

— alegatos —

Na. 115

Tercera Época

septiembre - diciembre 2023 \$50.00



115

alegatos

Comité Editorial

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

Coordinadores:

Directora del Programa Editorial
Mtra. Diana M. Magaña Hernández

Secretario Editor del Programa Editorial
Dr. Alejandro Caamaño Tomás

Ayudante del Programa Editorial
Axel A. Curiel Rangel

Secretaría del Programa Editorial
Diana Mejía Salazar

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

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



Alegatos. Tercera Época, Año 38, Número 115, septiembre-diciembre de 2023, es una publicación cuatrimestral de 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 y Av. San Pablo No. 420, Col. Nueva el Rosario, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02128 Ciudad de México; Teléfono 5553 189 412 y 5553 189 109. Página electrónica de la revista: <http://alegatosenlinea.azc.uam.mx> y dirección electrónica: alegatos@azc.uam.mx 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, Ciudad de México. Fecha de la de la última modificación 20 de enero de 2024. Tamaño del archivo: 7.23 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 115 (septiembre-diciembre de 2023)



Directorio

Rector General	<i>Dr. José Antonio de los Reyes Heredia</i>
Secretaria General	<i>Dra. Norma Rondero López</i>
Rectora de la Unidad Azcapotzalco	<i>Dra. Yadira Zavala Osorio</i>
Secretario de Unidad	<i>Mtro. Salvador Ulises Islas Barajas</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 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. 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 115 (septiembre-diciembre 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

- Equilibrios procesales. La víctima del delito en el sistema garantista y en el proceso penal acusatorio en México* 7
José Zamora Grant
- La sentencia de Amparo Indirecto 355/2021 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la prisión preventiva oficiosa* 41
Juan Antonio Castillo López
- Elaboración del derecho. Derecho económico y derecho de la economía* 67
Gonzalo Carrasco González
- La regulación económica como privatización de la función pública* 99
Aristides Gutiérrez Garza
- Positivismo jurídico y falacia naturalista* 121
Francisco Javier Castillejos Rodríguez

Investigación

- ¿El gobierno morenista es democrático?* 151
Antonio Salcedo Flores
- Sendero transformador en nuda vida: análisis de caso* 169
Iraís Cabrera Briz
- Derecho y discapacidad intelectual* 191
Carlos Humberto Durand Alcántara
- Vacuna COVID-19: una perspectiva desde el federalismo y judicialización de la política* 209
Cielo Dafne Vargas Meza
Miguel Eduardo García Rodríguez
Carlos Esteban García Martínez

<i>Autoadscripción en los pueblos originarios de la Ciudad de México frente al Sistema de Registro</i>	231
Martha Angélica Olivares Díaz Fernando Vargas Olvera Sofía Huerta Noguera	

Reseñas y Documentos

<i>Comentario de jurisprudencia sobre la renuncia de un trabajador a su empleo</i>	255
Carlos Reynoso Castillo	
<i>Hacienda municipal y controversia constitucional. Una nueva reflexión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	259
Johan Martín Escalante Escalante	

Equilibrios procesales. La víctima del delito en el sistema garantista y en el proceso penal acusatorio en México

José Zamora Grant*

Resumen:

La inclusión de derechos para las víctimas de los delitos en la justicia penal trastoca la naturaleza del sistema garantista asumido parcialmente en México a través de la fórmula procesal acusatoria y la incorporación de las garantías instrumentales. El garantismo penal no incluye ni en sus raíces epistémicas ni en su sistematización ni en su teleología a las víctimas de los delitos. El artículo analiza críticamente la manera en cómo se ha incluido a las víctimas en el proceso penal acusatorio en México.

Abstract:

The inclusion of rights for victims of crimes in Criminal Justice disrupts the nature of the Guarantee System partially assumed in Mexico, through the accusatory procedural formula and the incorporation of instrumental guarantees. Criminal Guarantee does not include victims of crimes in its epistemic roots, nor in its systematization, nor in its teleology. The article critically analyzes the way in which victims have been included in the accusatory criminal process in Mexico.

Sumario: Introducción / I. Epistemología garantista / II. El sistema garantista / III. Teleología garantista. Las razones de la intervención penal / IV. La influencia del garantismo penal en la fórmula punitiva en México. El significado de la inclusión de las víctimas / V. Los equilibrios procesales. La víctima como parte del proceso penal en México. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho y Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Introducción

La influencia del sistema garantista en la construcción de modelos procesales acusatorios en países latinoamericanos ha estado latente en las últimas décadas. En México, la reforma judicial en materia penal de 2008, de rango constitucional, significó la incorporación de las variables procesales de corte acusatorio en la legislación de la materia. La organización política federada de México motivó, a su vez, la incorporación paulatina de dichos modelos en las entidades federativas de la república hasta el 2014, año en que se promulgó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y por el que los códigos de la materia de las entidades federativas quedarían paulatinamente abrogados.

La reforma —se afirmó— dejaría atrás los modelos procesales de corte mixto inquisitivo, propios de la influencia ideológica de defensa social,¹ para adoptar uno de corte acusatorio; afirmación que motiva la pregunta de si en verdad se asumía un modelo tal o por el contrario se adoptaban ciertas variables propias del modelo procesal acusatorio y en qué medida. El propio Luigi Ferrajoli habla del grado de garantismo² que un modelo procesal dado puede asumir; esto es, independientemente de la afirmación de la naturaleza misma del procedimiento por quien lo legisla —para el caso, el adoptado en México— habrá de evaluarse la correspondencia del modelo con los axiomas garantistas definidos y esquematizados por el autor y con la propia epistemología garantista. La reforma incorporó algunos de los principios en la Constitución federal —artículo 20, principalmente— y se asentó en el texto del artículo en cita que “el proceso penal será acusatorio y oral y que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”, todos propios de un modelo procesal acusatorio.

¹ La ideología de la defensa social se asocia con los orígenes del derecho penal moderno y fórmulas punitivas centradas en la protección de la sociedad y de los intereses públicos; ideología que a la postre se arraigaría en la cultura punitiva con la influencia del positivismo que sustentaría modelos intervencionistas y autoritarios, poco o nulamente respetuosos de los derechos humanos de las personas a las que alcanzaba y fundamento de prácticas punitivas totalitarias. En palabras de Juan Bustos: “El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación”. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, p. 16.

² Para no hablar de la alternativa entre autoritarismo y garantismo, Luigi Ferrajoli habla del grado de garantismo de los sistemas penales concretos. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 69-70.

Incorporar principios de naturaleza acusatoria, propios del modelo procesal, no significa que el modelo en cuanto tal sea totalmente garantista o que cumpla con la teleología de un modelo de tal índole. La fórmula procesal acusatoria es sólo una parte del sistema garantista, pero un proceso penal de corte acusatorio por sí sólo no puede alcanzar las expectativas de un sistema garantista. Ferrajoli estructura el sistema garantista en tres presupuestos: uno ligado a la pena, otro al delito y uno más al juicio; y, como sistema que es, su funcionamiento depende del correcto engranaje —y congruencia— entre estas tres variables epistémicas para que el sistema funcione como tal.

La reforma en cita incluyó derechos para las víctimas que fueron incorporados en el apartado C del artículo 20 constitucional, principalmente. El advenimiento del CNPP, en correspondencia con la reforma, incorporaría a su vez derechos para las víctimas en el procedimiento penal, entre ellos, el de considerarlas parte en el proceso. La consideración de la víctima como parte del proceso y el reconocimiento de un cúmulo de derechos como los previstos en estos instrumentos legislativos darían un matiz particular al procedimiento penal en México debido a que la epistemología garantista no prevé a la víctima ni como parte del proceso ni para la consagración de sus derechos. Ello plantea la problemática central de este trabajo y, por ende, una serie de interrogantes digna de responder, entre otras, a: ¿cómo se logra la “igualdad de armas” cuando agregas a una tercera parte —la víctima— en una fórmula procesal diseñada sólo para la parte acusadora y para la persona imputada? ¿Cómo se puede —debe— garantizar el equilibrio procesal entre todas las partes involucradas cuando se agrega a la víctima del delito? ¿Es compatible el reconocimiento de derechos para la víctima en un modelo procesal de corte acusatorio?

A ello hay que agregar que la promulgación de la Ley General de Víctimas (LGV), en 2013, aumentaría considerablemente el cúmulo de derechos para las víctimas, tanto de los delitos como de las violaciones de derechos humanos, en distintos ámbitos en los que se incluyen los del sistema penal. La LGV retomaría la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente de aquellos que prevén derechos para las víctimas, tanto de los delitos como del abuso de poder, en particular, de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener repara-

ciones, instrumento que si bien no es vinculatorio sí es orientador para la consideración y consecución de la reparación integral del daño para las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

A la par de estas reformas, la de derechos humanos de 2011 fortalecería el reconocimiento de la dignidad en la Constitución, además de otorgar rango de ley suprema a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de la materia en los que México es parte. Si se considera que el concierto de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se erigió en torno a las víctimas del holocausto y el reconocimiento de su dignidad,³ se puede concluir que el pilar y centro de los derechos humanos se funda, hoy día en Occidente, en la dignidad humana. En virtud de ello, todos los espacios del ejercicio del poder regulado, organizado y limitado por el derecho deben no sólo respetar, sino desplegarse en torno a la dignidad de las personas —en tanto eventuales víctimas del abuso de poder—, lo que implica priorizar la garantía de goce y ejercicio de sus derechos, el respeto de su autonomía y autodeterminación, y nunca utilizarlas como objeto o medio de pretensiones e intereses de otros —colectivos, hegemónicos, sociales, etcétera— y, por supuesto, tampoco de violencia arbitraria.

Los derechos de las víctimas, desarrollados de manera tan vasta como lo están en la legislación mexicana, a mi parecer, motivan una expectativa que trastoca la teleología garantista y la mera reforma procesal para la consecución de un sistema garantista para la justicia penal mexicana. Bajo un esquema de derechos para víctimas de tal envergadura y el fortalecimiento de la dignidad humana y de los principios de derechos humanos reconocidos en

³ El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos alude a la dignidad humana; a la postre, la dignidad se erigiría como la base y fundamento del derecho internacional de los derechos humanos al contenerse no sólo en instrumentos que le dan vida, como convenciones, tratados, declaraciones, principios, directrices, etcétera, sino que se irían incorporando a las constituciones de los países que forman parte de este concierto internacional. Es claro que el reconocimiento de la dignidad como categoría jurídica se habría motivado por la reacción de las naciones en contra las atrocidades sufridas en el período conocido como el holocausto, por el que fueron victimadas millones de personas en uno de los genocidios más cruentos que ha sufrido la humanidad. El derecho internacional de los derechos humanos se erige en torno a la dignidad de las víctimas; sin embargo, “(...) aún en las más recientes interpretaciones acerca de la dignidad humana en el marco de los derechos fundamentales, no se parte, ni veladamente de una referencia a la víctima del Holocausto”, afirma Federico Lefranc; tampoco se abunda en su contenido, a pesar de que “se trata de una idea positivizada, que forma parte de un texto legal y que por lo mismo está sujeta a reinterpretaciones periódicas”. Federico Lefranc, *Holocausto y dignidad. Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, pp. 215-216.

la Constitución Federal, la justicia penal en México no puede menos que aspirar a consolidarse como un modelo punitivo de justicia restaurativa, pero ¿es el modelo procesal garantista un mecanismo punitivo de justicia restaurativa?, o más aún ¿es suficiente la garantía de equilibrio procesal, que incluya a las víctimas, para el logro de la justicia restaurativa?

La realidad para las víctimas parece, sin embargo, muy alejada de la pretensión teleológica que supondría una consagración de sus derechos en la legislación de la materia como la que existe; un deber ser que está muy lejos de ser y que —al parecer— no cuenta con los mecanismos idóneos para su consecución. ¿Es el sistema penal mexicano un mecanismo carente de racionalidad⁴ por su incapacidad de garantizar las predicciones —exigencias— normativas en materia de justicia penal y víctimas?

Utilizando el marco teórico de la epistemología garantista, su sistematización y su teleología como directriz, el objetivo de estas líneas es dar respuesta a todas estas interrogantes, contrastando sus presupuestos con el contenido normativo y analizando críticamente el sistema penal mexicano construido a la luz —sólo en parte— de la influencia garantista, pero de reminiscencias positivistas serias, para con todo ello discernir sobre las implicaciones de insertar a las víctimas de los delitos en el sistema garantista y dar sentido al vasto, pero poco eficaz, desarrollo de los derechos de las víctimas en la legislación nacional.

A la par del hilo conductor de la teoría garantista reformulada por Ferrajoli, complementa el marco teórico y método en esta reflexión, la perspectiva crítica criminológica que, utilizando la categoría sistema penal,⁵ se centra en

⁴ Para Zaffaroni, la expresión *racionalidad* es de uso abusivo y por lo tanto de alta equívocidad; al referirse al discurso jurídico penal “sería racional si fuera coherente y verdadero”; esto es, su no contradicción dentro de las fórmulas legislativas, pero también realizable socialmente conforme a su predicción. Para el autor: “El discurso jurídico penal se elabora sobre un texto legal, explicitando mediante los enunciados de la “dogmática” la justificación y el alcance de una planificación en la forma de “deber ser”, o sea, como un “ser” que “no es” pero que “debe ser” ... El discurso jurídico penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse en el “deber ser”, porque para que ese “deber ser” sea un “ser que aún no es” debe reparar en el devenir posible del ser pues de lo contrario lo convierte en un *ser que jamás será*, o sea en un *embuste*”. Para el autor: “En nuestro margen es absolutamente insostenible la racionalidad del discurso jurídico penal puesto que no cumplimenta ninguno de los requisitos de legitimidad (...)”. Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, pp. 16-23.

⁵ El sistema penal es un constructo metodológico propio de la criminología de la reacción —criminología crítica— que sirve con herramienta idónea para entender y analizar críticamente la reacción al delito por parte de las instituciones públicas encargadas de ello y que debe —deberían— funcionar

el análisis crítico de la reacción al delito en el despliegue punitivo y sus consecuencias en la pretendida garantía de goce y ejercicio de derechos para las personas frente a él involucradas.

