.mx/wp-content/uploads/2020/10/Bol-Bio%C3%A9tica-significa-supervivencia-del-ser-humano-de-la-sociedad-y-de-la-tierra_compressed-1.pdf
- UNESCO. *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos*. Biblioteca digital, 2006. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

La geolocalización como medio de prueba

Elisa Palomino Ángeles*
Amir García Villalpando**

Resumen:

Con el incremento de la utilización de los sistemas de posicionamiento global (GPS), se origina, en algunos supuestos jurídicos, la vulneración de ciertos derechos fundamentales. En las controversias judiciales, los referidos sistemas aportan elementos materiales, datos y medios de prueba, los cuales integran la prueba pericial en informática forense. Este artículo pretende determinar si es posible tener la exacta localización de un presunto imputado, con un sistema de posicionamiento global de alta calidad, para que la geolocalización sea precisa y pueda ser idónea como prueba, eliminando los riesgos tecnológicos en la operatividad de los GPS.

Abstract:

With the increase in the use of global positioning systems (GPS), originates, in some legal cases, the violation of some fundamental rights. In judicial disputes, the aforementioned systems provide material elements, data and means of proof, which integrate the expert evidence in computer forensics. This article aims to determine if it is possible to have the exact location of an alleged defendant, with a high-quality global positioning system, so that the geolocation is precise, and can be suitable as evidence, eliminating technological risks in the operation of GPS.

Sumario: Introducción / I. Los sistemas de posicionamiento global (GPS), conceptos, tipos y funciones / II. Riesgos tecnológicos con la geolocalización / III. Los sistemas de posicionamiento global como medio de prueba / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctora en Derecho por la UNAM, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A., miembro de la Academia Mexicana de Ciberseguridad y Derecho Digital (AMCID) y de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI).

** Maestro en Estudios Urbanos por la UAM-A. y Maestro en juicios orales por la UNAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

En nuestros días, se ha incrementado el uso de los sistemas de posicionamiento global (GPS); consideramos que se debe, principalmente, a la inseguridad que percibe la ciudadanía común; esto trae consigo la probable vulneración de algunos derechos fundamentales, entre estos, el derecho a la privacidad en algunos supuestos jurídicos, así como la libertad, la seguridad jurídica y nacional, el uso y tratamiento indebidos de datos personales. Por ello, para intentar contrarrestar la inseguridad jurídica, algunas personas han optado por utilizar los instrumentos tecnológicos, tales como los rastreadores GPS, los cuales ayudan a localizar tanto a personas como a objetos.

Las tecnologías de rastreo, en las cuales se da un seguimiento con el teléfono móvil vía Internet y/o vía satelital, han originado supuestos jurídicos que anteriormente no se hubieran pensado; como ejemplo, el seguimiento de un fraude informático o la detención en flagrancia a través de una búsqueda del sujeto activo que cometió un hecho delictivo. Todas estas herramientas tecnológicas ponen al derecho en un debate sobre la obligación del Estado de investigar delitos y garantizar la seguridad jurídica en los casos en los que se utilizan los GPS como elementos materiales de la prueba pericial en materia de informática, así como el margen de error existente en la geolocalización con la tecnología actual, la necesidad de que la geolocalización sea más precisa para tener mayor certeza jurídica y cómo se debe incorporar este tipo de pruebas en los juicios orales.

Los elementos que la prueba pericial en informática forense requiere para los supuestos de la geolocalización, como el origen o la fuente de origen de la prueba, el contenido del soporte, en nuestro caso tecnológico, la relevancia jurídica y la licitud de la obtención de ella son requisitos que deben cumplirse para poder acreditar si un sujeto activo que, presuntamente, comete un hecho delictivo puede o no ubicarse a través de los GPS.

I. Los sistemas de posicionamiento global (GPS), conceptos, tipos y funciones

En la geolocalización opera un conjunto de elementos, entre ellos, el GPS, el cual “(...) es un servicio propiedad de los EE. UU., que proporciona a los

usuarios información sobre posicionamiento, navegación y cronometría. Este sistema está constituido por segmento del usuario. La fuerza Aérea de los Estados Unidos desarrolla, mantiene y opera el segmento espacial y el segmento de control”.¹ En ese orden de razones, vamos a establecer lo siguiente:

a) Conceptos jurídico y técnico a nivel internacional y nacional

A los GPS también se les conoce como localización geográfica en el tiempo real; se entiende como “la ubicación aproximada en el momento en que se procesa una búsqueda de un equipo terminal móvil asociado a una línea telefónica determinada”.²

La connotación es diferente a lo que tradicionalmente conocemos como geolocalización, dentro de los elementos que se deducen de la definición tenemos: *a)* la ubicación aproximada en el momento de la búsqueda, *b)* la búsqueda de un equipo terminal móvil, y *c)* una línea telefónica determinada.

Destacamos que la ubicación de un equipo terminal móvil será aproximada, y no precisamente la del sujeto activo de un posible delito, porque sólo ubicaremos al equipo de una manera aproximada, lo que dará poca incertidumbre jurídica respecto a la temporalidad del hecho jurídico, y más tratándose de materia penal en la cual se requiere tener una certeza jurídica: “Esta figura de la geolocalización origina que las personas puedan ser ubicadas en un país, región que tiene más alta precisión (95-99%) en cuanto que la localización de la ciudad podría ser un poco menos preciso (50%). La identificación de la ubicación exacta del usuario, como el código postal/número construir es mucho menos preciso”.³ Lo referido depende del avance tecnológico del dispositivo móvil para determinar si podemos ubicar a la persona, como en el caso de los brazaletes electrónicos.

Asimismo, tenemos un concepto técnico que menciona:

La geolocalización basada en IP representa la asignación de una determinada dirección IP de un dispositivo informático conectado a Internet o dispositivo móvil a su ubicación geográfica mundial. Geolocalización utiliza asignación de direcciones IP a: país, región

¹ Gps.gov., “El sistema de posicionamiento global”.

² Instituto Federal de Telecomunicaciones, “Glosario”.

³ Miip.org., “Geolocalización IP y dominios”.

o ciudad, latitud/longitud, ISP, nombre de dominio, etcétera” (Geolocalización IP y dominios).

En ese orden de ideas, tenemos que a nivel internacional se mencionan los datos de localización, y estableciendo otra connotación diferente a las que hemos referido, en la Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas) de la Comunidad Europea se hace mención de lo siguiente:

Art. 2 inciso c), “(...) datos de localización” cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas o por un servicio de comunicación electrónica que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público” (Diario oficial de la Unión Europea. Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009).

Por lo que se deduce que para la geolocalización o localización geográfica se requieren dos elementos: 1) la ubicación geográfica del equipo terminal de algún usuario, y 2) un servicio de comunicación electrónica disponible para el público y la monitorización constante del equipo terminal.

En México, en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión,⁴ en el artículo tercero fracción XXXV, se define la localización geográfica en tiempo real como: “Es la ubicación aproximada en el momento en que se procesa una búsqueda de un equipo terminal móvil asociado a una línea telefónica determinada”.

Los dispositivos móviles han venido a cambiar las formas en la cuales nos comunicamos y la manera en que nos localizan; el lenguaje hoy se comunica más con imágenes y con la escritura; la comunicación digital construye hoy en día la difusión de la opinión pública en la cual se envían discursos que crean fama o destruyen figuras políticas y culturales; con esta se hacen denuncias, juicios erróneos y correctos, juicios sumarios que condenan; también se puede informar o desinformar, se promueven estereotipos, o bien, se localiza o desubica a las personas que utilizan esos dispositivos móviles en un territorio de un Estado. En este aspecto, abordaremos una serie de impli-

⁴ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, artículo 3, fracción XXXV.

caciones jurídicas de los GPS como prueba pericial. En la geolocalización, necesariamente nos referirnos al elemento del territorio en el Estado-Nación, y en demás Estados, y guarda una relación entre el concepto de territorio y extraterritorialidad.

b) Tipos de modelos GPS

Existe una diversidad de sistemas de posicionamiento global con tecnologías de punta u obsoletas; son estos sistemas tecnológicos los que nos aportaran los soportes de almacenamiento y los elementos digitales que se encuentran contenidos en los referidos soportes. Los niveles de calidad de los GPS determinarán si la prueba pericial podrá ser eficaz para ubicar el lugar exacto en el cual se encuentra el dispositivo digital del sujeto activo de la conducta presuntamente delictiva; así como, dependiendo de la tecnología de punta, ubicar a la persona en tiempo real en algunos casos, no en todos, porque dependerá si cuenta con biometrías el dispositivo que se usa; razón por la cual, si alguna tecnología es más avanzada, se obtendrán datos más precisos.

Ahora bien, existen los tipos de GPS siguientes:

GPS1: Es un GPS personal, el cual funciona sobre la base de la red existente GSM/GPRS y los satélites GPS; este producto puede localizar y realizar el seguimiento de posibles objetivos a distancia por SMS o Internet.⁵ Este sistema es usado tanto por los civiles como por los militares; los servicios pueden ser en satélite gratuitos o bien en Internet de paga.

GPS2: Es un GPS para vehículos. De igual manera funciona con red existente GSM/GPRS y los satélites GPS. Este producto puede localizar y realizar el seguimiento de posibles objetivos a distancia por SMS o Internet.⁶ Este sistema es exclusivo para ubicar los vehículos y objetos. Es preciso indicar que no sólo existen los GPS descritos, sino que hay una amplia gama más desarrollada en otros estados.

c) Funcionalidad

Estos sistemas tienen funciones básicas como la información sobre: *a)* el posicionamiento, *b)* navegación y *c)* cronometría; la primera se refiere al lugar en el cual se ubica una persona u objeto; la navegación se refiere a la ruta de

⁵ Docplayer, "Rastreadores GPS tracker".

⁶ *Loc. cit.*

desplazamiento de la persona u objeto, y la cronometría se encarga de la medición del tiempo. Estos datos sirven para determinar el lugar, el espacio y el tiempo en el cual se ubica a una persona u objeto; para efecto de nuestro objeto de investigación, solo abordaremos si con este sistema se puede obtener de manera precisa y exacta la localización de la persona que realizó un hecho presuntamente constitutivo de delito.

Dentro de los usos más generales del GPS están la prevención de robos, secuestros, privación ilegal de la libertad, la vigilancia de las personas y los sujetos activos de los hechos delictivos y la vigilancia en los diversos espacios de un Estado, entre otros.

En la era digital, esta tecnología permite obtener datos de localización geográfica en tiempo real de equipos de comunicación móvil, datos fundamentales para combatir delitos como secuestro, delincuencia organizada, extorsiones o amenazas, entre otros.

II. Riesgos tecnológicos con la geolocalización

En este punto abordaremos algunos de los posibles riesgos de la geolocalización, desde una perspectiva tecnológica, los cuales, por lo general, no los perciben gran parte de los juristas, al ser un conocimiento específico.

Estos riesgos se originan por la complejidad de los sistemas, su infraestructura, los distintos niveles de calidad de los materiales de composición y los recursos económicos destinados para los sistemas de seguridad informática por cada Estado y por los particulares que intervienen en la geolocalización.

Las tecnologías informáticas constituyen el “dispositivo” disciplinario por excelencia, el espacio de realización idóneo para la vigilancia y el castigo. Son formas de control descentralizadas y desterritorializadas que se manifiestan fuera de los espacios institucionales estructurados y se instalan en la esfera íntima.⁷ El control del sujeto se traduce en una ocupación mediada tecnológicamente de lo íntimo y lo público: “El biopoder es una forma de poder que regula la vida social desde su interior, siguiéndola, interpretándola, absorbiéndola y rearticulándola”.⁸

⁷ Paola Ricaurte Quijano *et al.*, “Sociedades de control: tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México”, p. 266.

⁸ *Ibid.*

Por otra parte, algunos de los riesgos que se originan con la utilización de los GPS son: a) de infraestructura para GPS: b) *hardware*, c) de redes y d) otras.

- a) De infraestructura para GPS. Son aquellas amenazas que pueden afectar los activos (todos aquellos elementos que hacen parte del correcto funcionamiento de los GPS) por diferentes tipos de problemas, estos pueden ser: Las dependencias a servicio técnico externo, y el poner una red cableada expuesta para acceso no autorizado.⁹
- b) De *hardware* para GPS. Las amenazas identificadas para este grupo son *hardware* que afecta los activos por errores, fallas o degradación. Entre las que encontramos: Infección de sistemas por unidades portables sin escaneo, exposición o extravío de equipo, unidades de almacenamiento, etcétera; la pérdida de datos por error *hardware* y la falta de mantenimiento físico (proceso, repuestos e insumos).¹⁰
- c) De redes de GPS. Las amenazas identificadas en este grupo son las que pueden afectar los activos en transmisión de datos, redes inalámbricas, redes alámbricas; Entre ellas se encuentran: Transmisión no cifrada de datos críticos, red inalámbrica expuesta al acceso no autorizado, acceso electrónico no autorizado a sistemas externos y el acceso electrónico no autorizado a sistemas internos.
- d) Otros de los riesgos lo encontramos en que “los sistemas de reconocimiento humano son inherentemente probabilísticos (...). Se puede minimizar la posibilidad de error, pero no se puede eliminar”.¹¹ Esto permite deducir que los GPS puedan tener un error nativo del sistema o del dispositivo, no por causa del humano, y los GPS al leer, ya sea para capturar o identificar el dato, no lo perciba adecuadamente y, como consecuencia, la digitalización se altere haciendo que los ceros y unos no concuerden con la plantilla o formen una incorrecta.

Además, se presenta otro riesgo: “(...) La geolocalización basada en IP representa la asignación de una determinada dirección IP de un dispositivo informático conectado a Internet o dispositivo móvil a su ubicación geográfica

⁹ Duvan E. Castro y Ángela D. Rojas, *Riesgos, amenazas y vulnerabilidades de los sistemas de información geográfica*, p. 35.

¹⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹¹ Consejo Nacional de Investigación, *Reconocimiento biométrico: desafíos y oportunidades*, p. 1.

mundial. Geolocalización utiliza asignación de direcciones IP a: país, región o ciudad, latitud/longitud, ISP, nombre de dominio, etcétera”.¹² La IP es importante para identificar la ubicación y el rastreo en tiempo real del presunto responsable.

La importancia de la dirección IP:

(...) es que se permite rastrear esta dirección en el mundo hasta su dueño o al menos al punto de contacto que puede estar dispuesto a proporcionar los detalles restantes. Al igual que con cualquier otra cosa, la cooperación es casi completamente voluntaria y variará si trabaja con diferentes compañías y gobiernos. Siempre tenga en mente que existen muchas formas para que el hacker enmascare su IP verdadera. En el mundo cibernético de hoy en día, es más probable que sea una dirección IP ilegítima que una real. Así que la IP que se muestra en sus registros tal vez sea lo que conocemos como dirección IP lavada (casi imposible de encontrar).¹³

En contra de lo referido, según expertos “la geolocalización del dispositivo puede ser alterada mediante modificadores del GPS”.¹⁴ Los que distorsionan las señales para que no pueda existir comunicación con el exterior y, con ello, se pierda el rastro de la persona o móviles.

De acuerdo con los datos tecnológicos de expertos, tenemos que sí podemos encontrar IP lavadas dentro del sistema de comunicación; generalmente se tiene la creencia de que dicha dirección nos dará la ubicación exacta, pero, como hemos analizado, se puede o no obtener la ubicación exacta o aproximada dependiendo de que la IP sea verdadera, pero existe la posibilidad de sea imposible de encontrar tratándose de la IP lavada; por lo que si se utilizan estos elementos materiales, tratándose de una prueba, esta puede ser idónea o no, dependiendo de la IP y de la calidad de la seguridad informática.

De ahí la importancia de conocer tanto los riesgos como los márgenes de error que puedan presentar los GPS, porque depende de la calidad y la inversión de capital con la que cuente cada sector público o privado para invertir en su ciberseguridad.

¹² *Ibid.*

¹³ Stuart McClure *et al.*, *Hackers. 6 secretos y soluciones de seguridad en redes*, p. 30.

¹⁴ Red de defensa de los derechos digitales, “Recolección de datos”.

Por ello, la localización de datos en tiempo real debe tener más técnicas y tecnologías de calidad para evitar que la IP haga difícil la localización de personas o cosas; hace falta establecer de forma específica algunas leyes preventivas para evitar los riesgos por diseño o defecto del *software* de GPS. También es cierto que el aspecto tecnológico requiere de la tecnología más avanzada del mundo para tener más certeza jurídica, seguridad jurídica, nacional e internacional para obtener mayor exactitud en la localización de personas, y esto implica un alto costo¹⁵ para el Estado o bien para los particulares, lo cual representa un obstáculo para la tan anhelada seguridad jurídica nacional que deben garantizar los Estados, los particulares y las grandes empresas tecnológicas.

III. Los sistemas de posicionamiento global como medio de prueba

Para iniciar nuestro análisis jurídico, delimitaremos nuestro objeto de investigación sólo en la pertinencia de la prueba pericial en materia de informática forense, en el área de conocimiento en materia penal a nivel federal, respecto a los GPS, con relación en la eficacia de los GPS para determinar si es posible localizar el lugar exacto e identificar a las personas que realizaron un hecho presuntamente constitutivo de delito; y si se requiere tener tecnología de punta para mayor exactitud en la localización.

Por tales razones, nuestra investigación la dividimos en tres puntos de acuerdo con las fases del procedimiento penal:¹⁶ *a*) la etapa de la investigación, como un dato de prueba, *b*) la etapa intermedia, como medio de prueba, *c*) en el juicio oral penal, como una prueba pericial forense y, por último, *d*) la valoración de la prueba.

¹⁵ Por ejemplo, el precio de la propuesta de una licitación para hasta 7,000 sistemas GPS/DPU (unidades de procesamiento de datos), entre otros, realizada por el Gobierno de la Ciudad de México, representa un costo estimado de \$185,236,000.00; la propuesta fue presentada por la empresa Pegaso PCS, S.A. de C.V.

¹⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 211.

III.1. La geolocalización como dato de prueba en la cadena de custodia en la fase de investigación

En el actual sistema penal acusatorio, en el artículo 261¹⁷ del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), se define el dato de prueba como un medio de convicción que se advierte idóneo y pertinente; este puede establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la presunta responsabilidad del imputado.

En la fase de investigación, en la cual se utiliza la técnica de investigación denominada la “cadena de custodia”, se recolectan los datos de prueba. Es esta técnica de investigación la base fundamental para determinar si es eficaz o no una prueba pericial en el juicio oral penal debido a que con la probanza debemos demostrar o desacreditar un hecho probablemente delictuoso en el cual se pretende determinar, el lugar exacto del sujeto activo que tenía el celular que realizó el hecho presuntamente delictuoso, la ubicación exacta de las personas secuestradas o la ubicación del bien, por citar algunos ejemplos.

Ahora bien, para iniciar la fase de la investigación respecto de la geolocalización, realizaremos un análisis jurídico del artículo 303 del CNPP, señalando los actos de investigación que se originan en la orden de localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados y, posteriormente, realizaremos una reflexión sobre la técnica de investigación denominada “cadena de custodia” respecto de la geolocalización como un dato y elemento tecnológico.

III.1.1. Análisis del artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales

1. Etapas de la investigación para la orden de localización en tiempo real o la entrega de los datos conservados. El art. 303 del CNPP establece que se requiere iniciar una carpeta de investigación cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada;¹⁸ cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados por los concesionarios de telecomunicaciones,

¹⁷ *Ibid.*, artículo 261.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 303, párrafo VII.

los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentra relacionada con los hechos que se investigan.¹⁹

De lo que se derivan dos supuestos jurídicos:

- a) Uno sobre la localización geográfica en tiempo real, por ejemplo, en caso de la privación ilegal de la libertad, se deberá ordenar a los concesionarios localicen en tiempo real los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan. Si bien es cierto que las concesionarios deberán dar la información de las coordenadas geográficas de latitud y longitud en que se encuentra el dispositivo relacionado con los hechos que se investigan, como lo analizamos en el punto abordado sobre los riesgos tecnológicos, puede haber algún riesgo de no ser tan exactas las referidas coordenadas geográficas. Consideramos que por razones de multiplicidad de tecnologías y las obsolescencias de algunas, o bien, por la falta de recursos de los concesionarios de telecomunicaciones no todos pueden contar con sistema de geolocalización actualizados con la tecnología de punta, lo cual dificultará el valor probatorio.
 - b) Respecto a la conservación inmediata de datos contenidos en redes, sistemas o equipos de informática hasta un tiempo máximo de noventa días en caso de delitos relacionados o cometidos con medios informáticos. La conservación de datos obliga a sólo utilizarlos para el objeto de investigación y por una duración máxima de 90 días. Los datos conservados se destruirán en caso de que no constituyan medio de prueba idóneo o pertinente.
2. El procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, podrá solicitar al juez de control del fuero correspondiente, en su caso, por cualquier medio, requiera a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, que proporcionen a la autoridad investigadora, con la oportunidad y suficiencia necesarias, la información solicitada para el inmediato desahogo de dichos actos de investigación.²⁰

¹⁹ *Ibid.*, párrafo II.

²⁰ *Ibid.*, párrafo I.

Destacamos que la información resguardada de acuerdo con las leyes de datos personales tanto en posesión de particulares como de sujetos obligados²¹ puede estar en poder de sujetos del sector público o del privado.

3. La autoridad competente, el Ministerio Público o el servidor público en quien se delegue la facultad deberán cumplir, de acuerdo con el artículo 16 constitucional,²² con los requisitos legales que son: fundar y motivar las causas legales de la solicitud además, expondrán los equipos de comunicación móvil relacionados con los hechos que se investigan, señalando los motivos e indicios que sustentan la necesidad de la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, su duración y, en su caso, la denominación de la empresa autorizada o proveedora del servicio de telecomunicaciones²³ a través de la cual se operan las líneas, números o aparatos que serán objeto de la medida para que proporcione con la oportunidad y suficiencia necesaria a la autoridad investigadora, la información solicitada para el inmediato desahogo de los actos de investigación.
4. La solicitud deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público. Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutive de la orden deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.

En esta fase y una vez que tenga la solicitud, el juez de control debe considerar para sus análisis los debates sobre ¿si debe o no ser autorizada el uso de la geolocalización?, así como el debate de derecho a la privacidad y la libertad; también determinará si la solicitud está debidamente fundada y motivada; si entra dentro de los supuestos permitidos o está ante un caso de excepción. La autoridad judicial federal no podrá autorizar la entrega de la información resguardada cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.²⁴

²¹ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

²³ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 303, párrafo III.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, párrafo XIII.

Por ello, para la decisión judicial deberá realizarse el test de proporcionalidad²⁵ en el cual tendrá que analizar: *a)* la necesidad de la medida, *b)* la proporcionalidad, *c)* idoneidad y *d)* finalidad legítima; dependiendo del caso en concreto, el juez deberá justificar su orden. La petición deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público.

Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.²⁶

Es pertinente destacar que en el supuesto de que el juez de control niegue la orden de la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, el Ministerio Público podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden o podrá apelar la decisión; dicha apelación será resuelta en un plazo no mayor de 12 horas a partir de que se interponga.

III.1.2. La técnica de investigación de la cadena de custodia en la geolocalización

La cadena de custodia es un sistema de registro y control que tiene la finalidad de garantizar la autenticidad, mismidad, identidad de objetos o muestras. Es la técnica de investigación aplicable en diversos procesos, es decir, no es limitativo para el tema de la seguridad pública, ni para la impartición de justicia, sino que, por el contrario, su origen es más bien de carácter laboratorial y cabe su aplicación en el ámbito de las investigaciones de hechos que sean probables delitos, así como en la secuela de los procesos de impartición de justicia en los que se aporten elementos materiales como medio de convicción, ya sea que se hubieren recolectado en una investigación de campo o bien que hubieran sido aportados por alguna persona a la autoridad competente: “La cadena de custodia servirá como medio para garantizar la legitimidad, identidad, integridad e incluso hasta el debido proceso”.²⁷

La cadena de custodia se inicia con la preservación del lugar de la intervención por el Primer Respondiente y/o Policía con Capacidades para Proce-

²⁵ Diana B. González y Rubén Sánchez, *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*.

²⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 303, párrafo V.

²⁷ Oscar D. Ornelas Anguiano, “La cadena de custodia en el proceso penal mexicano”.

sar, la cual tendrá como principal objetivo la custodia y vigilancia del lugar de intervención con el fin de evitar cualquier acceso indebido que pueda causar la pérdida, destrucción, alteración o contaminación de los indicios o elementos materiales probatorios.²⁸

Cuando sea necesaria la protección inmediata de los indicios o elementos materiales probatorios o derivado de la inspección de personas o se descubra algún indicio o elemento material probatorio, se deberá realizar la recolección a efecto de evitar la alteración, destrucción, pérdida o contaminación de estos; por tal motivo, se llevarán a cabo las acciones de control que sean necesarias.²⁹

Para la apertura del empaque/embalaje de indicios o elementos materiales probatorios, en todas las etapas del procedimiento se deberá dejar constancia de su actividad y propósito en el apartado de “continuidad y trazabilidad” del Registro de Cadena de Custodia correspondiente, así como abrir el empaque/embalaje por un lado diferente al cual se encuentra sellado; una vez concluida la actividad, deberá volver a sellarse, estableciendo fecha, hora, lugar, nombre y firma, dejando constancia que fue abierto y vuelto a sellar.³⁰

En el supuesto que nos ocupa, la cadena de custodia en la geolocalización requiere la conservación inmediata de datos contenidos en redes, sistemas o equipos informáticos; o bien, la información de las coordenadas geográficas de latitud y longitud en que se encuentra el dispositivo relacionado con los hechos que se investigan. En este último supuesto de un dispositivo celular, los concesionarios o prestadores del servicio de telefonía proporcionarán: una sábana de llamadas del móvil que se está ubicando, que contenga los datos de IMEI, teléfono, BTS y *Azimuth*, análisis de *Azimuth*; indicamos que la fiscalía deberá solicitar la portabilidad. Es importante recordar que si se requiere de la intervención de comunicaciones privadas se hará la solicitud correspondiente de la “situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada”; asimismo, “una posición lo más exacta posible del punto de comunicación y, en todo caso, la identificación, localización y tipo de la estación base afectada, salvo que por las características del servicio no los tengan a disposición”.³¹

²⁸ Conferencia nacional de custodia guardia nacional, *Cadena de custodia. Guía nacional*, p. 18.

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ Julián Rodríguez Saavedra, *Geolocalización de teléfonos celulares a partir de los datos de tráfico: Medio de prueba en sede penal*, p. 118.

Es pertinente indicar que cuando se requiera intervenir comunicaciones privadas se debe pedir una orden de un juez de control federal especializado en materia de intervención de comunicaciones y cateos. En el supuesto de las comunicaciones entre particulares, podrán ser aportadas voluntariamente a la investigación o al proceso penal cuando hayan sido obtenidas directamente por alguno de los participantes en ella. Las comunicaciones aportadas por los particulares deberán estar estrechamente vinculadas con el delito que se investiga, por lo que en ningún caso el juez admitirá comunicaciones que violen el deber de confidencialidad respecto de los sujetos a que se refiere el CNPP, ni la autoridad prestará el apoyo a que se refiere el párrafo anterior cuando se viole dicho deber. No se viola el deber de confidencialidad cuando se cuente con el consentimiento expreso de la persona con quien se guarda dicho deber.³²

Como lo hemos verificado a través de la información tecnológica, como con criterios relevantes de la Corte, la geolocalización sólo puede acreditar la localización del celular, pero no de la persona, salvo que se utilicen las biometrías en los GPS.

III.2. Los sistemas de posicionamiento global como medio de prueba

La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controversiales que serán materia del juicio, de acuerdo con el artículo 334 del CNPP.³³

Esta etapa se compondrá de dos fases: una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

El escrito lo deberán presentar el imputado, el Ministerio Público y la víctima; en tanto, el Ministerio Público deberá formular acusación, la cual contendrá el señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación.

³² Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 276.

³³ *Ibid.*, artículo 334.

Si el Ministerio Público o, en su caso, la víctima u ofendido ofrecieran como medios de prueba la declaración de peritos, deberán presentar una lista identificándolos con nombre, apellidos, domicilio y modo de localizarlos; señalando, además, los puntos sobre los que versarán los interrogatorios.

El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer, entre ellas, en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como los lugares y objetos relacionados con ella, como medios técnicos que permitan conocer códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato, o bien, su IMSI o IMEI cuando no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado indispensable en el marco de una investigación.³⁴

Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no se cuenta con ellos, caso en el cual deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.³⁵ Se ofrecen los medios de prueba por escrito. Y en la audiencia intermedia, en la cual el juez de control autorizará el acuerdo probatorio, siempre que lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho. En estos casos, el juez de control indicará en el auto de apertura del juicio los hechos que tendrán por acreditados a los cuales deberá estarse durante la audiencia del juicio oral.³⁶

III.3. La geolocalización como prueba pericial y su valoración

En la última fase del juicio oral penal, se desahogan las pruebas ante el juez, en nuestro caso, en concreto la prueba pericial en informática forense. Para el acreditamiento o desacreditamiento de la prueba electrónica “es funcionalmente adecuado integrar al medio de prueba electrónico una pericial y en algunos casos particulares dentro de la pericial se debe realizar un descubri-

³⁴ Julián Rodríguez Saavedra, *Geolocalización de teléfonos celulares a partir de los datos de tráfico: Medio de prueba en sede penal*, p. 118.

³⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 334.

³⁶ *Ibid.*, artículo 345.

miento o levantamiento de evidencia que establecerán las bases del estudio requerido”.³⁷

El artículo 272 del CNPP señala que en los peritajes durante la investigación, el Ministerio Público o la Policía con conocimiento de este podrá disponer la práctica de los peritajes que sean necesarios para la investigación del hecho. El dictamen escrito no exime al perito del deber de concurrir a declarar en la audiencia de juicio.³⁸

III.3.1. Elementos de prueba pericial en informática forense

Dentro de los elementos de la prueba digital o electrónica, tenemos los soportes materiales (tecnológicos) de los cuales deben, para ser aceptados como lícitos, determinar:

- a) el origen o la fuente de origen de la prueba,
- b) el contenido del soporte, en nuestro caso, tecnológico,
- c) relevancia jurídica, y
- d) la licitud de la obtención de la prueba.

Con respecto de los elementos de la prueba digital, tenemos la tesis con número de registro 2013524 que indica:

En consecuencia, para que su aportación a un proceso penal pueda ser eficaz, **la comunicación debe allegarse lícitamente, mediante autorización judicial para su intervención o a través del levantamiento del secreto por uno de sus participantes pues**, de lo contrario, sería una prueba ilícita, por haber sido obtenida mediante violación a derechos fundamentales, con su consecuente nulidad y exclusión valorativa. De igual forma, dada la naturaleza de los medios electrónicos, generalmente intangibles hasta en tanto son reproducidos en una pantalla o impresos, fácilmente susceptibles de manipulación y alteración, ello exige que para **constatar la veracidad de su origen y contenido, en su recolección sea necesaria la existencia de los registros condignos que a guisa de cadena de custodia, satisfagan el principio de mismidad que ésta persigue**,

³⁷ Iván Díaz González, “La pertinencia de los cuestionarios y los medios de prueba en los documentos electrónicos”.

³⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 272.

o sea, que el contenido que obra en la fuente digital sea el mismo que se aporta al proceso. Así, de no reunirse los requisitos mínimos enunciados, los indicios que eventualmente se puedan generar, no tendrían eficacia probatoria en el proceso penal, ya sea por la ilicitud de su obtención o por la falta de fiabilidad en ésta.³⁹

De la tesis se establecen como requisitos mínimos que el soporte de prueba no haya sido manipulado, ni alterado, que sea verídico el origen y contenido, y en la recolección sea necesaria la existencia de registros condignos, que en la cadena de custodia satisfagan el principio de mismidad que ésta persigue, o sea, que el contenido que obra en la fuente digital sea el mismo que se aporta al proceso.

En ese contexto, las pruebas idóneas para que el quejoso acredite que se le geolocalizó son: 1. La transferencia de dinero realizada vía electrónica, que refleja imágenes en una pantalla, derivada de la orden dada a un equipo, el cual finalmente editará la información que se le suministró, que fuera a su vez reconocida por la institución bancaria ante la cual se realizó, pues la disposición normativa indicada señala que se le debe geolocalizar al momento de que realice la operación no presencial, y 2. La prueba pericial en materia de informática, que con la utilización de las nuevas tecnologías y los medios electrónicos en la integración, conservación, mantenimiento y verificación de la información genere convicción al juzgador de que se obtuvieron las coordenadas geográficas de latitud y longitud en que se encuentra el equipo que le permitió acceder a la red mundial denominada Internet y que pueda robustecer la veracidad de la transferencia electrónica plasmada en papel ante la falta de reconocimiento de la institución bancaria de dicha transacción.⁴⁰

En el supuesto que considera una detención en flagrancia, en la cual se persigue al sujeto activo que cometió el hecho delictivo sin interrupción alguna a través del sistema electrónico de geolocalización satelital, se ha establecido en tesis aislada, registro digital 2017669,⁴¹ que, a pesar de que no se persigue

³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada 2013524. Resaltado en negritas por los autores.

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis [A.]: II.2o.A.5 A (11a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, tomo IV, libro 18, octubre de 2022, p. 3557.

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis [A.]: I.1o.P.110 P (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, tomo III, libro 57, agosto de 2018, p. 2688.

físicamente e inmediatamente, “(...) si la detención del sujeto activo se realizó enseguida de que cometió el hecho delictivo —lapso razonable— en virtud de que se persiguió mediante un sistema electrónico de geolocalización satelital de momento a momento (...)”. Se cumplía con lo dispuesto en el artículo 16 párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en correlación con el abrogado artículo 267 párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y, por tanto, no se trató de un acto arbitrario porque la policía justificó la detención en flagrancia, pues cumplió con los elementos exigidos, por ende, no se vulneraron derechos fundamentales.

Por último, es pertinente indicar que los GPS generan riesgos tecnológicos:

(...) la actualización de los mapas, un 50% de los encuestados ha tenido problemas con ello, y la mala recepción de la señal del satélite, un 43% de los encuestados. Otro 25% ha sufrido inconvenientes para localizar una dirección o localidad, consecuencia del *software* o de los mapas. La visibilidad de la pantalla también ha provocado problemas para un 20% de los usuarios. Algo muy a tener en cuenta por parte de los fabricantes.

Los riesgos que presentan los GPS en algunas ocasiones hacen imposible la localización exacta y sólo se puede obtener una aproximada del dispositivo móvil y no necesariamente del probable responsable de la conducta delictuosa.

Se ha establecido que sólo la geolocalización sirve para ubicar el dispositivo, pero no a las personas que cometieron la conducta ilícita. Ahora, con la tecnología de rastreo, se dice que sí es posible por el teléfono móvil ubicar al sujeto, sobre todo en los celulares en que se utilizan biometrías para desbloquearlos: “Se debe hacer la extracción pericial una cadena de custodia y además se debe demostrar que el celular fue desbloqueado con elementos biométricos con ello la ubicación del celular y del dueño del mismo se pueden vincular de igual forma se puede solicitar a la autoridad competente la información de las sábanas de llamadas, para fortalecer aún más el valor probatorio”.⁴²

⁴² Duriva, “Geolocalización celular como prueba pericial en informática”.

III.3.2. Valoración de la prueba pericial informática forense

En el sistema de justicia penal, la prueba pericial informática forense será valorada por los jueces de manera libre y lógica, acatando las reglas de sana crítica observando los conocimientos científicos, las máximas de experiencia y derecho.⁴³

En el caso de la geolocalización, se tendrá que valorar la prueba pericial, así como los demás elementos probatorios, es decir, los elementos materiales tecnológicos; primero, respecto al cumplimiento de la legalidad, para tener acceso a las comunicaciones privadas; también, que no se hayan vulnerados derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y la privacidad, que se haya cumplido con el deber de confidencialidad para efecto de que no esté afectadas de ilicitud y de nulidad. Posteriormente, se deberá valorar cada medio tecnológico que integra el sistema de posicionamiento geográfico respecto a su integridad, contenido y conservación; además, deberán cumplir el principio de mismidad, todo de manera integral, lo cual puede ser difícil de valorar dada la multiplicidad de tecnologías y de riesgos tecnológicos, los cuales deberán ser objetos de investigaciones posteriores.

IV. Conclusiones

La geolocalización, dependiendo de la calidad e idoneidad de su sistema, será más o menos exacta en la precisión del lugar debido a que existe una multiplicidad de tecnologías que pueden ser de punta u obsoletas, lo cual conlleva a la falta de certeza jurídica porque no garantizan la seguridad jurídica e informática, y puede ser que no tengan valor probatorio en una prueba pericial de informática forense.

La evolución de los GPS muestra que cada vez son más exactos, lo cual repercute en que sean más confiables y adquieran mayor certeza jurídica, sobre todo cuando se utilizan en los celulares desbloqueados con biometrías o sistema de autenticación biométricos. Sin lugar a duda, se tiene que analizar cada caso en particular para poder ver la idoneidad de la prueba pericial en el caso de la geolocalización, pues dependerá de qué tan obsoleta es la tecnología o de qué tan actualizada para poder determinar si es posible o no ubicar a las personas.

⁴³ Alberto E. Nava Garcés, *La prueba electrónica en materia penal*, pp. 215-216.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- McClure, Stuart, Joel Scambray y Kurtz George. *Hackers. 6 secretos y soluciones de seguridad en redes*. (Trad.), Jorge Arturo Pineda Sánchez, México, McGraw-Hill, 2010.
- Nava Garcés, Alberto Enrique. *La prueba electrónica en materia penal*. México, Porrúa, 2015.

Electrónicas

- Castro Bolaños, Duvan Ernesto y Ángela Dayana Rojas Mora. *Riesgos, amenazas y vulnerabilidades de los sistemas de información geográfica*. Trabajo de grado para optar al título de Ingeniero de Sistemas, Universidad Católica de Colombia, 2013. <https://core.ac.uk/download/71892900.pdf>
- Conferencia Nacional de Custodia Guardia Nacional. *Cadena de custodia. Guía nacional*. https://www.criminalistasforenses.org.mx/docs/cadena-de-custodia_guia-nacional.pdf (consultada el 8 de enero de 2023).
- Consejo Nacional de Investigación. *Reconocimiento biométrico: desafíos y oportunidades*. Washington, 2010. http://www.nap.edu/openbook.php?record_id=12720&page=1 (consultado el 24 de julio de 2022).
- Díaz González, Iván. “La pertinencia de los cuestionarios y los medios de prueba en los documentos electrónicos”. *Abogado Digital*, 10 de noviembre de 2022. <https://www.abogado.digital/la-pertinencia-de-los-cuestionarios-y-los-medios-de-prueba-en-los-documentos-electronicos/> (consultado el 10 de enero de 2023).
- Docplayer. “Rastreadores GPS tracker”. <https://docplayer.es/47853663-Rastreadores-gps-tracker.html> (consultado el 3 de febrero de 2023).
- Duriva. “Geolocalización celular como prueba pericial en informática”. <https://duriva.com/geolocalizacion-celular-como-prueba-pericial-en-informatica/> (consultado el 10 de enero de 2023).
- Miip.org. Geolocalización IP y dominios. <http://miip.org/localizar-ip.php> (consultada el 7 de enero de 2023).
- Gps.gov. “El sistema de posicionamiento Global”. Oficina de coordinación nacional de posicionamiento, navegación y cronometría por satélite. <https://www.gps.gov/systems/gps/spanish.php> (consultada el 7 de febrero de 2023).
- González Carvallo, Diana Beatriz y Rubén Sánchez Gil (coords.). *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2021. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-02/05_La%20finalidad%20legi%CC%81tima%20en%20el%20test%20de%20proporcionalidad%20y%20en%20la%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia%20de%20la%20Nacio%CC%81n.pdf
- Instituto Federal de Telecomunicaciones. “Glosario”. <http://www.ift.org.mx/que-es-el-ift/glosario> (consultada el 16 de abril 2023).

- Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. (consultada el 14 de enero de 2023).
- Ornelas Anguiano, Oscar Daniel. “La cadena de custodia en el proceso penal mexicano. Estudios Forenses”. *Revista Electrónica del Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses*, año 1, núm. 1, marzo-septiembre 2020. <http://www.estudiosforenses.mx/articulo.php?id=8#:~:text=La%20cadena%20de%20custodia%20es%20el%20sistema%20de%20control%20y,autoridad%20competente%20ordene%20su%20conclusi%C3%B3n>.
- Red de defensa de los derechos digitales. “Recolección de datos”. 23 de marzo de 2021. <https://r3d.mx/2021/03/23/recoleccion-de-datos-de-geolocalizacion-en-banca-en-linea-es-desproporcionada-riesgosa-e-innecesaria/> (consultado el 13 de enero de 2023).
- Ricaurte Quijano, Paola, Jacobo Nájera y Jesús Robles Maloof. “Sociedades de control: tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México”. *Teknokultura revista de cultura digital y movimientos sociales*, 11, (2), pp. 259-282. <https://revistas.ucm.es/index.php/TEKN/article/viewFile/48241/45136> (consultado el 13 de enero de 2023).
- Rodríguez Saavedra, Julián. *Geolocalización de teléfonos celulares a partir de los datos de tráfico: Medio de prueba en sede penal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/184555/Geolocalizacion-de-telefonos-celulares-a-partir-de-los-datos-de-trafico-medio-de-prueba.pdf?sequence=1>

Legislación

- Código Nacional De Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014; última reforma publicada el 19 de febrero de 2021.
- 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 8 de mayo de 2023.
- Diario oficial de la Unión Europea. Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dir_2009_136_es.pdf
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada el 5 de julio de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación*.
- Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada el 26 de enero de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2014; última reforma publicada en el 20 de mayo de 2021.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Crónicas del pleno y de las salas. Primera sala: es constitucional la localización geográfica de los equipos de comunicación móvil, cuando se está frente a la búsqueda de víctimas. <https://www.scjn.gob.mx/>

sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-02/1S-180516-AZ-LL-3886.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada 2025357. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, octubre de 2022, Tomo IV, página 3557. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2025357> (consultada el 08 de febrero de 2023).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada 2013524. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, enero de 2017, Tomo IV, página 2609. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013524> (consultada el 08 de febrero de 2023).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada 2017669. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, página 2688. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017669> (consultada el 08 de febrero de 2023).

Sindicatos y nuevas tecnologías. Primera aproximación

Carlos Reynoso Castillo*

Resumen:

En este trabajo se presentan algunas ideas con las cuales se muestra el impacto que están teniendo las nuevas tecnologías en la vida y organización de los sindicatos. Asimismo, se desarrolla el argumento según el cual algunos de los conceptos básicos y tradicionales del derecho del trabajo están siendo afectados con estos cambios y con ello influyendo también en los sindicatos; de igual manera, se comentan algunos casos de cómo la legislación laboral viene retomando y regulando estos cambios.

Abstract:

This paper presents some ideas that show the impact that new technologies are having on the life and organization of unions. Likewise, the argument is developed according to which some of the basic and traditional concepts of labor law are being affected by these changes and thus also impacting the unions; in the same way, some cases of how the labor legislation has been taking up and regulating these changes are commented.

Sumario: Introducción / I. Los cambios en los conceptos básicos / II. Las nuevas formas de ejecución del contrato / III. Las nuevas maneras de organización y negociación / IV. Hacia nuevas formas de lucha / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho y Profesor-Investigador de Derecho del Trabajo del Departamento de Derecho, UAM-A. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

La irrupción de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana de las personas y en las empresas ha influido en ellas de diversas maneras. No solo en la organización de los procesos productivos, por ejemplo, sino también en la relación cotidiana de los actores de las relaciones laborales, trabajadores y patrones, sin contar, por supuesto, con la creciente dificultad del derecho del trabajo y de la seguridad social para que se apliquen a las nuevas realidades del mundo laboral.¹

Hoy, los actores del mundo del trabajo, empezando por los patrones y las empresas, por un lado, y los trabajadores y sus organizaciones gremiales, por el otro, se están viendo confrontados a cambios frenéticos que vienen a cuestionar y poner en duda las modalidades, prácticas y legales con las que habían podido relacionarse hasta hace poco tiempo.² Hay que recordar cómo la historia del derecho del trabajo puede ser contada como una historia en la cual las normas del trabajo, generalmente, van en la búsqueda de regular las nuevas formas de trabajar y de organizar las relaciones de producción, lo cual explica buena parte del dinamismo que ha caracterizado a las normas del trabajo; sin embargo, en estos tiempos, ese dinamismo se ha visto acelerado no solo por la coyuntura sanitaria por la que hemos pasado, sino también por la llegada de las nuevas tecnologías a los centros de trabajo y donde muchas instituciones jurídico-laborales muestran sus limitaciones frente a una realidad que las rebasa y las muestra disfuncionales.³

¹ Para los fines de este trabajo se decidió usar la expresión “nuevas tecnologías” en un sentido amplio para significar la importancia de los avances tecnológicos que han hecho su aparición en los últimos años y que están impactando el mundo, el trabajo y donde se estarían incluyendo las denominadas tecnologías de la información y comunicación que, en general, permiten transmitir, conservar y almacenar todo tipo de información como datos, imágenes, etcétera, bajo diversas modalidades.

² La lista de estas modalidades es más o menos amplia; por ejemplo, en materia de contratación individual, el formal y tradicional contrato por tiempo indeterminado reconocido como regla general en muchos códigos de trabajo ha venido poco a poco dando lugar a nuevas maneras de flexibilidad, como los contratos de duración determinada, de capacitación inicial, a prueba, por temporada, etcétera. En la ejecución misma del contrato, en temas como la jornada de trabajo, hoy en día, ya no se lleva a cabo, al igual que en muchos otros casos como antaño; de esta manera, el teletrabajo y el trabajo a domicilio son solo algunos ejemplos; en materia colectiva, la actuación de los sindicatos se confronta, por ejemplo, a empresas cada vez más diversificadas y dispersas, incluso físicamente más allá de las fronteras de un país, lo cual dificulta la defensa de sus agremiados.

³ La disfuncionalidad a la que nos referimos en este caso tiene que ver con el hecho de que muchos conceptos e instituciones jurídico-laborales, reconocidas desde hace décadas en la leyes laborales como la jornada, el tiempo a disposición del trabajador, el salario, las vacaciones, la antigüedad

En el caso de las empresas, la necesidad de modernizar sus procesos productivos se ha convertido en apremiante, pues está en juego la subsistencia misma de la empresa, en un mundo competitivo que les exige su rápida adaptación a las nuevas condiciones del mercado. En efecto, los equilibrios político-económicos heredados de la Segunda Guerra Mundial, irían cambiando para dar lugar a nuevos acuerdos y estrategias de desarrollo económico regional y mundial en los que la innovación tecnológica y, en general, la reconversión industrial asumirían un papel protagónico para insertarse de buena manera en los mercados. En ese contexto, muchas empresas no tuvieron otra opción más que reinventarse y reorganizar sus procesos para poder subsistir en un mundo con mercados más abiertos y competitivos en donde las nuevas tecnologías aparecían como algo inevitable que ha de considerarse.

Por su parte, los trabajadores, y con ellos las organizaciones que los representan, se ven confrontados ante una serie de retos y desafíos que también los ponen a prueba y donde está en juego, incluso, su viabilidad y pertinencia en un contexto radicalmente diferente de aquel que conocieron los sindicatos a lo largo del siglo XX. Cabe señalarse que el análisis y el debate en torno a los retos de los sindicatos frente a los cambios tecnológicos datan de hace algunas décadas.⁴

Hay que recordar cómo en los orígenes del sindicalismo la coincidencia de un gran número de trabajadores en un momento y lugar determinados permitiría no solo su comunicación sobre la situación y problemas que los aquejaban en los centros de trabajo, sino también el brote de los primeros esfuerzos de estudio y defensa de sus derechos; hoy esas circunstancias materiales y objetivas aparecen diluidas y dispersas de tal manera que las nuevas tecnologías permiten que los trabajadores ya no desarrollen su trabajo en un lugar determinado, dificultando, así, la comunicación y organización entre ellos.

Hay que advertir que muchos de los procesos de renovación y modernización tecnológica se han traducido históricamente en una mayor descentralización de los procesos productivos. En efecto, la posibilidad de fragmentar y deslocalizar los procesos productivos que facilitan las nuevas tecnologías ha

de los trabajadores, entre otros, hoy en día, y sobre todo con las nuevas tecnologías, son difícil de aplicarse en la manera que fueron concebidas por el legislador al momento de incluirlas en los códigos y leyes del trabajo.

⁴ Imanol Zubero Beaskoetxea, “Los sindicatos ante las nuevas tecnologías”, pp. 151-156.

permitido la dispersión en el tiempo y el espacio de los trabajadores, lo cual, sin duda, se ha traducido en la dificultad para que los sindicatos hagan su labor al diversificar no sólo los espacios físicos en los que los sindicatos desean estar presentes, sino también la diversidad de trabajadores a los cuales recurre la empresa para realizar sus procesos productivos, muchos de los cuales ya no tienen incluso una relación formal y directa con ella.⁵ Desde este punto de vista, algunos mecanismos de organización del trabajo, como la subcontratación u *outsourcing*, pueden ser vistos como una manifestación organizativa y jurídica de estos fenómenos frente a los cuales la legislación laboral ha enfrentado grandes dificultades para su regulación y reconocimiento sin afectar los derechos de los trabajadores. Y, en esa perspectiva, los trabajos remotos o los denominados “nómadas digitales”, como ya se les denomina en Europa, son un grado extremo en el que una persona puede estar en un país y trabajar en otro apoyándose de los medios digitales con el auxilio de mecanismos tecnológicos que, incluso, pudieran hacer más eficiente el cumplimiento de sus obligaciones laborales,⁶ aunque con severas dificultades para contar con una adecuada protección social.

Buena parte de la construcción histórica del derecho del trabajo se basó en un modelo de trabajador, de patrón y de relaciones entre ambos que tal vez hoy, en alguna medida, está desapareciendo.⁷ En ese contexto, las premisas conceptuales que estuvieron en los cimientos del edificio normativo laboral, como la idea de trabajador, patrón, subordinación, etcétera, hoy en día se presentan de manera difusa y su identificación aparece muchas veces como uno de los mayores retos que enfrentan los abogados ante los tribunales para reclamar derechos y cumplimiento de obligaciones sociales y laborales.⁸ Esta dispersión y explosión conceptual trasciende a los sindicatos los cuales, desde sus orígenes, también construyeron buena parte de sus estructuras y estrate-

⁵ Antonio Martín y Alberto Pastor, “Nuevas formas de representación colectiva. Reacción a la digitalización”, pp. 345-366.

⁶ Esperanza M. Sierra Benítez, “La protección social, en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, pp. 5-7.

⁷ Esta afirmación sobre la “desaparición” del modelo trabajador-patrón y la relación entre ambos busca llamar la atención sobre la proliferación de nuevas formas de vinculación entre los trabajadores y los patrones en ocasiones, bajo formas ajenas al derecho del trabajo, como los servicios profesionales o formas de colaboración empresarial cuyas consecuencias son la inaplicación de las normas protectoras de los trabajadores. Consideramos que el uso intensivo de las nuevas tecnologías ha permitido que este tipo de situaciones se multipliquen.

⁸ Leandro Martín Macía, “Nuevas tecnologías, representación sindical, negociación colectiva”, p. 2.

gias a partir de aquellos conceptos precursores. En ese panorama, las nuevas tecnologías han venido a acelerar ese proceso transformador del mundo del trabajo frente al cual los sindicatos necesitan replantear su forma de actuar.

Según algunas visiones futuristas extremas, las nuevas tecnologías plantean incluso el fin del trabajo y los trabajadores en la manera como los hemos conocido, lo cual toca el punto más sensible de los sindicatos, los cuales nacen y se fortalecen precisamente con el ingreso y actuación de quienes son sus afiliados. De esta manera, la eliminación o reducción de las plantillas de trabajadores en las empresas, derivado de la incorporación de nuevas tecnologías, merma no solo la membresía sindical, sino que debilita la actuación de los sindicatos de muy diversas maneras. Esta situación asume características más dramáticas en aquellos países en donde la afiliación sindical es ya de por sí baja, como en México y los países de la región latinoamericana. Entre muchos expertos, la libertad sindical y la negociación colectiva son considerados como derechos humanos con una importante y sólida fundamentación jurídica, nacional e internacional, lo que se ha traducido en una abundante bibliografía que alimenta los debates encendidos en torno a su respeto y cumplimiento; sin embargo, los datos duros no mienten y la baja sindicalización y el declive de esta son rasgos que distinguen el panorama de muchos países, entre los cuales se encuentra México.

En esa perspectiva, el derecho del trabajo trata de regular, a través de sus diferentes fuentes formales, desde el nacimiento de un sindicato, pasando por sus derechos y forma de actuación, hasta enlistar las hipótesis para su desaparición; no se diga en el caso de la negociación colectiva donde los temas clásicos siguen siendo la legitimación para negociar los contratos colectivos, así como los temas por negociar; es decir, el derecho colectivo del trabajo (sindicalización, negociación colectiva y huelga) se ocupan de la vida de un sindicato, no así del fomento a la sindicalización, lo cual se explica por una concepción estructural histórica y limitada de las normas laborales según la cual todo aquello que sucede, salvo casos excepcionales, antes del nacimiento de una relación laboral o la firma de un contrato de trabajo no formaría parte de su campo de regulación y, en consecuencia, de estudio. Esta delimitación se presenta hoy como un obstáculo para la mayoría de los sindicatos, los cuales siguen viviendo orientados por esas fronteras que les ha puesto el derecho del trabajo, y todas aquellas formas de trabajo que se alejen de aquellos conceptos básicos, en principio no son de su incumbencia. Si bien esta visión

corta y limitada se empieza a superar a partir de esfuerzos para que los sindicatos miren más allá de las relaciones laborales tradicionales, aún hay mucho camino que recorrer.

Las nuevas tecnologías, así como la pandemia que padeció el mundo en los últimos años, trajo consigo diversos temores frente a la incertidumbre, y uno de ellos es el miedo a la pérdida de empleos, lo que en la realidad se viene advirtiendo y frente a lo cual los sindicatos ven afectada una de sus principales e históricas banderas, a saber, la protección de los puestos de trabajo. En efecto, cabe recordar que los sindicatos fueron ganado fuerza en la primera mitad del siglo XX en países como México, no solo por su cercanía con los gobiernos en turno, sino por el reconocimiento de ciertos derechos que los fortalecían, como las cláusulas de exclusión o de seguridad sindical según las cuales los sindicatos podían participar en la decisión de quienes ingresaban o no a laborar en una empresa; de esta manera, la membresía sindical estaría protegida en una época en la que las economías de la posguerra necesitaban aumentar las plantillas de trabajadores. Hoy esos modelos de protección sindical están en vías de desaparición y las nuevas tecnologías ubican muchas veces a los recién llegados fuera del radar del sindicato al no reconocerlos técnicamente como trabajadores y ubicándolos en otras áreas del derecho o simplemente incorporando nueva tecnología a sus procesos productivos.

En esa turbulencia con la aparición de las nuevas tecnologías, algunos expertos han querido significar este periodo bajo el título de la “revolución 4.0” entendida como un esfuerzo conceptual por el cual se explica el momento tecnológico actual, precedido de otras tres épocas caracterizadas por cambios en la forma de producir (con el vapor, la producción en cadena, las computadoras e Internet) y con una amplia automatización de los sistemas industriales, la robótica, la digitalización de procesos, entre otros elementos que han venido a transformar las empresas y los mercados, dando lugar a una nueva realidad con la que los sindicatos tienen ahora que lidiar.⁹

Si bien estas circunstancias adversas a los sindicatos ya se venían dando desde hace años, lo cierto es que la pandemia del COVID-19 vino a acelerar esta situación, ya que las formas “tradicionales y normales” en las que venían

⁹ Con la finalidad de revisar las implicaciones en el mundo del trabajo de este tipo de fenómenos, nos permitimos recomendar la lectura de un trabajo colectivo que los aborda desde varios ángulos. Gabriela Mendizábal *et al.*, *Industria 4.0, trabajo y seguridad social*.

actuando los sindicatos cambiaron también de manera radical; en efecto, en la mayoría de los países, el alejamiento físico de los trabajadores con los centros de trabajo y con sus sindicatos fue la constante, aunado a que en las normas laborales y administrativas que se adoptaron durante esta emergencia sanitaria, las reuniones sindicales en ningún momento fueron consideradas como algo esencial o prioritario.¹⁰

Teniendo como marco de análisis estas consideraciones iniciales, en este trabajo se busca presentar solo ciertas ideas que permitan identificar algunos de los principales retos que tienen hacia el futuro los sindicatos, y, por otra parte, comentar de qué manera el derecho del trabajo trata de incorporar, como elemento de su regulación, las novedades tecnológicas que involucran la actividad sindical. Se trata de un tema amplio, complejo y con varios ángulos desde los que se puede abordar, por lo que estos comentarios deben ser vistos solo como una primera aproximación al tema, que trata de centrar su atención en los aspectos jurídicos. Entre esa diversidad de desafíos que hoy enfrentan los sindicatos, solo comentamos por ahora algunos que tienen que ver más con los aspectos estructurales y conceptuales propios de la legislación laboral que regulan también a las organizaciones sindicales.

I. Los cambios en los conceptos básicos

Hay que recordar cómo históricamente varios de los conceptos básicos a partir de los cuales se construyó el derecho del trabajo permitirían delinear los alcances de las normas del trabajo; en efecto, conceptos como el de patrón (y más recientemente el de empleador), trabajador, empresa, entre otros, permitirían acotar el tipo de relaciones económicas y sociales que serían objeto de regulación laboral. Pero vale la pena detenerse en uno de esos conceptos tocales en la evolución de la legislación laboral como lo es la subordinación, el cual sería presentado como la frontera para ubicar aquello que estaría dentro o fuera del campo de aplicación del derecho del trabajo. En efecto, la incorporación desde el siglo XIX en la naciente legislación industrial de la idea que solo el trabajo subordinado sería el que regularían las normas laborales, marcaría desde entonces la ruta en la cual se consolidaría el derecho del trabajo,

¹⁰ María J. Estrella *et al.*, *Sindicalismo e innovación. Rol de las TIC en la gestión de las organizaciones sindicales*, pp. 2 y ss.

y ese pilar fundatorio serviría y determinaría el resto de las instituciones jurídico-laborales de esta novel rama del derecho. En los primeros años del siglo XX, en países como México, la naciente regulación social, tanto a nivel constitucional como legal, tomaría como parte de sus cimientos a conceptos como el de la subordinación, de tal manera que el reconocimiento legal de figuras e instituciones tan importantes como lo es un sindicato, heredaría a su vez la idea de que en su integración sólo podían participar personas que tuvieran la calidad de trabajadores subordinados. Sin embargo, hoy en día, estos conceptos no se presentan en la realidad con la claridad de antaño, lo cual se traduce, en el caso de los sindicatos, en la dificultad estructural de no poder mirar y atender al número creciente de personas que no reúnen aquella condición. A esta dificultad se agregan otros problemas conceptuales como los relacionados con la representación sindical frente a sus agremiados y asesorados, pero también en la interlocución y negociación frente a las empresas.

Esta “explosión” de conceptos básicos, como el de subordinación, entre otros, se ha traducido en una amplia diversidad de situaciones en las cuales dicha subordinación se presenta ya no solo como una manifestación tangible del derecho a dirigir y dar órdenes en el proceso productivo por parte del patrón y la correlativa obligación de los trabajadores de acatar tales órdenes, sino ahora en formas en ocasiones sutiles e indirectas de dirección y control de las actividades de los trabajadores. Tal situación se ha traducido en el derecho del trabajo en el reconocimiento de formas novedosas de subordinación, la mayoría de las veces alentadas por las nuevas tecnologías, tal es el caso, por ejemplo en México, de la incorporación a la Ley Federal del Trabajo en el año 2021 de un capítulo dedicado al teletrabajo en el cual se estableció que este:

(...) es una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón (art. 330-A).

Se trata, como puede verse, de un intento del legislador mexicano por encuadrar dentro de los conceptos jurídicos tradicionales una nueva manera de

prestar el trabajo, en donde la subordinación se manifestaría con el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.¹¹

Recordar aquí la trascendencia de conceptos clave como el de subordinación, tiene sentido, ya que fue a partir de esta idea fundatoria que también los sindicatos irían delineando su campo de acción e identificando su campo de acción subjetivo o personal; de esta manera, sería el trabajador, pero no cualquiera, sino el trabajador que realizaba sus labores en condiciones de subordinación, el que sería sujeto de imputación y beneficiario del manto protector del derecho del trabajo y de la seguridad social. Cabe recordar, como en el caso mexicano la Constitución de 1917 en su emblemático artículo 123 mandataba la expedición de leyes sobre el trabajo, esta idea sería reglamentada en 1931 en su primera ley federal, señalando que “trabajador es toda persona que preste a otra un servicio material, intelectual, o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo” (art. 3). Sin embargo, la forma de trabajar también iría evolucionando, de tal manera que aquella subordinación distintiva del mundo jurídico laboral también iría cambiando y poco a poco las normas laborales también tratarían de reflejar en sus contenidos esa evolución como una manera de extender su protección para aquellas personas que o bien la subordinación no se encontraba o bien se encontraba de manera difusa.

Ante la situación expuesta, uno de los retos que en el fondo enfrentan los sindicatos es que muchas veces el debate se centra en saber si estas nuevas maneras de trabajar deben ser reguladas por el derecho del trabajo o fuera de este, lo que significa, desde la óptica gremial, la necesidad de saber si son personas susceptibles de ser afiliadas a un sindicato o no. Si bien existen hoy en día sindicatos que han ampliado su horizonte más allá de los trabajadores tradicionales, los conceptos jurídicos en la legislación laboral siguen siendo una limitante.

¹¹ Esta nueva regulación laboral en México se inscribe en una tendencia internacional, con la que muchos países buscan, por medio de reformas a su legislación nacional, superar la disfuncionalidad de varios conceptos del derecho del trabajo en un contexto como el planteado por el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

El análisis integral de la disfuncionalidad de todas las instituciones y capítulos del Derecho del Trabajo, esta aún por realizarse y rebasa con mucho los alcances modestos de este trabajo; sin embargo, uno de los ejemplos más ilustrativo es el de la subordinación, considerado por las leyes y la jurisprudencia como un elemento básico de una relación laboral, la cual, si bien no desaparece entre un trabajador frente a su patrón, hoy en día se presenta bajo nuevas formas y variantes, lo cual se está reflejando en cambios a la legislación laboral.

II. Las nuevas formas de ejecución del contrato

Asistimos hoy en día a una creciente diversificación de cómo las personas pueden apoyar los objetivos de una empresa, no solo siendo contratados en las formas y figuras jurídicas tradicionales, como el contrato individual de trabajo, sino también bajo modalidades totalmente nuevas que escapan a la regulación laboral. En el primer caso, las nuevas tecnologías vienen involucrando y cambiando no solo los aspectos conceptuales y formales de la relación laboral entre trabajadores y patrones, sino también la manera como se ejecuta en concreto y cotidianamente. Cabe recordar que una de las manifestaciones conceptuales y tangibles de una relación de tipo laboral era, precisamente, la subordinación del trabajador a las instrucciones y órdenes que legalmente puede dar el patrón; además, este es quien tiene la facultad de supervisar su cabal cumplimiento dentro de una jornada de trabajo. Sin embargo, las nuevas tecnologías han venido a diversificar las maneras como el patrón puede llevar a cabo la supervisión del cumplimiento de los deberes del trabajador; se trata de formas y mecanismos que podrían permitir una verificación más acuciosa por parte del patrón, pero que en la práctica plantean diversos problemas, como el considerarlos muchas veces como altamente invasivos de la intimidad y privacidad de los trabajadores, entre otras afectaciones.¹²

En efecto, hoy en día, la vieja discusión sobre las potestades de control y supervisión patronal, expresadas desde el siglo XIX en los reglamentos interiores de trabajo, se ha trasladado ahora a formas sofisticadas de poder llevar a cabo aquellas tareas, y donde ahora el patrón cuenta con una gama amplia de medios tecnológicos que le permiten hacer un reconocimiento físico y mental de sus trabajadores y, así, saber si se está o no trabajando y cumpliendo sus instrucciones.¹³ Frente a esta situación, los sindicatos han venido dando una batalla, en un primer momento, rechazando las nuevas maneras de supervisar su trabajo, para luego aceptarlas intentando que se lleven a cabo bajo ciertas reglas, respetando los derechos de los trabajadores. La cosificación de los trabajadores se presenta como una constante en muchos procesos productivos automatizados en donde es visto como una parte que ensambla y complementa un proceso productivo dirigido por sistemas tecnológicos sofisticados.

¹² Carlota Ruiz González, *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, pp. 44-51.

¹³ *Ibid.*, pp. 84-90.