I. Epistemología garantista

Ferrajoli ha hecho una reconstrucción teórica del garantismo y, en particular, en su obra *Derecho y razón*, delinea y define las tesis centrales del garantismo penal. Hay una influencia en su pensamiento de la filosofía analítica y del positivismo jurídico, este último limitado al enfoque metodológico de separación entre el derecho y la moral,⁶ entre el ser y el deber ser. Al tratarse de una reconstrucción teórica, es preciso identificar las raíces epistémicas del garantismo originario correspondidas con el advenimiento del derecho penal en la naciente modernidad hacia el siglo XVIII, pero también de aquellas que dieron pie a la reconstrucción misma. El garantismo penal originario, erigido en la lucha contra el antiguo régimen, despótico y absolutista, para limitar el ejercicio del poder —penal— y proteger el derecho a la vida y a la libertad de las personas, se construyó mediante principios de esencia política y, por ende, morales y de origen *iusnatural*; principios que progresivamente se irían incorporando en las constituciones y codificaciones penales de los Estados —occidentales— en el devenir de la *modernidad*, consolidándose como categorías también jurídicas.⁷

Derivado de ello, una de las preocupaciones de la teoría jurídica ha sido la distinción entre enunciados jurídicos verdaderos o falsos, preocupación que

de manera coherente e integral en el despliegue punitivo y la consecución de las predicciones legislativas para el efecto. Roberto Bergalli explica que “el sistema penal está configurado mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo (penales) y de forma (procesales). Pero, asimismo, deben necesariamente existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar sus situaciones, comportamientos y actores cuando se comete el delito y cómo éste se controla”. Roberto Bergalli, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, p. VIII. Para el autor se trata de un complejo de momentos e instancias encargadas de la aplicación del poder punitivo estatal.

⁶ En este sentido, José J. Moreso y Pablo E. Navarro, “Introducción”, pp. 10-11.

⁷ Para Ferrajoli, la pretendida distinción entre derecho y moral del *iuspositivismo*, que obedece “a un lento proceso de secularización del derecho penal”, generó también un equívoco que trivializa la cuestión de la justificación rebajada a la de la explicación que motiva el reenvío al derecho natural o la discrecionalidad normativa del juez, parámetros de construcción y/o decisión normativa; lo que tergiversa la anhelada distinción *iuspositiva* entre el derecho y la moral. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

cobra particular relevancia en la obra de Ferrajoli para distinguir el punto de vista interno del externo de las definiciones penales. El punto de vista interno es meramente jurídico, el punto de vista externo se refiere al “(...) carácter instrumental del derecho y del Estado, respecto a las finalidades, valores, necesidades, intereses y voluntades extra-estatales y metajurídicas”.⁸ Punto de vista que se ha introducido en el derecho positivo con la incorporación de normas constitucionales de los derechos fundamentales; así, el punto de vista externo quiere decir, principalmente —afirma el autor—, el punto de vista de las personas, “(...) de todas sus específicas y diversas identidades, así como la variedad y pluralidad de los puntos de vista externos expresados por ellas”.⁹

En este orden de ideas, la validez de las normas en los modernos estados de derecho está subordinada a la adecuación de los contenidos sustantivos expresados como principios constitucionales, por lo que se debe distinguir cuidadosamente entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas:

La validez de las normas jurídicas está subordinada a la adecuación de las pautas morales, y ello significa que las probables antinomias que se encuentran en los ordenamientos jurídicos entre preceptos constitucionales y las leyes ordinarias no tienen sólo una importancia teórica, sino también un profundo ingrediente moral y una directa repercusión sobre la democracia.¹⁰

La preocupación de Ferrajoli en su reformulación garantista estriba en que en la fórmula *iuspositiva* esta doctrina de democracia sustancial puede resultar paradójica, pues resuelve solamente el problema de la legitimación formal de quien decide, esto es, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los sujetos de gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo —cuando tal legitimación se asume como valor absoluto— de resolverlo con el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos.¹¹

Así, por ejemplo, en su reformulación del garantismo penal, Ferrajoli sostiene la inadmisibilidad de las normas penales constitutivas, pues se debe respetar la igualdad que supone el valor de persona como tal, no importando sus diversas identidades. De ahí la importancia de distinguir entre argumentación jurídica y argumentación moral.

⁸ *Ibid.*, p. 905.

⁹ *Ibid.*, p. 906.

¹⁰ Moreso y Navarro, *op. cit.*, p. 13.

¹¹ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 884.

En la naciente *modernidad* hacia el siglo XVIII —incluso las del siglo siguiente—, las ideologías se presentan con tal heterogeneidad que lo mismo sirvieron para sostener una postura humanista que para legitimar fórmulas totalitarias antigarantistas. Ferrajoli utiliza como ejemplo la influencia utilitarista que sirvió tanto para sostener una visión de la pena como mínima aflicción posible, como para fundar fórmulas penales autoritarias como las de prevención especial o las de defensa social.¹² Precisamente, el garantismo penal de aquella época liberal tuvo en la construcción de sus principios y fundamentos, entre otras, la influencia clara de la corriente utilitarista de la época; corriente ideológica que se arraigaría en el saber penal por décadas y que originaría fórmulas punitivas centradas en la pretendida utilidad social que la pena privativa de libertad —principalmente— revestiría, como las de corte preventacionistas, entre ellas, la de readaptación social.

En la reconstrucción teórica del garantismo, Ferrajoli dejaría fuera del sistema garantista al principio utilitarista. El principio utilitarista no sólo no tendría sentido en la reformulación del garantismo, tampoco tendría cabida por su antagonismo con la garantía de derechos. La utilidad social en el discurso punitivo daría legitimidad al derecho penal para la cosificación de las personas, utilizándolas como objeto de pretensiones públicas, lo que acabaría por disminuir y hasta nulificar derechos para ciertas personas a las que se les etiquetaría de inferiores; por ello, esta y otras concepciones del liberalismo clásico ancladas en la ideología de la defensa social¹³ no serían retomadas en el sistema garantista de Ferrajoli.

El garantismo penal se erigiría en buena medida por la enunciación de principios, como el de legalidad de las penas enunciado por Beccaria como

¹² *Ibid.*, pp. 33-34.

¹³ Si bien se asocia a la ideología de la defensa social con la influencia del positivismo en el derecho penal del siglo XIX, lo cierto es que la ideología es común tanto en las nociones clásicas del derecho penal como en las de la Escuela positiva. Siguiendo a Alessandro Baratta: “(...) tanto la escuela clásica como las escuelas positivas realizan un modelo de ciencia penal integrada, es decir, un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas. Aun cuando sus respectivas concepciones del hombre y de la sociedad sean profundamente diversas, en ambos casos nos hallamos, salvo excepciones, en presencia de la afirmación de una ideología de la defensa social como nudo teórico y político fundamental del sistema científico”. *Criminología y crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, p. 35.

nullum crimen, nulla poena, sine lege penale.¹⁴ Ferrajoli, en su reconstrucción teórica del garantismo, retomaría la mayoría de aquellos principios para darles unidad y coherencia en un plano epistémico,¹⁵ para lo cual estructuraría diez principios o axiomas deónticos —como también los denomina— que a su decir están ligados entre sí, los cuales ordena y conecta sistemáticamente para que sirvan como una condición —una garantía— para la afirmación de una responsabilidad penal y para la aplicación de una pena; “(..) no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar. Sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar”.¹⁶ Ferrajoli clasifica los diez principios en dos tipos de garantías: las penales y las procesales, ya sea que se refieran a la parte sustantiva relativa a la definición legislativa o a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible.¹⁷

Dado que la reforma de 2008 —a la que aludiré más adelante— fue, en esencia, procesal,¹⁸ cobra particular relevancia para este trabajo identificar el origen epistémico de las garantías procesales del sistema garantista en particular, que toma de las tesis sociológicas del conflicto del pensamiento marxista la influencia ideológica para el desarrollo de las garantías procesales. De la lucha de clases de la obra de Marx, se construyó desde la criminología de la reacción¹⁹ una serie de teorías centradas en torno al conflicto como natural en una sociedad plural, diferenciada por razones sociales, culturales y económicas. Las teorías criminológicas del conflicto perciben a la sociedad como un ente altamente diversificado y, por ende, heterogéneo, donde la apuesta a la homogeneidad y el consenso en torno a valores únicos y universalmente válidos para lograr la cohesión social ya no es un presupuesto. La diversidad en una sociedad, sin duda, es fruto de la evolución de

¹⁴ En el libro, *De los delitos y de las penas*, el autor sostiene su visión humanista del derecho penal mediante la enunciación de éste y otros principios garantistas. César Bonesana Marqués de Beccaria, pp. 7–32.

¹⁵ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 91.

¹⁶ *Ibid.*, p. 92.

¹⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸ *Vid.*, notas 52-53.

¹⁹ La criminología de la reacción, también identificada como criminología crítica, invierte el objeto de estudio de la criminología originaria de influencia positivista que, si bien reacciona contra ésta, su nombre obedece a que se ocupa de analizar y estudiar la reacción al delito, por lo que su objeto de estudio es el sistema penal.

las propias sociedades determinada a su vez por los procesos de migración, el aumento de la densidad de población y el desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación.

En sociedades así, la alta conflictividad es más que manifiesta y los cambios sociales están condicionados a ella. La diversidad de intereses, más que generar consensos, genera disensos, ya sea por el origen étnico y racial o por la ideología e intereses en particular; a ello habrá que agregar el componente de la desigual distribución de la riqueza que condiciona el acceso a derechos y hace de los conflictos una contienda desigual, donde los que generalmente salen vencedores son los más fuertes —en toda la extensión de la palabra—.

El desequilibrio e inequidad en la contienda generalmente acaban condicionando el resultado. La crítica criminológica contenida en estas teorías hace énfasis en el ejercicio del poder punitivo como elemento condicionante del resultado en los procesos de criminalización. En este sentido, Massimo Pavarini afirma:

El sistema jurídico penal es siempre expresión de los intereses de quien detenta el poder y que los intereses de quien detenta el poder existen en el sentido de influir los procesos de criminalización, esto es de reprimir penalmente a quienes en diversas formas atacan contra los intereses de quien tiene el poder o impugnan las condiciones que permiten que el poder se conserve en las manos de quien lo posee.²⁰

Esta perspectiva crítica puso el dedo en la llaga: el desequilibrio en los conflictos determina la supremacía del más fuerte; la inequidad en el conflicto es realmente el problema y no el conflicto en sí. En el mismo sentido, Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy afirman que las raíces epistémicas del garantismo se encuentran en el Materialismo y las tesis del conflicto: “En el nivel extrajurídico (legitimación externa) encontramos la influencia del pensamiento *marxista de la Nueva Izquierda* (modelo conflictivo, intereses enfrentados, la opción por la defensa del ‘más débil’ y la decisión moral sobre cuáles bienes deben ser protegidos en primer lugar)” y el “*Modelo conflictivo*: la idea del derecho penal como derecho que debe proteger al ‘más débil’ y la creencia de que el Estado debe mantener el poder de manejar los conflictos

²⁰ Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 139.

(actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad”.²¹

Con la clara influencia de este modelo ideológico conflictivista, en su reformulación garantista, Ferrajoli concibe el juicio como una contienda que debe ser entre iguales, de ahí la importancia de los equilibrios procesales en el desarrollo de los axiomas garantistas referidos al proceso. La igualdad de armas para un proceso justo sólo se logra si existe paridad procesal; para ello, limitar el ejercicio del poder punitivo penal durante el juicio es la tarea de las garantías procesales; la separación del juez respecto de la acusación, la carga de la prueba para quien acusa, la garantía de contradicción para la defensa en un juicio oral y público son presupuestos indispensables para el equilibrio en la contienda.²²

I.1. La víctima en la epistemología garantista

Las raíces epistémicas del garantismo no incluyen a las víctimas; esto es porque, por un lado, el garantismo originario fue erigido bajo la influencia de las tesis iluministas —como el contractualismo— que exaltaron a la sociedad como el bien a proteger del mal delito,²³ haciendo de este un problema del ámbito público y no del privado merced a la distinción realizada —en la naciente modernidad— entre lo público y lo privado, excluyendo a las víctimas del escenario penal y de cualquier posibilidad de reconocimiento de derechos frente al sistema penal; y, por el otro, en la reconstrucción garantista, Ferrajoli, al retomar el método *iuspositivo*, mantiene la noción clásica del derecho penal como una rama del derecho público ocupada de las relaciones entre el Estado —su sistema penal— y las personas que cometen delitos. Por esta razón, la reconstrucción teórica de Ferrajoli no incluye en sus planteamientos ni fundamentos a las víctimas de los delitos; sí ayuda a afianzar la perspectiva

²¹ Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, “La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, pp. 47-49.

²² “(...) Se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales, iniciadas por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 564.

²³ Alessandro Baratta, al desarrollar los principios que caracterizan el modelo ideológico de la defensa social, afirma: “El delito es un daño para la sociedad. El delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. La desviación criminal es, pues, el mal; la sociedad constituida, el bien”, Baratta *op. cit.*, p. 36.

de entender a las personas imputadas, procesadas y sentenciadas como potenciales víctimas de violaciones a derechos humanos eventualmente cometidas por el sistema penal en los procesos de incriminación.

Estas razones dejan claro que el autor no consideró a la víctima de los delitos como parte de su reconstrucción teórica —fiel a la naturaleza epistémica del garantismo penal— a diferencia de otras ideologías de corte crítico que construirían sus argumentos entorno a las víctimas de los delitos, como los abolicionistas. La base del garantismo originario, en cuanto a la preocupación por las personas incriminadas y sus derechos contra la arbitrariedad pública, para Ferrajoli, sigue siendo esencia de la naturaleza garantista en su reformulación teórica, sustentada a su vez en la relación dicotómica de la acusación por el ente público y la persona agresora como parte acusada.

La “igualdad de armas” como base del modelo procesal acusatorio es planteada por el autor bajo la premisa del equilibrio procesal entre quien acusa y quien es acusado; en ningún momento de su trabajo se refiere a la posibilidad de que la víctima sea parte del proceso y, como tal, al equilibrio que supondría una relación procesal tripartita —si así se le pudiera denominar—.

II. El sistema garantista

Con base en sus diez axiomas o principios garantistas, referidos tanto a las garantías penales como a las procesales, Ferrajoli da estructura al sistema garantista —reconstruido—, formulando tres preguntas: ¿cuándo y cómo castigar?, ¿cuándo y cómo prohibir? y ¿cuándo y cómo juzgar?; las razones y argumentos por él desarrollados en su obra²⁴ para dar respuesta a las preguntas planteadas se erigen como la columna vertebral de su sistematización y como base de su teleología.

El cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar, están ligados a los diez axiomas garantistas sistematizados por el autor como base del sistema garantista: los referidos a la pena, al delito y al juicio. Las razones del cuándo y cómo castigar están soportadas en los tres primeros axiomas: *nulla poena sine cri-*

²⁴ Ocupando tres principales apartados en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*; uno referido a la pena: cuándo y cómo castigar; otro al delito: cuándo y cómo prohibir, y otro referido al juicio: cuándo y cómo juzgar. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 353-692.

mine, nullum crimen sine lege y nulla lex (poenalis) sine necessitate; las del cuándo y cómo prohibir en los tres axiomas siguientes: *nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione y nulla actio sine culpa*; y los cuatro últimos axiomas soportan las razones del cuándo y cómo juzgar: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicio sine accusatione, nulla accusatio sine probatione y nulla probatio sine defensione*.

En la lógica de la sistematización garantista, en particular de los principios referidos a la pena, la respuesta al cuándo castigar se liga a los principios de 1) retributividad (*nullum poena sine crimen*) que expresa no el fin sino el criterio de distribución y de aplicación de las penas;²⁵ 2) legalidad²⁶ (*nullum crimine sine lege*), referido a la mera legalidad, en tanto garantía irrenunciable contra el arbitrio punitivo, y a la estricta legalidad “(...) cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén predeterminados por la Ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extralegales, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos”²⁷ y distinguiendo las justificaciones internas —noción exclusivamente formal— de las externas o políticas; esto es, morales, que asocian delito con pecado y antijuridicidad con antisocialidad, como la inmoralidad, la peligrosidad, la anormalidad psicofísica, etcétera.²⁸ La respuesta al cómo castigar, a su vez, se enuncia a través del principio de necesidad y humanidad de las penas (*nulla lex sine necessitate*) y tiene que ver con la calidad y la cantidad de la pena. Las penas —afirma el autor— “(...) deben consistir en hechos desagradables (...) idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente tome la justicia por su mano”;²⁹ pero no puede consistir en un mal de la misma naturaleza e intensidad del delito cometido. Tal noción está ligada —siguiendo al autor— a la concepción taliónica y, por ende, retributiva de la pena.³⁰ Las penas modernas no pueden ser aflicción, deben ser abstractas e iguales; esto es, al margen de las

²⁵ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 368.

²⁶ Otros principios en la fórmula garantista desarrollada por Ferrajoli se relacionan con el principio de legalidad, a saber: la irretroactividad y la prohibición de la analogía que, a su decir, aseguran la certeza del derecho penal mínimo. *Ibid.*, p. 381.

²⁷ *Ibid.*, p. 376.

²⁸ *Ibid.*, pp. 374-376.

²⁹ *Ibid.*, las penas se imponen “(...) contra la voluntad del condenado para prevenir los males mayores que provendrían de las represiones informales y de la repetición de delitos análogos”, p. 393.

³⁰ *Ibid.*, p. 388.

condiciones personales del reo, mesurables y configurables en su aplicación y predeterminables judicial y cuantitativamente.³¹

Respecto de las garantías referidas al delito y a sus elementos constitutivos: resultado, acción y culpabilidad, las razones de cuándo y cómo prohibir se soportan en los principios de lesividad, materialidad y responsabilidad personal. Ferrajoli plantea dos limitaciones a la potestad prohibitiva.³² La primera, fundada en lo que denomina el principio de economía de las prohibiciones, por el que se adhiere a la visión utilitarista clásica de función preventiva de la pena de acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros, esto es, con la tolerancia jurídica de comportamientos no lesivos para terceros; pero no coincide con “(..) la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso peligrosos”.³³ Con su postura de derecho penal mínimo, el autor concibe la intervención punitiva como remedio extremo. Al ligarlo con el principio de necesidad de las penas, Ferrajoli se refiere a los utilitaristas del Iluminismo, como Beccaria, cuando afirma: “Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”.³⁴ La segunda limitación de la potestad punitiva referida por el autor alude a la necesidad de tutela del propio derecho penal de bienes fundamentales no garantizables de otra manera, lo que se explica por la naturaleza del resultado, esto es, la lesividad. La justificación de prohibición de ciertos comportamientos radicaría en el beneficio que supone evitar daños mayores a los costes de las penas mismas; esto es, el impedimento de daños lesivos y reacciones informales que supondrían una mayor violencia; el derecho penal como instrumento de tutela y protección de los más débiles contra actos de los más fuertes; en suma, minimización de la violencia.³⁵

Estas limitaciones prohibitivas pretenden ayudar a la definición de qué prohibir; es decir, qué acciones deben ser consideradas delitos bajo la lógica del daño ocasionado a determinados derechos identificados con bienes a tutelar por el derecho penal. El autor afirma que la fórmula utilitarista conlleva

³¹ *Ibid.*, pp. 389–392.

³² *Ibid.*, pp. 465 y ss.

³³ *Ibid.*, p. 465.

³⁴ *Apud* Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, y en el mismo sentido —afirma— Montesquieu.

³⁵ *Id.*

un riesgo latente bajo el argumento —de justificación externa o política y por tanto valorativa— de la máxima seguridad y no de la mínima restricción necesaria de la libertad, que lleva irremediamente a fórmulas totalitarias que “presuponen tácitamente como dado lo que todavía hay que demostrar”³⁶ por lo que los daños deben ser demostrables. La influencia de la ideología de la defensa social distorsionaría —aún lo hace— la noción del daño material a los intereses individuales, trasladándolos a los intereses del Estado, por lo que los bienes jurídicos a tutelar no serían los de las personas “de carne y hueso”, sino aquellos que expresarían los intereses y la voluntad del Estado; ello supone una noción idealista de los bienes jurídicos.³⁷ En suma, el problema del cuándo y cómo prohibir es cuando encuentra en las fórmulas represivas un asidero totalitario; por ello, en la medida en que los tipos penales protejan bienes jurídicos referidos a valores “pretendidamente” sociales, atemporales y universalmente válidos, se criminalizará a las personas y a su desobediencia a los regímenes despóticos propios de fórmulas inquisitivas de ejercer el poder.

Para el sistema garantista, la respuesta al por qué tipificar ciertos delitos y no otros requiere una argumentación fundada en la necesidad de evitar daños mayores para los intereses y derechos de las personas en lo individual, no garantizables de otra manera y evitando una lesión mayor de otros intereses no estatales para —siguiendo a Kant— hacer compatibles entre sí las libertades de cada persona.³⁸

Finalmente, las garantías instrumentales referidas al juicio, por las que el autor responde al cuándo y cómo juzgar, se sustentan en la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho a la defensa.

El principio de jurisdiccionalidad concibe la jurisdicción como la “(...) actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”;³⁹ en consecuencia, el principio de jurisdiccio-

³⁶ En este sentido Alf Ross, *apud* Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 467.

³⁷ “Esta concepción idealista del bien jurídico —afirma Ferrajoli— suministra la base de la clasificación de los delitos en el código fascista de 1930”, *ibid.*, pp. 468-469.

³⁸ *Ibid.*, p. 467.

³⁹ *Ibid.*, p. 549.

nalidad sustentado en la presunción de inocencia —en la concepción garantista— implica garantías de libertad, verdad y seguridad.

La respuesta al cuándo juzgar se sustenta en el principio acusatorio. Un proceso acusatorio “(...) concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por un juez según su libre convicción”.⁴⁰ Para el autor, la respuesta al cuándo juzgar se concentra en lo que denomina garantías orgánicas, centradas en la imparcialidad del juez y su papel en la relación procesal, en la independencia de los jueces, las formas para su elección y su recusabilidad; y el cómo juzgar se sustenta en las garantías procesales; esto es, en el proceso como garantía de verdad y de libertad, lo que concierne a la carga acusatoria de la prueba, el derecho a la defensa y la contradicción, la publicidad y oralidad del juicio, y la formulación de las pruebas.

II.1. El papel de la víctima en la sistematización garantista

Atendiendo a la sistematización garantista delineada por Luigi Ferrajoli, la relación a equilibrar en la contienda procesal es entre quien acusa y la persona juzgada, y es una relación de derecho público, por lo que los equilibrios deben darse entre la fórmula pública de la acusación y la persona imputada, que suele ser la parte débil de la relación procesal; de ahí la importancia en la fórmula procesal acusatoria de la separación entre el juez y las partes para que este no tome protagonismo en la acusación. Hay una inercia clara, sin embargo, de incorporación de derechos para las víctimas de los delitos en los así denominados modelos procesales acusatorios y de la incorporación de principios que no forman parte de esa esencia y naturaleza garantista, principalmente de naturaleza procesal, por ejemplo: la inderogabilidad del juicio,⁴¹ la obligatoriedad de la acción penal y la indisponibilidad de las situaciones penales. Fórmulas como la discrecionalidad en el ejercicio

⁴⁰ *Ibid.*, p. 564.

⁴¹ Por el que una vez activado el juicio por una acusación que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena, éste no puede ser derogado. La acción penal es una obligación para los entes públicos y un derecho para las personas. En este sentido, Ferrajoli. *Ibid.*, pp. 561 y 570.

de la acción penal y el así definido principio de oportunidad⁴² son contrarios a dicha naturaleza y, a decir del autor, se sujetan a criterios meramente potestativos y, por ende, arbitrarios.⁴³

En suma, la disponibilidad de situaciones penales reflejadas en absoluciones, transacciones, aceptaciones o renunciaciones afecta —a decir Ferrajoli— la igualdad penal “(...) que excluye toda disparidad de tratamiento de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso”;⁴⁴ sin embargo, una vez que se ha incorporado este tipo de fórmulas de origen epistémico diverso —propias de fórmulas del *civil law*—, queda la interrogante de su eventual compatibilidad con el sistema garantista, frente al riesgo de toma de decisiones arbitrarias y potestativas, contrarias a la certidumbre jurídica que le caracteriza y que determina su teleología, amén de las razones que han propiciado una inercia de tal magnitud.

En su obra *Derecho y razón*, Ferrajoli alude a la categoría de víctima para referirse sólo a quienes pudieran ser, han sido o son víctimas de los procesos de incriminación; así, por ejemplo, a aquellas víctimas que engrosan lo que él denomina la cifra negra de la injusticia:

En la que se incluyen: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular —verdadera cifra negra de la injusticia—, de los errores judiciales no reparados.⁴⁵

En el mismo sentido, personas internas víctimas de centros correccionales y de tratamientos terapéuticos “(...) en los que han justificado modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, de aculturación forzada y de manipulación violenta de la personalidad del condenado”.⁴⁶

⁴² A decir de Conde-Pumpido Ferreiro, se trata de una oportunidad reglada en tanto la posibilidad de acogerse a él opera sobre la base de una previsión legal, *apud* Perfecto Ibáñez Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*, p. 71.

⁴³ *Ibid.*, pp. 561-570.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 570.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 274.

También, personas condenadas a pena de muerte; víctimas de la reclusión y de prisión preventiva; víctimas de las prácticas de lo que se ha conocido como el derecho penal de excepción; víctimas de tipos penales imprecisos, entre las principales alusiones. Ninguna alusión a las víctimas del delito.

En suma, al no identificarse a las víctimas de los delitos en las raíces epistémicas del garantismo, estas no forman parte de su naturaleza epistémica, ni de su sistematización y, por ende, tampoco de su teleología. Ello —insisto— no significa que el modelo sea incompatible con el desarrollo de garantías sustanciales e instrumentales para ellas, ni tampoco que no existan razones suficientemente legítimas para su incorporación.

III. Teleología garantista. Las razones de la intervención penal

Limitar el ejercicio del poder sigue siendo desde sus bases epistémicas una de las principales finalidades del garantismo penal, pero en la reconstrucción realizada por Ferrajoli se pueden identificar claras prescripciones, no de cómo el despliegue punitivo es, sino de cómo debería ser.⁴⁷ Como en cualquier disciplina, la epistemología del garantismo determina su teleología; así: “Asegurar (...) el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”, en palabras de Ferrajoli.⁴⁸

Recuperar el carácter garante del derecho penal, tras la inflación punitiva que caracterizó a los modelos punitivos durante la influencia de la ideología de la defensa social, es la razón del ser del sistema garantista en la reconstrucción de Ferrajoli. Sanciones elevadas, un sinfín de tipos penales y modelos procesales basados en la presunción dolosa caracterizaron las fórmulas punitivas durante el siglo XIX y el XX. México no fue la excepción; modelos procesales más inquisitivos que garantes se fundaron en la presunción dolosa por la que la carga de la prueba quedaba del lado de la persona imputada quien, si no podía demostrar su inocencia, estaba a merced de una justicia penal

⁴⁷ “Los axiomas garantistas (...) no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa”. *Ibid.*, p. 92.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 34.

desequilibrada que lo sumiría en procesos de criminalización sesgados que pretendían encontrar en él al delito.

En efecto, encontrar la causa del delito en los así etiquetados delincuentes predisponía juicios de irreversible resolución condenatoria. Recuperar, por tanto, el aspecto garante de los derechos del iluminismo clásico ha sido una de las principales finalidades de los sistemas garantistas; modelo que ha permeado en las reformas a los sistemas de justicia penal en México y en gran parte de los países latinoamericanos.

Fundada en las bases epistémicas y en la sistematización garantista, las razones del derecho penal, bajo la lógica de la racionalidad en la reacción punitiva, estaría definida la teleología garantista; en un ejercicio reduccionista y, con apoyo en lo argumentado en los dos puntos inmediatos anteriores, las principales razones para dar respuestas a las preguntas del cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar, se sustenta la teleología garantista. Sentencias obtenidas en juicios justos donde la equidad procesal y, por ende, la igualdad de armas esté garantizada; sentencias de juicios desplegados por la comisión de conductas necesarias de reprimir por no existir un mecanismo menos lesivo y con la certidumbre de la existencia de sanciones soportadas en razones jurídicas y no extralegales de venganza y represión.

Los fines del derecho penal mínimo expresan de manera contundente la teleología del modelo: la prevención de los delitos y la prevención de las penas informales. La noción utilitarista ligada a la prevención de los delitos ha tenido una doble interpretación; una ligada a la idea del máximo bienestar para la mayoría como en —Beccaria y Bentham—, pero otra legitimadora de autoritarismos, que maximiza el poder punitivo y de pocos o nulos límites al arbitrio punitivo, fundadas en justificaciones externas de venganza y disuasión. Esta segunda noción utilitarista es de la que Ferrajoli se deslinda en su reformulación garantista; para el autor, el fin del derecho penal moderno, para una doctrina de justificación externa, implica “(...) además del máximo bienestar posible para los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados”.⁴⁹ Penas mínimas, pero necesarias para evitar las reacciones privadas que a falta de penas suficientes podrían motivarse; esto es, la limitación de la potestad punitiva estriba en la necesidad de evitar reacciones informales, espontáneas y arbitrarias como las llama Ferrajoli:

⁴⁹ *Ibid.*, p. 332.