La hoy denominada economía colaborativa, entendida como aquella en la cual coinciden varias personas en un propósito compartido, como sería la oferta de un producto o servicio con un importante apoyo en las nuevas tecnologías, tiene una forma más o menos clara de explicarse en y desde el derecho privado, pero que desde el derecho social se aleja del radar de las normas laborales, lo que se ha traducido, jurídicamente, en la ubicación de estas nuevas relaciones económicas fuera del marco regulatorio del derecho del trabajo para situarlas en los terrenos del derecho privado, con la consecuente desprotección social de las personas involucradas;¹⁴ aunque es cierto que en años recientes asistimos a una tendencia que busca regular e incluir este tipo de situaciones en las leyes y códigos de trabajo.

Esta situación afecta a los sindicatos en la medida que impide que su membresía aumente, pero también reduce o elimina la posibilidad de intervención sindical en la contratación laboral de nuevos trabajadores, así como de la gestión y defensa de sus derechos.

Estas novedades en el mundo laboral y en particular en el empleo, que van ganando terreno de manera creciente, se presentan inmersas en un debate que, por un lado, tiene a aquellos que defienden este “modelo de negocios” alejado de la protección social, argumentando que fomentan el empleo en momentos en que habría que cuidarlo y protegerlo; y, por el otro lado, estarían aquellos que argumentan que estas nuevas formas de empleo solo atienden a una racionalidad económica y de mercado, ya que buscan evadir el cumplimiento de las obligaciones sociales (laborales y seguridad social). Frente a esto, la opinión de los sindicatos avanza discretamente proponiendo la laboralización de los recién llegados al mercado de trabajo bajo estas formas. En el caso de México, el debate sobre la posible regulación de las personas que prestan sus servicios con el uso de plataformas digitales se encuentra en un momento importante, ya que se anuncia que en el transcurso del año 2023 el tema será objeto de un debate en la Cámara de Diputados como el primer paso para su inclusión en la Ley Federal del Trabajo con la figura de un régimen laboral especial; asimismo, se han presentado recientemente algunos esbozos de organización colectiva de estos trabajadores, como la formación de la Unión Nacional de Trabajadores por Aplicación y de Reparto de México, la cual cuenta con registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

¹⁴ Juan M. Moreno Díaz, “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, p. 211.

El derecho del trabajo en México, a semejanza de como está sucediendo en otras latitudes, va tratando, con grandes dificultades, de reconocer estas nuevas maneras de trabajar; sin embargo, uno de los grandes problemas al momento de legislar es la necesidad de hacer compatibles y conciliar conceptos tradicionales con las nuevas realidades. Se trata de situaciones en donde ya de por sí el reconocimiento y respeto de los derechos individuales es difícil, y en el caso de los derechos colectivos las cosas son más complicadas, en buena medida porque los presupuestos jurídicos, sociológicos y políticos, entre otros, desde los cuales los sindicatos viven, acá aparecen difusos. Algunos ejemplos concretos, como el de la empresa de reparto a domicilio *Delivery* en Europa (concretamente Inglaterra e Italia), muestran algunos intentos de los trabajadores por protestar frente a estos nuevos escenarios e incluso innovando en las formas de organización colectiva, con o sin en el apoyo de un sindicato legalmente reconocido.

En un contexto de cambios tecnológicos vertiginosos, como el que se está viviendo, asumen una gran importancia temas como el de la capacitación y el adiestramiento necesarios para la adaptación de los nuevos y actuales trabajadores en las empresas y donde los sindicatos tienen un importante papel que jugar; en efecto, cabe recordar que en México, a semejanza de como ocurre en otros países, la capacitación es un derecho reconocido incluso a nivel constitucional, considerado como parte del concepto de trabajo decente y, en su reglamentación en la Ley Federal del Trabajo, el sindicato tiene un papel relevante, ya que participará en la formulación y aplicación de los programas de capacitación y adiestramiento por medio de comisiones mixtas paritarias en las empresas con más de 50 trabajadores y donde podrán incluso, señala la Ley, proponer cambios a la maquinaria y equipos de “conformidad con las mejores prácticas tecnológicas y organizativas que incrementen la productividad (...)” (art. 153-E-II).

III. Las nuevas maneras de organización y negociación

Las nuevas tecnologías también han venido a dar lugar a nuevas formas de trabajar y a nuevos trabajadores. Una expresión de estos cambios, como se anotaba, son el creciente reconocimiento por parte de la legislación laboral del teletrabajo y de los empleos en plataformas digitales, así como el trabajo a

distancia, el trabajo a domicilio, etcétera. Asimismo, estas transformaciones también se han traducido en nuevas maneras de actuación y organización de las personas involucradas; muestra de ello, son las diversas manifestaciones concretas que se vienen presentado en varias partes del mundo, donde los reclamos históricos de mejoría en las condiciones y ambiente de trabajo ahora se llevan a cabo alejados de la maneras tradicionales en que se hacían; algunos ejemplos emblemáticos que muestran esta situación son los de Alt-Labor en los Estados Unidos, Ver.di en Alemania, Turkopticon para trabajadores de Amazon Mechanical Turk.

Frente a esta situación en algunos países, como en el caso de España, la legislación laboral ha hecho esfuerzos por “laboralizar” e incluir en ella estas nuevas maneras de trabajar; por ejemplo, algunos casos de personas que hacen labores de reparto con el apoyo de plataformas digitales, y, como se anotaba, en México también se avanza en esa dirección.

Por su parte, en materia de negociación y contratación colectiva en México, se carece de un marco que regule estas novedades de manera directa; en efecto, estos temas clave en los derechos colectivos de los trabajadores fueron diseñados teniendo en cuenta relaciones de trabajo tradicionales; sin embargo, México ratificó en los años recientes convenios internacionales importantes como el 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual señala expresamente que deberán adoptarse medidas para estimular y fomentar la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores en todos los casos y sin distinciones, lo cual, como planteamiento general, debiera, en su momento, incluir los casos de trabajadores que participan en estas nuevas formas de trabajo que abordamos.

Cabe destacarse que en una reforma a la Ley Federal del Trabajo en México, en el año 2021, con motivo del reconocimiento del capítulo sobre teletrabajo, el legislador mexicano señaló diversas obligaciones interesantes como que la modalidad de teletrabajo formará parte de los contratos colectivos, y con el fin de que los teletrabajadores conozcan los procedimientos relativos a la libertad sindical y la contratación colectiva, los patrones deberán facilitar los mecanismos de comunicación y difusión a distancia, incluyendo correo electrónico u otro; y en caso de que en la empresa no exista un contrato colectivo, estas obligaciones deberán incluirse en el reglamen-

to interior correspondiente.¹⁵ Como puede verse en este caso, el legislador mexicano consideró importante que, en tratándose del teletrabajo, las obligaciones del patrón debían incluir la posibilidad de que los derechos colectivos se puedan ejercer con el apoyo de las nuevas tecnologías; si bien estos planteamientos podrían considerarse convenientes y valiosos, lo cierto es que con el hecho de que el teletrabajo se presente ahora como un tema que puede ser parte de una negociación colectiva para la firma de un contrato colectivo, las precisiones y modalidades concretas se tendrían que definir en cada centro de trabajo. Cabe señalarse también que en países como México no se cuenta con una amplia experiencia en el diseño e implementación de acuerdos contractuales que traten estos temas, a diferencia de algunos países europeos, como es el caso de España, por ejemplo, donde desde hace años se cuenta con una amplia experiencia sindical sobre el particular.

En algunos países, la aceptación o no de los cambios tecnológicos por parte de los sindicatos se ha visto con reservas en la medida que pueden ser considerados como medios invasivos de la vida de los trabajadores o incluso de la vida gremial. En otros casos, esa aceptación de los cambios tecnológicos ha estado matizada y a veces determinada por su relación corporativa con los gobiernos en turno. En México, en los años ochenta del siglo pasado, se asistió a un proceso de flexibilización de muchos de los contratos colectivos, lo cual formó parte de los efectos que se sintieron en los derechos colectivos de los trabajadores de amplios sectores de la economía.¹⁶

Este periodo de modificación y adecuación de los contratos colectivos se daría en el marco de un proceso de inserción de la economía mexicana en una economía global, donde algunas prioridades como la estabilidad de la economía interna, la apertura de mercados, el tipo de cambio, la generación de empleos, etcétera, serían los fines que justificarían los medios para alcanzarlos, y uno de esos medios fue, precisamente, el sacrificio de los contenidos de muchos contratos colectivos. Algunos estudios de este proceso, al dar una explicación de lo que pasó en ese periodo, señalan que la mayoría de los sin-

¹⁵ Si bien en este caso el uso del correo electrónico es presentado como un apoyo para las labores sindicales, algunos expertos han señalado las implicaciones que esta posibilidad plantea en cuanto a la supervisión de los trabajadores y sus dirigentes en los centros de trabajo. Cf. Ivonne Sánchez Castro, "El uso del correo electrónico de la empresa por los representantes sindicales", pp. 1 y ss.

¹⁶ Octavio F. Lóyzaga de la Cueva, "La flexibilidad laboral en México antecedentes y perspectivas", pp. 5 y ss.

dicatos mexicanos no opusieron mucha resistencia a esta flexibilización de sus contratos colectivos y que esto se debió a que la mayoría de las grandes centrales obreras mexicanas mantenían una relación estrecha, política e histórica, con los gobiernos emanados de la Revolución mexicana desde 1917 y que ese rasgo corporativo se mantenía aún; de tal manera que las respuestas sindicales a los cambios tecnológicos desde hacía décadas debía ser visto en México teniendo en cuenta este marco político e histórico que ha dominado buena parte del sindicalismo mexicano a lo largo del siglo XX y lo transcurrido del XXI, cuando se aceptaron muchos cambios, incluso sin ninguna participación de los sindicatos.¹⁷

Con este antecedente, entre otros, se podría trazar la evolución sobre la posición del sindicalismo mexicano frente a la aparición e incorporación de las nuevas tecnologías en los procesos productivos; aunque, salvo contadas excepciones, no resulta alentador, ya que en la mayoría de los sectores de la economía en donde se avecina un alto efecto de la modernización tecnológica, la respuesta sindical tal vez no corresponderá a las implicaciones que se tengan.

Teniendo como antecedente este tipo de situaciones, así como los cambios en proceso en ciertos sectores de la economía, parece obvio señalar que los contenidos de los contratos colectivos serán influenciados por las nuevas tecnologías. En un contexto incierto como el que se vive hoy en día, los sindicatos han venido poco a poco incorporando a su lista de peticiones en las negociaciones colectivas temas que ya venían haciendo su camino; por ejemplo, en lo relacionado con la intimidad y privacidad de los trabajadores, así como la necesaria compatibilidad entre la vida laboral y familiar. En el primer caso, los sindicatos, entre otras cosas, han buscado que las nuevas tecnologías no invadan la privacidad e intimidad de los trabajadores, así como la regulación de las nuevas maneras de supervisión de su trabajo; mientras que en el caso de la compatibilidad entre vida familiar y laboral, las nuevas tecnologías, y más en el contexto de la pandemia, han invadido los espacios antes reser-

¹⁷ En un análisis más profundo del tema que se aborda en este trabajo, sería importante ahondar en estas características ampliamente difundidas del sindicalismo mexicano a lo largo de buena parte del siglo XX, en donde su nacimiento, estructuración interna, así como su relación con los gobiernos postrevolucionarios y las empresas son elementos que sin duda, influyeron en sus estrategias e, incluso, en la forma como fueron regulados los sindicatos jurídicamente, así como en la manera en que dicha regulación se aplicó a lo largo de décadas. Este ejercicio de caracterización del sindicalismo mexicano, si bien rebasa los objetivos de este trabajo, debe ser tomado en cuenta como parte del análisis sobre la relación entre los sindicatos y las nuevas tecnologías.

vados a la vida personal y familiar del trabajador, borrando la frontera entre los horarios y jornadas de trabajo antes claramente delimitadas; de tal manera que esa expansión de las facultades del patrón más allá de las puertas de los centros de trabajo, constituye hoy otro de los frentes en los cuales los sindicatos buscan una delimitación con mayor claridad.

Asimismo, las nuevas patologías laborales que plantean las nuevas tecnologías, como son el estrés laboral, entre otros riesgos de trabajo, van ocupando un lugar importante en los reclamos sindicales al momento de negociar sus contratos colectivos, así como el reclamo de que los sistemas de seguridad social actualicen sus conceptos y legislación para reconocer riesgos de trabajo que se presentan hoy como resultado de los cambios tecnológicos.¹⁸ Vale la pena anotar, de paso, el proceso en curso hacia el reconocimiento en varios países, incluyendo México, del derecho humano a la salud mental en el trabajo.

En el caso de México, los datos oficiales muestran cómo durante la pandemia se llevaron a cabo innumerables revisiones de contratos colectivos, muchas de las cuales utilizaron las nuevas tecnologías con ese propósito. En efecto, los modelos de negociación colectiva conocidos y practicados por la mayoría de los sindicatos privilegiaron los encuentros presenciales entre las partes; sin embargo, hoy en día, en muchos casos, producto de la necesidad derivada de la situación sanitaria, fueron obligados a llevar a cabo negociaciones con el apoyo de las nuevas tecnologías. Esta situación, novedosa para la mayoría, se tradujo en nuevas formas y estrategias para plantear y argumentar las posiciones de las partes, lo cual avizora que, en el futuro, si bien el modelo presencial seguirá subsistiendo, este necesariamente incorporará de diversas maneras las nuevas herramientas tecnológicas.¹⁹

IV. Hacia nuevas formas de lucha

Sin duda, uno de los grandes desafíos que tienen los sindicatos en los años por venir es cómo reivindicar y renovar sus tradicionales formas de protesta y presión frente a las empresas con motivo de la defensa de los derechos de

¹⁸ Gemma Galdon Clavell *et al.*, *Los sindicatos ante los retos tecnológicos, dinámicas y buenas prácticas*, p. 25.

¹⁹ María L. Rodríguez Fernández, "Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica", pp. 70-91.

sus agremiados; en un contexto dominado por las nuevas tecnologías, algunas instituciones jurídico-históricas como la huelga se presentan como formas de protesta difíciles de poder realizar; esto no ha impedido que, en los hechos, de manera creciente, se presenten situaciones de ciberactivismo, teleparos, interrupciones concertadas digitales, etcétera, manifestaciones todas ellas que muestran no sólo la creatividad de los sindicatos, sino también la lenta pero creciente apropiación gremial del espacio digital. La actitud reivindicadora y contestataria de los sindicatos tendrá que estar ahí donde existen derechos que defender y trabajadores a quien apoyar y donde convergen viejos y nuevos problemas (desempleo, precariedad, dispersión del trabajo, falta de identidad profesional, etcétera).²⁰ Los ejemplos se multiplican ahí donde diversos grupos y sectores de la sociedad han encontrado en las nuevas tecnologías y el ciberespacio un lugar donde se protesta, reclama o defienden derechos o posiciones frente a problemas que los aquejan; en ese sentido, los sindicatos no podrían quedarse atrás. En algunas ocasiones, las nuevas formas de organización colectiva han hecho su aparición como los denominados “protosindicatos” o variantes de las tradicionales cooperativas e, incluso, la reaparición de formas de apoyo solidario como las mutualidades.

Por su parte, el tema de la huelga pareciera estar destinado a cambiar como mecanismo por excelencia en la lucha de los trabajadores para defender sus derechos. Reconocida como un derecho humano en el nivel más alto de la jerarquía normativa en todo el mundo, la huelga ha venido perdiendo los cimientos a partir de los cuales se construyó su concepto, su regulación, así como ejecución, y en esa ruta las nuevas tecnologías han tenido mucho que ver. Así, al descentralizar y diversificar los espacios en donde las relaciones de trabajo se llevan a cabo, al multiplicar las maneras como la supervisión y subordinación del trabajo se presenta, las nuevas tecnologías han venido a quitar a la huelga uno de sus elementos esenciales, como la unidad de los trabajadores, la presencia física en el centro de trabajo, la coincidencia compartida de las problemáticas de los trabajadores, lo cual se ha traducido en una mayor dificultad para que se lleve a cabo; en ese sentido, la reinención de la huelga, tal vez sea uno de los temas más importantes en la agenda de los sindicatos en los años por venir.

²⁰ Luz Rodríguez, “Sindicalismo y revolución tecnológica”, pp. 2-5.

V. Conclusiones

Ya en algunas investigaciones se reflexiona sobre la necesidad de que los sindicatos lleven a cabo un análisis sobre las características de lo que podríamos denominar los nuevos trabajadores y, a partir de ahí, tratar de usar sus propias herramientas tecnológicas hacia nuevas maneras de llevar a cabo su labor de representación y defensa.²¹ De igual manera, hay quienes valoran las facilidades que las nuevas tecnologías ofrecen en materia de administración sindical y de gestoría de los derechos de los trabajadores e incluso en materia de comunicación intrasindical, contexto en el que las nuevas tecnologías ofrecen un campo rico de formas en que se puede compartir mucha información de interés gremial (Facebook, Instagram, redes sociales), aunque se dificultan las tareas tradicionales como la contratación colectiva y la huelga.

La reflexión sindical sobre su actuación en este nuevo contexto debe pasar no solo por una discusión abstracta sobre la nueva realidad de los sindicatos en un ambiente marcado por las nuevas tecnologías, sino que debe concretarse también en cuestiones muy prácticas y tangibles del actuar sindical: la incorporación de las nuevas tecnologías a su administración cotidiana (afiliación de nuevos trabajadores, administración del patrimonio sindical, gestión, acceso y otorgamiento de prestaciones concretas con el uso de programas determinados, etcétera), cómo llevar a cabo sus asambleas, cuáles son sus mecanismos de toma de decisiones, qué tipo de afiliados tiene y desea tener, cómo ubicarse y promover su afiliación, cómo se lleva o se desea llevar a cabo la interlocución con las empresas, qué tipo de temáticas modernas deben incluirse en las agendas de negociación de los contratos colectivos y, finalmente, cuáles son las mejores estrategias de lucha y presión en un contexto para el cual las maneras tradicionales de lucha y protesta resultan hoy obsoletas. En ese sentido, con base en una visión y planeación adecuadas, las nuevas tecnologías pueden convertirse en una herramienta que haga más eficiente el trabajo sindical.

La posición de muchos sindicatos frente a las nuevas tecnologías no es necesariamente positiva y uniforme; existen opiniones que ven estas nuevas herramientas con desconfianza e incluso temor sobre su pertinencia como formas de fortalecimiento gremial. A pesar de este tipo de percepciones, son cada vez más las voces de expertos y sindicalistas que ven en las nuevas tec-

²¹ Federico Navarro Nieto, “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, pp. 51-55.

nologías un mecanismo que puede mejorar, entre otras cosas, la calidad y cantidad de la información intragremial y con ello mejorar la libertad, democracia y transparencia sindical.

Sin embargo, el debate está abierto y no es posible posponerlo. En el análisis del efecto de las nuevas tecnologías para la vida sindical, hay también otros factores y variables que, si bien escapan al estudio estrictamente jurídico del tema, tendrían que ser consideradas para el eventual diseño de una estrategia gremial de mediano plazo. Una de esas variables es el factor demográfico de los miembros de un sindicato y, en particular, lo relativo a la edad de sus afiliados; en efecto, el hecho de que entre la membresía sindical existan afiliados más jóvenes pareciera que resulta más propicio para que un sindicato le apueste a las nuevas tecnologías como parte de sus formas de trabajo; y, en el caso contrario, la edad más avanzada de sus miembros podría ser un reto por vencer en estos casos. Esta necesaria autoevaluación de las fortalezas y retos de un sindicato se presenta como una necesidad imperiosa en los momentos actuales, lo cual debería traducirse en una estrategia de formación de cuadros sindicales que incluya temas no tradicionales, como el manejo de redes sociales, *software*, aplicaciones, etcétera.

De igual manera, las nuevas tecnologías han actualizado un debate recurrente en el mundo sindical que consiste en advertir y enfrentar una economía globalizada ante la cual los sindicatos deben trascender sus espacios nacionales de influencia para construir espacios de acción transnacionales.²² Esta situación asume matices particulares cuando se habla de nuevas tecnologías y, en particular, del uso de plataformas digitales, donde los mercados sin fronteras empiezan a ser algo normal y frente a lo cual los sindicatos se muestran muchas veces limitados y con esfuerzos por ahora discretos para articular una estrategia sólida (España, Argentina, etcétera) y amplia que corresponda a estas nuevas situaciones.²³ Si bien el tema empieza a aparecer en las estructuras supranacionales como la Unión Europea, donde se aborda como un tema y preocupación que requiere ser atendida y, en su caso, regulada, en otras latitudes el tema no forma parte de la agenda laboral y social; por ejemplo, en

²² Uno de los últimos trabajos publicados sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, con especial referencia al caso mexicano, cuya lectura se recomienda es el siguiente: José L. Rostro y Erick López, *Derecho laboral, sindicalismo y nuevas tecnologías*.

²³ Francisco A. Valle Muñoz, “Las representaciones colectivas de trabajadores en las plataformas digitales”, pp. 62-67.

el recién firmado Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México, el tema de los derechos colectivos sí ocupa un lugar protagónico, pero sólo para aquellos trabajadores que ya están reconocidos como tales y quieren hacer valer sus derechos colectivos.

Si bien en muchos análisis sobre este tema la atención se centra en las acciones y estrategias de las partes en las relaciones laborales, lo cierto es que también aquí es necesario llevar a cabo un análisis y enfoque tripartito en el cual se incluya el papel que debieran jugar los gobiernos y los Estados como garantes de valores supremos, como la justicia y la democracia.²⁴ En efecto, habría que preguntarse, en cada caso, qué están haciendo los gobiernos para que los procesos de incorporación de nuevas tecnologías no se traduzcan en formas que ahonden las desigualdades e injusticias en nuestras sociedades o que permitan la evasión e incumplimiento de las obligaciones en materia de protección social. La adopción o el fortalecimiento de políticas públicas con un enfoque social de las tecnologías, son algo que debiera estar en la agenda de los proyectos de las administraciones públicas en sus diferentes niveles; y en ese contexto, el diálogo social se presenta como algo necesario para hacerlas avanzar, tal y como lo ha venido señalando la OIT desde hace años, e incluso, se plantea la posibilidad de que en los próximos años se puedan adoptar normas internacionales sobre el tema.

En el caso de México, cabe señalarse que hoy en día el nivel de cobertura y acceso a Internet, según los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, es de cerca de 80% en zonas urbanas y de 50% en zonas rurales, lo que muestra una gran diferencia entre las regiones del país que impacta el acceso a la información, servicios, etcétera, que hoy en día se llevan a cabo con el uso de esta nueva tecnología. Este panorama puede influir también en los sindicatos en la medida que Internet, con algunas aplicaciones en particular, se ha convertido en parte de las herramientas de una gestión sindical efectiva; sobre todo, en el caso de aquellas organizaciones que tienen una presencia en regiones del país con servicio de Internet deficiente o inexistente. El gobierno federal ha hecho algunos esfuerzos en ciertos casos específicos y de interés nacional al apoyar los procesos sindicales con propuestas de nuevas tecnolo-

²⁴ En el caso de algunos países, como Brasil, expertos han puesto de manifiesto la importancia de los sindicatos en la construcción histórica del marco jurídico laboral, así como de políticas públicas sobre estos temas. Cf. Flávia Madeiros de Oliveira *et al.*, “Tecnología y nuevas formas de trabajo: los retos que los sindicatos enfrentan en un escenario de revolución 4.0”, pp. 3 y s.

gías; tal es el caso de la elección de la dirigencia sindical de la empresa estatal Petróleos Mexicanos (PEMEX) en enero de 2022 cuando la Secretaría del Trabajo y Previsión Social puso a la disposición del sindicato un sistema por el cual se llevarían a cabo las elecciones de la dirigencia sindical con el uso de voto electrónico. Se trata de una novedad laboral y tecnológica que podría muy probablemente ser usada en el futuro de manera regular y a la que todavía se le han señalado algunas deficiencias.

Como podemos ver, los sindicatos y las nuevas tecnologías son, hoy, parte de una ecuación que tendremos que ir monitoreando como una etapa de la evolución que está teniendo el mundo del trabajo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Mendizábal Bermúdez, Gabriela. Alfredo Sánchez Castañeda y Patricia Kurczyn Villalobos (coords.). *Industria 4.0, trabajo y seguridad social*. México, UNAM-III, 2019.
- Rostro, José Luis y Erick López Serrano. *Derecho laboral, sindicalismo y nuevas tecnologías*. México, Tirant lo Blanch, 2022.

Electrónicas

- Estrella, María Josefina, Vanesa Núñez y Santiago Parrilla. *Sindicalismo e innovación. Rol de las TIC en la gestión de las organizaciones sindicales*. Friedrich Ebert Stiftung, Buenos Aires, diciembre 2020. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/17087.pdf>
- Galdon Clavell, Gemma, Carlos Delclòs, Martín Zamorano y Alba Molina. *Los sindicatos ante los retos tecnológicos, dinámicas y buenas prácticas*. Eticas foundation, Cotec, CCOO, ETUI, 2017. <https://online.flippingbook.com/view/196359/2/>
- Madeiras de Oliveira, Flávia de Paiva. Marcela Oliveira de Alexandria Rique y André Ricardo Fonseca da Silva. “Tecnología y nuevas formas de trabajo: los retos que los sindicatos enfrentan en un escenario de revolución 4.0”. *Cognitio Juris*, año XI, Núm. 35, 26 junio 2021. <https://cognitiojuris.com/2021/06/26/tecnologia-y-nuevas-formas-de-trabajo-los-retos-que-los-sindicatos-afrentan-en-un-escenario-de-revolucion-4-0/>
- Martín Macia, Leandro. “Nuevas tecnologías, representación sindical, negociación colectiva”. *Revista IDEIDES, UNTREF*, Núm. 45, marzo 2020, Buenos Aires. <http://revista-ideides.com/nuevas-tecnologias-representacion-sindical-negociacion-colectiva/>

- Moreno Díaz, Juan Manuel. “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, Núm. 2, abril-junio de 2019. University Press. http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/680
- Rodríguez, Luz. “Sindicalismo y revolución tecnológica”. *InfoLibre*. 28 de febrero de 2018. https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2018/02/28/sindicalismo_revolucion_tecnologica_77634_112_1.html.
- Ruiz González, Carlota. *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*. Tesis doctoral, Universidad de Murcia, Escuela Internacional de Doctorado, 2017. https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/56322/1/Tesis_Carlota_Ruiz_Gonz%c3%a1lez.pdf
- Sánchez Castro, Ivonne. “El uso del correo electrónico de la empresa por los representantes sindicales”. *Cielo laboral*, Núm. 4, 2017. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/04/sanchez_noticias_cielo_n4_2017.pdf
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. “La protección social, en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”. *e-Revista internacional de la protección social*, Vol. 6, Núm. 2, España, Universidad de Sevilla, 2021, pp. 8-18. <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/issue/view/1302/574>
- Valle Muñoz, Francisco Andrés. “Las representaciones colectivas de trabajadores en las plataformas digitales”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 157, España, 2021, pp. 59-84. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968637>

Hemerográficas

- Lóyzaga de la Cueva, Octavio F. “La flexibilidad laboral en México antecedentes y perspectivas”. *Alegatos*, Núm. 29, enero-abril 1995, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 57-68.
- Martín Artilles, Antonio y Alberto Pastor Martínez. “Nuevas formas de representación colectiva. Reacción a la digitalización”. *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 40, Núm. 2, Universidad Autónoma de Barcelona, Ediciones complutense, Barcelona, 2022, pp. 345-366.
- Rodríguez Fernández, María Luz. “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Núm. 23, 2018, España, pp. 70-91.
- Zubero Beaskoetxea, Imanol. “Los sindicatos ante las nuevas tecnologías”. *Revista vasca de sociología y ciencia política*, Núm. 6, España, 1992, pp. 151-168.

Consideraciones sobre la prueba electrónica¹ en el sistema penal acusatorio

Christian Norberto Hernández Aguirre*

Miguel Angel Meléndez Ehrenzweig**

Gregorio Ramírez Gutiérrez***

Resumen:

La prueba electrónica y su fiabilidad ante los estándares de prueba seguidos en un sistema penal y la complejidad ante su posible obtención sin violación de derechos fundamentales hacia su posible valoración judicial, al ser una prueba que puede ayudar a demostrar un daño a diversos bienes jurídicos, ameritan la mayor precisión del bien jurídico que se busca proteger y cómo obtenerla para que sea posible su valoración como prueba, por lo que se analiza diversa legislación e interpretaciones doctrinales, jurisdiccionales y técnicas.

Abstract:

Electronic evidence and its reliability in the face of the evidence standards followed in a penal system and the complexity of its possible obtaining without violation of fundamental rights towards its possible judicial assessment, as it is a test that can help demonstrate damage to various assets legal, it deserves the greater precision of the legal good that seeks to protect and how to obtain it so that its evaluation as evidence is possible, for which reason various legislation and doctrinal, jurisdictional and technical interpretations are analyzed.

¹ Conocida también como prueba digital, prueba tecnológica, prueba informática o prueba. Ricardo Oliva León, *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, p. 57.

* Profesor-Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Ensenada, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

** Profesor-Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Ensenada, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

*** Profesor de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Ensenada.

Sumario: Introducción / I. Generalidades sobre la concepción de prueba, estándares de prueba y su función con referencia específica a la prueba electrónica / II. La prueba electrónica y su fiabilidad hacia la valoración judicial / III. Obtención de la prueba digital / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta.

Introducción

Las tecnologías han cambiado el mundo. Con el Internet, las personas interactúan a cada instante: al usar las redes sociales y los servicios de mensajería, entablamos conversaciones con textos e imágenes digitales, los cuales pueden llegar a los juzgados penales como dato de prueba, medio de prueba o prueba. Por ello, en este artículo se analiza, de manera general, la concepción de prueba y su función, en especial, el concepto de prueba digital; asimismo, la problemática que implica su obtención y posible valoración judicial hacia su fiabilidad; en particular, se reflexiona sobre qué requisitos se deben cumplir para que no se considere nula una prueba digital, por lo que, al hablar de dicha prueba, nos podemos preguntar: ¿cómo podría ser legal la obtención de información, sobre todo, generada con dispositivos electrónicos? y ¿cuándo la obtención de la información es obtenida por un agente encubierto informático (sujeto activo)? Asimismo, es preciso advertir que para la autenticación de pruebas digitales se debe seguir un procedimiento, pues la integración o exactitud de la misma es importante para descubrir si no es un clon de datos.

I. Generalidades sobre la concepción de prueba, estándares de prueba y su función con referencia específica a la prueba electrónica

Para adentrarse en el estudio de la prueba, primero se debe establecer qué es una prueba; diversos autores hablan de ella. Juan González señala que prueba es “lo que persuade al espíritu, todo lo que existe en el proceso y puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio”.² Por otra parte, Manzini Vincenzo nos dice que “la prueba, es la actividad procesal inmediatamente

² Carlos M. Oronoz Santana, *Las pruebas en materia penal*, p. 2.

dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interesa a la providencia del juez”.³ Asimismo, Hernando Devis Echandia señala que “la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, y de tal suerte es así que en las actividades reconstructivas y en las ciencias adquiere su exacta dimensión y sentido, que en sustancia es el mismo que se le da en derecho”.⁴

De los autores citados, podemos tomar, por ejemplo, que la prueba puede existir desde el inicio del proceso y puede servir para elementos necesarios en juicio; de esto, podemos decir que en México, desde que inicia el proceso con la investigación, serán llamados datos de prueba, y hasta que es desahogada en juicio en presencia del juez, se le denomina prueba.

Entonces, los datos de prueba se definen como la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez (de juicio) que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.⁵

Ahora bien, de acuerdo con Ostos, la prueba se define como “la actividad (normalmente, en la etapa de juicio) mediante la cual se persigue lograr la convicción del tribunal sobre unos hechos previamente alegados por las partes (lo que constituye su objeto procesal)”,⁶ lo que coincide con lo que se busca en el proceso penal acusatorio mexicano, como que el tribunal llegue a la convicción de manera libre y lógica, con la totalidad de lo ofrecido y debatido, más allá de toda duda razonable.

Sobre la concepción de prueba, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) señala: “Todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación”.⁷

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵ Ernesto Galindo Sifuentes, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, p. 75.

⁶ José Ostos Martín, *La prueba en el sistema penal acusatorio*, p. 7.

⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 261.

Partiendo del concepto de prueba y su función, en concordancia con Taruffo, “se puede concebir como herramienta epistémica, donde su función es el conocimiento de los hechos y, como herramienta retórico-persuasiva, donde su función no es determinar conocimientos de un hecho sino de crear una creencia en el juez sobre algo”.⁸ La primera perspectiva es la que normalmente sigue un juez, no necesariamente las partes, que pueden perseguir la segunda; pero la motivación de una autoridad, no solamente la judicial, debe ser racional y correspondiente a la verdad, independientemente de lo que las partes busquen para convencer entre la relación de cada uno de los elementos (fácticos, jurídicos y probatorios).

Pero no es tan libre la valoración judicial; es decir, ante ciertos estándares probatorios dispuestos en la legislación, se deben seguir límites en derechos fundamentales. En concordancia, Gascón Abellán afirma que “los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”,⁹ por lo que se tendrá que llevar a cabo una valoración lógica, racional; además, se debe pretender que resulte razonable y comprensible para la comunidad. Inclusive, en México ya se dictan sentencias mediante un formato de lectura fácil para personas con discapacidad y menores de edad, lo que favorece la mejor comprensión de las sentencias penales.

De acuerdo con Ferrer, “un enunciado será aceptable como verdadero si tiene (se aduce que el juez) suficientes elementos de juicio a su favor o, más estrictamente, si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial, en donde pudiera resultar sustancial su actuación”,¹⁰ por lo que el tema enmarca un problema epistemológico en lo jurídico al tenerse como objetivo “el esclarecimiento de los hechos” desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).¹¹

Ahora bien, ante una prueba digital, la tarea de probar resulta compleja, ya que “el bien jurídico protegido, acoge a la confidencialidad, integridad, disponibilidad de la información y de los sistemas informáticos, donde ésta se

⁸ Para mayor información sobre estas perspectivas, Michelle Taruffo *et al.*, “Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas”.

⁹ Marina Gascón y Santiago Ortega, *Proceso, prueba y estándar*, p. 18.

¹⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, p. 20.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, fracción I.

almacena o transfiere”¹² la evidencia digital puede ser volátil, anónima, duplicable, alterable y modificable, además de eliminable; el tiempo en su obtención resulta importante, incluso es una tarea compleja para su conservación y valoración. En lo que respecta a la fecha en la que se obtiene la evidencia:

Es un requisito fundamental para que una prueba (digital) sea admitida, sin embargo, no todo el mundo sabe cómo obtener esa fecha exacta. Por ejemplo, si lo que estamos denunciando es una amenaza a través de un mensaje de Twitter, en un caso de ciberacoso, por ejemplo, la fecha del pantallazo no será necesariamente la fecha y hora en la que se produjo la amenaza.¹³

En concordancia con Oliva, “el tiempo establecido para la proposición y aportación de una prueba electrónica, debería ser el más temprano posible a fin de asegurar la cadena de custodia, vale decir, a fin de garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba electrónica”.¹⁴ En México, de manera general, en el acuerdo A/009/15 sobre cadena de custodia y para el cuidado de todo lo obtenido, se establecieron directrices que deberán observarse por los servidores públicos: “Se realizará la recolección, empaque y/o embalaje de acuerdo con su tipo. Dicho embalaje deberá ser sellado y etiquetado con la finalidad de enviarlo a los servicios periciales, a las bodegas de indicios o en su caso, a algún otro lugar, en condiciones de preservación o conservación”.¹⁵

Por esto, no se considera suficiente, por lo que se propone un protocolo de actuación para evidencias digitales donde se establezca un margen para la valoración judicial, la forma de preservación y conservación de la prueba electrónica dentro del proceso judicial se regula de manera somera en México en cuanto a elementos que se pudieran obtener desde la etapa de investigación que podrán servir de prueba en general, puesto que el CNPP contempla en el artículo 167 lo siguiente:

Conservación de los registros de investigación y medios de prueba. En los procesos suspendidos de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente capítulo, el Ministerio Público tomará las

¹² Santiago Acurio Del Pino, *Delitos informáticos: generalidades*, p. 21.

¹³ Ayudaley, “El uso y validez de la prueba digital en el procedimiento judicial”.

¹⁴ Ricardo Oliva y Barceló Sensores, *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, p. 58.

¹⁵ Acuerdo A/009/15 por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia.

medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los registros y medios de prueba conocidos y los que soliciten los sujetos que intervienen en el proceso.

Y se dejan muy abiertas las medidas, en particular, para una evidencia digital. Ahora bien, en el artículo 229 del CNPP, se expresa que ante un “aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito (...) Para tales efectos, se establecerán controles específicos para su resguardo, que atenderán como mínimo a la naturaleza del bien y a la peligrosidad de su conservación”.

De acuerdo con Oliva, si bien el CNPP no lo exige, “el Juzgador (y el Fiscal) deberían poder utilizar sistemas tecnológicos y humanos de salvaguarda de la prueba electrónica, tales como, un sistema seguro de *cloud computing* o acudir a terceros de confianza”.¹⁶ Ello también beneficiaría a las partes; además de que para la conservación de lo que se obtenga de un dispositivo electrónico (incluido el cuidado del dispositivo) se siga una cadena de custodia, como, por ejemplo, que lo allegado al primer responsable de la evidencia se mantenga en un medio de almacenamiento esterilizado, como en un CD, DVD, USB, disco duro, etcétera.

Tomando en cuenta la importancia de la obtención de una prueba (preconstituida o anticipada, es decir, antes de la etapa de juicio), en concordancia con Andrea Jamardo, “la fase de investigación es crucial, ya que el objeto de este tipo de prueba, son aquellas diligencias de investigación que, debido a su naturaleza, resultan de imposible realización en el acto de juicio oral”,¹⁷ lo que puede ayudar a su obtención oportuna y a conservar su mismidad hacia la mejor valoración judicial.

II. La prueba electrónica y su fiabilidad hacia la valoración judicial

La prueba electrónica, dependiendo el sistema probatorio que se siga, debe seguir un determinado procedimiento para hacerla valorable judicialmente y para que no sea considerada ilícita o ilegal además, debido a la complejidad

¹⁶ Oliva y Sensores, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷ Jamardo Lorenzo, *op. cit.*, p. 5.

que implican los recursos tecnológicos (instrumentos del delito) y a la cantidad de objetos materiales y bienes jurídicos que se pueden dañar (al considerarse un delito pluriofensivo y de mera conducta), se requiere una adecuación de la legislación sustantiva penal.

Ante la prueba devenida electrónicamente, de acuerdo con Armenta Deu, cabe diferenciar dos modalidades:

- a) los datos o informaciones almacenadas en un dispositivo electrónico (incluyendo sistemas informáticos y cualquier aparato informático o de tecnología digital, como los medios de almacenamiento masivo); y b) los que son transmitidos por cualquier red de comunicación abierta (internet, telefonía fija o móvil) o restringida, o a través de una red de comunicación en la que no existe comunicación entre personas determinadas o determinables.¹⁸

Por tanto, la identificación del sujeto activo y el lugar donde comienza la acción pueden ser una labor compleja y técnica, además de que deben distinguirse entre qué datos e información son obtenidos y relacionados con los hechos. En concordancia con Delgado, “mensajes de WhatsApp, redes sociales, correos electrónicos, fotografías y videos digitales, hojas de cálculo (...) tienen relevancia jurídica, en muchas ocasiones porque generan obligaciones o prueban el cumplimiento de los contratos; causan daños a terceros; son constitutivos de delito”.¹⁹ Se aduce que el instrumento del delito en estas acciones es un dispositivo electrónico y solo puede variar la vía o red de comunicación que haga posible la transmisión de datos; entre ello, imágenes, audios, comunicaciones, etcétera, y producir el daño a diversos bienes jurídicos.

Para precisar la fiabilidad de una prueba electrónica, de acuerdo con Ferrer:

La prueba sobre la prueba, supone un control sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son esenciales en muchos casos

¹⁸ Teresa Armenta Deu, “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, p. 71.

¹⁹ Joaquín Delgado Martín, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, contraportada.

para una correcta valoración individual de la prueba, en aras de determinar el grado de fiabilidad que ofrece. Se trata, por ejemplo (...) de la víctima de un delito, de la prueba informática para determinar la autenticidad de la firma electrónica de un documento, de la prueba para determinar la autenticidad de una grabación de imagen o sonido, etcétera.²⁰

Es preciso recordar que el ofrecimiento de una prueba (cualquiera que sea), en palabras de Oronoz, “no tiene por objeto distorsionar u ocultar la verdad, por el contrario dar luz para que la verdad de preeminencia a la decisión del juez”.²¹ Lo que se debe pretender es el esclarecimiento de los hechos o una reconstrucción de ellos:

Debemos tener presente, que la valoración de la prueba es efectuada por un Juez, quien debe tener presente tres aspectos, en primer lugar tendrá que percibir los hechos a través de los medios probatorios. En segundo lugar, el Juez deberá efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales sólo proporcionan datos, a partir de los cuales el Juez elabora un argumento para deducir la existencia de un hecho, como ocurre con los indicios. En tercer lugar, él desarrollará una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos.²²

Aunque en particular, sobre las evidencias electrónicas, se concuerda con Rafael López:

No siempre pueden garantizar que sean fidedignas y veraces, puesto que, si existe ánimo de manipular, pueden ser modificadas, con mayor o menor éxito, en función de las herramientas, habilidad y conocimientos del manipulador pero, en cualquier caso, el perito ha de realizar las comprobaciones necesarias en vías a ofrecer las máximas garantías de la integridad, no manipulación y no contaminación

²⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, pp. 72-73.

²¹ Carlos Oronoz Santana, *Las pruebas en el juicio acusatorio y oral*, p. 183.

²² Rafael Santa Cruz, *Reflexiones a la justicia y seguridad pública en México*, p. 126.

de las evidencias, aunque en estas comprobaciones pudiera el caso de que no sean totalmente concluyentes o determinantes.²³

Y en concordancia con los ponentes Eloy Velasco y Joaquín Delgado:

Solo pueden tener validez las evidencias digitales que se consigan sin vulnerar los derechos fundamentales. En particular sobre esta clase de evidencias, para su fiabilidad en el registro de los dispositivos electrónicos, hay que tener en cuenta, en primer lugar, la aprehensión material de la fuente de datos, documentando las condiciones materiales al adquirir esas pruebas. En segundo lugar, la cadena de custodia del material analizado tiene que estar documentada en todo momento para saber lo que se ha hecho con ese material.²⁴

Es decir, una evidencia digital será auténtica siempre y cuando se cumplan dos elementos. El primero, que haya sido generada y registrada en el lugar de los hechos, y la segunda, que muestre la no alterabilidad de los medios originales, es decir, que los registros correspondan efectivamente a la realidad y que sean un fiel reflejo de ella.²⁵ Además de ser auténtica, debe ser confiable, y la evidencia digital es confiable cuando viene de fuentes que son creíbles y verificables. En un contexto digital, el concepto de confiabilidad se podría equiparar al hecho de contar con una arquitectura de computación en correcto funcionamiento.²⁶ Por eso, se considera que con todas las evidencias y su suficiencia, además de obtenerse con apego a derechos fundamentales, se podrá contribuir, en menor o mayor medida (en el mejor de los casos), al esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, en México se han dado las siguientes interpretaciones sobre la posibilidad de una prueba de naturaleza electrónica o digital ante comunicaciones privadas, además de los cuidados que se tienen que seguir para su obtención, y por una cadena de custodia hacia su posible valoración judicial:

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (...) se extiende a las llevadas a cabo mediante cualquier medio o artificio técnico desarrollado a la luz de las nuevas tecnologías, desde el co-

²³ Rafael López Rivera, “Evidencia recibida sin garantías de custodia”.

²⁴ Eloy Velasco y Joaquín Delgado, “Limitaciones jurídicas para validar evidencias digitales”, p. 3.

²⁵ José Mosquera *et al.*, “Evidencia digital: contexto, situación e implicaciones nacionales”, p. 186.

²⁶ *Ibid.*, p. 187.

reos o telégrafo, pasando por el teléfono alámbrico y móvil, hasta las comunicaciones que se producen mediante sistemas de correo electrónico, mensajería sincrónica (chat), en tiempo real o instantánea asincrónica, intercambio de archivos en línea y redes sociales. En consecuencia, para que su aportación a un proceso penal pueda ser eficaz, la comunicación debe allegarse lícitamente, mediante autorización judicial para su intervención o a través del levantamiento del secreto por uno de sus participantes (...).²⁷

De esta interpretación se deducen dos formas de obtener una prueba digital (sobre comunicaciones privadas) lícitamente en México. La primera, con una autorización judicial y, la segunda, con el consentimiento de una de las partes involucradas, siempre y cuando no se vulnere o difunda la imagen íntima de una persona, para no recaer en un delito contra la intimidad e imagen.

En particular, sobre la certificación de los registros informáticos que contienen las audiencias judiciales videograbadas en discos versátiles digitales (DVD) y su trascendencia, ha variado su interpretación por la Primera Sala y por el Tribunal Colegiado de la Suprema Corte, respectivamente, al definir que:

La naturaleza jurídica de las audiencias videograbadas tanto en el seno de un procedimiento penal de corte acusatorio, como tratándose de la tramitación de un juicio de amparo, será de una prueba documental pública.²⁸ Y se ha seguido interpretando, por segunda vez, que (...) tienen el carácter de una prueba instrumental de actuaciones, al tratarse de las diligencias o actos que conforman un proceso penal de corte acusatorio, guardados en un archivo digital y, por ende, aptos para acreditar la existencia de un acto procesal (...).²⁹

²⁷ Jurisprudencia: Prueba electrónica o digital en el proceso penal. Las evidencias provenientes de una comunicación privada llevada a cabo en una red social, vía mensajería sincrónica (chat), para que tengan eficacia probatoria, deben satisfacer como estándar mínimo haber sido obtenidas lícitamente y que su recolección conste en una cadena de custodia.

²⁸ Jurisprudencia: Videograbaciones de audiencias celebradas en procedimientos penales de corte acusatorio y oral contenidas en archivos informáticos almacenados en un disco versátil digital (DVD). Si la autoridad responsable las remite como anexo o sustento de su informe justificado adquieren la naturaleza jurídica de prueba documental pública y deben tenerse por desahogadas sin necesidad de una audiencia especial.

²⁹ Jurisprudencia: Discos versátiles digitales (DVD) que contienen las videograbaciones de las audiencias del sistema penal acusatorio y oral. A la luz de la tramitación de un proceso penal de

Aun con esas líneas argumentativas en México, entre si una audiencia judicial videograbada es una prueba documental pública o instrumental de actuaciones, ello se puede hacer de lado, por un mejor esclarecimiento de los hechos y seguir de acuerdo con el CNPP, donde se expresa que las videograbaciones que se producen en una audiencia judicial e inclusive, que son transcritas, pueden servir de una prueba más (documental y material), además, de que en el mismo Código se dispone que “cuando la sentencia conste en medios informáticos, electrónicos, magnéticos o producidos por nuevas tecnologías, la autenticación de la autorización del fallo por el Órgano Jurisdiccional, se hará constar a través del medio o forma más adecuada, de acuerdo con el propio sistema utilizado”.³⁰ Es decir, ninguna prueba tiene un valor preestablecido en la legislación procesal penal, pues, en dicho Código ya no se distingue, por ejemplo, entre documental pública o privada ni se le da valor pleno a alguna prueba, por lo que puede ser objetada y valorada de la misma manera que todas las pruebas (libre y lógicamente, de acuerdo al artículo 259 del CNPP); esto es así porque la valoración judicial no debe soslayarse ante un razonamiento probatorio completo e imparcial.

Ahora bien, en particular respecto a los diversos medios masivos de comunicación que se pueden utilizar y mediante lo que se puede generar evidencia digital, al servir de vía, como el Internet, judicialmente se pueden adoptar medidas para la protección del derecho a la privacidad, como con el bloqueo de una página electrónica, en casos excepcionales y procurando no hacerlo de manera general, como se aduce en la siguiente interpretación de la Corte en México derivada del Consejo de Derechos Humanos de la ONU:

El bloqueo de una página de Internet implica toda medida adoptada para impedir que determinados contenidos en línea lleguen a un usuario final (...) esto es, tipificadas como delitos acorde con el derecho penal internacional, dentro de las que destacan: (I) la incitación al terrorismo; (II) la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia —difusión del “discurso de odio” por Internet—; (III) la instigación

esta naturaleza, tienen el carácter de una prueba instrumental de actuaciones, por lo que aun cuando carezcan del sello y la firma correspondientes, no debe ponerse en duda su contenido si existen otras circunstancias que le dan certeza.

³⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 71.

directa y pública a cometer genocidio; y (IV) la pornografía infantil.³¹

Y en concordancia con la Relatoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El acceso a Internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva. Además, Internet sirve de plataforma para la realización de otros derechos humanos, como el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (artículo 14 del Protocolo de San Salvador), el derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo de San Salvador), el derecho de reunión y asociación (artículos 15 y 16 de la Convención Americana), los derechos políticos (artículo 23 de la Convención Americana), y el derecho a la salud (artículo 10 del Protocolo de San Salvador), entre otros.³²

En cuanto a la fiabilidad de una prueba electrónica para su valoración judicial, es imprescindible que no se violen derechos fundamentales; inclusive, pudiera haber excepciones en cuanto a formalidades seguidas para su admisión. Ya el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado sobre ello en diversas tesis, como en la siguiente:

La irregularidad en el desahogo de una prueba por no cumplir con las formalidades de la ley procesal, no determina necesariamente su carácter de inutilizable, al no impedir su potencial reiteración o corrección futura, siempre que dicha anomalía meramente formal no conlleve, a su vez, una vulneración sustancial de derechos o prerrogativas constitucionales (lo que la convertiría en prueba ilícita); por tanto, en este caso, se admite la posibilidad de convalidación, perfeccionamiento o repetición (por ejemplo, ofrecer dicha prueba

³¹ Jurisprudencia: Bloqueo de una página electrónica (Internet). Dicha medida únicamente está autorizada en casos excepcionales.

³² Catalina Botero Marino, *Libertad de expresión e internet*.

nuevamente durante el proceso, ratificada o justificada cumpliendo las formalidades de ley), salvo que, la irregularidad conlleve la violación de derechos o garantías del imputado (...).³³

Asimismo, cuando se presenta o sea impugnada una prueba digital, debe ofrecerse una pericial en informática. De acuerdo con el artículo 368 del CNPP, la prueba pericial podrá ofrecerse “cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio”.

Fases de la prueba electrónica en el Sistema Penal Acusatorio en México		
Obtención de la prueba	Lícita. Que no haya afectación a derechos fundamentales.	Legal. Se cumplan formalidades procesales. Ante deficiencia formal (excepción de exclusión de prueba si no se afectan derechos fundamentales).
Incorporación al proceso	Como una prueba más: Lícita Pertinente Necesaria No sobreabundante	Si se impugna la autenticidad, se tendrá que recurrir a un perito en informática. ³⁴
Valoración judicial	Motivación libre y racional, tomando en cuenta la fidelidad, autenticidad y contenido.	Convicción de culpabilidad “más allá de toda duda razonable”.

De esto se deduce que es preciso avanzar en Latinoamérica hacia una agilitación del proceso judicial y hacer posible que el tribunal, excepcionalmente, celebre audiencias a través de videoconferencias en tiempo real, con lo que sea posible un mejor acceso a la justicia hacia la proliferación de medios en línea que permitan una prueba desde el lugar de los hechos hacia su eficaz conocimiento para las partes, es decir, un mayor acercamiento de la justicia con menores costos para la comunidad.

³³ Jurisprudencia: Prueba ilícita y prueba con deficiencia formal o irregular. Sus diferencias.

³⁴ La pericial en informática debe seguir los siguientes pasos: 1. Identificación del incidente o proceso a analizar, 2. Acotación del entorno a investigar, 3. Recopilación de evidencias, (a) Recuperación de datos, (b) Aplicación de diferentes técnicas de investigación, 4. Preservación de evidencias, (a) Almacenamiento de las mismas, (b) Etiquetado, (c) Cadena de custodia; 5. Análisis de evidencias: (a) Reconstrucción, (b) Respuestas. 6. Documentación y resultados (Informe

III. Obtención de la prueba digital

La prueba digital es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho que haya suministrado datos mediante dígitos, y debe obtenerse con algún dispositivo electrónico; y esto puede ser por cámaras digitales, drones, celulares y computadoras entre otros; pero ¿cómo puede obtenerse como prueba de manera legal la información que contenga?, ya que todos los dispositivos mencionados son distintos, se debe tener en cuenta que dependerá de la etapa del proceso penal en la que se encuentra, precisando el camino de la prueba; es decir, que primero debe ser considerado como dato de prueba, después como medio de prueba y por último como prueba, de acuerdo a cómo va evolucionando en cada etapa procesal penal.

Y debe ser obtenida, de manera legal, por parte de la autoridad ministerial; es decir, por el Agente del MP o por su conducto, por el agente estatal o federal de investigación, respecto de la información que contenga el dispositivo, para su extracción. Y sería en la etapa de investigación, precisamente, en la fase de investigación inicial, misma que inicia desde la denuncia o querrela u otro requisito equivalente y termina cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación.³⁵

A) Etapa de investigación

En primer lugar, tenemos la etapa de investigación, por la cual se divide en dos fases: investigación inicial e investigación complementaria. En la primera, la investigación inicial, se establece la existencia de un hecho y se observa quién participó; a esto se le denomina dato de prueba. El mismo CNPP la describe como “la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano Jurisdiccional, que se advierte idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.³⁶

Por dicha fase debe ser un medio de convicción aún no desahogado en presencia del juez de enjuiciamiento penal, y con el que pueda establecerse la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado. Al mismo

pericial), 7. Ratificación en Juzgado y Defensa del informe. Carlos Aldama Saínz “Érase una vez (...) un perito informático”, p. 127.

³⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales; artículo 211.

³⁶ *Ibid.*, artículo 261.

tiempo, tenemos una información de manera digital, obtenida de cualquier dispositivo electrónico, que pudiera ser evidencia, y, como se señala en el artículo 259 del CNPP, dice: “(..) cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito (..)”³⁷

Por tanto, es pertinente que puede ser obtenido por cualquier medio, ya sea material, físico o digital, con la única salvedad que no sea obtenido de manera ilícita; es decir, que no haya sido de manera ilegal o violatoria de derechos humanos, como, por ejemplo, sería que no se tenga el consentimiento expreso de la persona propietaria del dispositivo que contenga la información; en este caso, se podría señalar, al sujeto procesal que la proporciona, si la propia víctima u ofendida, asistiera ante el ministerio público y expresara el consentimiento en su declaración, y entregara la información, junto con la exhibición del dispositivo en donde quedó registrada o grabada la información. De lo anterior, el propio CNPP, señala cuáles actuaciones de investigación no requieren de autorización previa del juez de control; así, se dice que la aportación de comunicaciones entre particulares, no requiere de ninguna otra autorización, solo basta con que la víctima u ofendido se presente y exhiba el material digital ante el agente del MP.³⁸

Debemos recordar que tanto el ministerio público como la policía están obligados a dejar registro de todas las actuaciones que realicen durante la investigación del delito, y podrán utilizar para dicho efecto, cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta, así como el acceso de dichos registros a los sujetos procesales que sean partes.³⁹

Una vez recibida la información, se deberá iniciar un registro del indicio, evidencia, objeto o instrumento o producto del hecho delictivo, desde su aportación, mediante la llamada cadena de custodia.⁴⁰ Es aquí donde el agente del MP encargado de la investigación deberá girar instrucciones al agente de policía investigador, ya sea estatal o federal, dependiendo de la competencia de acuerdo al ámbito de validez material a efecto de que realice una inspección a dicho dispositivo o aparato electrónico, iniciando aquí una cadena de custo-

³⁷ *Ibid.*, artículo 259.

³⁸ *Ibid.*, artículo 251, fracción VII.

³⁹ *Ibid.*, artículo 217.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 227.

dia, para llevar un control de las personas que en su momento lo observarán, y dejarán una trazabilidad, ya que desea que no se pierda valor probatorio.⁴¹

Dicha inspección se realizaría bajo los actos de investigación, que puede realizar la policía, ya que por inspección podemos entender que “es un acto de investigación sobre el estado que guardan lugares, objetos, instrumentos o productos del delito”;⁴² y procederá de la siguiente manera: primero, deberá señalar cómo obtendrá la información, así como identificará el dispositivo y las características del aparato, señalando marca, modelo, línea, serie, color, batería y tarjeta; si fuera equipo celular que maneja tarjeta SIM, debe colocar los números de identificación, así como los números del *International Mobile System Equipment Identity* (IMEI), que viene siendo el Código Internacional de Identidad que tiene cada celular; consta de 15 dígitos pregrabado en los teléfonos móviles.⁴³ En este caso, para la policía, la inspección es todo aquello que pueda ser directamente apreciado por sus sentidos, y si es necesario se hará asistir por peritos.⁴⁴

Después, deberá fotografiar cada uno de los números de identificación para que, de esta manera, se pueda tomar fotografía al mensaje o texto que recibió o capturó dicho dispositivo, o, en su momento, de la fotografía del sujeto activo para que después la policía pueda realizar un reconocimiento en persona o mediante fotografía del imputado⁴⁵ y en su momento, sea agregada a la carpeta de investigación con un registro y con un acta de inspección y, en su defecto, sus actas de reconocimiento, ya que el policía al rendir su informe de investigación, los anexará y entregará al agente del MP.⁴⁶

Ahora, y si fuera videograbación, deberá señalar en el acta de inspección las mismas particularidades del dispositivo y agregar qué reproductor utilizó para ver el video, señalando el minuto de su reproducción, y tomará fotografía para documentar la información y en qué tiempo se encuentra el video, dejando así documentación de dónde se localiza la información; en este caso, también podría proceder un reconocimiento de las voces y sonidos por parte del testigo o imputado, ya que el interés de la investigación es encontrar al su-

⁴¹ *Ibid.*, artículo 261.

⁴² *Ibid.*, artículo 267.

⁴³ Instituto Federal de Telecomunicaciones, “Consulta de IMEI”.

⁴⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 267.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 277.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 132, fracción VII.

jeto activo que realizó el hecho delictivo.⁴⁷ Una vez concluidas las actividades desglosadas con anterioridad, la evidencia se enviará al perito en materia de informática, quien elaborará un dictamen en materia de informática forense.⁴⁸

En este caso, a la carpeta de investigación la evidencia se puede agregar de dos maneras: la primera, pueden agregarse las capturas de la identificación, así como la información obtenida de manera digital mediante un USB o CD; y la segunda, pueden imprimirse todas las capturas fotográficas de identificación, y la información que se desea proporcionar para acreditar el hecho que la ley señala como delito o demostrar la imagen de la participación del imputado; esto sería para particulares como víctima u ofendidos; por ejemplo: videos, mensajes o fotografías enviados por WhatsApp. En cambio, si fuera funcionario o servidor público, deberá requisitar un acta de cadena de custodia para que quede registrada la portabilidad y, en su momento, pueda catalogarse como evidencia al desahogarse dentro del juicio oral donde se expondrán los datos de todo servidor público que utilizó la información; con ello, quedará asentada la trazabilidad de la cadena de custodia.

Asimismo, existe la pericial informática. Esta se emplea cuando el agente del MP, como encargado de la dirección e integración de la carpeta de investigación, solicita la especialidad a la Dirección de Servicios Periciales, responsable de examinar el contenido de un medio de almacenamiento de información digital, describiendo sus características y funcionamiento, pero sobre todo la firma *hash*,⁴⁹ que serían los metadatos, que son datos que sirven para suministrar información sobre los datos producidos, dejando la caracterización de datos, y que describen el contenido, calidad, condiciones, historia, disponibilidad y características de los datos; esto es lo que hace que sea auténtico. El perito encargado de elaborar dicho dictamen debe informar la metodología que utilizó para obtener dicha información, y debe describirlo en su dictamen para que, en su momento, pueda explicarlo ante el juez de enjuiciamiento y se le pueda dar valor probatorio, ya que es el experto en la materia; pero para que llegue a esa etapa, debe entregar el perito su dictamen, dentro de la etapa de investigación inicial o complementaria, ya que entendemos que

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 281.

⁴⁸ *Ibid.*, artículo 272.

⁴⁹ El término inglés *hash* (derivado del francés *hasher*, cortar), en el ámbito de las tecnologías de la información, y específicamente en aplicaciones de firma electrónica, se asocia a una cadena de caracteres alfanuméricos de corta longitud creada a partir de un documento, una especie de huella

la primera etapa comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, y, en la investigación complementaria que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.⁵⁰

Una de las maneras de cómo podría entrar en la fase de investigación complementaria sería que el agente del MP haya judicializado la carpeta, pero haya quedado pendiente el dictamen informático por parte de servicios periciales; entonces, en el plazo para declarar el cierre de la investigación complementaria, deberá de agregarlo, ya que, si se vence la fecha, se considerará cerrado dicho plazo de investigación y ya no podrá ser utilizada en juicio. Recordemos que el agente del MP deberá concluir la investigación dentro de los siguientes plazos: no podrá ser mayor a dos meses si se tratase de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo.⁵¹

Pero ahora, imaginemos que la información digital pertenece al imputado, ya que lo tiene en alguno de los dispositivos de su propiedad; para este caso, estamos hablando de las intervenciones de las comunicaciones privadas, y para obtener estas pruebas digitales se requiere que el titular de la procuraduría general del Estado o de la República, o en quienes este delegue esta facultad, solicite por su conducto al juez federal penal especializado en cateos, arraigos e intervenciones de comunicaciones con competencia en toda la República y residencia en la Ciudad de México, que autorice la extracción de la información que contenga el dispositivo electrónico.⁵²

Para lo anterior, se debe realizar una simple acta de inspección del dispositivo por parte del agente de policía investigador; solo de su exterior, mas no de su interior o de la información que contenga, ya que el agente del MP deberá investigar en qué compañía se encuentra registrado el equipo de celular, y lo verificará en el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).⁵³ Una vez que obtenga dicha información, deberá elaborar una solicitud, previa autorización

digital representativa del mismo. Jonás González Mendible, “Qué es un *hash* y cuál es su rol en la firma electrónica”.

⁵⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 211.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 32.

⁵² *Ibid.*, artículo 291.

⁵³ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *op. cit.*

del juez federal penal especializado en intervención de comunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y con jurisdicción en toda la república mexicana.

En dicha solicitud, el agente del MP deberá detallar qué equipo de comunicación móvil es el que está relacionado con los hechos que se investigan; así también, motivará y deberá justificar la necesidad de la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, su duración y la denominación de la empresa autorizada o proveedora del servicio de telecomunicaciones a través del cual se operan las líneas, números o aparatos que serán objeto de la medida. En caso de contar con dicha información, también deberá indicar la existencia de la carpeta de investigación, así como los datos de prueba con los cuales cuenta, la localización geográfica en tiempo real, la solicitud de entrega de datos conservados⁵⁴ y la necesidad de su autorización, señalando qué información podría obtener; también señalará con anticipación, qué perito especializado en materia de informática lo realizará y quién, en su momento, le comunicará al juez la información obtenida; así también, el juez federal otorgará un plazo para la extracción donde deberá confirmar el agente del MP que fue útil la información, o que desea extender la necesidad para que de nueva cuenta el juez federal lo autorice, ya que la obligación del agente del MP es señalar si le sirvió la información o no para su utilización; de esta manera, la información digital es obtenida de manera legal y la resolución del juez donde da la autorización y con dictamen que elabora el perito se agrega a la carpeta de investigación, precisamente dentro de esta fase.⁵⁵

B) Etapa intermedia

Esta etapa es una de las más importantes para el proceso penal. En México, se le denomina preparación del juicio oral, y comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio; en esta etapa, es donde los datos se cambian por medios o elementos de prueba, ya que son fuente de información que permite reconstruir los hechos y, por tanto, dichos medios de prueba se van a depurar. Todavía aquí, no es una prueba lo que se obtiene u ofrece. Esta etapa comprende dos fases: una escrita y otra oral.

⁵⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 303.

⁵⁵ Acuerdo General 3/2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal por el que se crea el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones.