Es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito... Este otro mal es la mayor reacción —informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal— que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal.⁵⁰

III.1. La víctima en la teleología garantista

Como se desprende de lo tratado en este punto y lo afirmado en el punto anterior, en la epistemología garantista no se encuentra a la víctima del delito como presupuesto del sistema garantista; en la ideología de la época —origen del derecho penal—, no se desprende interés alguno por el desarrollo de derechos o de un estatus en particular para ella, al contrario; tampoco de la reconstrucción garantista realizada por Ferrajoli hacia finales del siglo XX se muestra preocupación particular por la víctima de los delitos. Ello llevaría a considerar, en principio, que en la naturaleza del garantismo penal, la víctima del delito no tiene un rol determinado, por lo que tampoco lo tendría en su teleología; sin embargo, ello no significa que la teleología del garantismo penal sea incompatible con la consideración de derechos para las víctimas de los delitos; la pretensión teleológica garantista del “máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”, citada líneas atrás, parece idónea para la protección de las víctimas del delito frente a la arbitrariedad del despliegue punitivo que sin duda les afecta.

La racionalidad en el despliegue punitivo para la tutela de las personas contra la arbitrariedad lleva a concebir a las personas imputadas, procesadas y condenadas como eventuales y potenciales víctimas del sistema penal que les incrimina por la eventual y potencial violación a sus derechos humanos en los procesos inculpativos; pero nada obsta que otras personas involucradas frente a dicho sistema también lo sean, como las víctimas de los delitos. Un modelo garantista para la justicia penal pretende proteger y prevenir —tam-

⁵⁰ *Loc. cit.*

bién disminuir— las violaciones a los derechos humanos de estas personas frente a la justicia penal; se trata de la protección de eventuales víctimas de violaciones a los derechos humanos, sin importar su condición de probable responsable de la comisión de un delito. Aunado a ello, se trata de un modelo idóneo para el desarrollo de derechos para las personas imputadas, y ello lo hace también idóneo para el desarrollo de derechos para otras personas involucradas, como las víctimas de los delitos. Esta idoneidad ha motivado que variables propias de otras epistemologías⁵¹ compatibles con la garantista hayan impactado en las reformas identificadas como *acusatorias* en muchos de los procedimientos penales occidentales, en particular los latinoamericanos, como México, que no sería la excepción.

Para Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy: “El garantismo penal se sustenta en tres niveles de garantías: 1) las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, 2) las garantías de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y, 3) las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular”.⁵²

Esta interpretación realizada por los autores en cita habla de las garantías de las víctimas como parte de los fundamentos del garantismo penal; sin embargo, interpreto que más que una finalidad es una consecuencia lógica de un modelo respetuoso —en su diseño— de la dignidad de las personas a las que alcanza el sistema penal en su reacción al delito. La incorporación de derechos para las víctimas de los delitos ha sido un camino para darles progresivo protagonismo en el escenario penal, particularmente en el procedimiento penal, hasta llevarlas a su consideración como parte de él. En un modelo procesal de corte inquisitivo, no importando su grado de mixtura —contenido de derechos para limitar la potestad punitiva—, la posibilidad de garantía de derechos considerados para las víctimas es prácticamente nula, porque un modelo tal no es idóneo para ello; en contrario sentido, en un modelo procesal de corte acusatorio, las posibilidades de garantía de goce y ejercicio de derechos por las víctimas, sea o no vasto su desarrollo en la legislación, es alto.

⁵¹ El abolicionismo penal desarrollado en los Países Bajos en las últimas décadas del siglo XX aboga por la reapropiación del conflicto por la víctima y por cambiar las categorías penales por conceptos como el de reparación; si hay que identificar el origen epistémico de las fórmulas compensatorias y reparatorias, sin duda el abolicionismo penal es una de ellas. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy citan a De Haan, quien propuso las categorías de compensación y reparación como alternativas conceptuales para sustituir las nociones de delito y pena, *op. cit.*, p. 34.

⁵² *Ibid.*, p. 47.

En conclusión, el modelo procesal acusatorio de origen garantista, si bien no está diseñado para el desarrollo y garantía de derechos para las víctimas de los delitos, es una herramienta compatible para ello, que no contradice en nada a la teleología garantista, por el contrario, quizá por esa razón, en la adopción de fórmulas procesales acusatorias en muchos de los países latinoamericanos, se han incorporado derechos para las víctimas de los delitos.

IV. La influencia del garantismo penal en la fórmula punitiva en México. El significado de la inclusión de las víctimas

El quehacer punitivo en México, como el de otros contextos, principalmente los latinoamericanos, es el resultado de un proceso de construcción que ha dado vida a una fórmula punitiva compleja y de difícil caracterización por las múltiples influencias teóricas, pero también por la diversidad de componentes y factores que, en el devenir de las décadas, han influido en las decisiones del cómo, y bajo qué justificaciones, reaccionar institucionalmente al delito desde las instancias del sistema penal. Ello ha ido definiendo políticas de la criminalidad de difícil sistematización y, sobre todo, explicación por su entredicha congruencia interna y validez externa.⁵³

Las razones del quehacer punitivo han buscado —y encontrado— en justificaciones extralegales la legitimación de las políticas de la criminalidad, dejándose de lado la deseable racionalidad de todo modelo punitivo comprometido con la dignidad personal y la garantía de igualdad. Fórmulas punitivas, en consecuencia, que han respondido más a coyunturas extralegales y, por ende, convenientes que a razones verdaderamente importantes como la garantía de derechos para las personas, el respeto irrestricto de su dignidad y la consecución de juicios justos que garanticen su efectivo acceso a la justicia.

IV.1. La reforma 2008 en México y su correspondencia con el sistema garantista

Así declarado, la reforma en materia penal de 2008 en México tuvo un objetivo principal: la adopción de un modelo procesal de corte acusatorio, siguiendo —a mi parecer— la reformulada sistematización garantista de Luigi

⁵³ *Vid.*, notas 8, 9, 10 y 11.

Ferrajoli. La teleología de la reforma como tal es, sin embargo, difícil de descifrar debido a que —como en toda reforma— se adoptaron variables propias de la naturaleza del garantismo, pero también variables de otras tradiciones jurídicas y, por ende, de orígenes epistémicos diversos, como las fórmulas compositivas, y otras más, propias de epistemologías antagónicas como las de la influencia ideológica de la defensa social. Si bien esto ya ha sido señalado con insistencia, el que así haya sucedido sigue generando problemas de difícil solución y, por supuesto, poca eficacia en el despliegue punitivo en el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas frente al sistema penal y en el efectivo acceso a la justicia.

Las garantías de jurisdiccionalidad o instrumentales tienen, en el sistema garantista, una correlación funcional con las garantías referidas a la pena o sustanciales; las garantías sustanciales evitan que los juicios sean arbitrarios y las instrumentales determinan la aplicación o —como lo denomina Ferrajoli— la afirmación de la ley. Para el autor, “la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal”;⁵⁴ por ello, “(..) las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”.⁵⁵ Particular reflexión merece la estructura sistémica garantista que incluye estos dos tipos de garantías —sustanciales e instrumentales— y que, en tanto sistema que es, las hace interdependientes, sobre todo porque la reforma al sistema judicial penal de 2008 en México no tocó las garantías sustanciales referidas a la pena y al delito, fue meramente procesal, y lo mismo ha sucedido en las configuraciones penales de muchos de los países latinoamericanos que han asumido una fórmula procesal acusatoria, pero manteniendo los presupuestos penales —garantías sustanciales— anclados en fórmulas represivas propias de los modelos punitivos de defensa social que desplazan los intereses de las personas por los del Estado mismo. Este problema nos lleva a la pregunta de qué tan eficaz puede ser nuestra tergiversada fórmula garantista en la limitación de las potestades públicas y la subsecuente defensa de las personas frente al arbitrio punitivo si, como lo afirma Ferrajoli, son las garantías sustanciales las que evitan que los juicios sean arbitrarios,⁵⁶ afirmación esta que se constituye en contundente y clara

⁵⁴ *Ibid.*, p. 538.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 537.

⁵⁶ *Loc. cit.*

respuesta. Entonces, ¿qué tan eficaces podrían ser las garantías sustanciales e instrumentales concebidas para las víctimas en un modelo procesal cuya arbitrariedad está más que en entredicho?

La teleología de la reforma de 2008 evidencia incongruencias por la incorporación de fórmulas represivas en una pretendida fórmula procesal de corte garantista; luego, las reminiscencias de defensa social no sólo permanecen en las fórmulas sustantivas penales —hasta hoy poco atendidas para su deseable transición hacia fórmulas menos represivas y arbitrarias—, también se incorporaron fórmulas represivas en esencia como el arraigo y los procedimientos de excepción cuando de criminalidad organizada se trata;⁵⁷ fórmulas incompatibles con las variables garantistas que se asumían y con la naturaleza misma de todo sistema punitivo que se precie de garante.

El modelo punitivo en México muestra un cierto grado de garantismo y hace presumir un proceso de transición hacia su mejor correspondencia con un sistema garantista; en tanto, la teleología de la reforma, motivada por estas incongruencias, tiene objetivos antagónicos por el origen epistémico de pretensiones ancladas, tanto en fórmulas garantistas como de defensa social. Como toda transición, se trata de un proceso en dirección hacia y no de una confrontación entre fórmulas punitivas antagónicas para que unas prevalezcan sobre las otras. Reformas posteriores a esta han ayudado —en su mayoría— en esa progresividad hacia la construcción de un modelo punitivo más garante que represivo, aunque otras —como las que incluyen supuestos punitivos de prevención preventiva oficiosa— de clara regresividad.

IV.2. La víctima en la reforma constitucional

La reforma en cita significó, en congruencia con su pretensión garantista, el incremento de principios y derechos para las personas imputadas, pese a las aludidas fórmulas restrictivas de derechos que también fueron parte de la reforma. La incorporación de derechos de naturaleza adjetiva para las personas imputadas —garantías instrumentales—, en mi interpretación, invita a consi-

⁵⁷ “Otro aspecto relevante de la reforma es el fortalecimiento en la Constitución del régimen especial para la delincuencia organizada: se establecen medidas como las que ya existen en otros países democráticos para enfrentar a los delincuentes peligrosos, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio (...)”. Gobierno Federal, *Justicia penal constitucional de seguridad y justicia*.

derarlas como eventuales y potenciales víctimas de violaciones a sus derechos humanos, por los procesos incriminatorios y sus implicaciones, lo que motiva la obligación de darles un trato de tal naturaleza, siguiendo principios como los contenidos en la LGV.

La reforma también implicó el reconocimiento —en rango constitucional— de más derechos para las víctimas de los delitos, los que en conjunto cobrarían un nuevo sentido con un procedimiento de naturaleza garantista compatible con el desarrollo de derechos para las personas, aun cuando —como se estudió en párrafos previos— la naturaleza del sistema garantista no prevé ni en sus presupuestos ni en su origen epistémico a las víctimas de los delitos. La reforma no fue —ni pretendió ser, me parece— cien por ciento garantista; asumió una serie de variables garantistas y otras tantas de inercias compositivas en las que las víctimas de los delitos toman un papel mucho más protagónico. La compatibilidad de estas fórmulas compositivas —propias de otra tradición jurídica— con los modelos garantistas, si bien parece viable, como se argumentó líneas atrás, a decir de Ferrajoli pone en entredicho la certeza del derecho penal y la tutela de las partes más débiles.⁵⁸ Para el autor, se trata de “(...) elementos que, aun perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son lógicamente esenciales a su modelo teórico”;⁵⁹ las espontáneas y contingentes dinámicas histórico-políticas pueden explicar la presencia de fórmulas no esenciales al modelo teórico garantista, pero al fin incorporadas y, por ende, aceptadas como parte de las fórmulas procesales acusatorias.⁶⁰ Es el caso de la incorporación de derechos para las víctimas de los delitos, con la intención de darles presencia y participación en los procesos penales, lo que ayuda a entender, explicar y también encontrar las razones e implicaciones de su presencia en una fórmula procesal que en su esencia teórica no fue diseñada para ellas.

Incluir derechos para las víctimas de los delitos en México, en gran medida, obedece a la coyuntura histórica que en las últimas décadas hizo más que evidente la gravedad de su exclusión de los asuntos penales no muy diferente a las inercias histórico-políticas vividas en muchos de los países latinoamericanos que han sufrido, como México, el flagelo de la desaparición de personas.

⁵⁸ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 569.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 563.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 564.

A estas razones hay que agregar el número creciente de víctimas y la documentada imposibilidad de atenderlas; una elevada cifra negra de la criminalidad que arroja, desde hace más de una década, un porcentaje que asciende al 93% de víctimas que no denuncia o que, haciéndolo, no encuentra respuesta a su reclamo en sede ministerial, amén de los altos índices de impunidad también documentados respecto de las cifras oficiales.⁶¹

Por las dinámicas históricas y políticas aludidas, y muchas otras no relacionadas en estas líneas, es que se ha motivado un reconocimiento vasto de derechos en diversas leyes y codificaciones posteriores a la citada reforma constitucional de 2008; lo que me lleva a concluir que el modelo punitivo en México no puede menos que constituirse como un modelo de justicia restaurativa. Sin ánimo de profundizar en esta idea en particular ni agotarla —por no ser la esencia de este trabajo—, todo modelo garantista —o que se precie de serlo— aspira, según su teleología y como su nombre lo dice, a garantizar el acceso a la justicia y proteger al más débil de la fuerza punitiva estatal y de los procesos de incriminación; el vasto desarrollo de derechos para las personas que quedan involucradas frente al sistema penal es consistente con tal pretensión. La inclusión de tales derechos para las víctimas de los delitos —como se afirmó— exige reflexión, análisis y desarrollo teórico del cómo debe ser su inclusión, cuál su significado y cuáles sus alcances. Me parece que la teleología no se trastoca; sigue siendo —justo— la protección del más débil frente al arbitrio punitivo, para el caso, además de las personas imputadas, la protección de las víctimas de los delitos, generalmente débiles frente a un sistema penal cuyos procesos inculpativos resultan lesivos también para ellas, ya porque las sobrevictimice, las criminalice y/o —sin duda— porque no las proteja. El derecho de las víctimas de los delitos de acceso pleno a la justicia en equidad y paridad de armas de recuperar su proyecto de vida y reinsertarse socialmente no es diferente a los reconocidos y exigidos para las

⁶¹ La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), documenta desde el 2012 la cifra negra de la criminalidad; esto es, delitos cometidos en los cuales no hubo denuncia o habiéndola no se inició investigación alguna. De 2012 a 2021 —años en los que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) ha realizado la Encuesta—, se ha documentado una cifra negra alrededor del 93%; la última publicada documenta para 2021 un 93.2%. La ENVIPE también documenta las causas por las que las personas víctimas de los delitos no denunciaron, las que en un porcentaje mayor al 60% son atribuibles a las autoridades, ya sea por pérdida de tiempo, por desconfianza, por trámites largos y difíciles, por actitud hostil de la autoridad o por miedo a ser extorsionado.

personas imputadas de delito; se trata de la protección de personas imputadas y de víctimas de los delitos frente a un sistema penal obligado a la garantía de sus derechos por igual. La prioridad de todo sistema restaurativo, como el que, afirmo, pretende ser el mexicano, debe ser las personas antes que las pretensiones punitivas, la consecuente sanción para las personas responsables y la afirmación del derecho que evita las reacciones particulares que dan sentido al quehacer punitivo; deben ser eso, consecuencias deseables de un modelo punitivo centrado en las personas.