En la fase escrita, se evidencia cuando el agente del MP, al concluir el plazo de la investigación complementaria dentro de los quince días, tiene tres opciones: I. solicitar el sobreseimiento parcial o total; II. solicitar la suspensión del proceso, o III. formular acusación⁵⁶ y, por consiguiente, dicho agente, al tener medios de prueba suficientes, procede a formular el escrito de acusación. Este apartado debe contener varios puntos señalados y numerados en el artículo 335 del CNPP;⁵⁷ una vez cubiertos todos los puntos, el agente del MP no debe dejar fuera ningún medio de prueba ya que, en este caso, debe solicitar como medio de prueba lo digital, al agente de la policía de investigación⁵⁸ quien en su momento realizó las actas de inspección del dispositivo, así como la información que contiene cada dispositivo, y en su momento, los reconocimientos por persona o mediante fotografía que haya realizado con un agente del MP distinto al que lleva la dirección de la investigación por medio del perito que elaboró el dictamen pericial de informática, señalando la fecha, número de oficio y área; además, debe comprender la metodología y la conclusión a la que llegó, por lo que deberá solicitar en el apartado de evidencia demostrativa todas las fotografías o videograbaciones que obtuvo como resultado de su dictamen, ahora sí, del instrumento digital, ya que, para tal sentido, es que se notifica a las partes y a los sujetos procesales para que se impongan a cada medio de prueba, pues es la oportunidad de la víctima u ofendido, coadyuvancia, entre otros, para señalar los vicios formales de la acusación, requerir su corrección y puedan obrar en juicio, y la defensa y acusado deberán hacer su descubrimiento probatorio. Y en este apartado, en cuanto al tema que nos interesa, tratándose de la prueba pericial, deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos; en tal caso, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia, siendo este último caso la fase oral.

Para la fase oral de la acusación, se señalará fecha y hora para su desahogo y deberán asistir todos los sujetos procesales que son parte; en este caso, el juez de control girará instrucciones al agente del MP para que realice una exposición del escrito de acusación donde señale, entre lo más importante, los medios de prueba que desahogará en juicio oral, y, además, señalará de

⁵⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 324.

⁵⁷ *Ibid.*, artículo 335.

⁵⁸ *Ibid.*, artículo 297.

manera resumida qué puntos versarán sobre cada medio, y después de estos puntos se hablará de la reparación del daño, la pena, y de si existieran acuerdos probatorios, entre otros.

Después, el juez de control le dará el uso de la voz a los demás sujetos procesales para que procedan a solicitar alguna corrección o exclusión de medio de prueba, ya que estará a merced de que no refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice una exclusión de medios de prueba en audiencia del debate.⁵⁹

Al concluir lo anterior, el juez de control dictará el auto de apertura de juicio que deberá indicar los puntos previstos en el artículo 347 del CNPP, y esto lo hará llegar al mismo Tribunal de enjuiciamiento competente dentro de los cinco días siguiente de haberse dictado y pondrá a su disposición los registros, así como al acusado, si es que se encuentra en prisión preventiva.

C) Etapa de juicio oral

Esta última etapa del proceso ordinario comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento; es donde impera la decisión judicial mediante una sentencia firme, en el sentido de condenatoria o absolutoria, y se realizará sobre la base de la acusación en la que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

Una vez citadas las partes del proceso y los testigos que serán examinados, se establecerá su comparecencia mediante un orden por cada una de las partes para su desahogo;⁶⁰ y continuando con los alegatos de apertura⁶¹ por el agente del MP y defensoría, al concluir, darán inmediatamente inicio, y en cuanto se reciba la prueba digital, será el momento donde el MP llamará al perito que elaboró el dictamen pericial informático, y este una vez protestado y exhortado por el juez, y enterado de la dinámica de las objeciones, se procederá con el interrogatorio, y aquí es donde declara en presencia de las partes y del juez o Tribunal de enjuiciamiento, y se establecerá su especialidad, los cursos obtenidos,

⁵⁹ *Ibid.*, artículo 346.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 349.

⁶¹ *Ibid.*, artículo 394.

cuántos dictámenes ha elaborado y, preferentemente, la metodología; así también, señalará quién le solicitó el dictamen, el planteamiento, qué equipo utilizó, describirá el dispositivo, y señalará la información que obtuvo del mismo, apoyándose en la evidencia demostrativa de las fotografías o video practicado, apoyándose de proyectores o televisores para visualizar las imágenes.⁶²

Posteriormente, el agente del MP solicitará al juez de enjuiciamiento incorporar dichas imágenes o video.⁶³ Posteriormente, se le dará uso de la voz a la defensa para que proceda con el contrainterrogatorio; en este caso, la defensa puede utilizar las imágenes o video que fueron incorporados y realizar preguntas sugestivas al perito. Después podrá, siempre y cuando haya entregado algún dictamen de perito en informática, preferentemente peritos oficiales adscritos al padrón del Poder Judicial, realizar la misma dinámica: iniciará con el interrogatorio y la Procuraduría o Fiscalía, con el contrainterrogatorio, y de la misma manera se solicitará incorporación si es que anexaron imágenes o videograbaciones. Posteriormente, una vez que se hayan desahogado todas las pruebas, los sujetos procesales que son partes elaborarán alegatos de clausura y cierre del debate a efecto de que expongan sus conclusiones de las pruebas que acreditaron; por último, se le dará la palabra al acusado y al final se declarará cerrado el debate.⁶⁴

Continuando con el proceso penal, se hará un receso para que el Tribunal de enjuiciamiento delibere de forma privada, continua y aislada hasta emitir el fallo correspondiente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, para terminar con una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, para este caso. como señalaron Hernández Aguirre-Santacruz Lima, tiene que existir convicción del Tribunal de enjuiciamiento, de manera libre y lógica con la totalidad de lo debatido, más allá de toda duda razonable.⁶⁵ Con este apartado se da por terminada la obtención de la prueba digital o electrónica, señalando cada una de las etapas procesales, para que llegue a ser prueba como tal dentro del procedimiento penal.

⁶² *Ibid.*, artículo 381.

⁶³ *Ibid.*, artículo 383.

⁶⁴ *Ibid.*, artículo 399.

⁶⁵ Christian N. Hernández Aguirre, *Reflexiones sobre la Constitución Mexicana, a partir de controversias relevantes en materia de derechos humanos*, p. 18.

IV. Conclusiones

El ser humano, junto con su entorno, lleva consigo un constante cambio (evolucionaria) y no es la excepción la tecnología. Día a día se van descubriendo nuevos procedimientos para la recolección de información, así como diversos medios de comunicación con los que las personas se comunican. Es así que resulta importante señalar que dentro del actual sistema procesal penal no se cuenta con estrategias a través de las cuales se pueda eficientar la obtención de información digital para las investigaciones por la comisión de hechos delictivos; esto es, los protocolos que llevan a cabo las autoridades ocasionan que las investigaciones sean más lentas o complejas; esto conlleva la pérdida de información o de datos con los cuales se pudiese lograr el éxito de las investigaciones y así poder llegar a la verdad de los hechos.

Es necesario resaltar la importancia que debe tener la prueba electrónica en el sistema penal acusatorio, pues se considera viable la creación de sistemas eficientes y tecnológicos, así como el establecimiento de protocolos especializados en evidencia digital o medidas de seguridad con los cuales se pueda obtener información y/o salvaguardar medios de prueba electrónicos; con ello, se lograría evitar la pérdida de datos, información o hechos relevantes para cualquiera de las partes del proceso penal y una debida integración dentro de la investigación del hecho penal; que dichos sistemas tecnológicos sean útiles para la conservación de información, salvaguardando siempre la cadena de custodia, así como los derechos fundamentales de las partes en el proceso, siguiendo procedimientos previamente establecidos sin vulnerar o socavar evidencias desde cada una de las etapas procesales y que al seguir estas reglas y procedimientos, ya señalados como previamente establecidos, se le otorgue valor probatorio a la obtención de esa información para que sea posible esclarecer de manera efectiva los hechos que se investigan.

Asimismo, se considera que, derivado de la problemática por la carga laboral por parte de la autoridad, así como dentro de este proceso, se puede dar la pérdida de material para la integración de las investigaciones, por lo que resulta necesario la creación de un protocolo con el que se pueda eficientar la obtención de datos e información relevante para que en el tiempo no se extravíe, o bien, evitar repetir procedimientos innecesarios para la obtención de información, que cuando se cometió el hecho delictivo se tuvo “a la mano”, pero al no contar con dicho protocolo, podría, en mayor medida, considerarse

violatoria su obtención y retrasaría la recolección de información, así como el avance de una investigación hacia el esclarecimiento de los hechos.

Este protocolo, además de eficientar los procesos durante una investigación ante un hecho delictivo, brinda mayor seguridad y certeza jurídica a las partes del proceso. Ahora bien, cuando se trate del caso en particular del ofendido, nos encontraremos ante la posibilidad de evitar una revictimización de un hecho delictivo; por lo que, ante cualquier prueba que se requiera obtener y ofrecer en cualquier etapa del proceso y para que sea valorada judicialmente, siempre debe ser cuidada la obtención lícita de la misma, y sobre todo sin violación de los derechos fundamentales; asimismo, dicha obtención de medios de prueba debe ser recabada lo más cercanamente a los hechos ocurridos para evitar su posible pérdida y sobre todo dando cumplimiento a los lineamientos de la cadena de custodia, por lo que resulta que la obtención de datos ante una prueba digital formará parte del apoyo para una prueba que se desarrolla desde la etapa de investigación y como parte de una teoría del caso, para, así, llevar el proceso hasta su conclusión, no sin antes dejar de mencionar que al respetar y dar seguimiento a dicho protocolo, dará paso a un debido proceso, así como a una obtención legal de medios de prueba, evitando la repetición de estas en cada etapa procesal.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Acurio Del Pino, Santiago. *Delitos informáticos: generalidades*. Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf
- Aldama Sáinz, Carlos. “Érase una vez... un perito informático”. *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Ricardo Oliva León y Barceló Sensores Valero (coord.), España, Juristas con Futuro, 2016, pp. 123-129.
- Armenta Deu, Teresa. “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 27, 2018, Universitat Oberta de Catalunya, pp. 67-78.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- _____ (coord.). *Manual de razonamiento probatorio*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

- Galindo Sifuentes, Ernesto. *La valoración de la prueba en los juicios orales*. Serie Argumentación y Juicios Orales. D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- Gascón Abellán, Marina y Santiago Ortega Gómero (eds). *Proceso, prueba y estándar*. Serie filosofía y teoría del derecho, Lima, Ara editores, E. I. R L., 2009.
- Hernández Aguirre, Christian Norberto (coord.). *Reflexiones sobre la Constitución Mexicana, a partir de controversias relevantes en materia de Derechos Humanos*. México, Editorial Esfera Pública S.A., 2018.
- Jamardo Lorenzo, Andrea. “La preconstitución de la prueba en el proceso penal”. *Diario la ley*, No. 8906, Sección Doctrina, 23 de enero de 2017.
- Mosquera González, José, Andrés Felipe Certain Jaramillo y Jeimy J. Cano. “Evidencia Digital: contexto, situación e implicaciones nacionales”. *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, Núm. 1, Colombia, Universidad de los Andes, 2005.
- Oliva León, Ricardo y Barceló Sensores Valero. *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. España, Juristas con Futuro, 2016.
- Oronoz Santana, Carlos M. *Las pruebas en materia penal*. México, PACJ, 2002.
- _____. *Las pruebas en el juicio acusatorio y oral*. México, PACJ, 2012.
- Ostos Martín, José. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.
- Santacruz Lima, Rafael (coord.). *Reflexiones a la justicia y seguridad pública en México*. México, Res Pública, 2017.

Electrónicas

- Ayudaley. “El uso y validez de la prueba digital en el procedimiento judicial”. <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2021/07/22/prueba-digital/>
- Botero Marino, Catalina. *Libertad de expresión e internet*. Finlandia, OEA documentos oficiales, 2013. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf
- Delgado Martín, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. 2ª ed., Madrid, Wolters Kluwer, 2018. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/investigacion.pdf>
- González Mendible, Jonás. “¿Qué es un hash y cuál es su rol en la firma electrónica?”. <https://web.uanataca.com/es/blog/tecnologia/hash-y-firma-electronica> (consultada el 12 de diciembre de 2023).
- Instituto Federal de Telecomunicaciones. “Consulta de IMEI”. <https://www.ift.org.mx/imei>
- López Rivera, Rafael. “Evidencia recibida sin garantías de custodia”. *Perito informático y tecnológico-PeritoIT*, 21 de diciembre de 2015. <https://peritoit.com/2015/12/21/evidencia-recibida-sin-garantias/> (consultada el 23 de febrero de 2023).
- Taruffo, Michelle, Carmen Vázquez y Jordi Ferrer. “Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas”. *YouTube*, Cuartas Jornadas de Derecho Chilótas, Catedra de cultura jurídica, 2017. <https://www.youtube.com/watch?v=YCWRMdfjZzE> (consultado el 25 de mayo de 2022).

Velasco, Eloy y Joaquín Delgado. “Limitaciones jurídicas para validar evidencias digitales”. *Best lawyers, more justice*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/tic/limitaciones-juridicas-para-validar-evidencias-digitales-1.html>

Legislación

Acuerdo A/009/15, por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos que intervengan en materia de cadena de custodia, 12 de febrero de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5381699&fecha=12/02/2015#gsc.tab=0 (consultado el 24 de febrero de 2023).

Acuerdo General 20/2018 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Primero y Segundo Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, con competencia en toda la República y residencia en la Ciudad de México, 14 de agosto 2018. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5534715&fecha=14/08/2018&print=true (consultado el 10 de marzo del 2023).

Acuerdo General 3/2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crea el centro nacional de justicia especializado en control de técnicas de investigación, arraigo e intervención de comunicaciones, 15 de mayo de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*; reforma publicada el 21 de mayo de 2019. <https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmIW-qWmGeFErH6VBncypWuEKS6uzsOXzJqdsTFfixlqgc5MqgXfVLGi+HwAI9Gq-5QRH481mA==>

Código Nacional de Procedimientos Penales, 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*; reforma publicada el 19 de febrero de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; reforma publicada el 18 de noviembre de 2022.

Jurisprudencia: Prueba electrónica o digital en el proceso penal, las evidencias provenientes de una comunicación privada llevada a cabo en una red social, vía mensajería sincrónica (chat), para que tengan eficacia probatoria deben satisfacer como estándar mínimo, haber sido obtenidas lícitamente y que su recolección conste en una cadena de custodia, enero de 2017 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013524>

Jurisprudencia: Videograbaciones de audiencias celebradas en procedimientos penales de corte acusatorio y oral contenidas en archivos informáticos almacenados en un disco versátil digital (DVD). Si la autoridad responsable las remite como anexo o sustento de su informe justificado adquieren la naturaleza jurídica de prueba documental pública, y deben tenerse por desahogadas sin necesidad de una audiencia especial, junio de 2019 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 67, tomo VI, página 5386. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020110>

Jurisprudencia: Discos versátiles digitales (DVD's) que contienen las videograbaciones de las audiencias del sistema penal acusatorio y oral, a la luz de la tramitación de un proceso penal de esta naturaleza, tienen el carácter de una prueba instrumental de

actuaciones, por lo que aun cuando carezcan del sello y la firma correspondientes, no debe ponerse en duda su contenido, si existen otras circunstancias que le dan certeza, junio de 2019 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 66, tomo III, página 2563. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019777>

Jurisprudencia: Bloqueo de una página electrónica (internet). Dicha medida únicamente está autorizada en casos excepcionales, junio de 2017 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 43, tomo II, página 1429. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014513>

Jurisprudencia: Prueba ilícita y prueba con deficiencia formal o irregular. sus diferencias, abril de 2018 en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 53, tomo III, página 2272. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016747>

Los municipios por usos y costumbres de Oaxaca. Repensando la autonomía hacia el autogobierno

Víctor Alfonso Zertuche Cobos*

Resumen:

La autonomía política que se reconoció en Oaxaca para los pueblos y comunidades indígenas desde la década de los noventa del siglo pasado ha estado acotada estrictamente a las comunidades, cabeceras y al nombramiento de los ayuntamientos. Lo anterior, se ha acompañado de una serie de conflictos internos en diversos municipios que hoy se rigen por usos y costumbres; sin embargo, dichos conflictos, a su vez, están evidenciado algunas potencialidades para repensar dicha autonomía hacia el autogobierno o municipio indígena.

Abstract:

The political autonomy that has been recognized in Oaxaca for indigenous peoples and communities since the 1990s has been strictly limited to the head communities and the appointment of city councils. The foregoing has been accompanied by a series of internal conflicts in various municipalities that today are governed by uses and customs; however, these conflicts, in turn, are showing some potential to rethink said autonomy towards self-government or indigenous municipalities.

Sumario: Introducción / I. Los municipios por usos y costumbres / II. Autonomía indígena entre limitaciones, conflictos y potencialidades / III. Reflexiones finales / Fuentes de consulta

* Doctor en Historia por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Profesor-Investigador en el Programa de Derecho en la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

El presente trabajo es parte de los resultados de la Estancia Posdoctoral (2021-2022) que realicé en el Estado de Oaxaca en el marco del Proyecto de Investigación de Ciencia de Frontera del CONACYT “Caleidoscopio. Innovaciones políticas y jurídicas de las comunidades indígenas que ejercen autogobierno para la transformación intercultural del Estado mexicano”, adscrito a la Escuela Nacional de Estudios Superiores de la UNAM (Unidad Morelia).

Introducción

En el proceso de reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas y sus derechos a nivel internacional, nacional y local, Oaxaca fue una de las primeras entidades federativas de México que antes de la reforma constitucional federal de 1992 reconoció tanto la composición étnica plural de la entidad como las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas para nombrar a sus autoridades: los llamados usos y costumbres. Régimen alternativo al sistema de partidos políticos que comenzó a instrumentarse a partir de 1995 en más de 400 municipios oaxaqueños y durante las primeras décadas se visibilizó como una de las experiencias de autonomía política indígena más reivindicativas en el contexto latinoamericano en cuanto al ejercicio del derecho de libre determinación, autonomía y autogobierno.

Sin embargo, en la segunda década del siglo XXI, emergió una nueva autonomía política municipal en el contexto indígena de México, se trata del autogobierno municipal o municipio indígena a partir del caso Cherán. Por ello, a la luz de esta nueva autonomía, el presente trabajo busca aproximarse a un primer análisis sobre los municipios oaxaqueños que se rigen por usos y costumbres cuya autonomía desde su instrumentación ha estado acotada y limitada solamente al nombramiento de los ayuntamientos tradicionales y a las cabeceras municipales; limitaciones que se han acompañado de manera paralela con una serie de conflictos internos que, en esencia, vulneran los derechos humanos político-electorales colectivos de las comunidades indígenas de Oaxaca. Pero al mismo tiempo y sobre todo en la última década, saltan a la luz ciertas posibilidades importantes para repensar esta autonomía acotada hacia un nuevo proceso de reconfiguración municipal, es decir, hacia el ejercicio del autogobierno municipal o municipio indígena.

Para ello, hemos dividido este trabajo en dos apartados generales. En el primero, para contextualizar los municipios que se rigen por usos y costumbres, se abordan dos subtemas: algunos antecedentes breves lejanos e inmediatos acerca de los usos y costumbres, y el proceso de reconocimiento legal e instrumentación de este régimen o sistema alternativo de elección de ayuntamientos. En el segundo, planteamos el caso de la autonomía política indígena con tres subtemas: la autonomía acotada o limitada que han ejercido los municipios que se rigen por usos y costumbres; los conflictos municipales internos que han caminado de manera paralela con dicha autonomía, y, finalmente, los

destellos que hacen eco y representan ciertas posibilidades para repensar la actual autonomía hacia una nueva reconfiguración a nivel municipal y submunicipal hacia el autogobierno o municipio indígena.

I. Los municipios por usos y costumbres

I.1. Antecedentes lejanos e inmediatos

Si nos remontamos al pasado lejano, la raíz de los actuales usos y costumbres las hallaríamos desde la época prehispánica, previo al contacto con los peninsulares, puesto que la unidad política mínima era el “clan” o *calpulli-calputin* en náhuatl, definido como un grupo de familias residentes en el mismo lugar quienes escogían un representante ante el consejo tribal —hoy consejo de ancianos en diversas comunidades—, compuesto por miembros prominentes o ancianos de una serie de *calpulli*, los que, a su vez, nombraban a un gobernante llamado *tlatoani-tlatoque*.¹ Lo mismo hallaríamos durante el régimen colonial con el cabildo de la república de indios, sobre todo bajo un fenómeno particular, la lucha de los pueblos, sujetos subordinados a las cabeceras de república que buscaron emanciparse de sus respectivas cabeceras y convertirse en nuevas república de indios con total autonomía; bajo dicha premisa, continuaron durante el periodo de entreguerras 1810-1821 para convertirse en ayuntamientos constitucionales bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz. Asimismo, durante el primer siglo del Estado mexicano, en la provincia oaxaqueña, las poblaciones indígenas se reconfiguraron bajo dos municipalidades autónomas, desde donde continuaron ejerciendo sus prácticas democráticas; primero de 1824-1857 en Ayuntamientos y República municipal, luego, de 1857-1922 en Municipios y Agencias municipales.²

Sin embargo, el antecedente más inmediato sobre el sistema de usos y costumbres para el nombramiento de las autoridades municipales se ubica en el siglo XX, particularmente con la Constitución oaxaqueña de 1922, a partir de la cual continuó una sola municipalidad, el Municipio Libre, mismo que se configuró bajo una cabecera municipal, sede del ayuntamiento, y las submunicipalidades, en tanto agencias municipales y de policía, las cua-

¹ Peter Gerhard, *Geografía histórica de la Nueva España 1521-1821*, p. 4.

² Víctor A. Zertuche Cobos, “Emancipación de los pueblos de indios de la Sierra Cuicateca de Oaxaca durante la Colonia: de sujetos a cabeceras entre 1668 a 1771”.

les han permanecido subordinadas tanto a la jurisdicción municipal como al ayuntamiento. Derivado de sus antecedentes previos del siglo XX, tanto las cabeceras municipales como las submunicipalidades continuaron resistiendo y ejerciendo sus prácticas democráticas, tradiciones y usos y costumbres en torno al nombramiento de sus autoridades.

Pero, al mismo tiempo, dicha municipalidad rápidamente fue hegemonizada por los partidos políticos para el nombramiento de los ayuntamientos. En ese periodo de hegemonía del Partido Revolucionario Institucional (PRI), como lo refiere Valdivia Dounce, los pueblos indígenas ejercían el voto mediante su costumbre, pero al interior del sistema de partidos, es decir, los ciudadanos indígenas votaban por el PRI utilizando sus propias formas de elección, y el partido respetaba dichas formas con la condición de que los elegidos fueran registrados como sus candidatos.³ También así señala Bailón que este fenómeno ocurrió en la mayoría de las municipalidades de Oaxaca, en todos aquellos que escapaban de importancia económica y poblacional; los ayuntamientos siguieron designándose sobre la base de asambleas de carácter comunitario, apegados a sus procedimientos tradicionales de designación donde el partido hegemónico les respetaba su derecho a proceder de esa manera a fin de ganar su lealtad en los procesos de elección federal y estatal.⁴

Por citar un ejemplo, en las elecciones de 1965 eran 69 municipios en los que había competencia interna entre partidos políticos; en los otros 501 municipios “los procedimientos de selección serían los de la comunidad (...) se resolverían mediante sus usos y costumbres, que venían desde el siglo pasado. Una vez electos por sus procedimientos internos, serían registrados por el PRI como sus candidatos y, luego, se presentarían en los medios como ayuntamientos en que había triunfado (dicho partido)”⁵. Sin embargo, aunque la mayoría de los municipios estuvieron coaccionados por el PRI hasta principios de la década de los noventa del siglo XX, solamente fue en la forma, porque, en la práctica, cada municipio realizaba el nombramiento de sus autoridades municipales a través de sus propias tradiciones democráticas y usos y costumbres.

³ María T. Valdivia Dounce, “Elecciones por usos y costumbres en el contexto de las reformas estatales oaxaqueñas (1990-1998)”, pp. 258 y 254.

⁴ Moisés J. Bailón, “Derechos de los pueblos indígenas y conflictos municipales en Oaxaca en el siglo XX. Las primeras siete décadas”, pp. 44 y 47.

⁵ *Ibid.*, p. 63.

I.2. Reconocimiento e instrumentación

En 1990, Oaxaca fue una de las cinco entidades federativas que, previamente al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas en 1992 en el artículo 4º de la Constitución Federal, en su Constitución local reconoció tanto la existencia de la composición étnica plural de la entidad como una serie de derechos en diversos artículos; entre ellos, el 25 establecía que “en la ley se establecerán el respeto a las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas”.⁶ Dos años más tarde, en 1992, en una reforma electoral se creó el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado (CIPPEO) que, en su artículo, 17 señalaba que “en aquellos municipios cuyo proceso electoral se rija por el sistema de usos y costumbres se respetará lo dispuesto por el (...) artículo 25 de la Constitución particular”;⁷ pero, como lo refiere Anaya Muñoz, el artículo 25 “era ampliamente ambiguo, por lo que esta disposición del CIPPEO significó poco en los hechos”.⁸

Luego, un año después, en 1993, se reformó la Ley Orgánica Municipal, y en su artículo 25 se estableció que “las elecciones municipales tendrán lugar en la fecha que determine el CIPPEO, en las que se respetarán las tradiciones, usos, costumbres y prácticas democráticas de las comunidades”;⁹ pero, al igual que el contenido de la Constitución como el del CIPPEO, esta disposición se mantuvo “por mucho tiempo como letra muerta”.¹⁰

Así, en los primeros años de los noventa del siglo XX, Oaxaca contaba con tres diferentes disposiciones legales sobre el tema de los usos y costumbres, pero no habían tenido aplicación concreta, aunque significaba “un paso importante en el desarrollo de la política del reconocimiento”, el cual tomó mayores dimensiones hasta después del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)¹¹ de 1994 en Chiapas. Fue en 1995 cuando se llevaron a cabo otras reformas tanto a la Constitución local como al CIPPEO para regular y poner en práctica formalmente los usos y costumbres para el nombramiento de las autoridades municipales.

⁶ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; reforma bajo decreto No. 86, publicada el 29 de octubre de 1990, artículos 12, 16, 25, 80, 126, 127 y 151.

⁷ Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado.

⁸ Alejandro Anaya Muñoz, “La política del reconocimiento en Oaxaca: La preservación de una gobernabilidad priista y el desarrollo del proyecto de autonomía indígena en el estado”, p. 271.

⁹ Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, reforma publicada el 20 de noviembre de 1993.

¹⁰ Francisco López Bárcenas, “Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca”, p. 356.

¹¹ Alejandro Anaya Muñoz, *op. cit.*, p. 271.

Primero, en mayo de 1995, se reformaron varios artículos de la Constitución local; entre ellos el 25, que en su último párrafo estableció que “la ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos”;¹² luego, dicha ley a la que se refería la Constitución era el CIPPEO, el cual también en agosto del mismo año se reformó y en su libro IV,¹³ reguló exclusivamente y “aludió por primera vez”¹⁴ el tema de la renovación de las autoridades municipales o ayuntamientos mediante el sistema de usos y costumbres; por lo tanto, fue este instrumento el que “legalizó los entonces llamados usos y costumbres”, cuyo fin fue reglamentar las “tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas”¹⁵ que habían sido reconocidas en la Constitución desde 1990 y con ello se materializó plenamente el “respeto a los procedimientos tradicionales de elección en el sistema de cargos de las autoridades municipales”.¹⁶ Esta última reforma reconoció el sistema político electoral de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca y colocó a dicha entidad “a la vanguardia en la política del reconocimiento en México y América Latina”.¹⁷

Con este primer bloque de reformas, sobre todo con esta última al CIPPEO, en el proceso electoral de 1995 se llevó a cabo por primera vez el nombramiento de las autoridades municipales por este nuevo “sistema de instituciones electorales alternativo al sistema de partidos”¹⁸ políticos. En noviembre de ese año, 412 de los 570 municipios nombraron a sus ayuntamientos por el sistema electoral de usos y costumbres,¹⁹ lo que representó 72% del total de los municipios que votaron bajo dicha modalidad.²⁰

Posteriormente, se gestó otro bloque de reformas. En 1997 se reformó de nuevo el CIPPEO, con lo cual, señala Anaya Muñoz, “el contenido del libro

¹² Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; reforma bajo decreto 278, publicada el 13 de mayo de 1995, artículos 25, 29 y 98.

¹³ Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca, reforma publicada el 30 de agosto de 1995, artículos 109-113.

¹⁴ Víctor L. Juan Martínez *et al.*, *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, p. 17.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ Manuel González y Francisco Martínez, *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca*, p. 383.

¹⁷ Juan Martínez *et al.*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ Anaya, *op. cit.*, p. 272.

¹⁹ González y Martínez, *op. cit.*, p. 383.

²⁰ Dounce, *op. cit.*, p. 258.

cuarto fue ampliado y clarificado”.²¹ Por citar algunos artículos, el 110 estableció que por municipios de usos y costumbres se entiende aquellos que han desarrollado formas de instituciones políticas propias, diferenciadas e inventadas para la renovación de sus ayuntamientos; aquellos cuyo régimen de gobierno reconoce como principal órgano de consulta y designación de cargos para integrar el ayuntamiento a la asamblea general comunitaria de la población que conforma el municipio u otras formas de consulta a la comunidad, o aquellos que por decisión propia, por mayoría comunitaria, opten por el régimen de usos y costumbres; por su parte, el artículo 118 señalaba que los ayuntamientos electos bajo normas de derecho consuetudinario no tendrán filiación partidista.²²

Un año más tarde, en 1998, primero se reformó de nuevo la Constitución, la cual mantuvo el artículo 25, pero se agregó un párrafo al artículo 98;²³ meses después, también se reformó el libro IV del CIPPEO relativo a la elección de autoridades municipales por usos y costumbres. Asimismo, en ese año se creó la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado,²⁴ la cual reconoció, entre otros temas, la autonomía, misma que podrá ejercerse a nivel comunitario, municipal o regional por asociación. Con este segundo bloque de reformas, en 1998 se llevó a cabo el segundo proceso de nombramiento de autoridades municipales; pasaron de 412 a 418 municipios los que comenzaron a regirse por el sistema de usos y costumbres, número que se mantuvo así hasta 2011²⁵ porque en el proceso de 2013, el municipio de San Andrés Cabecera Nueva, se cambió al régimen de partidos políticos;²⁶ desde entonces son 417 municipios los que se rigen por usos y costumbres.

Además de los dos bloques de reformas legales durante la década de los noventa sobre el reconocimiento e instrumentación del sistema de usos y costumbres, en estas últimas dos décadas se han llevado a cabo otras reformas constitucionales y reglamentarias para fortalecer dicho sistema. Uno de los

²¹ Anaya, *op. cit.*, p. 272.

²² Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado, reforma publicada el 9 de octubre de 1997.

²³ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, reforma bajo decreto 153, publicada el 8 de marzo de 1998.

²⁴ Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.

²⁵ Anaya, *op. cit.*, p. 272.

²⁶ Juan Martínez, “Innovando la tradición. Autonomía indígena, representación política y gobernabilidad en Oaxaca”, p. 103.

aspectos principales que se ha estado reformando es justamente la denominación de este sistema alternativo. Si bien previamente al inicio de su reconocimiento, se apreciaban como formas de organización colonial, costumbres representativas, prácticas consuetudinarias, entre otras, tras el inicio de las primeras reformas, la Constitución oaxaqueña se refirió como tradiciones y prácticas democráticas; el CIPPEO, como sistema de usos y costumbres; la Ley Orgánica Municipal, como tradiciones, usos, costumbres y prácticas democráticas, por lo que se atribuye al CIPPEO haber legalizado en 1995 formalmente esta práctica de las comunidades indígenas para renovar a sus autoridades municipales como sistema de usos y costumbres.

Luego, en la reforma del CIPPEO de 1997, se refirió a las reglas de las comunidades indígenas o sistema de usos y costumbres como “Normas de Derecho Consuetudinario”; dicha expresión fue reemplazada en 2012 por la de “Sistemas Normativos Internos” (SNI) y así quedó expresado en el libro VI del CIPPEO —De la renovación de los ayuntamientos en municipios que electoralmente se rigen por sistemas normativos internos—. ²⁷ En 2015, la denominación de SNI fue adoptada por la Constitución local; ²⁸ asimismo, fue incorporada en la nueva Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca en julio del mismo año, ley que sustituyó al CIPPEO, aunque fue invalidada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en octubre de ese mismo año, siendo en 2017 cuando finalmente quedó integrado en el libro VII de esta nueva ley. ²⁹ Sin embargo, pese a esta nueva denominación, en la cotidianidad de las comunidades indígenas se sigue autodenominando como “usos y costumbres”.

II. Autonomía indígena entre limitaciones, conflictos y potencialidades

II.1. Autonomía acotada

Partimos concretamente de la unidad política básica del Estado mexicano, misma que adoptaron las entidades federativas, el municipio, pilar del federa-

²⁷ Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado, reformado bajo Decreto No. 1335, publicado el 10 de agosto de 2012.

²⁸ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, reforma bajo decreto 1263, publicada el 30 de junio de 2015.

²⁹ Juan Martínez *et al.*, *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, pp. 17-18.

lismo, constituyendo el tercer nivel de gobierno como institución autónoma. A través de dicha institución, se ha venido ejerciendo el gobierno local de los pueblos, adoptando el régimen de elecciones por partidos políticos en el periodo posrevolucionario. Así, tenemos que, en Oaxaca, hasta finales de la década de los ochenta del siglo pasado, prevaleció, por un lado, el régimen de elecciones por partidos políticos y, por otro, *de facto* las elecciones por usos y costumbres; esto último fue reconocido a partir de 1990 y se instrumentó en 1995. Desde entonces, coexisten a nivel municipal formalmente dos regímenes o sistemas de elecciones de ayuntamientos o autoridades municipales.

Este segundo sistema alternativo forma parte de las prerrogativas conquistadas en la lucha por el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación, traducándose como un derecho colectivo político-electoral el cual, junto con los derechos a la autonomía y al autogobierno, fue reconocido constitucionalmente a nivel federal en 2001. Por ello, Oaxaca se colocó a la vanguardia desde la década de los noventa del siglo XX. Sin embargo, no se hacía referencia directamente a la expresión de autonomía indígena, sino como un nuevo o alternativo sistema político-electoral: el de usos y costumbres. Fue en el contexto del movimiento del EZLN, a partir de 1994, comenzaron a discutirse las posibilidades prácticas de la autonomía en tres distintos niveles: comunal, municipal y regional, y que fue contemplada en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar de 1996; pero aunque con la reforma constitucional de 2001 se reconoce el derecho a la autonomía, no se definió la modalidad o nivel para ponerse en práctica.³⁰

Asimismo, en Oaxaca, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de 1998 reconoció la autonomía en sus tres niveles, definiéndola como la expresión de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su cosmovisión, territorio, tierra, recursos naturales, organización sociopolítica, administración de justicia, educación, lenguaje, salud, medicina y cultura. Sin embargo, más allá de ello, no se instrumentó como tal la diferencia del sistema de elecciones por usos y costumbres, sino que cada comunidad, de manera independiente con ese marco legal y el artículo 2º constitucional de la reforma de 2001, de alguna u otra manera, se ha apro-

³⁰ Saúl Velasco Cruz, "La autonomía indígena en México. Una revisión del debate de las propuestas para su aplicación práctica", pp. 72-74.

piado de algunos alcances de dicha autonomía, como puede ser en el tema de justicia, territorio y organización sociopolítica.

Lo anterior significa que existe tanto un reconocimiento limitado de la autonomía indígena como una instrumentación o puesta en práctica también limitada o acotada. En principio, dicha limitación responde directamente a ese pilar del federalismo, el municipio libre, porque todas las comunidades indígenas se encuentran bajo la jurisdicción política y administrativa de esta institución. Luego, con el reconocimiento e instrumentación de los usos y costumbres para el nombramiento de los ayuntamientos, así como con la LDPCI de 1998 y la reforma constitucional de 2001, se ha categorizado dicho sistema alternativo como un ejercicio de autonomía indígena, misma que se ejerce a nivel municipal, y frente a este nivel se ubican las mayores restricciones de la autonomía.

Por un lado, en la mayoría de los casos, la autonomía se restringe únicamente a la cabecera municipal, sede del ayuntamiento, excluyendo a las submunicipalidades que, aunque pueden ejercer sus usos y costumbres para nombrar a sus autoridades comunitarias, quedan subordinadas a los ayuntamientos en tanto auxiliares de estos y no cuentan con presupuesto para ejercer funciones reales de gobierno. Por otro lado, otro acotamiento mayor es que este ejercicio de autonomía se limita únicamente al nombramiento de los ayuntamientos, cuya estructura es la misma del municipio libre, la tradicional que reconoce el artículo 115 de la Carta Magna, cuyo ejercicio del poder público es jerárquico.

Por tanto, la experiencia de autonomía indígena oaxaqueña, con estas dos restricciones a nivel municipal, se aproxima al ejercicio o a una parte de la autonomía política; ese es el “derecho a la autonomía política indígena”³¹ en Oaxaca, que también puede definirse como una autonomía política electoral, sobre todo porque no existe una autonomía indígena a nivel municipal, sino dos sistemas político-electorales de nombramiento de autoridades o ayuntamientos municipales: el de partidos políticos y el de usos y costumbres. Con ello, dicha autonomía representa por sí misma, sin duda, la mayor limitación a los derechos humanos colectivos político-electorales de libre determinación, autonomía y autogobierno de los pueblos y comunidades indígenas de los 417 municipios oaxaqueños que se rigen por usos y costumbres.

³¹ Juan Martínez *et al.*, *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, pp. 17-18.

II.2. Conflictos municipales

Quizá los conflictos más visibles dentro del ejercicio de los usos y costumbres para el nombramiento de autoridades municipales son los electorales y poselectorales, los cuales emergieron a partir del segundo proceso electoral en 1998 cuya particularidad ha sido que se judicializaron desde el primer momento, lo cual permitió abrir un nuevo camino para el acceso a la justicia electoral de los pueblos y comunidades indígenas, pero también dio lugar a otros conflictos. Por citar algunos casos, en ese proceso el municipio de Asunción Tlacolulita al transitar del régimen de partidos políticos a usos y costumbres, tras su jornada la autoridad electoral validó dicho nombramiento, pero el Congreso local anuló la elección; en virtud de ello, los ciudadanos presentaron ante el TEPJF “el primer juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), de un municipio con prácticas de usos y costumbres”.³² El tribunal anuló el decreto del Congreso y ordenó una elección extraordinaria, pero al no haber condiciones para realizarla, el Congreso nombró un administrador municipal para que se hiciera cargo del municipio.³³ Por tanto, fue “después de un largo conflicto poselectoral, [cuando dicho municipio] reafirmó su sistema de elección por sistemas normativos internos”.³⁴

Otro caso en el mismo proceso que se convirtió en el segundo municipio que interpuso un JDC, fue el de Santiago Ixtayutla cuyo conflicto derivó tras haber ganado el candidato respaldado por el pueblo, pero el cacique local provocó que dicha jornada terminara en una trifulca, convocando a otra asamblea para imponer a otro cacique, nombramiento que la autoridad electoral declaró inválida, pero el Congreso local la aprobó; ante ello, el movimiento por los usos y costumbres que emergió de la comunidad interpuso un juicio; bajo dicha presión el Congreso decretó que se realizara una nueva jornada electoral.³⁵ Con lo anterior, el municipio de Santiago Ixtayutla impulsó un sis-

³² Angélica Castro y Miguel Á. Vázquez, “Reformas y transición de los sistemas normativos internos en Oaxaca. Veinte años edificando autonomía”, p. 83.

³³ Educa A. C., “Conflicto político electoral en Asunción Tlacolulita: 1998-1999”, *apud* Angélica Castro y Miguel A. Vázquez, “Reformas y transición de los sistemas normativos internos en Oaxaca. Veinte años edificando autonomía”, p. 83.

³⁴ Castro y A. Vázquez, *op. cit.*, p. 83.

³⁵ Miguel Á. Vázquez de la Rosa *et al.*, “Santiago Ixtayutla”, *apud* Angélica Castro y Miguel Á. Vázquez, “Reformas y transición de los sistemas normativos internos en Oaxaca. Veinte años edificando autonomía”, pp. 83-84.

tema mixto o híbrido de elección en municipios por usos y costumbres, el cual consiste en la realización de asambleas para preparar los criterios de nombramiento: la jornada electoral se lleva a cabo en urnas con planillas de colores, sistema al cual se incorporó la participación de las agencias, así como de las mujeres y los jóvenes.³⁶

Posteriormente a estos casos, que seguramente no fueron los únicos, en el proceso electoral de 2001, se generaron 122 conflictos; en 2004, 66; en 2007, 52; en 2010, 82, y en el proceso de 2013, 144 municipios los que presentaron controversias internas.³⁷ En el proceso de 2010, de los 82 municipios que presentaron conflictos, en 50 de ellos o no se realizaron elecciones o fueron anuladas por los tribunales, razón por la cual “en ese medio centenar hubo que nombrarse a administradores municipales”.³⁸

A raíz y a la par de estos conflictos, los cuales han escalado considerablemente durante estos primeros 25 años, han derivado otros, particularmente dos. El primero es la figura del “administrador municipal”, la cual se ha venido imponiendo desde arriba, por el Congreso local y por el Ejecutivo, en aquellos municipios donde se generan conflictos poselectorales en tanto no se resuelvan las impugnaciones, periodo que va desde algunos meses hasta el trienio completo o incluso más tiempo; dicha figura recae en una sola persona ajena totalmente al municipio. El primer administrador se impuso tras el conflicto de Tlacolulita, en 1999; figura que, como apunta Juan Martínez, “no han sido sino instancias de intermediación y control del gobierno hacia los municipios”; pero sobre todo a partir de la segunda década del siglo XXI, “tornaron también en un mecanismo de manejo de los recursos, que eran usados como caja chica de los partidos políticos o de los legisladores que designaban a quienes ocupaban esas posiciones”.³⁹

Sin embargo, hasta hace poco, dicha figura comenzó a restringirse. En 2017, la Sala Superior, al resolver los recursos SUP-REC-1207/2017 y SUP-REC-1177/2017, adoptó un nuevo criterio en torno a la figura del administrador, ordenando que, para llevar la administración municipal, las comunidades del municipio a través de sus máximas autoridades —asamblea general—

³⁶ Castro y Vásquez, *op. cit.*, p. 84.

³⁷ *Ibid.*, p. 87.

³⁸ Víctor L. Juan Martínez *et al.*, *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, p. 22.

³⁹ *Id.*

designaran una autoridad municipal provisional, integrada por un órgano o consejo colegiado conformado por representantes de cada una de las comunidades; dicha autoridad fungiría hasta que se lleve a cabo la nueva elección del ayuntamiento. En 2020, continuó este criterio con mayor precisión; por ejemplo, en el caso SUP-REC-59/2020, se denominó al órgano colegiado como Concejo Municipal sin la limitación máxima de 60 días, sino por el tiempo necesario en tanto se lleve a cabo la elección extraordinaria, tal como sucedió en el municipio de San Miguel Santa Flor en donde dicho Concejo estuvo vigente por más de un año.

El segundo conflicto, hasta cierto punto negativo, consiste en el uso cada vez mayor de las planillas de colores, opción que fue adoptada por Ixtayutla como un mecanismo mixto para nombrar a sus autoridades. Desde entonces, una diversidad de municipios ha optado por este mecanismo. Entre las ventajas que pueden vislumbrarse con esta opción, está justamente evitar conflictos electorales y poselectorales, puesto que se genera hasta cierto punto mayor control y organización durante la jornada electoral; por ejemplo, en el proceso electoral de 2016, de los 16 métodos o formas de elección que se registraron, en 54 municipios se llevaron a cabo elecciones por planillas.⁴⁰

Sin embargo, al ser este un mecanismo cuyos elementos centrales son las urnas, casillas, boletas y el voto secreto, se atenta y se desvirtúan los usos y costumbres, las tradiciones y las prácticas democráticas de las comunidades. Por otro lado, el uso de este método ha incorporado, aunque no es exclusivo porque los otros métodos también han venido incurriendo en estas prácticas, el proselitismo: campañas o promoción del voto por parte de las distintas planillas o candidatos, al grado de que hay municipios en donde desde uno o dos años antes del nombramiento de las nuevas autoridades, comienzan a promocionarse. Al respecto, Castro y Vásquez refieren que “en algunos casos, los candidatos utilizan recursos propios; en otros, los recursos públicos, para impulsar las campañas y favorecer a uno de los candidatos. En 2004, las empresas constructoras o las cerveceras empezaron a financiar las campañas a cambio de contratar sus servicios cuando estuvieran en el poder”.⁴¹ Pero en los últimos trienios, son los despachos jurídicos y contables establecidos en la capital los que financian dichas campañas.

⁴⁰ Resultados Electorales 2016, Sistemas Normativos Indígenas, IEEPCO.

⁴¹ Castro y Vásquez, *op. cit.*, p. 88.

Asimismo, esta opción ha tendido a partidizar los procesos comunitarios, puesto que a la práctica del proselitismo se suma la elección de colores afines a los distintos partidos políticos con los que se identifican o militan en los procesos estatales o federales, tales como el rojo, verde, amarillo, azul y ahora también guinda, entre otros; esto da lugar también a la permeabilidad de ciertos partidos políticos para controlar, desde el exterior, estos procesos y garantizar apoyo en futuras elecciones; así lo manifiestan Castro y Vásquez: “Aunque la ley lo impide, la intervención de los partidos políticos en los procesos de renovación de autoridades continúa siendo recurrente, de manera sutil y disfrazada”.⁴²

Otro conflicto que se ha tornado muy visible es la lucha interna por el poder municipal, sobre todo para controlar los recursos públicos. Valdivia refiere que a finales del siglo pasado, cuando recientemente se pusieron en práctica los ayuntamientos por usos y costumbres, los cargos eran un servicio comunitario y quienes los desempeñaban no recibían ningún pago; es decir, eran gratuitos, por lo que tanto el tequio como el ejercicio del cargo gratuito constituían “dos de los grandes mecanismos que han servido a las comunidades indígenas para mantener la cohesión interna como una forma alternativa de supervivencia social”.⁴³ Sin embargo, a la fecha, casi todas las autoridades municipales perciben una remuneración por el ejercicio del cargo, por lo que se ha convertido en una disputa interna por ocupar esos espacios para percibir un ingreso, pero principalmente para controlar y disponer del presupuesto público municipal que también a principios de este siglo aumentó considerablemente.

Este fenómeno ha sido la principal causa de los conflictos electorales y poselectorales, en virtud de que se configuran por lo menos dos grupos: aunque a la jornada electoral lleguen varios grupos abanderados por los candidatos participantes, tras gestarse el conflicto electoral se reconfiguran solamente en dos; es decir, se establecen alianzas por afinidad para disputarse el poder a partir de ese momento por la vía judicial. Dicha división interna se ha venido polarizando porque no concluye tras la jornada, sino que se mantiene incluso después de que los tribunales resuelven los litigios, en los que siempre un grupo es el triunfador y el otro, el perdedor. Generalmente, estos dos grupos han emergido; por un lado, los que apoyan a la familia caciquil la cual se ha apropiado por varios trienios del poder municipal, y, por otro lado, por

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ Dounce, *op. cit.*, p. 254.

quienes impulsan una propuesta alternativa respaldada por el pueblo; aunque también en los últimos años se han configurado nuevos grupos caciquiles, y son dichas familias las que abanderan cada grupo en disputa por el poder local.

II.3. Posibilidades para el autogobierno

Frente a la autonomía política indígena que ejercen los 417 municipios oaxaqueños desde hace más de 25 años, experiencias que han caminado de la mano con una serie de conflictos internos, salta a la luz una nueva autonomía política indígena en México, igualmente dentro de los márgenes del Estado; se trata de una autonomía mucho más completa o radical, la cual se ha manifestado por el autogobierno indígena municipal o, literalmente, en el municipio indígena. Esta nueva autonomía a nivel municipal surgió desde la emergencia indígena en el occidente de México, en Michoacán, en la comunidad indígena purépecha de Cherán.⁴⁴ Dicha emergencia se dio a principios de la segunda década de este nuevo milenio luego de que el 2 de noviembre de 2011 la Sala Superior del TEPJF en una resolución paradigmática —SUP-JDC-9167/2011—⁴⁵ reconociera a Cherán en tanto comunidad indígena y cabecera municipal que cuenta con los derechos colectivos de libre determinación y autonomía para nombrar a sus autoridades municipales a través de sus propios usos y costumbres.

Hasta aquí, Cherán se equiparaba con los 417 municipios oaxaqueños que se rigen por dicho sistema; sin embargo, este municipio fue más allá de la experiencia oaxaqueña al demandar también el cambio de su forma y estructura de gobierno municipal para conformarla de acuerdo con su lógica organizativa y con las autoridades colectivas, pasando, así, del ayuntamiento tradicional

⁴⁴ Tras el saqueo y destrucción de los bosques del territorio de Cherán en los últimos 3 años inmediatos a 2011 por el crimen organizado, en complicidad con las autoridades municipales y policías, así como nula atención del Gobierno estatal y federal para brindar seguridad a esta comunidad, el 15 de abril de 2011 inició una insurrección popular que detonó en la expulsión del crimen organizado, destitución del ayuntamiento y desarme de los policías, así como la expulsión de los partidos políticos; pero, sobre todo, desembocó en la lucha por la reivindicación como comunidad indígena, de sus derechos colectivos de libre determinación, autonomía y autogobierno. Cherán fue hasta 2011 uno de los 113 municipios michoacanos que se regían por el sistema o régimen partidista; a partir de 2012, es el único municipio que se rige por usos y costumbres.

⁴⁵ Sentencia definitiva dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, bajo el expediente SUP-JDC-9167/2011 de fecha 2 de noviembre de 2011, sobre la comunidad indígena de Cherán, Michoacán, pp. 194-195.

del municipio libre contemplado en el artículo 115 constitucional a una serie de consejos encargados de la representación del municipio encabezados por el Concejo Mayor de Gobierno Comunal, mismo que suplió la figura del presidente municipal⁴⁶ y está representado por 12 comuneras y comuneros de los cuatro barrios que configuran la comunidad cuyas funciones y atribuciones las ejercen de forma horizontal y sujetas en todo momento tanto a las asambleas de los barrios como a la asamblea general como máxima autoridad. Es decir, esta nueva experiencia de autonomía que emergió en Michoacán no se limitó sólo a cuestiones de carácter electoral para nombrar a sus autoridades, sino también para gobernarse con sus propias instituciones políticas por usos y costumbres.

Con lo anterior, Cherán sentó el precedente judicial a nivel nacional en cuanto a la reivindicación de los derechos político-electorales de las comunidades indígenas para autogobernarse a nivel municipal, tal como lo establece el artículo 2º, apartado A, fracción III de la Carta fundamental; y, con ello, se convirtió en el primer municipio indígena en la historia de Michoacán y de México. Se trata del primer autogobierno indígena a nivel municipal o municipio indígena, tal como lo confirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2014 tras resolver la Controversia Constitucional 32/2014⁴⁷ a través de la cual la SCJN reconoció la doble personalidad de Cherán, en tanto comunidad indígena del pueblo Purépecha y como municipio indígena representado por su Concejo Mayor de Gobierno Comunal.

Con este caso, a partir de la segunda década del siglo XXI, se abrió una nueva posibilidad o alternativa en el terreno político-judicial para reivindicar el derecho a la autonomía a través del autogobierno indígena a nivel municipal en México. Luego de Cherán, en Michoacán, están los municipios de Guerrero, Chiapas y Morelos cuyas comunidades indígenas que integraban municipios regidos por partidos políticos decidieron también transitar al sistema de usos y costumbres.

Por tanto, es a la luz de este nuevo fenómeno de autonomía que habría que repensar lo que está sucediendo en Oaxaca con los municipios que se rigen por usos y costumbres, pero también los que se rigen por partidos políticos,

⁴⁶ Orlando Aragón Andrade, “Transformando el constitucionalismo transformador. Lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México”, pp. 348 y 354.

⁴⁷ Resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el Juicio de Controversia Constitucional JCC-32/2012, mayo de 2014.

sobre todo aquellos cuya población es indígena, afromexicana o se autoadscribe. La autonomía indígena en Oaxaca se limita particularmente al primer contenido fundamental del derecho al autogobierno que definió el TEPJF en su resolución sobre Cherán,⁴⁸ es decir, solo a nombrar a sus autoridades por sus usos y costumbres. Por ello, en Oaxaca no se habla como tal del autogobierno municipal en tanto dimensión política del derecho a la libre determinación y manifestación concreta de la autonomía, sino que se hace referencia a una cuestión más acotada: autonomía política electoral o directamente municipios que se rigen por usos y costumbres. Tampoco está reconocido ni se hace referencia al municipio indígena, puesto que la Constitución local solo reconoce y regula el municipio libre como base de su organización política y administrativa cuya elección de los ayuntamientos se rige, por un lado, a través del sistema de partidos políticos y, por otro, con los sistemas normativos internos o usos y costumbres.

En el marco de este contraste, visibilizamos algunos destellos que percibimos en Oaxaca en la última década y que contienen cierta potencialidad o posibilidades para repensar la actual autonomía acotada hacia el autogobierno municipal o municipio indígena y autogobierno comunitario o submunicipal. Quizá el fenómeno o destello más visible o con más fuerza hasta ahora y que, por lo mismo, en él habría que poner mayor atención desde distintos espacios para que pueda encauzarse y se convierta en una alternativa para el resto de municipios y comunidades indígenas y afromexicanas sea el que se está gestando entre las cabeceras municipales y las submunicipalidades —Agencias Municipales y de Policía— tanto de municipios que se rigen por partidos políticos como los que se rigen por SNI. Dicho fenómeno no lo incluimos como conflicto en la primera parte de este apartado porque, de entrada, si es un conflicto, pero no negativo, sino todo lo contrario; tiene potencialidades importantes que están cuestionando justamente la actual autonomía política indígena o electoral, la cual está abriendo, hasta ahora, dos frentes para ejercer el autogobierno: el municipal y el comunitario.

La principal demanda en disputa por las submunicipalidades es la distribución equitativa y proporcional de los recursos públicos que llegan directamente a las cabeceras municipales y son ejercidos por los ayuntamientos; es decir, “los conflictos no se reducen al ámbito estrictamente electoral, [sino

⁴⁸ Resolución de la Sala Superior del TEPJF, SUP-JDC-9167/2011, pp. 136-137.

también] con la manera en que se distribuyen los recursos entre la cabecera municipal y sus agencias”.⁴⁹ Esta disputa, en algunos casos, ha dado lugar a los conflictos electorales-poselectorales; en otros más, derivado de estos conflictos, ha emergido la iniciativa para demandar la autonomía comunitaria y el presupuesto directo.

Otro destello es el que se suscitó en el proceso electoral federal intermedio de junio de 2021 en la renovación de los 153 ayuntamientos que se rigen por partidos políticos en el municipio de San Pablo y San Pedro Teposcolula de la Mixteca Alta. La mayoría de ciudadanos no votó por ningún partido político ni por el candidato independiente, sino por un ciudadano no registrado en la boleta electoral para presidente municipal, quien obtuvo 891 votos frente a 484 que obtuvo Morena como segundo lugar. Lo anterior no debe considerarse un caso aislado, sino que constituye una clara muestra del hartazgo que existe en la ciudadanía hacia los partidos políticos.⁵⁰ Asimismo, esto demuestra que el régimen de partidos políticos, así como los SNI, no son las únicas opciones para nombrar a las autoridades municipales, además de que no se gastó un solo peso en campaña o proselitismo.

En este mismo fenómeno, habría que incluir a los municipios que se rigen por partidos políticos; pero en todas o en la mayoría de sus agencias municipales y de policía se nombran a sus autoridades por usos y costumbres, mismas que constituyen la mayoría en la jurisdicción municipal tanto territorial como poblacionalmente. También está el caso en donde los municipios tienen pocas agencias, pero cuya población la mayoría es indígena, se autoadscriben como tal o son afromexicanos. En ambos casos, hay evidentes abusos de autoridad tanto en las propias cabeceras como en las agencias, por lo que representan claras posibilidades para repensar, primero, hacia el cambio de régimen y, luego, hacia el autogobierno municipal o submunicipal.

Finalmente, un tercer destello es la terminación anticipada del cargo de las autoridades municipales que se rigen por SNI, luego de una reforma a la Constitución local en su artículo 113 en junio de 2015 con la cual se reconoció esta figura al señalar que “la asamblea general o la institución encargada de elegir a las autoridades indígenas, podrá decidir por mayoría calificada la

⁴⁹ Castro y Vásquez, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁰ *El diario mixteca*, “Votan por ciudadano no registrado y gana”. Cfr. Pedro Matías, “Comunidad mixteca recurre a tribunales para que se reconozca el triunfo de su candidato sin registro que ganó Teposcolula”.

terminación anticipada del período para el que fueron electas, de conformidad con sus sistemas normativos y la Ley Orgánica Municipal”.⁵¹ Los casos más visibles se han presentado en el último trienio municipal 2020-2022, tales como el del pueblo *Ikoote* de San Mateo del Mar,⁵² Santiago del Río,⁵³ San Cristóbal Amatlán,⁵⁴ San José Ayuquila⁵⁵ y San Martín Peras.⁵⁶ Sus respectivas asambleas decidieron revocar y dar por terminado anticipadamente el ejercicio del cargo de estos ayuntamientos; entre las causas comunes en estos casos, se encuentra el abandono y desatención de las autoridades, actos de corrupción, ingobernabilidad, represión y persecución, desvío de recursos, falta de transparencia y rendición de cuentas.

III. Reflexiones finales

El reconocimiento de los usos y costumbres para el nombramiento de más de 400 ayuntamientos municipales oaxaqueños —autonomía política indígena o electoral— no ha sido más que el reconocimiento de un largo proceso de resistencia de las comunidades indígenas por mantener sus prácticas y tradiciones democráticas en torno a su gobierno local o comunitario. Sin embargo, esta autonomía política se reconoció y se ha venido instrumentando de forma acotada, es decir, se limitó únicamente a nivel municipal para nombrar a los ayuntamientos. Aunque también se reconocieron los usos y costumbres para las submunicipalidades, estas continúan subordinadas a los ayuntamientos y cabeceras municipales.

Dicha autonomía ha caminado de manera paralela con una serie de conflictos negativos los cuales se manifiestan particularmente en cada proceso electoral. Lo anterior se traduce de manera general en una constante y reiterada

⁵¹ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, reforma bajo decreto No. 1263, publicada el 30 de junio de 2015, párrafo octavo adicionado en la fracción I del artículo 113.

⁵² Mario Marlo, “El Pueblo Ikoote de San Mateo del Mar, destituyó el mandato de autoridades municipales e instalará un concejo de administración comunitaria”. *Cfr.* Educa, “San Mateo del Mar sienta precedente histórico con revocación de mandato”.

⁵³ Agencia IGAVEC, “En asamblea comunitaria acuerdan destitución de autoridades de Santiago del Río”.

⁵⁴ Luis I. Velásquez, “Declara Congreso terminación anticipada de mandato en Amatlán”.

⁵⁵ Agencia IGAVEC, “Revocará mandato de edil, San José Ayuquila”.

⁵⁶ Exportador en noticias, “Asamblea comunitaria acuerda encarcelar a presidente y regidor de San Martín Peras”.

vulneración de los derechos político-electorales colectivos de libre determinación, autonomía y autogobierno de las comunidades indígenas oaxaqueñas sujetas al régimen de SNI; es decir, cada vez se lacera más el tejido social y el divisionismo sigue polarizándose al interior de diversos municipios, vislumbrando también mayores actos de corrupción, abusos de autoridad, pocas obras públicas o de bajo impacto, así como una inequitativa distribución de los recursos públicos hacia las submunicipalidades.

Por ello, a la luz de la nueva autonomía política a nivel municipal, traducida en el autogobierno o municipio indígena a partir del caso Cherán, es posible repensar la actual autonomía indígena oaxaqueña, pues, a partir de dicho acotamiento o limitación y los conflictos internos que la han acompañado en estas más de dos décadas, existen posibilidades que podrían abonar hacia una nueva reconfiguración de los municipios oaxaqueños, tanto los que se rigen por SNI como los que se rigen por partidos políticos. En virtud de ello, nos aproximamos a las siguientes tres alternativas a manera de hipótesis.

Primera, para el caso de los municipios por usos y costumbres que solo cuentan con la cabecera municipal o aquellas que actualmente no presentan conflicto alguno con sus agencias, hay una oportunidad de fortalecer y cohesionar su configuración actual para transitar al autogobierno municipal. Segunda, para el caso de los municipios que se rigen por partidos políticos, pero sus agencias nombran a sus autoridades por usos y costumbres, la mayoría de sus habitantes son indígenas, se autoadscriben o son afromexicanos, existe la oportunidad de cambiar de régimen para convertirse en municipios indígenas o luchar por el autogobierno submunicipal o comunitario. Tercera, consiste básicamente, sobre todo a partir de la conflictividad que se está visibilizando entre ayuntamientos y las submunicipalidades, en luchar decididamente por la autonomía y el autogobierno indígena submunicipal o comunitario, es decir, por el cuarto nivel de gobierno.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Anaya Muñoz, Alejandro. “La política del reconocimiento en Oaxaca: la preservación de una gobernabilidad priista y el desarrollo del proyecto de autonomía indígena en el Estado”. *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, Vol. XXIV, Núm. 96, otoño 2003, Zamora, México, El Colegio de Michoacán, A.C., pp. 276-304.
- Aragón Andrade, Orlando. “Transformando el constitucionalismo transformador. Lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México”. *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*. Boaventura de Sousa Santos, Sara Araújo y Orlando Aragón Andrade (coords.), México, Akal/Inter Pares-Epistemologías del Sur, 2021, pp. 341-361.
- Bailón, Moisés J. “Derechos de los pueblos indígenas y conflictos municipales en Oaxaca en el siglo XX. Las primeras siete décadas”. *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, Víctor Leonel Juan Martínez, Juan Carlos Martínez Martínez y David Recondo (coords.), México, TEPJF, 2021, pp. 33-70.
- Castro Rodríguez, Angélica y Miguel Ángel Vásquez de la Rosa. “Reformas y transición de los sistemas normativos internos en Oaxaca. Veinte años edificando autonomía”. *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, Víctor Leonel Juan Martínez, Juan Carlos Martínez Martínez y David Recondo (coords.), México, TEPJF, 2021, pp. 71-92.
- Gerhard, Peter. *Geografía histórica de la Nueva España 1519-1821*. (Trad.), Stella Mas-trangelo, México, UNAM, 1986.
- González Oropeza, Manuel y Francisco Martínez Sánchez. *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca*. México, TEPJF, 2011.
- Juan Martínez, Víctor Leonel, Juan Carlos Martínez Martínez y David Recondo. *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*. México, TEPJF, 2021.
- Juan Martínez, Víctor Leonel. “Innovando la tradición. Autonomía indígena, representación política y gobernabilidad en Oaxaca”. *Las otras elecciones. Los sistemas normativos indígenas en Oaxaca, del reconocimiento a la praxis*, Víctor Leonel Juan Martínez, Juan Carlos Martínez Martínez y David Recondo (coords.), México, TEPJF, 2021, pp. 93-125.
- López Bárcenas, Francisco. “Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca”. *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz. Derecho constitucional y política*. David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), México, UNAM, 2005, pp. 355-374.
- Valdivia Dounce, María Teresa. “Elecciones por usos y costumbres en el contexto de las reformas estatales oaxaqueñas (1990-1998)”. *Argumentos*, Nueva Época, Año 23, Núm. 63, mayo-agosto 2010, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco, pp. 247-263.

- Velasco Cruz, Saúl. “La autonomía indígena en México. Una revisión del debate de las propuestas para su aplicación práctica”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. XLVI, Núm. 189, mayo-diciembre 2003, pp. 71-103.
- Zertuche Cobos, Víctor Alfonso. “Emancipación de los pueblos de indios de la Sierra Cuicateca de Oaxaca durante la Colonia: de sujetos a cabeceras entre 1668 a 1771”. *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, Vol. 28, Núm. 2, julio-diciembre 2023, Colombia, Universidad Industrial de Santander, 2023.