V. Los equilibrios procesales. La víctima como parte del proceso penal en México. A manera de conclusión

V.1. El papel de la víctima en los procesos penales de corte acusatorio

Un modelo procesal acusatorio se caracteriza, principalmente, por la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación, y defensa, y la publicidad y oralidad del juicio. A decir de Luigi Ferrajoli, estas características de los modelos procesales acusatorios son identificables tanto a nivel teórico como histórico a diferencia de otros elementos como la discrecionalidad de la acción penal, por ejemplo, que sólo tienen verificación histórica.⁶²

Definir teóricamente el papel de la víctima en un modelo procesal acusatorio es una factura pendiente; no es algo que desarrollara el garantismo, ni que tenga que desarrollar, por no ser esencia de la fórmula garantista. La verificación histórica —a la que alude Ferrajoli— de modelos procesales de corte acusatorio que han integrado variables compositivas y mecanismos alternativos —entre otras fórmulas— para mejorar el acceso a la justicia y a la reparación de las víctimas de los delitos, sin embargo, genera la necesidad del desarrollo de líneas de investigación e hipótesis de trabajo que orienten y den sentido al cómo debe ser el papel de las víctimas de los delitos en el proceso penal acusatorio mexicano, en particular, y del papel de ellas en modelos procesales que, como en México, han asumido tales variables en general.

Si se retoma la idea planteada líneas atrás de que si bien la incorporación de derechos para las víctimas de los delitos en las fórmulas punitivas, y en particular el reconocimiento de derechos —en mayor o menor medida— para

⁶² *Vid.*, nota 58.

ellas en modelos procesales autodefinidos como acusatorios, no es esencia del modelo teórico garantista, pero es compatible con él, merece la pena reflexionar sobre el porqué de tal compatibilidad.

Si se toma el origen epistémico del garantismo —ya reflexionado— y la posterior reformulación realizada y sistematizada por Luigi Ferrajoli, queda claro que el trabajo del autor dejó atrás las fórmulas de origen garantista de influencia ideológica de la defensa social, como las utilitaristas; principalmente aquellas que dieron pie a la cosificación de las personas bajo justificaciones de defensa y utilidad social; fórmulas que se sumaron a toda la inercia de tal influencia ideológica de control de unas personas por otras son pretexto de una insostenible —pero mantenida y llevada a la legislación— superioridad de unas respecto de las otras. El origen epistémico de unas y otras es antagónico y, por ende, metodológicamente incompatible: las de defensa social dan prioridad a la sociedad a costa de las personas y los garantistas priorizan los derechos de las personas por sobre los intereses punitivos públicos. Afirmo, por ello, que en gran medida la ineficacia del sistema penal y la consecuente afectación —lacerante— de los derechos de las personas involucradas frente a él obedecen a la presencia, en el modelo punitivo, de variables de origen epistémico antagónico con teleologías también antagónicas; todo en detrimento del acceso a la justicia para las personas imputadas de delito y para las víctimas de este.

No todas las teorías que explican la criminalidad y la reacción al delito, aun de origen epistémico diverso, tienen teleología antagónica; por ello, muchas de las fórmulas punitivas soportadas en ellas pueden convivir bajo una misma pretensión; se trata de metodologías compatibles, por su origen epistémico también compatible. Es el caso de las teorías que dan prioridad a los derechos de las personas y se construyen en torno a la dignidad humana, aun cuando las formas de su desarrollo impliquen supuestos diversos; para el caso, las garantistas centradas en el respeto de los derechos de las personas imputadas —eventuales y potenciales víctimas del abuso de poder— y la garantía de juicios justos, por la limitación de la potestad punitiva, y las abolicionistas y las realistas de izquierda, que se centran en las víctimas de los delitos. Las dos últimas —como en el caso del garantismo— también han logrado permear en el desarrollo de fórmulas punitivas, principalmente en la tradición anglosajona, pero igual en las de tradición occidental.⁶³ La híbrida-

⁶³ Para autores como Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, se trata de paradigmas críticos que comparten elementos en común: “(...) estos tres ‘grandes’ paradigmas críticos poseen al menos tres

ción entre fórmulas que históricamente habían pertenecido a determinadas tradiciones jurídicas ha ido permeando de manera importante, en las últimas décadas, en las fórmulas jurídicas, y las punitivas no son la excepción.

La confluencia de variables propias de tradiciones y epistemologías diversas, pero de pretensiones análogas, como es el caso de las fórmulas procesales acusatorias cuando incorporan derechos para las víctimas de los delitos y/o técnicas jurídicas que les benefician, no sólo es verificable históricamente, sino que además es viable técnica y metodológicamente en cierta medida; esto es, siempre que no se trastoque la esencia del modelo asumido de manera que se impida la consecución de sus pretensiones. Llevar derechos para las víctimas de los delitos en modelos procesales acusatorios, en este sentido, debe suponer que la pretensión de limitación de la potestad punitiva y la protección de las personas imputadas no se debe —ni se puede— trastocar y que la teleología en esencia garantista encuentre su equivalente cuando de víctimas de delito se trate.

Antes de ahondar en los equilibrios procesales y de sus implicaciones al añadir a la fórmula de la “igualdad de armas” a las víctimas de los delitos como parte procesal, es necesaria una reflexión más: el reconocimiento vasto de derechos, tanto para personas imputadas como para víctimas de los delitos, no puede ser sólo formal; es decir, sólo reconocerse e incorporarse en la ley, pero con pocas posibilidades de materialización. Cobra importancia la postura garantista respecto de la igualdad sustancial que deriva de su argumento sobre democracia sustancial o punto de vista externo; esto es, el de las personas; en el plano sustancial de la igualdad, es relevante el desvalor asignado a las personas por diferencias no identitarias, sino de tipo económico y social, plano por el que las desigualdades deben ser removidas o compensadas:

Con la prescripción de la igualdad formal —afirma Ferrajoli— se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, esto es de

virtudes interesantes: a) representan al menos de forma caricaturesca tres ‘mundos’ bien definidos como lo son los Países Bajos y Escandinavia por un lado, el contexto anglo-americano por otro, y desarrollos como el de Italia o España, en tercer lugar; b) comparten foros permanentes de discusión y formación (...) y c) producen —a distintos niveles— políticas concretas (y no son por lo tanto meros discursos sobre el delito y el control social)”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

sus diferencias personales (...). Con la afirmación de la igualdad sustancial se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible y que, por consiguiente, *no* se debe prescindir del hecho de que son social y económicamente desiguales.⁶⁴

Las personas que entran en contacto con el sistema penal deben experimentar los beneficios que la garantía de sus derechos supone, y ello debe ser empíricamente verificable. Un vasto desarrollo de derechos trae consigo la complejidad de su cumplimiento por los entes obligados, lo que exige la existencia de mecanismos de garantía idóneos y suficientes para la consecución del cúmulo de derechos reconocidos por la ley para todas las personas colocadas en los presupuestos normativos.

V.2. Los equilibrios procesales de las partes intervinientes en el proceso penal en México

La incorporación paulatina de derechos para las víctimas de delitos en la Constitución propiciaría la subsecuente incorporación y ulterior desarrollo de derechos en la legislación secundaria, en particular en el CNPP, en el que se les consagró —entre otros— el derecho a ser parte en el proceso penal. Fórmulas como la coadyuvancia y el derecho a la asesoría jurídica ya desde el fin del siglo XX empezaban a dar cuenta de una intención progresiva de darles participación en los procedimientos penales. En un derecho penal —y su modelo procesal mixto inquisitivo— construido para excluirlos, tales derechos resultaron letra muerta en la mayoría de los casos, pero también interpretaciones sesgadas no correspondidas con la teleología de la incorporación de derechos frente a la justicia penal, por lo que la inercia de dejar la responsabilidad de coadyuvar en ellas, como si fuera una obligación, y la falta de capacidad estructural para garantizarles asesoría serían el común denominador.

Con la incorporación de un modelo procesal acusatorio, los derechos para las víctimas de los delitos cobrarían mayor sentido; la fórmula procesal mixta-inquisitiva excluye, pero la acusatoria es idónea para la garantía de derechos. Si se parte de la premisa de que la fórmula procesal acusatoria es compatible con el desarrollo de derechos para las víctimas —bajo determinados presupuestos—,

⁶⁴ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 907.

la pregunta sería si incorporarlas como parte del proceso y los alcances de su intervención en este, como se prevé en el CNPP, es suficiente para la garantía del cúmulo de derechos reconocidos en la constitución y en la LGV, su efectivo y pleno acceso a la justicia y a la reparación integral de su daño. Reflexión a la que hay que sumar la incertidumbre del desarrollo de un proceso anclado en una cultura más inquisitiva que garante por quienes operan el sistema penal y van dando contenido a los presupuestos de ley.

El presupuesto de un juicio justo para las víctimas de los delitos es la equidad en la contienda y la igualdad de armas para ellas frente al resto de los sujetos procesales; pero, si bien en la esencia del modelo garantista es indispensable la equidad en la contienda entre quien acusa y quien juzga, ¿por qué se requeriría un equilibrio entre quien acusa y la víctima del delito, a quien en principio el órgano de la acusación protege?, y la respuesta inmediata nos lleva al principio de la discusión; por eso, la víctima no tiene un lugar en el sistema garantista y no tendría que requerirlo, pero aquí estamos. Es un hecho que en la fórmula procesal garantista en México a la víctima se le han asignado derechos, y esto es así por las dinámicas particulares que han documentado un sinnúmero de vejaciones y atropellos para ella —como se reflexionó—, incluso a pesar de la incorporación de derechos para su protección y garantía de acceso a la justicia. Las razones histórico-coyunturales de la incorporación de derechos para víctimas de los delitos se explican por sí mismas; son, sin duda, extralegales y, por ende, de legitimación externa, pero no por ello inviables como la misma fórmula garantista lo prevé. Las víctimas de los delitos requieren derechos frente al sistema penal para que su acceso a la justicia sea garantizado.

Los derechos reconocidos y, por tanto, incorporados en el CNPP, en congruencia con los reconocidos constitucionalmente y la legislación de la materia, no han sido eficaces; las estadísticas ya referidas y muchas otras, más el cúmulo de quejas por violaciones a los derechos humanos de las víctimas, dan cuenta de ello; la legislación y sus presupuestos no describen lo que sucede, prescriben lo que debe de suceder, por ello el análisis de los equilibrios procesales y del cómo de su prescripción normativa requiere inevitablemente de un segundo plano de análisis más sustancial y no sólo formal. Análisis que requiere ser pormenorizado y de desarrollo de hipótesis y líneas de investigación que le vayan dando sentido y explicación a lo que sucede, y alternativas formales y sustanciales para la consecución de juicios justos y en equilibrio

tanto para las personas imputadas como para las víctimas de los delitos. Si bien ello excede los parámetros de este trabajo, no por el contrario delinear los presupuestos generales de lo que —a mi juicio— el equilibrio procesal para las víctimas de los delitos debe implicar, según lo hasta ahora reflexionado, sería la principal finalidad.

Bajo esta lógica argumentativa, el equilibrio procesal en una fórmula procesal acusatoria en la que se ha incorporado a la víctima del delito como sujeto procesal y parte en el mismo debe al menos tener en cuenta —a mi juicio respetar— los siguientes presupuestos:

- Un derecho para la víctima no puede afectar o reducir un derecho de la persona imputada ni viceversa.
- Un derecho para la persona imputada en el proceso penal debe tener su equivalente para la víctima de cuando así proceda.
- Los derechos para las víctimas deben eliminar las desventajas sustanciales motivadas por razones sociales, económicas y culturales, y garantizar el acceso pleno a la justicia sin discriminación por razones constitutivas o identitarias
- A ambas partes debe garantizarse en igualdad de condiciones su acceso a la justicia y la consecuente reinserción social a la que tienen derecho.
- La defensa para las víctimas no puede ser menor que la de las personas imputadas
- Así como las personas imputadas, las víctimas de los delitos tampoco pueden ser objeto de intereses punitivos ni pretensiones de utilidad pública, incluso legítimamente de acciones que afecten o reduzcan los derechos del resto de las personas intervinientes.
- Debe garantizarse en todo momento el derecho a decidir de las víctimas en las decisiones procesales que afecten su proyecto de vida.

Estos presupuestos, sólo enunciativos, producto de lo argumentado en este artículo, pueden ser de utilidad para el análisis tanto de la manera en cómo se ha incluido a la víctima en el proceso penal acusatorio en México —o en otros países bajo similares inercias—, como para entender la manera en cómo se está desplegando —y sus resultados— en el día a día del quehacer punitivo.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Baratta, Alessandro. *Criminología y crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.
- Bergalli, Roberto. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona, María Jesús Bosch S.L., 1996.
- Bonesana Beccaría, César. *De los delitos y de las penas*. 6ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1995.
- Bustos Ramírez, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá, Temis, 1983.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 3ª ed. en español, España, Trotta, 1995.
- Ibáñez Andrés, Perfecto. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima y Bogotá, editoriales Palestra y Temis, 2007.
- Lefranc Weegan, Federico César. *Holocausto y dignidad. Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. México, OBIJUS, 2009.
- Moreso, José Juan y Pablo E. Navarro. “Introducción”. *Epistemología jurídica y garantismo*, Luigi Ferrajoli, Fontamara, México, 2004.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 8ª ed. en español, México, Siglo XXI, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, EDIAR, 1998.
- Zaitch, Damián y Ramiro Sagarduy. “La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”. *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 2, Buenos Aires, Universidad del litoral, 1992, pp. 31-51.