Electrónicas

- Agencia IGAVEC. “En asamblea comunitaria acuerdan destitución de autoridades de Santiago del Río”. *Diario Marca-La historia de Oaxaca*, Oaxaca, 21 de diciembre de 2020. <https://www.diariormarca.com.mx/2020/12/en-asamblea-comunitaria-acuerdan-destitucion-de-autoridades-de-santiago-del-rio/> (consultado el 26 de marzo de 2022).
- Agencia IGAVEC. “Revocará mandato de edil, San José Ayuquila”. *El Imparcial*, Oaxaca, 19 de noviembre de 2021. <https://imparcialoaxaca.mx/los-municipios/591047/revocara-mandato-de-edil-san-jose-ayuquila/> (consultado el 26 de marzo de 2022).
- Exportador en noticias. “Asamblea comunitaria acuerda encarcelar a presidente y regidor de San Martín Peras”. *Sistema Radiofónico Informativo*, Oaxaca, 11 de enero de 2022. <https://www.xeouradio.com/2022/01/11/asamblea-comunitaria-acuerda-encarcelar-a-presidente-y-regidor-de-san-martin-peras/> (consultado el 26 de marzo de 2022).
- Marlo, Mario. “El Pueblo Ikoots de San Mateo del Mar, destituyó el mandato de autoridades municipales e instalará un concejo de administración comunitaria”. *Somoselmedio*, Ciudad de México, 19 de abril de 2021. <https://www.somoselmedio.com/2021/04/19/pueblo-indigena-ikoots-de-san-mateo-del-mar-destituye-a-autoridades-municipales/> (consultado el 26 de marzo de 2022).
- Educa. “San Mateo del Mar sienta precedente histórico con revocación de mandato”. 14 de octubre de 2021. <https://www.educaoaxaca.org/san-mateo-del-mar-sienta-precedente-historico-con-revocacion-de-mandato/> (consultado el 26 de marzo de 2022).
- El diario mixteca*. “Votan por ciudadano no registrado y gana”. 11 de junio de 2021. <https://www.facebook.com/page/360996721042811/search/?q=votan%20por%20ciudadano%20no%20registrado> (consultado el 25 de marzo de 2022).
- Juan Martínez, Víctor Leonel. “Administradores municipales en Oaxaca: negocio y problema”. *Opinión*, 12 de febrero de 2017, Universidad de Guadalajara. <https://www.rendiciondecuentas.org.mx/administradores-municipales-en-oaxaca-negocio-y-problema/> (consultado el 12 de marzo de 2022).
- Matías, Pedro. “Comunidad mixteca recurre a tribunales para que se reconozca el triunfo de su candidato sin registro que ganó Teposcolula”. 15 de junio de 2021. <https://pagina3.mx/2021/06/comunidad-mixteca-recurre-a-tribunales-para-que-se-reconozca-el-triunfo-de-su-candidato-sin-registro-que-gano-teposcolula/?fbclid=IwAR0ySKEJggXIY09pIGmqrEFABWzdYKkMVYyqQKIQyl9ZRmiZxWEX7b-C5avQ> (consultado el 25 de marzo de 2022).

Resultados Electorales 2016. Sistemas Normativos Indígenas, IEEPCO, 2016, Oaxaca. <https://www.ieepco.org.mx/archivos/banners/DISEN%cc%83O%20Resultados%20electorales%20SNI.pdf> (consultado el 13 de marzo de 2022).

Velásquez, Luis Ignacio. “Declara Congreso terminación anticipada de mandato en Amatlán”. *NVI Noticias*, Oaxaca, 5 de julio de 2022. <https://www.nvinoticias.com/oaxaca/politica/declara-congreso-terminacion-anticipada-de-mandato-en-amatlan/133181>

Legislativas y jurisprudenciales

Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado, publicado el 12 de febrero de 1992 en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*; reforma publicada el 30 de agosto de 1995.

Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado, publicado el 12 de febrero de 1992 en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*; reforma publicada el 9 de octubre de 1997.

Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Oaxaca, publicado el 12 de febrero de 1992 en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*; reformado bajo Decreto No. 1335, publicado el 10 de agosto de 2012.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, promulgada el 4 de abril de 1922 en el *Periódico Oficial del Estado*; reforma bajo decreto, Núm. 86, publicada el 29 de octubre de 1990, artículos 12, 16, 25, 80, 126, 127 y 151.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, promulgada el 4 de abril de 1922 en el *Periódico Oficial del Estado*; reforma bajo decreto, Núm. 278, publicada el 13 de mayo de 1995, artículos 25, 29 y 98.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, promulgada el 4 de abril de 1922; reforma bajo decreto, Núm. 153, publicada el 8 de marzo de 1998 en el *Periódico Oficial del Estado*.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, promulgada el 4 de abril de 1922; reforma bajo decreto, Núm. 1263, publicada el 30 de junio de 2015 en el *Periódico Oficial Extra del Estado*.

Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, publicada el 19 de junio de 1998 en el *Periódico Oficial del Estado*.

Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*; reforma publicada el 20 de noviembre de 1993.

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. expediente SUP-JDC-9167/2011. México, 2 de noviembre de 2011. <https://bit.ly/2Mj-5gex> (consultada el 15 de marzo de 2022).

Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Juicio de Controversia Constitucional. expediente JCC-32/2012, México, mayo de 2014. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=video/1581> (consultada el 15 de marzo de 2022).

Discriminación *de jure* y *de facto* a las personas trabajadoras del hogar

Blanca Estela Melgarito Rocha*

Resumen:

El presente análisis es un primer avance de investigación respecto del estado de la cuestión y se centra en conocer los avances y desafíos en México para superar la discriminación laboral *de jure* y *de facto* de las personas que trabajan en el hogar. Para analizar la cuestión, el presente análisis aborda el problema de la discriminación histórica a la que se ha enfrentado este sector, el cual parte de elementos culturales arraigados en nuestra sociedad y se despliega en el Estado y su normatividad. La propuesta metodológica se centró en la investigación documental, el análisis normativo y jurisprudencial.

Abstract:

This analysis focuses on knowing the advances and challenges presented by Mexican regulations in order to overcome the labor discrimination to women who work in the home. To analyze the issue, this analysis addresses the problem of historical discrimination that this sector of the Mexican population has faced, which is based on cultural elements rooted in our society and unfolds in the state and its regulations. The methodological proposal focused on documentary research, normative and jurisprudential analysis.

Sumario: Introducción / I. Trabajo doméstico o trabajo del hogar y reproducción del capital / II. Discriminación *de facto* y discriminación *de jure* en México / III. El Régimen Especial de las “Personas trabajadoras del hogar” / IV. De los estándares internacionales a los que México se ha comprometido. Convenio 189 / V. Conclusiones / Fuentes de consulta.

* Politóloga, maestra en estudios Latinoamericanos por la UNAM. Becaria de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología de Portugal (Fundação para a Ciência e a Tecnologia). Este artículo es una primera versión de un trabajo de investigación más extenso.

Introducción

En el año 2022, la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) informó que en México 58.8 millones de personas se encuentran en situación de ocupación; de esa cantidad, 2.3 millones corresponden al trabajo doméstico remunerado, 88% son mujeres y 12% son hombres. Las 1.8 millones de mujeres que trabajan en el hogar lo hacen en promedio 30 horas a la semana, su ingreso se ubica en 38 pesos por hora, 99% de ellas presta sus servicios sin contrato por escrito, únicamente 4% tiene acceso a servicios de salud y 28% cuenta con prestaciones de ley.

Para analizar la cuestión, el presente análisis se propone indagar el problema de la discriminación laboral de las personas trabajadoras del hogar como un problema social y jurídico. El problema se aborda conceptualmente y se argumenta la existencia de discriminación histórica *de jure* y *de facto* para este sector. Este problema lo han analizado la academia y la sociedad civil organizada en México; con base en sus resultados han enunciado los desafíos frente a la discriminación hacia este sector en el país y también han construido herramientas jurídicas para su defensa. A pesar de que la solución a este problema es compleja y no puede limitarse a la creación de instituciones, en el presente artículo se aporta un esbozo acerca de la institucionalidad que se está construyendo en México para tal fin.

La propuesta metodológica se centra en la investigación documental, el análisis normativo y jurisprudencial. Se analizan los avances y desafíos para la consecución de trabajo decente de las personas trabajadoras del hogar en México.

Para su análisis, el presente texto se divide en tres partes: en la primera, se recurre al pensamiento crítico para dar cuenta de la relación entre el desarrollo capitalista y el trabajo de reproducción social, específicamente el trabajo del hogar; en la segunda parte, se presenta el concepto de discriminación y algunos elementos históricos que marcan la percepción social de este trabajo; en la tercera parte, se sintetiza la regulación del trabajo del hogar en México desde la perspectiva de los elementos que constituyen discriminación *de jure* y *de facto* a las personas trabajadoras del hogar.

I. Trabajo doméstico o trabajo del hogar y reproducción del capital

Marx explica el trabajo como el elemento fundamental de la existencia humana; desde esta perspectiva, el trabajo es actividad y tiene elementos comunes a todas las épocas y otros específicos a la época moderna. Las personas trabajan, crean y reproducen su existencia; interactúan con la naturaleza, la transforman conscientemente y en ese proceso “se produce la evolución social”. Eric Hobsbawm explica este proceso y nos refiere que la base objetiva del humanismo de Marx es su análisis “del hombre como animal social”.¹

El humano desarrolla la cooperación y la división social del trabajo, produce excedentes que intercambia. Inicialmente, su intercambio tiene como objeto el uso, es decir, el mantenimiento del productor y de su comunidad; posteriormente, con el surgimiento del dinero, el intercambio, la producción de mercancías y la especialización del trabajo, se crean las bases para la acumulación del capital; de esta forma, las relaciones sociales se van transformando hasta pasar de la forma mercantil simple a la mercantil capitalista.

En este proceso, la humanidad se aleja de la relación primitiva con la naturaleza y toma forma la separación del trabajo libre con respecto a las condiciones objetivas de su realización, al medio de trabajo y al material de trabajo hasta alcanzar en el capitalismo la separación entre productor y medios de producción, por lo que las personas que trabajan quedan reducidas a fuerza de trabajo.

Es en este sentido que Marx y Engels distinguen la forma específica de producción de la vida material como el “primer hecho histórico”; esto es, “la producción de medios indispensables para la satisfacción de necesidades”, es decir, “la producción de la vida material misma”.² En términos específicos, mientras el trabajo útil tiene existencia en distintas épocas de la historia de la humanidad y se realiza en relación directa entre la cosa y las personas, el trabajo abstracto, sustancia de valor, refiere a la actividad social bajo condiciones mercantiles.

Bajo el capital, el trabajo concreto se subordina al trabajo abstracto orientado hacia la producción de valores de cambio para la reproducción ampliada

¹ Eric J. Hobsbawm, *Formaciones económicas precapitalistas*, p. 12.

² Carlos Marx y Federico Engels, *La ideología alemana*, p. 28.

del capital, y asume la forma asalariada y fetichizada; como consecuencia, el capital avanza en el desarrollo de las fuerzas productivas de la sociedad en su conjunto y tiende a expandirse en tiempo y espacio, subsumiendo realmente la vida en su conjunto.

En este marco, el trabajo doméstico o trabajo del hogar ha aportado trabajo útil para toda sociedad³ y ha estado presente en distintas épocas; subsumido bajo el capital, este trabajo no pagado, o pagado por debajo de su valor, aporta un importante resorte al sistema. Desde el pensamiento crítico, esta aportación se explica por la reproducción sistémica. Si bien se le considera como una actividad improductiva porque no agrega valor de forma directa al proceso de producción capitalista, un análisis de fondo permite comprender que su aportación se encuentra en la esfera de la reproducción social dada su condición de subordinación al capital.

Marx explica como trabajo productivo aquel que “produce plusvalor para el capitalista o que sirve para la autovalorización del capital”.⁴ Alrededor de esta noción, han emergido diversas interpretaciones y entre ellas está la que recupera la noción marxiana de trabajador colectivo; desde esa perspectiva son productivos aquellos trabajos directamente involucrados en la producción de valor y otros relacionados con la esfera de la reproducción; basta con ser órgano del obrero colectivo. Esto incluye distintos trabajos que se pueden ubicar al “margen de los productores directos de valor”,⁵ pero que se encuentran involucrados en la esfera productiva como “parte integrante del obrero colectivo”:⁶ no producen solamente mercancías, sino sustancialmente plusvalor; producen para el capital y quedan subordinados a él.⁷

Ruy Mauro Marini agrega a esta perspectiva que la reproducción del capital “no se agota en la esfera de la producción”,⁸ sino que se desdobra en la circulación y la distribución, para cuyo desarrollo se hacen necesarias actividades del tipo productivo como son aquellas que añaden valor o “hacen

³ El trabajo “doméstico” del latín *domus* “casa” o como explica la Real Academia Española “Perteneiente o relativo a la casa u hogar”.

⁴ Adrián Sotelo Valencia, *Los rumbos del trabajo. Superexplotación y precariedad social en el siglo XXI*, p. 53.

⁵ Ruy Mauro Marini, “El concepto de trabajo productivo”, p. 276.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Ibid.*, p. 279.

⁸ *Ibid.*, p. 277.

rentable al capital”,⁹ y otras del tipo improductivo, como son aquellas cuya remuneración corresponde a gastos de plusvalía, en esta categoría se ubica a las personas trabajadoras domésticas, así como otras actividades como son las que realizan las personas burócratas, servidores públicos “por muy necesarios que sean para el capital y al régimen político”.¹⁰

Esta perspectiva compleja se fortalece con las aportaciones de importantes pensadoras feministas, entre ellas, Silvia Federici, quien en su análisis pone el acento en la centralidad del trabajo no remunerado de la mujer en el hogar como sostén fundamental de la reproducción capitalista.¹¹ Explica que el sistema capitalista separa la esfera de la producción y la reproducción; sin embargo, la segunda es central para que la primera se sostenga. En este sentido, para comprender el capitalismo es necesario ampliar la perspectiva e incluir en el análisis no solamente a los trabajadores asalariados, sino también a otros sujetos sociales, entre ellos, las mujeres y el trabajo que ellas aportan en el hogar.

Federici centra su análisis en la constitución del trabajo de reproducción como la actividad de “reproducir individuos como fuerza de trabajo”,¹² el cual ha sido feminizado como trabajo de mujeres, se le ha separado de la esfera de las relaciones económicas y “excluido a la esfera de lo privado y personal”,¹³ todo ello ha contribuido a la invisibilización y devaluación de esta actividad. Una vez que el trabajo de las mujeres fue concebido como “no trabajo”, se convirtió en “recurso natural, disponible para todos”.¹⁴ las mujeres trabajan sin recibir salario y, si lo reciben, es tendencialmente pagado por debajo de su valor, y, más aun, pagado por debajo del que reciben sus pares hombres por igual trabajo. Ello ha sentado las bases para la feminización de la pobreza.

Para Federici, el orden social capitalista tiene como base el trabajo reproductivo de las mujeres, quienes aportan a la reproducción social fuerza de trabajo no pagado; esto se ha constituido a partir de un proceso histórico en el cual la institución de la familia adquirió las características modernas tal cual la conocemos actualmente como “centro de reproducción de la fuerza de trabajo”,¹⁵ en ella, se ha considerado como natural el trabajo femenino. Esto se

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 280.

¹¹ Silvia Federici, “Feminismo y marxismo: Notas sobre género en *El capital* de Marx”.

¹² Silvia Federici, *Reencantar el mundo. El feminismo y la política de los comunes*, p. 48.

¹³ *Ibid.*, p. 49.

¹⁴ Silvia Federici, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, p. 148.

¹⁵ *Ibid.*, p. 145.

complejiza a partir del surgimiento de la moderna figura del ama de casa¹⁶ en el siglo XIX, “centrado en el trabajo reproductivo no pagado del ama de casa a tiempo completo”.¹⁷

De esta forma, concluye la autora, el sistema del capital sienta sus bases sobre la extracción de trabajo impago a las mujeres del cual el sistema capitalista y sus personificaciones se han beneficiado históricamente desde la acumulación originaria porque la fuerza de trabajo no pagada o pagada por debajo de su valor permiten mantener la reproducción de la fuerza de trabajo de la clase obrera en su conjunto.¹⁸

Como expresan Curiel y Lóyzaga, las actividades que realizan las personas en el hogar son centrales para satisfacer las necesidades particulares de la familia y permiten que las personas puedan incluirse en la esfera productiva; a partir de ellas, se “generan las condiciones apropiadas para que diversos trabajadores puedan acudir diariamente a desempeñar sus labores”.¹⁹ Dada la feminización de estas actividades, se realizan por las mujeres de forma remunerada y no remunerada, por lo que ambas formas pueden concentrarse en las mismas personas en jornadas dobles.

Ahora bien, la perspectiva desde la que se analiza el trabajo del hogar en el presente texto es la del derecho del trabajo, por lo que interesa conocer aquellas actividades constitutivas de relaciones laborales, es decir, actividades remuneradas;²⁰ específicamente lo que corresponde al trabajo del hogar, actividad subvalorada socialmente, lo que permite un relativo consenso social respecto de los escasos derechos laborales con los que cuentan las personas que se dedican a este tipo de actividades. Esto ha justificado el tratamiento discriminatorio a este sector por las propias leyes mexicanas.

La subvaloración del trabajo del hogar ha permeado las instituciones nacionales, ha demorado la creación de instituciones que lo coloquen al mismo nivel que otros trabajos, por los estereotipos de género que naturalizan la actividad como propia de las mujeres.

¹⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁷ *Ibid.*, p. 151.

¹⁸ Silvia Federici, “Feminismo y marxismo: Notas sobre género en *El capital* de Marx”.

¹⁹ Octavio F. Lóyzaga y Verónica A. Curiel, “Trabajo doméstico. Análisis crítico”, p. 354.

²⁰ O relaciones de trabajo, tal cual las define el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo: “Cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario”.

II. *Discriminación de facto y discriminación de jure en México*

Para comprender cómo se efectúa la discriminación a las trabajadoras del hogar en la sociedad capitalista actual, es importante comprender el concepto. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, así como cualquier otra que “anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”.²¹

Discriminación *de jure* es aquella que tiene como base alguna norma formalmente establecida por la cual se “excluye, restringe o menoscaba el goce o ejercicio de un derecho”; a su vez, esta forma de discriminación se manifiesta directa o indirectamente. Es directa cuando “el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión”.²² Es indirecta cuando “a pesar de que el factor de distinción explícitamente empleado es neutro, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo”.²³

Por su parte, la discriminación *de facto* es aquella en la hay “ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede ser consciente o inconsciente”. También se le conoce como discriminación invisible.²⁴

La discriminación de quienes prestan su trabajo en las actividades del hogar es *de facto* por tratarse de actividades invisibilizadas y feminizadas históricamente a partir de estereotipos sociales arraigados en la cultura según los cuales las actividades del hogar son naturales del sexo femenino, por lo que este trabajo es excluido de la esfera económica y confinado a la esfera de lo

²¹ Vid. Art 1, OIT, “C111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”.

²² Un factor puede ser una nota o rasgo “que identifican grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos”. Christian Courtis, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, p. 238.

²³ *Ibid.*, p. 232.

²⁴ *Ibid.*, p. 233.

privado y personal. También se presenta discriminación *de jure* institucionalizada en normas que limitan los derechos laborales y de seguridad social para las personas trabajadoras del hogar.

II.1. Discriminación *de facto*

La Organización Internacional del Trabajo denomina a las personas que trabajan en el hogar como trabajador doméstico, con este concepto hace referencia a “toda persona, de género masculino o femenino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación laboral”.²⁵ Estima que hay más de 67 millones de trabajadores domésticos en el mundo. En América Latina, para 2019 se calculó un total de 14.8 millones de personas en esta actividad; de ellas, 91.1% son mujeres, y una de cada nueve mujeres ocupadas es trabajadora doméstica.

En el informe “El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe, a 10 años del Convenio núm. 189”, se muestra que las personas que trabajan en esta actividad tienden a contar con 7.4 años de formación educativa, 35.3 % de ellas son migrantes,²⁶ únicamente 4 de cada 10 tienen una jornada de entre 35 y 48 horas semanales y son comunes las jornadas de trabajo de más de 48 horas o de menos de 35 horas semanales; de hecho, es frecuente que las jornadas sean excesivamente largas o excesivamente cortas.²⁷ Su ingreso representa 56.4 por ciento del ingreso promedio de otras personas asalariadas, lo que, entre otros factores, podría estar relacionado con las jornadas cortas de esta actividad.²⁸

La Federación Internacional de Trabajadores del Hogar (FITH) realizó en 2020 un estudio en el cual participaron 2,712 personas trabajadoras domésticas de catorce países en el contexto de la pandemia provocada por el virus Sar-CORV-2. Muestra que durante los primeros meses del año “el 49 por ciento de las trabajadoras fueron despedidas o suspendidas, el 14.2 por ciento mantuvieron la relación laboral con un deterioro de sus condiciones de traba-

²⁵ OIT, “El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe, a 10 años del Convenio núm. 189”, p. 4.

²⁶ *Ibid.*, p. 5.

²⁷ *Ibid.*, p. 38.

²⁸ *Ibid.*, p. 41.

jo, el 23.1 por ciento continuaron trabajando normalmente y tan solo el 13.8 por ciento reportó haber permanecido en cuarentena remunerada”.²⁹

En México, para 2022, la ENOE reportó 1.8 millones de trabajadoras domésticas, cuya edad promedio es de 44 años. De este conjunto, 4% tiene acceso a la salud; 28% accede a prestaciones como aguinaldo y vacaciones; 1% tiene contrato por escrito. En cuanto a los ingresos que perciben, la encuesta muestra que tienden a percibir un salario de 38 pesos por hora; 58% recibe hasta un salario mínimo, 38% dos salarios mínimos y 4% recibe más de dos y hasta tres salarios mínimos.

Otros datos nos permiten referir la acumulación de desigualdades para este sector: en cuanto a la escolaridad, 37% tiene estudios de primaria, 41% secundaria, 17% educación media y superior y 5% no cuenta con educación formal. La Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (2016) muestra que 50.7% de los hogares de las personas trabajadoras del hogar son pobres moderados o extremos, únicamente 10.6% está fuera de la línea de pobreza y 12.6% está expuesto a inseguridad alimentaria grave.³⁰

Si tomamos en cuenta la definición de discriminación de la OIT: “Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, así como cualquier otra que “anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”,³¹ es posible sostener que existe discriminación *de facto* o invisible para las personas trabajadoras del hogar, toda vez que en la cotidianidad, consciente o inconscientemente, se altera la igualdad de oportunidades y el trabajo en el empleo para este sector, por lo que el resultado es su exclusión o limitación de las personas de los derechos que les corresponden.

En la literatura del tema aquí tratado, se hace referencia a esta discriminación invisible como una impronta histórica heredada de la etapa colonial en la cual estas actividades eran realizadas por esclavos o servidumbre con nulos derechos; también se distingue la impronta de género por la cual estas actividades son invisibilizadas como trabajo.

²⁹ *Ibid.*, p. 64.

³⁰ Graciela Bensusán Areous, *Perfil del trabajo doméstico remunerado en México*, p. 3.

³¹ OIT, C111, *op. cit.*

En cuanto a la herencia colonial, esta subvaloración de la actividad ancla sus raíces en la cultura de la servidumbre heredada de ese tipo de estructura social la cual permea a la sociedad actual y permite la condensación histórica de desventajas para ciertos sectores de la población, lo que contribuye a reproducir esquemas sociales de discriminación y se produce población excluida de bienes sociales, como empleo de calidad, entre otros.³²

Desde la perspectiva de género, como se explicó al inicio de este capítulo, una cuestión central respecto de las limitaciones para el reconocimiento de derechos de las personas del hogar es que, dadas las estructuras patriarcales de la sociedad capitalista vigentes hoy en día en México, el trabajo reproductivo no se considera como trabajo, sino como una actividad natural e inherente a las obligaciones de la mujer, esto es, se le ha atribuido socialmente carácter femenino.³³

En ese sentido, en el año 2017, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la Secretaría de Gobernación (SEGOB) realizaron un estudio respecto de la problemática de las trabajadoras del hogar —es decir, respecto de las mujeres que integran el conjunto personas trabajadoras del hogar—, y encontraron que en gran medida los obstáculos para que éstas ejerzan sus derechos radica en la consideración por la sociedad mexicana de que el trabajo del hogar es natural a las mujeres y existe negación a aceptarlo como trabajo.³⁴

Esta situación social afecta las leyes laborales en México, pues han sido las propias leyes mexicanas las que han permitido que este sector, integrado en su mayoría por mujeres, tenga jornadas de trabajo extenuantes y sin goce

³² Ana Heatley Tejeda, *Trabajadoras del hogar en México: análisis y propuesta de mejoras al programa piloto de incorporación a la seguridad social*, pp. 14-16.

³³ Varias investigaciones demuestran que el trabajo doméstico ha sido históricamente delegado a la mujer, además de los textos referidos, ver: Angela Davis, *Mujeres, raza y clase*, p. 96; Mary Goldsmith, “De sirvientas a trabajadoras: la cara cambiante del servicio doméstico en la ciudad de México”, pp. 85-95. Las mujeres mantienen esta carga histórica y algunas de ellas deben compaginar esta actividad con un trabajo remunerado, en este sentido, explica la OIT, el trabajo no remunerado en los hogares sigue siendo una barrera para la inclusión de las mujeres en el mercado laboral, ver: Laura Addati et al., *Care work and care jobs for the future of decent work*. Varios trabajos refieren la existencia de esta barrera para las mujeres, lo que incide en la toma de decisiones respecto al tipo de trabajo, entre otros: Julia Fawaz y Paula Soto, “Mujer, trabajo y familia. Tensiones, rupturas y continuidades en sectores rurales de Chile central”, pp. 218-254; Laura Sagnier e Alex Morel, *As mulheres em Portugal, hoje: quem são, o que pensam e como se sentem*, pp. 174 y 200.

³⁴ SEGOB y CONAPRED, *Ficha temática. Trabajadoras del hogar*.

de remuneración por trabajo extraordinario, trabajo sin seguridad social, sin prestaciones sociales. Todo ello es constitutivo de discriminación *de facto* y *de jure*, pues son las propias instituciones del Estado las que diferencian el trabajo de estas personas con respecto del resto de las ocupaciones; un ejemplo claro de esta aseveración es el relativo a la consideración por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, hasta el año 2018, de que estas personas no pueden tener acceso al régimen obligatorio —como corresponde a una relación de trabajo— y deja a la voluntad del patrón su incorporación al régimen, lo que amplía la vulnerabilidad del sector.

Para mediar en este estado de cosas es importante que se comprenda la naturaleza del trabajo de las personas que trabajan en el hogar. Como explica Heatley, parte de la especificidad de esta actividad radica en que se trata de una relación laboral en la que más que contratos de trabajo existen acuerdos verbales; los pagos se hacen en efectivo y en especie; es una actividad que la sociedad ha delegado como trabajo femenino; tiene un componente de intimidad que torna la relación compleja y dificulta el ejercicio de derechos; en la relación trabajador/a-empleador/a se normaliza la desigualdad y la dominación, por lo que se relaciona con los derechos laborales con la buena voluntad del empleador; las personas que realizan esta actividad lo hacen en situaciones vulnerables y limitadas por su condición social y género.³⁵

II.2. Discriminación *de jure*

La subvaloración de la actividad ha permeado las instituciones del Estado mexicano; al observar el contenido de las leyes que le antecedieron a la actual legislación, es posible denotar su carga histórica. Castillo aporta importantes elementos para comprender esta herencia; explica que la historia de la regulación de esta actividad en nuestro país puede remontarse hasta las Leyes de Indias, en el contexto colonial, en las cuales se establecía como obligación el dar de comer y proveer de asistencia médica a las personas que trabajaban en labores domésticas.³⁶

Posteriormente, otras leyes hacen referencia a esta actividad, entre ellas, la Constitución de 1812, en la que se estableció que al ser sirviente doméstico “se pierden los derechos ciudadanos”; entre 1870 y 1884, la

³⁵ Heatley, *op. cit.*, p. 10.

³⁶ Carlos Reynoso Castillo, *Regímenes laborales especiales*, p. 224.

actividad se reguló con la figura del “contrato o prestación de servicios”; para 1917 la Constitución hace referencia al trabajo doméstico en el preo- mío del artículo 123.³⁷

La Ley Federal del Trabajo de 1931 da un tratamiento especial a las perso- nas que trabajan en labores domésticas; define a quienes se dedican a esta ac- tividad como “trabajador de uno u otro sexo que trabaja habitualmente en las labores de aseo, asistencia y del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia o habitación” y los diferencia de aquellos que realizan las mismas actividades, pero en establecimientos comerciales.³⁸

En la Ley Federal del Trabajo de 1971, la regulación se centra en una concep- ción del trabajo doméstico como aquel en que las personas habitan en el lugar de trabajo como trabajador/a de planta. Respecto de la jornada de trabajo, sólo se establece que la persona debe disfrutar de “reposos suficientes para tomar alimentos y descansar durante el día”. Incluso la jurisprudencia de la época estableció que “no procede el pago de horas extras” toda vez que no se puede establecer *a priori* que se haya laborado el tiempo extra, lo que justificaba la extensión de la jornada de trabajo sin que mediara pago por el trabajo prestado.

En la jurisprudencia de la época se establece que no existe base legal para considerar a las personas que se dedican a esta actividad como “sujetos del salario mínimo general”, aunque pueden demandar en caso de percibir un sa- lario inferior al mínimo de la zona geográfica.³⁹

Actualmente, la Constitución de 1917 incluye a las personas trabajadoras del hogar en el artículo 123 como parte del Apartado A, el cual rige “entre obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de manera general, todo contrato de trabajo”. Sin embargo, esta actividad es regulada por la Ley Federal del Trabajo como un Régimen Laboral Especial.

III. El Régimen Especial de las “Personas trabajadoras del hogar”

Los Regímenes Laborales Especiales (RLE) son “aquellas relaciones de tra- bajo que han sido objeto de una regulación específica, pero que se deben ana-

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Lóyzaga y Curiel, *op. cit.*, p. 359.

³⁹ Reynoso, *op. cit.*, p. 226.

lizar como parte del conjunto de normas legales constitucionales y vigentes en materia laboral”.⁴⁰ Los RLE surgen en atención a la necesidad de que el derecho regule las relaciones laborales que no se corresponden con la forma tradicional de concebir el trabajo por el derecho.⁴¹ La Ley Federal del Trabajo (LFT) establece que los trabajos especiales se regulan con las normas especiales contenidas en el Título sexto Trabajos Especiales y por las normas generales “en cuanto no las contraríen”, art. 181 LFT.

Las características específicas de los RLE son:

- i) Características de lo que hace el trabajador: se trata de trabajadores que realizan actividades con características específicas que los diferencian de las formas de trabajo generales, las cuales justifican su consideración como un RLE. Algunos ejemplos son los trabajadores de confianza, los deportistas, los actores, músicos, agentes de comercio, médicos residentes.
- ii) Características del patrón: a estas relaciones laborales no les son aplicables las mismas reglas que se aplican a los patrones privados.

Algunos ejemplos son los bancos, las Universidades.

- iii) El lugar de trabajo: es específico porque no se trata del clásico trabajo que se desarrolla al interior del espacio de la fábrica. Algunos ejemplos son las tripulaciones aeronáuticas, los trabajadores del campo, los empleados a domicilio o las personas del trabajo doméstico hoy reconocidas como personas trabajadoras del hogar.⁴²

Bajo el concepto señalado, los regímenes laborales especiales serían todos aquellos que cuentan con normas propias y especiales, e incluye:

- i) relaciones de trabajo que se encuentran reguladas con carácter de especiales en la LFT, en el Título VI de los Trabajos Especiales;
- ii) relaciones laborales que, sin ser objeto de una regulación especial en la LFT, cuentan con una normatividad específica fuera de esta, como es el caso de los trabajadores al servicio del Estado y los trabajadores bancarios.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 23-25.

⁴² *Ibid.*, pp. 19-21.

En el caso específico de las personas trabajadoras del hogar, Lóyzaga y Curiel debaten esta concepción y consideran que lo que dispone el artículo 181 de la Ley Federal del Trabajo puede interpretarse como inconstitucional, toda vez que la Constitución no diferencia el trabajo de las personas que trabajan en el hogar del conjunto de actividades que regula el apartado A del Artículo 123: “Los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo”, por lo cual consideran incorrecta la aplicación de un capítulo especial para el trabajo del hogar; explican: “Lo que debería aplicarse es la generalidad de la LFT para cualquier trabajador doméstico y no el capítulo especial que el legislador estableció”.⁴³

Respecto de las jornadas de trabajo extenuantes permitidas por la Ley Federal del Trabajo hasta el 2012, Curiel y Lóyzaga caracterizan la regulación de esta actividad como “la vergüenza más grande que ha tenido la legislación laboral en México en toda su historia”;⁴⁴ además, no les ha protegido respecto de las condiciones de trabajo y el ambiente de trabajo. Todo ello denota discriminación a este grupo.

En los últimos años, a partir del trabajo de las organizaciones sociales en defensa de los derechos humanos laborales de las personas trabajadoras del hogar, como el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH), Hogar justo hogar y el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (SINACTRAHO), entre otras, que han realizado activismo jurídico y logrado sentencias importantes, como en el caso de la referida sentencia 9/2019, ha sido posible reformar el Capítulo XIII del Título Sexto de la Ley Federal del trabajo e incorporar a estas personas al régimen obligatorio.