Electrónicas

- Gobierno Federal. *Justicia Penal Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*. <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>
- INEGI. “Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública”. (ENVIPE) 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2022/doc/envipe2022_presentacion_nacional.pdf

La sentencia del Amparo Indirecto 355/2021 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la prisión preventiva oficiosa

Juan Antonio Castillo López*

Resumen:

Cuando la Corte realizó el estudio para resolver el juicio de amparo indirecto número 355/2021 respecto de la prisión preventiva oficiosa, retomó los criterios de varios organismos internacionales que han manifestado su desacuerdo para que se siga implementando esa figura jurídica en nuestro país, por transgredir los derechos humanos de presunción de inocencia y el de libertad personal. Para tal efecto, la Corte elaboró una argumentación contraria a los criterios jurisprudenciales vigentes y al artículo primero constitucional, que son explícitos al establecer que si aparece una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá respetar lo que indica el texto constitucional.

Abstract:

When the Court carried out the study to resolve the indirect amparo trial number 355/2021 regarding informal preventive detention, it took up the criteria of several international organizations that have expressed their disagreement with the continued implementation of this legal figure in our country, for violating the human rights of presumption of innocence and personal freedom. For this purpose, he made an argument contrary to the current jurisprudential criteria and the first article of the Constitution, which are explicit in establishing that if an express restriction appears on the exercise of human rights, what is indicated in the constitutional text must be respected.

Sumario: Introducción / I. Marco teórico / II. La averiguación previa / III. La carpeta de investigación / IV. Inconsistencias de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Juicio de Amparo Indirecto en revisión 355/2021 / V. Tesis jurisprudenciales / VI. Opiniones de organismos internacionales / VII. Prisión preventiva, restricción especial / VIII. Presunción de inocencia / IX. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

Para abordar el estudio de la prisión preventiva debemos tener muy presente el marco teórico utilizado por el juez que la impone para comprender sus alcances. Al respecto, existen dos marcos de esta naturaleza. El primero, se aplicaba con la integración de la averiguación previa realizada por el Ministerio Público, que necesariamente debía de cumplir con las características de ser objetiva, minuciosa y metódica, originada en el proceso penal denominado mixto y tradicional que data de la Constitución de 1917. El requisito importante era tener por acreditados el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del indiciado para dictarle el auto de formal prisión. El segundo marco teórico nace con las reformas integrales que proporcionaron las bases para crear el sistema procesal penal acusatorio del 18 de junio de 2008. En este sistema, el Ministerio Público realiza una carpeta de investigación en la que presenta pruebas y argumentos fehacientes, objetivos y minuciosos que expongan de manera motivada y fundada que se cometió un hecho señalado como delito grave sancionado con pena privativa de libertad y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión para imponerle la prisión preventiva justificada o de oficio.

Doctrinariamente, el trabajo ministerial debe ser aportado con estricto apego a derecho y respetando los derechos humanos, las garantías constitucionales y los tratados internacionales, y con fundamento en el artículo primero constitucional, su ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los supuestos y condiciones que la Constitución reconozca. De tal manera que al aparecer una restricción constitucional de carácter especial, como lo es la libertad personal, la presunción de inocencia y el derecho *pro persona*, de forma eminentemente excepcional se deberá dictar la prisión preventiva con fundamento en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional por los delitos ahí enlistados.

Esto fue, en su momento, determinado por criterios jurisprudenciales que indicaban que las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades deben prevalecer sobre la norma convencional sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior. Y que, en este supuesto, los órganos jurisdiccionales no se debían abstener de ejercer sus facultades al impartir justicia, inhibirse de aplicar los principios constitucionales o las restricciones que prevé la Constitución; concediéndole a la norma fundamental

un carácter jerárquico con el resto de los derechos esenciales derivados de los tratados internacionales.

Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el Juicio de Amparo Indirecto 355/2021, al discurrir sobre el planteamiento de la posición jerárquica entre los tratados internacionales y la Constitución federal, en atención a una nueva reflexión e interpretación sistemática y teleológica, sorprendentemente resaltó que no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que todos se integran como un parámetro de regularidad constitucional y, en todo caso, se preferirán aquellos cuyo contenido proteja a su titular en los términos del derecho *pro persona*.

Para ello, recurrió a las opiniones de diversos organismos internacionales que están en desacuerdo con la prisión preventiva oficiosa por transgredir los derechos humanos de libertad y seguridad personal; entre estos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Finalmente, aunque la Corte reconoció que la prisión preventiva oficiosa sí constituye una medida adecuada, sentenció que no es necesaria por existir una regulación constitucional que tiene el mismo grado de idoneidad para garantizar los fines que se persiguen, y que es menos lesiva respecto de los derechos humanos restringidos que afectan de manera muy severa el derecho de la libertad personal y la presunción de inocencia, por lo que resulta desproporcionada e incompatible con el parámetro del control de la regularidad constitucional.

I. Marco teórico

Antes de proceder al análisis de la sentencia pronunciada por la SCJN, en el juicio de amparo indirecto número 355/2021, que alude a la transgresión de los derechos humanos de libertad, presunción de inocencia y derecho *pro persona*, por el dictado de la prisión preventiva oficiosa que emitió el juez de distrito, conviene tener presente el marco teórico que en décadas se viene aplicando para justificar la decisión del juzgador.

En el contexto planteado, se observa que la privación preventiva de la libertad del imputado no es producto únicamente de las reformas integrales que instituyeron las bases del nuevo sistema procesal penal acusatorio, que

fue importado de los Estados Unidos, en el periodo presidencial de Felipe Calderón como parte del programa denominado Iniciativa Mérida, cuya finalidad consistió en desarticular la capacidad de las organizaciones delictivas del narcotráfico,¹ motivo por el cual el expresidente se comprometió, dada la exigencia de los EU para apoyarlo, a realizar reformas legales al aparato judicial penal y las que, una vez implementadas en nuestro sistema jurídico, se les atribuyeron grandes beneficios.

Según se desprende de la información histórica de ese programa en aquel tiempo, varios análisis mostraban que los estados que implementaron estas reformas tenían la capacidad de juzgar casos con mayor eficacia: incrementar el respeto al debido proceso, reducir la sobrepoblación penitenciaria y el retraso en los juicios, proporcionar más servicios para las víctimas de delitos, incrementar la eficacia de la fiscalía, reducir el tiempo de resolución de los procesos y mejorar la coordinación entre investigadores y fiscales; aseverando que se estaban dictando sentencias más largas con menos fallos absolutorios, lo que revelaba que el sistema acusatorio ofrecía el potencial de ser tanto duro con los delitos como protector de los derechos.²

II. La averiguación previa

Empezaremos por exponer que la prisión preventiva ya se aplicaba en México una vez que se integraba la averiguación previa en el proceso penal denominado mixto y tradicional, y desde la Constitución de 1917, en su numeral 16, se precisaban los elementos específicos que se tenían que acreditar para decretar el auto de formal prisión. Este precepto, incluso, prescribía que la autoridad judicial podría expedir si el imputado no se encontraba a disposición del ente ministerial, una orden de aprehensión en virtud de la denuncia o querrela de un hecho señalado como delito y sancionado con pena privativa de libertad, y que también concurrieran argumentos que tuvieran por acreditados el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del indiciado. De 1993 a 1999, se cambió el concepto del cuerpo del delito por el de los elementos del tipo penal para después, una vez más, volver al concepto del cuerpo del delito.

¹ Juan A. Castillo López, “El sistema procesal penal acusatorio mexicano funcionará adecuadamente hasta el año 2024”, pp. 28-30.

² Información histórica. Iniciativa Mérida. Entregas principales al 30 de noviembre de 2012. Embajada de los Estados Unidos, México.

En este sentido, la averiguación previa que perfeccionaba el ente ministerial seguía obligatoriamente un procedimiento sistemático acorde con los instrumentos jurídicos aplicables al caso concreto con la finalidad de allegarse de los datos de convicción apropiados y determinar si ejercitaba la acción penal consignando al imputado ante el juez penal. Dicha indagatoria, para evitar que fuera cuestionada por estimarla endeble y hasta ilegal, tenía invariablemente que ser objetiva, minuciosa y metódica de tal manera que la imputación directa de la víctima u ofendido señalando al perpetrador de la conducta delictiva, la declaración de este, de los testigos bajo protesta de decir verdad, las inspecciones ministeriales, la reconstrucción de hechos, los peritajes, las confrontaciones y los cateos eran algunas de las constancias que la integraban con la finalidad de comprobar el cuerpo del delito; Lo que era posible cuando se demostraran los elementos que integraban la descripción de la conducta o hecho delictuoso prescritos por la ley penal, y se derivaran de la averiguación datos bastantes para tener por acreditada la probable responsabilidad del inculpado, por no existir alguna causa de licitud a su favor.³

Por consiguiente, el pliego de consignación del Ministerio Público contenía la valoración de las pruebas que integraban la indagatoria, el juicio de tipicidad y la demostración de la probable responsabilidad con los que, según Cesar Augusto Osorio y Nieto,⁴ se tendría que analizar y comprobar la condición de imputable del sujeto activo, la forma de culpabilidad, el dolo o la culpa, forma de autoría o participación, no actualización de alguna causa de exclusión del delito o extinción de la responsabilidad penal, para, finalmente, en los puntos resolutorios exponer con claridad y precisión que se ejercitaba la acción penal en contra del probable responsable, y solicitar la orden de aprehensión o comparecencia o, en su caso, la ratificación de la detención para que, siguiendo los trámites correspondientes, le fuera tomada la declaración preparatoria al imputado para que manifestara lo que a su derecho conviniera en su defensa.

Consecuentemente, si el imputado era consignado ante el juez penal, con fundamento en el artículo 19 constitucional, se contaba con un plazo de setenta y dos horas para determinar su situación jurídica; plazo en que el juez, con

³ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 122.

⁴ Cesar A. Osorio y Nieto, *La averiguación previa*, p. 32.

base en sus conocimientos y en las máximas de la experiencia, determinaba en atención a las declaraciones, hechos, personas, cosas, documentos, huellas y todo el caudal probatorio aportado hasta el momento, cual fue la realidad de lo sucedido para formar convicción en su ánimo y resolver lo conducente en el auto de término constitucional. La siguiente tesis así lo ilustra:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, FACULTADES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA LICITUD, VALOR JURÍDICO Y ALCANCE DEMOSTRATIVO DE LAS PRUEBAS⁵

Los medios probatorios tienen una importancia esencial, dado que su función es formar el convencimiento del juzgador sobre la verdad de los hechos objeto del proceso. Así, una vez que el procedimiento ha quedado cumplimentado por haberse aportado y desahogado las pruebas incorporadas al proceso, el juez de la causa, a efecto de resolver la situación jurídica en el auto de término constitucional, acorde con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008), asume una función primordial, pues debe apreciar dicho material y obtener de él las consecuencias legales del caso. Esta operación, conocida como valoración de la prueba, es una actividad intelectual exclusiva de la autoridad responsable al determinar, con base en sus conocimientos de derecho y en las máximas de la experiencia, sobre declaraciones, hechos, personas, cosas, documentos, huellas y lo demás que como prueba se hubiera aportado al proceso, la reconstrucción y representación mental de la realidad de lo sucedido y así obtener la convicción que le permita resolver en el término constitucional. Ahora bien, cuando en el juicio de amparo se estudia si en el dictado de un auto de formal prisión esa valoración se verificó guardando concordancia entre el resultado del probar y la hipótesis o hechos sometidos a demostración en la instancia primigenia, los órganos de control constitucional pueden ponderar la licitud de esas pruebas al igual que su valor jurídico, pues su quehacer judicial conlleva la facultad de examinar que el imputado no sea juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentra al margen de las exigencias constitucionales y legales, lo cual conduce a que sea factible que en la sentencia de amparo se distinga entre

⁵ Tesis Aislada XI.P.5 P (10a.), T.C.C., materia común y penal, registro digital 2011412, Décima Época, libro 29, abril de 2016, t. III, p. 2149.

las pruebas que son eficaces, al cumplir con los elementos dispuestos en la Constitución federal y en el ordenamiento procesal aplicable, y las que resultan ilícitas y, por tanto, ineficaces dentro del proceso. En ese sentido, si en la instancia constitucional se determina la ilicitud de alguna prueba, esta debe considerarse inválida y carente de toda eficacia probatoria, en cuyo supuesto el nuevo juicio de valoración de las pruebas debe reservarse al juzgador responsable para que, a partir de que en la sentencia de amparo se concluyó que hay pruebas ilícitas, determine, con plenitud de jurisdicción, si las restantes que sí superaron ese escrutinio son idóneas y suficientes para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Primer Circuito

Amparo en revisión 141/2015. 19 de noviembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Esparza Alfaro. Secretaria: Martha Río Cortés.

Amparo en revisión 230/2015. 14 de enero de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Esparza Alfaro. Secretaria: Martha Río Cortés.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis destaca la diversa jurisprudencia 1a./J. 74/2009, de rubro: “Auto de formal prisión. Cuando a través del juicio de amparo se combate la falta de debida fundamentación y motivación en la valoración de las pruebas, el órgano de control constitucional debe circunscribirse a la valoración del juicio de prueba llevado a cabo por el juzgador natural”.⁶

Esta tesis se publicó el viernes 8 de abril de 2016 a las 10:08 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Si el auto dictado fuera el de formal prisión, formalmente se expresaba el delito grave que se le atribuía al imputado, así como el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución y los elementos precisados en la averiguación previa que demostraran los antecedentes imprescindibles que comprobaran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Y lo más importante, para que no fuera cuestionado el dictado de este auto, se expresó doctrinariamente que no se estaba privando definitivamente de la libertad al encausado, sino que sólo se le aseguraba en forma preventiva para fines procesales con la

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 51.

finalidad de impedir que se fugara u ocultara y se paralizara la marcha del procedimiento.⁷

No se debe pasar por alto que también al imputado, en aquel entonces, aún le eran concedidas garantías individuales consagradas en el texto de la Constitución que establecían limitaciones al poder estatal en cuanto a la libertad individual se tratara; pero, por la misma naturaleza de ente soberano, podía válidamente limitar esa libertad en beneficio de la sociedad dentro del propio marco constitucional y leyes secundarias aplicables. De tal suerte que, si en opinión del procesado eran rebasadas esas limitaciones, tenía a su disposición instaurar el juicio de amparo indirecto ante un juez de distrito en materia penal para que se le resarciera en el goce de la garantía individual transgredida. Así lo expone la siguiente Tesis jurisprudencial:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN DEBEN OBSERVARSE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO⁸

Este tribunal estableció la jurisprudencia número 439 publicada en la página doscientos cincuenta y seis del Tomo II, Materia Penal del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos noventa y cinco, cuyo rubro y texto reza: “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. PARA DICTARLO NO ES OBLIGATORIO OBSERVAR LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. La obligación de observar las formalidades esenciales del procedimiento es requisito previo para dictar actos privativos de aquellos a los que se contrae el artículo 14 constitucional, entre los que no se encuentran comprendidos los autos de prisión preventiva, dado que los mismos constituyen actos de molestia a los que se refiere el 19 del mismo ordenamiento”.