En el año 2019, se reformó el capítulo XIII del Título Sexto de la Ley Federal del Trabajo; entre las modificaciones más relevantes se encuentran las siguientes:

- i) La denominación del capítulo pasó de trabajadores domésticos a personas trabajadoras del hogar. La denominación trabajadoras del hogar es el término que reivindican las personas defensoras de los derechos humanos laborales para las personas trabajadoras del hogar; lo consideran un término que permite dar cuenta de esta actividad como trabajo,

⁴³ Lóyzaga y Curiel, *op. cit.*, p. 365.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 367.

y permite visibilizar el vínculo jurídico laboral entre las personas empleadoras y las personas trabajadoras del hogar.⁴⁵

- ii) La reforma amplía la definición de persona trabajadora del hogar: “Aquella que de manera remunerada realice actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no importe para la persona empleadora beneficio económico directo, conforme a las horas diarias o jornadas semanales establecidas en la ley, en cualquiera de las siguientes modalidades”, art. 331.
- iii) Incluye tres formas de prestación del servicio: además de las que residen en el domicilio, se agrega las que no residen en el domicilio y las que trabajan para diferentes empleadores, art. 331.
- iv) Adiciona la prohibición de la contratación de menores de 15 años; y para los mayores de 15 años se establecen condiciones como certificado médico dos veces al año, se prohíben jornadas mayores de 6 horas diarias y 36 semanales, evitar contratar personas adolescentes que no hayan concluido la secundaria, garantizar un espacio seguro, art. 331 bis.
- v) Establece la obligación del contrato por escrito y los requisitos que debe cumplir el contrato; establece que la calidad de los alimentos que debe suministrar el empleador debe ser de la misma calidad que los del consumo del empleador; prohíbe solicitar pruebas de embarazo, así como del despido por el mismo motivo; establece también la obligación de que las herramientas de trabajo —en caso de requerirlas— sean suministradas por el empleador, y prohíbe la discriminación, art. 331 ter.
- vi) Explicita qué actividad no se considera persona trabajadora del hogar; entre ellas la actividad de forma esporádica u ocasional, así como los servicios de aseo, asistencia, atención de clientes y otros semejantes, en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios, internados y otros establecimientos análogos. A diferencia de la anterior, no excluye a los porteros y veladores, art. 332.

⁴⁵ El concepto de domésticas relaciona esta actividad con la actividad del cuidado de la casa por servidumbre, como en la época colonial, lo que contribuye a invisibilizar el vínculo jurídico. CONAPRED, *Informe sobre la situación de los derechos de las personas trabajadoras del hogar en la Ciudad de México*, p. 5.

- vii) Mantiene el derecho al descanso mínimo de quienes residan en el domicilio de nueve horas consecutivas y tres horas entre actividades matutinas y vespertinas, pero añade que los periodos durante los cuales estas personas no disponen de forma libre de su tiempo y permanecen a disposición del hogar deben ser consideradas como horas extraordinarias, art. 333.
- viii) Prevalece la idea de la ley de 1970 respecto de que integran el salario los alimentos y la habitación estimados en 50% del salario que se paga en efectivo, pero esto se considera “además del pago en efectivo”, art. 334.
- ix) Se establecen las prestaciones obligatorias: vacaciones, prima vacacional, pago de días de descanso, acceso obligatorio a la seguridad social, aguinaldo y cualquier otra que se pudieren pactar entre las partes, art. 334 bis.
- x) Además de mantener el derecho al descanso semanal de día y medio ininterrumpido preferiblemente en sábado o domingo, y como mínimo un día completo, se explicita el derecho al descanso en los días de descanso obligatorio establecidos en el artículo 74 de la LFT, art. 336.
- xi) Establece el derecho a las vacaciones, art. 336 bis.
- xii) Mantiene las obligaciones de los patrones respecto de abstenerse de malos tratos, proporcionar habitación cómoda e higiénica y cooperar con la instrucción de la persona; además, incluye la obligación de inscribir a la persona trabajadora al IMSS, art. 337.
- xviii) Establece que las personas migrantes se regirán por lo establecido en los artículos 28 y 28^a, art. 337.
- xiv) Se deroga el artículo 338 relativo a la obligación patronal respecto de los casos de enfermedad de la persona trabajadora, art. 338.
- xv) Deroga el artículo 339 respecto de la obligación patronal de sufragar los gastos de sepelio.
- xvi) Deroga el artículo 340 respecto de las obligaciones de las personas trabajadoras del hogar, entre ellas: “Guardar al patrón, a su familia y a las personas que concurren al hogar donde prestan sus servicios, consideración y respeto; y poner el mayor cuidado en la conservación del menaje de la casa”, art. 341.

- xvii) Se mantiene como causas de rescisión el incumplimiento de las obligaciones respectivas; pero agrega, además de las establecidas por la ley, la consideración respecto del despido injustificado a las que se den por “motivos de violencia de género en el trabajo de manera explícita y discriminación”, art. 341.
- xviii) Se mantiene la consideración respecto de la posibilidad de la terminación de la relación de trabajo en cualquier tiempo por parte de la persona trabajadora dando aviso con antelación de ocho días, art. 342.
- xix) Mantiene la posibilidad de dar por terminada la relación de trabajo por parte del patrón dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del trabajo, pero no incluye la frase “sin responsabilidad”; se agrega que puede darla por terminada en cualquier tiempo, pero no incluye la frase “sin necesidad de comprobar la causa que tenga para ello”; se agrega “dando aviso a la persona con ocho días de anticipación “ y se mantiene la obligación de pagar la indemnización que corresponda conforme a los artículos 49 y 50, art. 343.

Como se observa, las reformas generaron cambios importantes que afectan la vida de las personas trabajadoras del hogar y rescatan algunas de las críticas que han realizado diversos juristas, estudiosos del mundo del trabajo, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil respecto de la discriminación histórica de la que son objeto las personas que se dedican a esta actividad. Sin embargo, para hacerlos efectivos, es necesaria la inspección laboral y políticas públicas que incentiven su efectividad. En el siguiente apartado, describiremos, en términos generales, la cuestión de la inclusión de las personas trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

III.1. Seguridad social

A pesar de que el vínculo jurídico entre las personas trabajadoras del hogar y sus empleadores/as es del tipo laboral, hasta el año 2018 este sector fue excluido del régimen obligatorio del IMSS. Su inscripción al IMSS era voluntaria, por lo tanto, el esquema de protección era limitado: no tenían derecho a los servicios de guardería, al seguro de riesgos de trabajo y a la protección frente a incapacidades; asimismo, el acceso al servicio médico era restringido. En todo caso, su inscripción dependía o de la voluntad de la

persona trabajadora al inscribirse al régimen voluntario, o bien, de la discrecionalidad del empleador.⁴⁶

El 5 de enero de 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el amparo 9/2018 interpuesto en reclamo por inscripción retroactiva ante el IMSS y pago de las respectivas prestaciones de una trabajadora del hogar; en este amparo la SCJN determinó la inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 13 de la Ley del Seguro Social que establecía la seguridad social para las personas trabajadoras del hogar como del tipo voluntario: “Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio”, dicha disposición fue derogada en el año 2019 como parte de los cambios por realizar en la normatividad por mandato de la sentencia en comento.⁴⁷

La referida sentencia estableció que la fracción II del artículo 13 de la Ley del Seguro Social, además de ser inconstitucional, perpetuaba la discriminación por condición de género a las personas trabajadoras del hogar y era violatoria del derecho humano a la seguridad social. En ese tenor, ordenó al IMSS la implementación de un programa piloto para la seguridad social de este sector en el régimen obligatorio, tomando en cuenta las características específicas del trabajo; entre ellas, la ausencia de contrato, la existencia de varios patrones, la duración de la jornada de trabajo. Este programa se implementaría en un plazo prudente y debería integrarse con facilidades que permitan el cumplimiento de las obligaciones a los patrones.

La sentencia establece que el sistema especial de seguridad social para las personas trabajadoras del hogar debe tener condiciones que no sean menos favorables que las establecidas para el resto de los trabajadores, tomar en cuenta las especificidades del trabajo, ser de fácil implementación, tener carácter de obligatorio y no voluntario, ser viable para el IMSS y facilitar administrativamente su cumplimiento por los patrones.

Finalmente, la SCJN estableció:

(...) en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa piloto, el IMSS, acorde a sus capacidades téc-

⁴⁶ Ernesto Orozco Rivera, “Actualidad del trabajo doméstico remunerado en México: origen y surgimiento del programa piloto para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social”, p. 3.

⁴⁷ Alberto Pérez Dayán, “Trabajadoras del hogar”, Extracto del Amparo Directo 9/2018.

nicas, operativas y presupuestales, se encuentre en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar en forma gradual y, en ese tenor, en un plazo no mayor a tres años, se logre obtener la seguridad social efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas.⁴⁸

Como efecto, se derogó la fracción II del artículo 13 de la Ley del Seguro Social, se adicionó el artículo 334 bis a la Ley Federal del Trabajo, en el cual se establecen las prestaciones a que tienen derecho y se reconoce el derecho a integrar el régimen obligatorio; sin embargo, el programa que implementó el IMSS hasta el año 2022 tuvo la calidad de prueba piloto, por lo que la afiliación al régimen voluntario continuó siendo en los hechos voluntaria y no obligatoria, con lo que subsiste la discriminación *de jure* para este sector.

El programa inició en abril del 2019 y durante los primeros días del 2020 contaba con 19,648 personas afiliadas, es decir, apenas el 1%. Un dato interesante es que del programa piloto los hombres se beneficiaron más que las mujeres: el número de afiliados hombres integró 11% del total de las personas trabajadoras del hogar y el restante 89% se integró por mujeres (esto es, 280 mil de 2.3 millones calculadas para 2019); sin embargo, los hombres integran 27% de las personas aseguradas, por lo que prevalece la desigualdad de género en la afiliación al IMSS.⁴⁹

Entre las cuestiones positivas del programa, está que permite el registro por parte de la persona trabajadora o sus empleadores/as a través de una plataforma de acceso sencillo en Internet en la cual se incorporan las instrucciones y procedimientos para realizar el registro; además, permite que múltiples empleadores puedan registrar a una misma persona trabajadora del hogar.

El registro es un trámite que se puede realizar de forma sencilla por Internet; una persona con conocimientos básicos podría realizarlo. Es importante destacar, que, a diferencia de la tendencia a la baja escolaridad por parte de las personas trabajadoras del hogar, las personas empleadoras tienden a contar con altos niveles de escolaridad, lo que hace pensar que poseen el co-

⁴⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁹ Heatley, *op. cit.*, pp. 57-60.

nocimiento suficiente para realizar la inscripción por la vía referida; así lo muestran las cifras de la ENOE para 2018: 62.1% tiene nivel de licenciatura o más y 18.1% preparatoria, escuela normal o técnica, lo que permite inferir que 80% de los empleadores “tiene un nivel de escolaridad superior a la media nacional”.⁵⁰

En noviembre de 2022, se adicionó el Capítulo XI. De las personas trabajadoras del hogar a la Ley del Seguro Social, por el cual se le suma al régimen obligatorio. El artículo 239-A define a las personas trabajadoras del hogar como “aquella que, de manera remunerada, realice actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no aporte para la persona empleadora beneficio económico directo”, y establece tres modalidades:

- a) quien trabaje para una persona empleadora y resida en el domicilio donde realice sus actividades;
- b) quien trabaje para una sola persona empleadora y que no resida en el domicilio donde realice sus actividades, y
- c) quien trabaje para diferentes personas empleadoras y que no resida en el domicilio de ninguna de ellas.

Establece la obligación de la persona empleadora de “registrar e inscribir” a la persona trabajadora del hogar a la fecha de inicio de la relación laboral, artículo 239-C, fracción I.

IV. De los estándares internacionales a los que México se ha comprometido. Convenio 189

En el año 2011, bajo la consideración de que el trabajo doméstico es poco valorado, invisible y lo realizan en su mayoría mujeres y niñas, en la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo de la OIT, se aprobó el Convenio 189 de la OIT “Sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos”; se trata de un discurso que se inscribe en la aspiración a tornar el trabajo del hogar a trabajo decente.

El trabajo decente, explica Juan Somavía, es trabajo de calidad para el conjunto social; se trata de un trabajo remunerador que permite a mujeres y hom-

⁵⁰ Nelson Flores Vaquiro, *Perfil de los empleadores de las trabajadoras del hogar en México*, p. 9.

bres sostener el hogar y educar a sus hijos, acceso a una pensión al finalizar su vida laboral, y posibilidades para organizarse y expresarse como trabajadores y trabajadoras. Se afirma en cuatro pilares: el empleo, la protección social, los derechos fundamentales en el trabajo y el diálogo social.⁵¹

México formó parte del proceso de aprobación del Convenio 189 y votó a favor de su creación; sin embargo, demoró en ratificarlo más de doce años. Finalmente, lo hizo el 3 de julio de 2020, por lo que se compromete a cumplir con las obligaciones en él comprendidas, así como a informar sobre las medidas adoptadas, los avances y limitaciones en su implementación.

El convenio en comento define a quienes realizan esta actividad como “toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo”.⁵²

Entre los derechos que este convenio protege están los derechos fundamentales en el trabajo, como son la libertad de asociación y negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzado y del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en el empleo, la protección con la violencia y el acoso.

Establece también la obligatoriedad de la igualdad en el trato a las personas trabajadoras del hogar como a otras formas de trabajo, como son las prestaciones, contrato de trabajo, salario mínimo, compensación por horas extraordinarias, seguridad, salud, descanso semanal, salario mínimo en conformidad con la existencia de salario mínimo para el resto de trabajadores, el pago del salario en dinero y con pagos no mayores a un mes, derecho a trabajo seguro y medioambiente saludable, medidas de salud y seguridad en el trabajo, seguridad social, acceso a mecanismos de resolución de conflictos.

Además, incluye condiciones de vida para las personas que viven en la casa de sus empleadores, como es la no obligatoriedad de permanecer en el hogar durante los periodos de descanso, tener condiciones dignas, respeto a la privacidad y reglamento de horas; suma normas para las trabajadoras domésticas migrantes, como es el contrato por escrito y la claridad en las condiciones de trabajo; el acceso a tribunales y mecanismos de solución de conflictos y la generación de medidas para garantizar el cumplimiento de las leyes nacionales y medidas de inspección.

⁵¹ Juan Somavía, *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, pp. 49 y 297.

⁵² OIT, “Convenio 189. Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”.

IV.1. La Recomendación 201

La Recomendación 201, “Sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos”,⁵³ complementa y profundiza el Convenio 189, como expresan Curiel y Lóyzaga; aborda con mayor detenimiento aspectos del Convenio 189. Se trata de una serie de deberes de los estados miembros orientada a la conformación del trabajo doméstico como trabajo decente. En relación con el derecho de libertad sindical y el reconocimiento de la negociación efectiva, se estipula el deber de identificar y suprimir restricciones u obstáculos normativos que limiten el ejercicio de este derecho.

Además, prevé el deber de adoptar medidas para fortalecer la capacidad de promoción de estas organizaciones de sus intereses colectivos; adoptar medidas para eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación; identificar modalidades de trabajo doméstico que dañen los derechos de las niñas y los niños en consonancia con el convenio 182 y la recomendación 190 de la OIT; el establecimiento de un contrato de trabajo tipo; establecer mecanismos accesibles para proteger a los trabajadores domésticos del abuso, el acoso y la violencia; el deber de reglamentar los periodos durante los cuales permanece a disposición como horas por semana, mes, periodos de descanso; tasa de remuneración, el trabajo nocturno; condiciones de trabajo; condiciones de alojamiento y habitación; adoptar medidas para facilitar el pago de la seguridad social; formular políticas y programas para su desarrollo; generar indicadores para recopilar eficazmente los datos.

IV.2. Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo

Establece la obligación de los estados de garantizar el “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor”. Este principio debe aplicarlo la legislación nacional, el sistema de fijación de la remuneración, los contratos colectivos y la acción conjunta de diversos medios, artículo 2.

IV.3. Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Fue firmado por México en 1980 y ratificado en 1981. Es conocido como la Carta Internacional de los Derechos de las Mujeres. En su artículo 11, se es-

⁵³ OIT, “Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, Núm. 201”.

tablece la obligación de los estados de adoptar medidas para eliminar toda forma de discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. De forma específica, establece el derecho a las mismas oportunidades de empleo, la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo, el derecho a igual salario, prestaciones y trato; el Estado debe tomar medidas para impedir despidos relacionados con embarazo o por la condición civil de las mujeres; establecer licencias de maternidad; fomentar la creación y desarrollo de servicios para el cuidado de los hijos; proteger a las mujeres durante el embarazo.

V. Conclusiones

En el presente texto se argumenta que existe discriminación *de facto* y *de jure* hacia las personas trabajadoras del hogar y esto se relaciona con la cultura patriarcal y la herencia colonial en nuestro país. Otros elementos que se suman a los factores de discriminación a las personas trabajadoras del hogar y que no se abordan en este artículo son la raza y etnia. Ellos serán materia de análisis en posteriores trabajos.

Si bien no es posible referir que las reformas laborales actuales puedan resolver el problema porque este es, de fondo, un problema complejo que deriva de la forma natural del sistema del capital por lo cual su real superación implica un cambio sistémico. Es posible referir que en los últimos años la lucha de las organizaciones civiles y el activismo jurídico han logrado ampliar las herramientas de lucha desde el punto de vista de los derechos humanos laborales para las personas trabajadoras del hogar; sin embargo, aún falta mucho para que estas herramientas se hagan efectivas para el conjunto de estas personas. Entre ellas, hace falta capacidad del Estado mexicano para realizar inspección, así como políticas públicas que incentiven a los/las empleadores en la creación de trabajo decente y al registro de sus trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Addati, Laura, Umberto Cattaneo, Valeria Esquivel e Isabel Valarino, *Care work and care jobs for the future of decent work*. OIT, 2018. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang--es/index.htm
- Bensusán Areous, Graciela. *Perfil del trabajo doméstico remunerado en México*. México, OIT, 2019. https://www.ilo.org/travail/info/publications/WCMS_697144/lang--en/index.htm (consultado el 29 de marzo del 2023).
- Davis, Angela. *Mujeres, raza y clase*. Madrid, Akal, 2005.
- CONAPRED. *Informe sobre la situación de los derechos de las personas trabajadoras del hogar en la Ciudad de México*. México, 2021. <https://copred.cdmx.gob.mx/storage/app/media/informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-las-personas-trabajadoras-del-hogar-en-la-ciudad-de-mexico.pdf>
- Courtis, Christian. “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”. *Instituciones, legalidad y Estado de derecho en la transición mexicana*. Gustavo Fondevila (comp.), México, Fontamara, 2005, pp. 234-267.
- Fawaz Yissi, Julia y Paula Soto Villagrán. “Mujer, trabajo y familia. Tensiones, rupturas y continuidades en sectores rurales de Chile central”. *Revista de estudios de género. La ventana*, Núm. 35, Vol. 4, 2012, México, Universidad de Guadalajara, 2012, pp. 218-254.
- Federici, Silvia. “Feminismo y marxismo: Notas sobre género en El capital de Marx”. *Viento Sur*, 20 de septiembre de 2017. <https://vientosur.info/spip.php?article13018>
- . *Caliban y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid, Traficantes de sueños, 2010.
- . *Reencantar el mundo. El feminismo y la política de los comunes*. Madrid, Traficantes de sueños, 2020.
- Flores Vaquiro, Nelson. *Perfil de los empleadores de las trabajadoras del hogar en México*. México, OIT, 2019.
- Goldsmith, Mary. “De sirvientas a trabajadoras: la cara cambiante del servicio doméstico en la ciudad de México”. *Debate Feminista*, Núm. 17, Año 9, abril, México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 1998, pp. 85-95.
- Heatley Tejeda, Ana. *Trabajadoras del hogar en México: análisis y propuesta de mejoras al programa piloto de incorporación a la seguridad social*. Cuadernos de políticas para el bienestar, año 1, núm. 5, septiembre 2020, México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6328/1.pdf>
- Hobsbawm, Eric J. *Formaciones económicas precapitalistas*. México, Siglo XXI, 1999.
- Lóyzaga de la Cueva, Octavio Fabian y Verónica Alejandra Curiel Sandoval. “Trabajo doméstico, Análisis Crítico”. *Alegatos*, Núm. 87, mayo-agosto 2014, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 351-382.
- Mauro Marini, Ruy. “El concepto de trabajo productivo”. *Archivo Ruy Mauro Marini*, México, UNAM, 1993. <https://marini-escritos.unam.mx/?p=1484>

- Marx, Carlos y Federico Engels. *La ideología alemana*. quinta edición, Barcelona, Grijalbo, 1970.
- Orozco, Ernesto. “Actualidad del trabajo doméstico remunerado en México: origen y surgimiento del programa piloto para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social”. Núm. 102, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 31 de marzo 2022. <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/5597>
- Pérez Dayán, Alberto. “Trabajadoras del hogar”. Extracto del Amparo Directo 9/2018, SCJN, México, Dirección General de Derechos Humanos, 2018. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20AD9-2018%20DGDH.pdf> (consultado el 23 de marzo del 2023).
- Reynoso Castillo, Carlos. *Regímenes laborales especiales*. México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 1992. <https://core.ac.uk/download/pdf/83079927.pdf>
- Sagnier, Laura e Alex Morel (coords). *As mulheres em Portugal, hoje: quem são, o que pensam e como se sentem*. Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.
- SEGOB y CONAPRED. *Ficha temática. Trabajadoras del hogar*. 2014. https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=481&id_opcion=473&op=473#~:~:~text=Las%20trabajadoras%20del%20hogar%20han,naturaleza%20misma%20de%20su%20empleo.
- Somavía, Juan, *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Santiago, OIT, 2014.
- Sotelo Valencia, Adrián. *Los rumbos del trabajo. Superxplotación y precariedad social en el siglo XXI*. México, Porrúa y UNAM, 2012.

Legislación

- Ley Federal del Trabajo, publicada el 1 de abril de 1970 en el *Diario oficial de la Federación*; reforma del 27 de diciembre del 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>
- Ley del Seguro Social, publicada el 21 de diciembre de 1995 en el *Diario oficial de la Federación*; reforma del 20 de enero del 2023. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_del_Seguro_Social.pdf
- OIT. “C111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”. 1958.
 ————. “Convenio 100. Convenio sobre igualdad de remuneración”. 1951.
 ————. “Convenio 189. Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. 2011. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---rolima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_203988.pdf
 ————. “El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe, a 10 años del Convenio núm. 189”. 2021. https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_828455/lang--es/index.htm

_____. “Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. 2011.

Otras fuentes

INEGI. “Estadísticas a propósito del día internacional de las trabajadoras domésticas. Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), 4t 2021”. 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_TD_2022.pdf

Olamendi, Patricia. **Feminicidio en México**, INMUJERES, Ciudad de México, 2016

Daniela Huerta Rodríguez*
Iris Rocío Santillán Ramírez**

Feminicidio en México es una investigación de la abogada y activista feminista Patricia Olamendi, publicada por el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), cuyo análisis se centra en el fenómeno del feminicidio y la transgresión a sus derechos humanos.

El texto expone la forma en cómo el feminicidio ha sido abordado legalmente en diversas partes del mundo, especialmente en América Latina. A su vez, esta obra se convierte en una exigencia puntual al gobierno mexicano, para que atienda y plantee soluciones a la violencia en contra de las mujeres, que se ha construido de manera histórica, cultural, política y sistemática debido a sus omisiones.

El libro de Patricia Olamendi lo conforman seis capítulos: 1. La violencia en contra de las mujeres; 2. Feminicidio; 3. Los derechos humanos de las mujeres; 4. Acceso a la justicia; 5. Propuesta para la investigación del feminicidio, y 6. Marco jurídico para la defensa de los derechos humanos de las mujeres en la investigación del feminicidio. En este amplio recorrido intelectual, la autora proporciona información que revela a la persona lectora los muchos pendientes que tiene el Estado mexicano para con las mujeres.

En el primer capítulo, Olamendi evalúa la condición social de las mujeres, reconociendo la desventaja que tienen con respecto de los hombres, invitando a las y los lectores a evaluar y reflexionar sobre la desigualdad de derechos

* Estudiante de la Licenciatura en Sociología, por la UAM., Prestadora de Servicio Social en el Seminario Divisional de Estudios de Género y Violencias contra las Mujeres.

** Doctora en Ciencias Penales y Política Criminal, Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de UAM-A., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

y oportunidades de las personas en razón de su sexo o género, amén de que otras condiciones como la raza, color de piel y la clase social, entre otras, debieran también considerarse en los análisis jurídicos.

Como abogada que es la autora, enfatiza que actos tan brutales como los feminicidios tienen bases estructurales, por lo que no son suficientes las estrategias políticas orientadas a reducir este tipo de violencia. Resulta urgente sensibilizar a la sociedad para erradicar conductas sexistas que discriminan a las mujeres en cualquier espacio que ocupen, incluso el de la justicia. Olamendi explica detalladamente cómo cuando las mujeres se atreven a denunciar, sufren violencia institucional al ser calificadas como provocadoras y culpables de lo que les pasa —con lo cual, el estereotipo social se reproduce también en el espacio institucional— al revictimizarlas quienes tienen la obligación de hacer patente el principio de buena fe y garantizar su derecho humano a una vida libre de violencia. Con este tipo de actitudes y comportamientos basados en estereotipos sexistas y prejuicios, la sociedad y la cultura tradicional sustentada por el sistema patriarcal han obstaculizado el proceso de denuncia y de procesos efectivos que inciden en la disminución de este tipo de hechos.

El segundo capítulo se enfoca en el tema de feminicidio, partiendo de la definición que aporta la psicóloga Diana Russell, a quien se le reconoce como pionera de los estudios de este fenómeno y quien afirmó:

Este fenómeno representa el extremo de un continuum de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos tales como violación, tortura, esclavitud sexual, abuso sexual infantil incestuoso o extrafamiliar, golpizas físicas y emocionales, acoso sexual, mutilación genital, operaciones ginecológicas innecesarias, heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada. Siempre que estas formas de terrorismo resulten en muerte, ellas se transforman en femicidio.¹

Asimismo, Olamendi retoma la tipología del feminicidio que elabora la antropóloga mexicana Julia Monárrez a partir de la identificación de diversos contextos en los que se llevan a cabo estos crímenes, teniendo en común todos ellos “las razones de género”. De este modo registra el feminicidio:

¹ Patricia Olamendi, *apud* Diana Russell, *Rape in marriage*, Indiana University Press, 1982, p. 286, el *Femicidio en México*, p. 31.

[i] íntimo, [ii] no íntimo, [iii] infantil, [iv] familiar, [v] por conexión, [vi] sexual sistemático desorganizado, [vii] sexual sistemático organizado, [viii] por prostitución, [ix] por trata, [x] por tráfico, [xi] transfóbico, [xii] lesbofóbico, [xiii] racista y [xiv] por mutilación genital femenina.

El análisis histórico y metodológico que realiza la autora en este capítulo permite observar y asumir que las mujeres en México viven una crisis permanente de violencia cuyo fin último se orienta a limitar la presencia de las mujeres, dejando en claro que el feminicidio ocurre tanto en el espacio público como en el interior de sus hogares.

El tercer capítulo aborda el tema de los derechos humanos de las mujeres, evidenciando que el Estado mexicano tiene una deuda histórica con ellas, en tanto que no ha dado cumplimiento al marco jurídico internacional, interamericano ni nacional en esta materia, como tampoco ha acatado ni ha dado cumplimiento eficaz ni diligente a las recomendaciones hechas por diversas instancias, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, a fin de garantizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia.

Patricia Olamendi dedica el cuarto capítulo al tema de acceso a la justicia. En este, la autora define cuáles son los alcances de este derecho humano, el cual ha sido negado sistemáticamente a las mujeres. Toma como punto de partida el caso que originó la sentencia conocida como “González y otras (Campo Algodonero) vs. México” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, sin duda, constituye un nuevo paradigma al dejar a un lado el androcentrismo en el ejercicio jurisdiccional y ser la primera resolución interamericana transversalizada con la perspectiva de género, lo que permite develar una serie de derechos humanos a favor de las mujeres, que previamente no eran reconocidos, como tener una vida libre de violencia, la obligatoriedad de las autoridades a la debida diligencia reforzada cuando se trate de violencia contra niñas y mujeres, así como los alcances de la reparación del daño en este tipo de casos, la cual debe tener una vocación transformadora.

En ese mismo capítulo, Olamendi relata cómo en Ciudad Juárez, Chihuahua, las mujeres de todas las edades están expuestas a diversos riesgos por el sólo hecho de haber nacido mujeres; y, a pesar de esto, la impunidad es una constante que incrementa el miedo y la desconfianza en las autoridades obligadas a brindarles protección y seguridad. El proceso de denuncia para

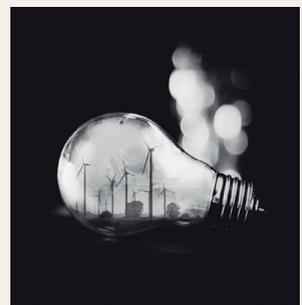
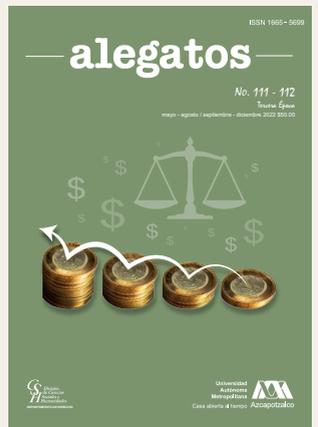
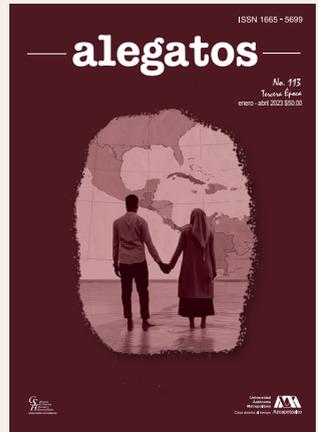
muchas víctimas es aún peor que el de la violencia misma, debido a que enfrentan la falta de credibilidad de las autoridades correspondientes, la falta de empatía y de enfoque de género, las cuales permean en la investigación.

Finalmente, los últimos dos capítulos son completamente jurídicos. En ellos, Olamendi, se dedica a elaborar una propuesta respecto a cómo debiera ser la investigación con perspectiva de género de este tipo de ilícitos a fin de actuar de manera diligente.

La autora afirma que debe hacerse una reformulación al modo en que se indagan los casos de violencia y delitos sexuales contra las mujeres; plantea que es indispensable que la investigación sea de forma inmediata, dotada de profesionalismo y, por supuesto, libre de cualquier estereotipo que permee las líneas de investigación, resaltando que es imprescindible que el feminicidio sea calificado como tal cuando se acrediten las razones de género.

Este libro representa un trabajo arduo, informativo, exquisito, inspirador, pero, a su vez, preocupante. Para las mujeres que lo leemos, nos remueve la conciencia de que todas estamos permanentemente en riesgo en esta sociedad patriarcal. La lectura invita a la autorreflexión, para reconocer los indicadores de la violencia, y a conocer nuestros derechos humanos.

Otras publicaciones
institucionales



Alegatos Coyuntural

Número 19, Tercera Epoca, enero-junio 2022 \$25.00



*Doctrina***Liliana Fort Chávez**

Constitucionalismo, bioderecho y plasticidad de lo vivo

Celso Escobar Salinas

Principios jurídicos implícitos en el Estado neoliberal mexicano

Gabriela Hernández Islas y Víctor M. Rojas Amandi

La falacia del paradigma social de la discapacidad. Segunda parte

Gonzalo Carrasco González

La bioética y el bioderecho. Una reflexión iusfilosófica

*Investigación***Elisa Palomino Ángeles y Amir García Villalpando**

La geolocalización como medio de prueba

Carlos Reynoso Castillo

Sindicatos y nuevas tecnologías. Primera aproximación

**Christian N. Hernández Aguirre, Miguel A. Meléndez Ehrenzweig
y Gregorio Ramírez Gutiérrez**

Consideraciones sobre la prueba electrónica en el sistema penal acusatorio

Víctor A. Zertuche Cobos

Los municipios por usos y costumbres de Oaxaca.
Repensando la autonomía hacia el autogobierno

Blanca E. Melgarito Rocha

Discriminación *de jure* y *de facto* a las personas trabajadoras del hogar

*Reseñas y Documentos***Daniela Huerta Rodríguez e Iris R. Santillán Ramírez**

Feminicidio en México