Ahora bien, en contra de lo sostenido en dicha tesis, tratándose de un auto de formal prisión sí es necesario satisfacer las formalidades esenciales del procedimiento en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo en relación con el artículo 20 constitucional, como es el que deba ser escuchado el inculcado en preparatoria; estar asistido por defensor y aportar pruebas durante el término constitucional en el que se resolverá su situación jurídica, lo que

⁷ Volumen 127-132. Ejecutoria, Sexta Parte, p. 31. Amparo en revisión 440/79. Antonio Fernández Castillero y coags. 10 de octubre de 1979. Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito.

⁸ Tesis Aislada VII.P.99 P, T.C.C., registro 194343, penal, t. IX, abril de 1999, p. 496.

constituye verdaderas formalidades esenciales que deben ser observadas, como aconteció en este caso. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 194 de la Ley de Amparo, se decide de manera unánime interrumpir la obligatoriedad de dicha tesis.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito

Amparo en revisión 497/98. Francisco Vázquez Cantón. 4 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretario: Nicolás Leal Salazar.

Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la jurisprudencia número 439, del propio tribunal, de rubro: Auto de Formal Prisión. Para Dictarlo no es Obligatorio Observar las Formalidades Esenciales del Procedimiento.⁹

III. La carpeta de investigación

El otro marco teórico nace con las reformas integrales que establecen las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio del 18 de junio de 2008. En este sistema, el Ministerio Público, denominado Fiscal, seguirá efectuando las mismas actividades en la investigación de los delitos, pero ya no a través de la Averiguación Previa, sino de la carpeta de investigación en la que surjan datos que determinen que se ha cometido un hecho señalado como delito sancionado con pena privativa de libertad y que además exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, según se desprende del tercer párrafo del artículo 16 constitucional vigente donde se expone:

Artículo 16. (...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).

De tal manera que, como en tiempos pasados, lo será ahora, aunque con menos formalismos y tecnicismos al integrar la carpeta de investigación, por corresponderle a esta institución ministerial cumplir con el mandato consti-

⁹ Publicada en el Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. II, Penal, p. 256.

tucional de indagar objetiva y profesionalmente sobre la perpetración de los delitos en su carácter de representante social. Y lo hará con todo el material, datos, elementos, inspecciones y dictámenes que le sirvan de sustento para consignar al imputado ante un juez penal, denominado juez de control. Eso sí, con estricto apego a derecho y respetando todo tipo de garantías constitucionales, derechos humanos y tratados internacionales mientras no contravengan nuestra norma fundamental en los términos del artículo 1º:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...).

Será el juez de control quien contará, en los términos del primer párrafo del artículo 19 constitucional, con un plazo de 72 horas para determinar sobre la detención del indiciado, dictando ya no un auto de formal prisión, sino uno de vinculación a proceso en el que se expresará el delito que se le imputa, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que indiquen que cometió un hecho que la ley señala como delito y que surja la probabilidad de que efectivamente lo cometió o participó en su comisión.¹⁰

Es el segundo párrafo de este artículo constitucional el que proporciona el fundamento para el otorgamiento de la prisión preventiva. En su primera parte, será el Ministerio Público el que podrá solicitar al juez de control que decrete la prisión preventiva justificada, siempre y cuando las medidas cautelares enlistadas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales¹¹ no sean suficientes para garantizar la presencia del imputado en el juicio; la consecución de la investigación; la protección de la víctima; de los

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de las reformas de 2011, artículo 19.

¹¹ De acuerdo a este numeral, los tipos de medidas cautelares son: La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe. La exhibición de una garantía económica. El embargo de bienes. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte

testigos y de la comunidad, o porque el imputado está siendo procesado o ha sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.¹²

Y en la segunda parte de este párrafo textualmente se expone que el juez de control ordenará la prisión preventiva de oficio en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos, como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Para el 14 de julio de 2011, se incorporó la trata de personas y el 12 de abril de 2019, los delitos de abuso o violencia sexual contra menores, feminicidio, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares y delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del ejército, la armada y la fuerza aérea.¹³

Por consiguiente, desde la instauración del juicio oral adversarial en 2008 y hasta la actualidad, es decir, en más de quince años, se viene aplicando la prisión preventiva justificada a petición del Ministerio Público o la prisión preventiva de oficio por el juez de control cuando se percate de que en la carpeta de investigación se encuentra señalado un delito de los catalogados en el segundo párrafo del citado artículo 19 constitucional, que sea sancionado con pena privativa de libertad y que existan argumentos irrefutables que expongan que se ha instaurado ese hecho con la posibilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

el derecho de defensa; La separación inmediata del domicilio. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral. La colocación de localizadores electrónicos. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga. La prisión preventiva.

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19, segundo párrafo, primera parte.

¹³ *Ibid.*, segunda parte.

IV. Inconsistencias de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio de amparo indirecto en revisión 355/2021¹⁴

En el escrito de agravios del juicio de amparo indirecto en revisión presentado ante la Suprema Corte, los recurrentes manifestaron que el juez de distrito se abstuvo de realizar el análisis de constitucionalidad del artículo 167 del CNPP, referente a la prisión preventiva oficiosa que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe contener un carácter excepcional, y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, con una metodología consecuente con la Convención Americana y con los principios de idoneidad y necesidad, además de ser fundada y motivada.

Asimismo, los recurrentes reconocieron que el artículo 19 constitucional ciertamente establece los requisitos para que sea procedente la prisión preventiva oficiosa y que, además, en correspondencia con la contradicción de tesis 293/2011 emitida por el Tribunal Pleno de la Corte, al existir una restricción constitucional como es el caso de la libertad personal, deberá prevalecer la disposición derivada del texto constitucional. Sin embargo, desde su particular punto de vista, dicha interpretación es contraria a lo que establece el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución por haber elevado a rango constitucional los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Con base en esta argumentación, declararon que la interpretación que proponían no desconoce el artículo 19 constitucional, sino que se encuentra armonizado con el artículo 7.3 de la Convención Americana y la interpretación que igualmente ha sostenido la Corte Interamericana al privilegiar el contenido *prima facie* del derecho a la libertad. Y vuelven a reconocer que sólo puede ser restringido cuando la imposición de la prisión preventiva sea proporcional, ya que al ser dictada sin un estudio previo sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad es inconveniente de conformidad con el principio *pro persona*.

Estas afirmaciones de los recurrentes resultaban suficientes para confirmar la resolución del juez de distrito si la Corte hubiese respetado los argumentos doctrinales, legales y jurisprudenciales aplicables desde el surgimiento del

¹⁴ Sentencia de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* en el Juicio de Amparo Indirecto en revisión 355/2021.

nuevo sistema penal adversarial. Es más, desde prácticamente la vigencia de la Constitución de 1917, por los siguientes motivos:

Primero, por ser al juez de control que le corresponde emitir la prisión preventiva oficiosa cuando en la carpeta de investigación se impute un delito de los enlistados en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, y que sea sancionado con la pena privativa de libertad.

Segundo, y lo más importante, es que existan argumentos fehacientes, objetivos, minuciosos, razonables y científicos que demuestren que se ha instaurado ese hecho con la posibilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, con fundamento en el tercer párrafo del artículo 16 constitucional.

Tercero, que el juzgador tendrá que motivar y fundamentar su decisión, y lo hará con todas las constancias que integran la carpeta de investigación y con los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto con estricto apego a derecho, respetando las garantías constitucionales, los derechos humanos y tratados internacionales, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los supuestos y condiciones que la Constitución reconozca, por así decretarlo el artículo 1º constitucional. Otorgándole a la Constitución un nivel de jerarquía sobre cualquier otro instrumento jurídico.

Cuarto, que, al derivarse una restricción constitucional de carácter especial, por ejemplo, el de la libertad personal, como lo expusieron los recurrentes, y a la presunción de inocencia, de manera eminentemente excepcional se deberá dictar la prisión preventiva en los delitos que merezcan pena privativa de libertad, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 18 de la Constitución y con el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esta sea proporcional.

Consecuentemente, con estos argumentos se demuestra que la prisión preventiva oficiosa no se impone de forma automática, arbitraria o ilegal como muchos lo quieren sostener, ni tampoco se omitió en su dictado, por parte del juez de control, haber realizado un estudio serio sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, según lo dispone la Convención Americana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al valorar estos supuestos legales para su procedencia; además, con la demostración imprescindible de los

presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación del imputado a ese hecho.

Sin embargo, la Corte prefirió hacer un estudio a todas luces inconsistente para justificar su opinión que en torno a la prisión preventiva oficiosa ya había anunciado, pretendiendo, junto con la corriente que exige derogar esta figura jurídica del texto constitucional, lograr su objetivo. Esta corriente, o sector, alude a que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa transgrede el derecho humano de la presunción de inocencia y, por ende, es discordante con las características que actualmente se reconocen en el proceso penal de ser garantista y protector de los derechos del imputado; argumento que respaldan con la perspectiva de Luigi Ferrajoli al manifestar que, la privatización de la libertad al imputado, por la sola presunción de peligrosidad basada en la sospecha del delito cometido, equivale más bien a una presunción de culpabilidad y en la aplicación de una condena anticipada.¹⁵

Aun así, la Corte se dio cuenta de que en el caso puesto a su disposición una simple resolución, que aunque fuera votada por ocho ministros y creara un precedente jurisprudencial, no podría conseguir que el artículo 19 constitucional, que hace procedente la prisión preventiva oficiosa, fuera decretado como inconstitucional, ya que estaría invadiendo la competencia del único órgano que está facultado para modificar, reformar o incluso derogar ese precepto constitucional, que es el Congreso de la Unión, en los términos del artículo 135 de la Constitución a través del voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes y que sea aprobada por la mayoría de los estados y de la Ciudad de México; por lo que se tuvo que conformar con declarar que es el artículo 167, párrafo tercero, del CNPP, el que soportaría la decisión de ser inconstitucional para los efectos de resolver el recurso de revisión, pero nada más, porque su sentencia no fue votada por los ocho ministros para generar un precedente jurisprudencial que de otra manera hubiese sido de observancia general para todas las autoridades jurisdiccionales.

Cabe advertir incluso que este precepto 167, párrafo tercero, de carácter secundario, ni siquiera fue considerado en la audiencia inicial por el juez de control, pero que la Corte, en suplencia de la deficiencia de la queja, sostuvo que sí se aplicó debido a que se actualizó el supuesto normativo que reproduce

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 551-553, *apud* Rodrigo Rivera Morales, *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*, p. 62.

lo establecido por el segundo párrafo, segunda parte, del artículo 19 constitucional, motivo por el cual se vio en la necesidad de analizar este artículo constitucional.

V. Tesis jurisprudenciales

La SCJN retomó en su sentencia la contradicción de tesis 293/2011 por lo que se refiere única y exclusivamente al planteamiento que versa sobre la posición jerárquica entre los tratados internacionales y la Constitución federal para resaltar que las normas sobre derechos humanos prescritos en ambos instrumentos jurídicos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que todos se integran como un parámetro de regularidad constitucional y en todo caso se preferirán aquellos cuyo contenido proteja a su titular en los términos del derecho *pro persona*. Con esto, la Corte ya dejaba entrever por donde iba a orientar la resolución del recurso de revisión, menospreciando el criterio jurisprudencial, derivado de la misma contradicción de tesis 293/2011, que indicaba textualmente que las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior.¹⁶

En este mismo sentido, otra jurisprudencia más explícita reiteraba el predominio de las restricciones constitucionales aun cuando la reforma al artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011 implicó un cambio en nuestro sistema jurídico con los tratados de derechos humanos en cuanto a la interpretación que más favoreciera a la persona, es decir, al principio *pro persona*, por lo que seguía instando a los órganos jurisdiccionales para que no se abstuvieran de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que las venían desempeñando antes de la citada reforma ni se inhibieran de aplicar los diversos principios constitucionales y legales o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que, de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función. La jurisprudencia de mérito establece:

¹⁶ Tesis 2a./J. 163/2017 (10a.), Registro 2015828, Constitucional, Común, Décima Época, Libro 49, t. I, diciembre de 2017, p. 487. Bajo el rubro RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL¹⁷

Si bien la reforma al artículo 1° de la Constitución federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional —principio *pro persona* o *pro homine*—, ello no significa que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, esta se aplique sin que tal circunstancia signifique que al ejercer tal función jurisdiccional dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales —legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada— o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que, de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función:

Amparo directo en revisión 1131/2012. Anastacio Zaragoza Rojas y otros. 5 de septiembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan José Ruiz Carreón.

Amparo directo en revisión 2897/2013. Jorge Martín Santana. 9 de octubre de 2013. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Luis María Aguilar Morales, Alberto Pérez Dayán, Margarita Beatriz Luna Ramos y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

¹⁷ Tesis 2a./J. 56/2014 (10a.), Registro 2006485, Constitucional, Décima Época, Libro 6, t. II, mayo de 2014, p. 772.

Amparo directo en revisión 3538/2013. Arturo Tomás González Páez. 21 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Luis María Aguilar Morales, Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Amparo directo en revisión 4054/2013. Bruno Violante Durán. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo directo en revisión 32/2014. Crisvisa La Viga, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Irma Gómez Rodríguez. Tesis de jurisprudencia 56/2014 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de abril de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de mayo de 2014 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 26 de mayo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

En este tenor, tampoco le importó que otro criterio jurisprudencial, el número 20/2014 dictado por el Pleno, había determinado sobre el particular dos cuestiones. En primer lugar, reiteró que los derechos humanos contenidos en los tratados y la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, sino que la supremacía constitucional se predica en todos ellos debido a que forman parte de un solo conjunto normativo; y, en segundo lugar, expuso que, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, cuando aparezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá de respetar lo que indica el texto constitucional.

De lo aludido en la segunda cuestión, ya se había interpretado jurídica y doctrinalmente que la restricción o suspensión a la que se refería el citado artículo 1º de la Constitución sería a los derechos de libertad y presunción de inocencia en atención a que el artículo 18 constitucional permitía de manera eminentemente excepcional la prisión preventiva en los delitos que merecieran

ran pena privativa de libertad y que, en concordancia con el artículo 19, segundo párrafo constitucional, el Ministerio Público podría solicitar la prisión preventiva justificada y el juez, en el ámbito de su competencia, ordenar la prisión preventiva oficiosa en los delitos que, por su gravedad, enlista este dispositivo.

Implícitamente, se reconocía que la Norma Fundamental efectivamente tiene un carácter jerárquico con el resto de los derechos esenciales derivados de los tratados internacionales y que si bien fueron aceptados fue con la finalidad de extender un mejor catálogo, pero a sabiendas de que ninguno de estos derechos pondría en entredicho lo prescrito por la Constitución porque con ello México protege su autonomía, independencia y libre autodeterminación, motivo por el cual no deberá ser dócil a intervencionismos provenientes del exterior, auspiciados por una Suprema Corte servil y conservadora.

Por eso es que, al resolver el recurso de revisión, sorprendentemente la Corte se separó en forma parcial de esta ejecutoría aludiendo que la última parte del párrafo primero del artículo 1º constitucional no se refiere a cualquier tipo de restricción o suspensión de los derechos humanos, sino que, en atención a una nueva reflexión e interpretación sistemática y teleológica, llegó a la conclusión de que el precepto constitucional en mención se refiere a los derechos humanos que regula ¡el artículo 29 constitucional!

Sí, ¡así lo refirió!, buscando desvirtuar, desgastar y minimizar la interpretación y alcance que ya se les había otorgado a los conceptos de restricción o suspensión (de la libertad y presunción de inocencia), condicionados en el artículo primero constitucional, para imponerse en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución estableciera (prisión preventiva oficiosa y justificada), pretendiendo destruir su contenido jurídico al haber encontrado en el artículo 29 los conceptos literales de “restricción” y “suspensión” del ejercicio de los derechos y las garantías, que serían utilizados cuando fuesen un obstáculo para hacer frente, rápida y eficazmente a la situación de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que pusiera a la sociedad en grave peligro o conflicto.

Con este inconsistente y extraviado argumento, la Corte quería dejar intocada la teoría de que todos los derechos humanos de fuente nacional como internacional forman parte del parámetro de regularidad constitucional. De tal suerte que, al concurrir una restricción específica a uno de estos derechos,

instaba a las autoridades judiciales a examinarla a la luz de los principios *pro persona* y proporcionalidad para determinar si se aplicaba o limitaba y no afectar otros derechos humanos; pero sin saber si la determinación del recurso de revisión iba a forjar un precedente jurisprudencial, lo que era únicamente factible con el voto de un mínimo de ocho ministros para que todas las autoridades jurisdiccionales la acataran, lo que no sucedió. Y si lo anterior no acontecía, manifestó que se arrogaba la facultad exclusiva por poderosas razones constitucionales de seguridad jurídica para que el Pleno se pronuncie sobre la proporcionalidad de las restricciones constitucionales a los derechos humanos e inaplicarlas excepcionalmente hasta que fije precedente legal y jurisprudencial que vincule a todas las autoridades judiciales del país y, de esta manera, se dote de certeza y estabilidad al parámetro de regularidad constitucional.

Es decir, que haciendo a un lado la contradicción de tesis 293/2011, el criterio jurisprudencial 20/2014 y la jurisprudencia 56/2014, que prescriben que al aparecer una restricción constitucional debe prevalecer el criterio expreso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los casos y bajo las condiciones que tenga a bien establecer. Formula una nueva interpretación que denomina sistemática y teleológica para darle mayor importancia al principio *pro persona* y garantizarle la protección más amplia que en derecho proceda y con ello, a su parecer, prohibir que se anulen o restrinjan derechos humanos que hagan nugatorios los principios o postulados de inviolabilidad, autonomía, dignidad personal e igualdad entre las partes.

Sólo que una Corte que cambia de criterio, apartándose de los lineamientos legales, doctrinarios y jurisprudenciales previamente establecidos, vigentes y aplicables, aportando otros completamente diferentes y hasta contradictorios por no ser de mero matiz o simplemente aclaratorios de los ya concebidos, sino creados para destruirlos, es una Corte que bien se podría calificar como insensata. Efectivamente, bajo ninguna circunstancia es comprensible que si en quince años a partir de las reformas del 2008, en que ya se venía aplicando la prisión preventiva aun y cuando ya operaban los principios de libertad, *pro persona* y presunción de inocencia, ahora quiera reconocer tal extravío.

VI. Opiniones de organismos internacionales

Para darle coherencia a su nuevo, pero inconsistente razonamiento, la Corte aún hizo relación de lo que han expuesto organismos internacionales: de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que ha insistido en que la prisión preventiva debe ser una medida cautelar y no punitiva, dirigida a lograr fines legítimos y razonables, ya que de ninguna manera puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos. Del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, resaltó su manifestación en que la prisión preventiva oficiosa no cumple con los requisitos contenidos en los artículos 9° y 14 del Pacto, recomendado al Estado mexicano eliminar la prisión preventiva oficiosa de la legislación y en la práctica.

El Comité contra la Tortura, autorizado por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, recomendó al Estado enmendar o derogar los preceptos constitucionales que disponen la prisión preventiva obligatoria para ciertos delitos. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas expresó su preocupación porque se expandieran las bases jurídicas para un mayor uso de la prisión preventiva oficiosa en México, cuando tal práctica ya había sido identificada como contraria a los Derechos Humanos de libertad y seguridad personal. Expuso en su Opinión 1/2018 que el artículo 19 de la Constitución federal es contrario al artículo 9°, párrafo tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a la prisión preventiva oficiosa, y que tal situación violaba el estándar internacional de derechos humanos; por tanto, solicitó su derogación. A esta opinión también se adhirió el Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

VII. Prisión preventiva, restricción especial

Así, en su endeble estudio, el más alto tribunal llegó a la conclusión de que la prisión preventiva oficiosa regulada en el párrafo segundo, segunda parte del artículo 19 Constitucional, no se refiere a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos humanos que invoca la última parte del párrafo primero del artículo 1°, en concordancia con el artículo 29, ambos de la Constitución, pero sí reconoció que se trata de una restricción de carácter especial que la Constitución impone a los principios de libertad y presunción de inocencia.

Al respecto, estamos de acuerdo en que la restricción o suspensión de derechos humanos nada tienen que ver con el artículo 29, pero definitivamente sí con el artículo 1º constitucional, que viene a ser el fundamento jurídico para que estos derechos, ya sean el de libertad, presunción de inocencia y derecho *pro persona*, se puedan restringir o suspender en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece. Esos casos y condiciones hacen alusión precisamente a la perpetración de delitos graves que permiten el pronunciamiento de la prisión preventiva oficiosa, o bien el dictado de la prisión preventiva justificada.

VIII. Presunción de inocencia

Aun y con el reconocimiento de estar en presencia de una restricción de carácter especial, la Corte siguió enaltecendo en su sentencia el principio de presunción de inocencia, exaltando que en el sistema penal acusatorio del 18 de junio de 2008 se adoptó una visión de excepcionalidad de la prisión preventiva que parte de la idea de que las personas tienen derecho a enfrentar su procedimiento penal en libertad y que sólo excepcionalmente podrán quedar sujetos a prisión preventiva restringiendo su procedencia a los principios de subsidiaridad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Enfatizó, refiriéndose sin duda alguna a la prisión preventiva justificada, que esta medida cautelar únicamente procederá cuando ninguna otra sea suficiente para lograr la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, testigos y comunidad; y, por lo que respecta a la prisión preventiva oficiosa, simplemente bastaría con acreditar el supuesto material del delito grave imputado tal y como se realiza en la actualidad.

Al respecto, el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución, prescribe la presunción de inocencia como derecho subjetivo del imputado ante la realización de cualquier delito, y cumplirá con su objetivo hasta que exista prueba en contrario y que además sea declarada su responsabilidad por un juzgador mediante sentencia pasada por la autoridad de cosa juzgada. Es precisamente con este fundamento jurídico con el que una gran cantidad de investigadores, litigantes e instituciones nacionales e internacionales en defensa de los derechos humanos han declarado que en aras de la presunción de

inocencia no se le debe dictar al imputado la prisión preventiva justificada, ni mucho menos la oficiosa, por tratarse claramente de una condena anticipada emitida por el juzgador. Esto, sin duda alguna, se debe a que estas personas e instituciones, entre ellas la SCJN, han equiparado el principio de presunción de inocencia con la libertad del inculpaado.

Afortunadamente, este silogismo no repercutirá en la Norma Fundamental y simplemente se le debe conceder el tratamiento y valor de un argumento doctrinario, incluso legal, pero con tintes políticos —porque, quiérase o no, y a pesar de todas las opiniones en pro de la erradicación de la prisión preventiva en el texto constitucional, el Estado mexicano, en atención a su política de orden criminal, se ha negado rotundamente a satisfacer tales pretensiones—, sencillamente porque el combate a la inseguridad en nuestro país así lo exige. Diariamente se conocen casos de personas asesinadas por doquier encontradas en fosas clandestinas, en parajes solitarios y en bolsas de basura, feminicidios, violaciones a menores, extorsiones, secuestros, robo a mano armada a transeúntes, en transporte público, en comercios, a vehículos, a casa habitación, a hidrocarburos. Y ahora, así de un plumazo, se intenta convencer a las autoridades, víctimas, ofendidos y sociedad que el sujeto activo goza de un principio que se denomina “presunción de inocencia”, que es un derecho humano que por ningún motivo se puede transgredir, por lo que irremediablemente deberá seguir su juicio en libertad.

Finalmente, la Corte acabó por sentenciar que pese a que el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, respecto a la prisión preventiva, constituye una medida adecuada, la misma no resulta necesaria por existir también una regulación constitucional que tiene el mismo grado de idoneidad para garantizar los fines que se persiguen y que resulta menos lesiva en relación con los derechos humanos restringidos por la prisión preventiva oficiosa, afirmando que este tipo de prisión preventiva constituye una restricción constitucional que afecta de manera muy severa el derecho de la libertad personal y la presunción de inocencia, impidiendo la valoración de medidas cautelares alternativas menos restrictivas, por lo que llegó a la conclusión de que no supera un análisis de necesidad y decretó que dicha restricción es desproporcionada e incompatible con el parámetro del control de la regularidad constitucional.

Por consiguiente, estableció que la regla constitucional contenida en el artículo 19, segundo párrafo, no debe ser aplicada en el juicio de amparo indirecto.

to, pero al no poder declarar que ese precepto constitucional sería calificado como inconstitucional por no tener facultades para hacerlo, lo que sí resolvió fue declarar que el artículo 167, párrafo tercero, del CNPP es inconstitucional tan solo por replicar el contenido del artículo 19 en comento; por consiguiente, el sentido de su fallo fue revocar la sentencia recurrida y conceder el Amparo de la Justicia de la Unión a los quejosos, pero sin otorgarles su libertad, sino con el único modesto efecto de convocar a las partes a una audiencia de revisión de medidas cautelares sin que se pueda imponer la de prisión preventiva oficiosa.

IX. Conclusiones

Como es de observarse, al resolver el recurso de revisión del juicio de amparo indirecto 355/2021 en torno a la prisión preventiva oficiosa, la SCJN hizo valer en su sentencia los argumentos de diversos organismos y tratados internacionales, además de las opiniones de la corriente conservadora que prevalece en nuestro país, debido a que, desde su particular punto de vista, transgrede los derechos humanos de la presunción de inocencia, derecho *pro persona* y el de la libertad personal, por lo que solicitan, y hasta acaloradamente, sea derogada del texto constitucional.

En un esfuerzo por satisfacer este pedimento, la Corte realizó una serie de argumentos inconsistentes e inoperantes en nuestro sistema jurídico con la única finalidad de mermar el alcance y valor de preceptos constitucionales, criterios jurisprudenciales y doctrinarios que fueron en su momento plenamente reconocidos y aplicados, incluso hasta la actualidad, en relación con la prisión preventiva oficiosa y la justificada. Quiso poner en entredicho las prescripciones constitucionales derivadas del artículo 1º, en relación con el artículo 19, párrafo segundo, segunda parte, aduciendo que no se desprendía de su contenido una restricción constitucional para dictar la prisión preventiva, ya que, en atención a una nueva reflexión e interpretación sistemática y teleológica, llegó a la conclusión de que el artículo 1º se refiere a los derechos humanos regulados por el artículo 29 constitucional.

Asimismo, vislumbró que la aparente contradicción de la restricción constitucional que permite el dictado de la prisión preventiva y los tratados internacionales que la niega para darle mayor trascendencia al derecho *pro*

persona provenía en tener que resolver si ambos instrumentos se relacionan entre sí en términos jerárquicos o se integran como un parámetro de regularidad constitucional, inclinándose por esta segunda opción proveniente de un argumento ciertamente aislado de la tesis jurisprudencial en contradicción 293/2011, instando en lo sucesivo a las autoridades jurisdiccionales para darle mayor importancia al principio *pro persona*, expuso, por poderosas razones constitucionales de seguridad jurídica.

Finalmente, sus intenciones no rindieron los frutos que esperaban debido a la prescripción clara y precisa de los artículos 1º y 19, párrafo segundo, segunda parte, de la Constitución, en relación con los criterios jurisprudenciales 293/2011, 20/2014 y 56/2014 que simple y sencillamente ordenan que, al aparecer, una restricción al ejercicio de los derechos humanos tiene que respetar lo que prevé la norma fundamental.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Castillo López, Juan Antonio. “El sistema procesal penal acusatorio mexicano funcionará adecuadamente hasta el año 2024”. *Alegatos Coyuntural*, Núm. 5/6, junio-septiembre, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 2016, pp. 28-39.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. *La averiguación previa*. 17a. ed., México, Porrúa, 2007.

Rivera Morales, Rodrigo. *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*. México, Flores editor, 2016.

Electrónicas

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Juicio de Amparo Indirecto en revisión 355/2021. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/Proyecto/AR355_2021PLVP.PDF Ed. Flores, 2016.

Hemerográficas

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tesis jurisprudenciales

Información histórica. Iniciativa Mérida. Entregas principales al 30 de noviembre de 2012. Embajada de los Estados Unidos, México.

Legislación

- AUTO DE FORMAL PRISIÓN DEBEN OBSERVARSE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. Tesis Aislada VII.P.99 P. Registro 194343, Penal, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999.
- AUTO DE FORMAL PRISIÓN, FACULTADES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA LICITUD, VALOR JURÍDICO Y ALCANCE DEMOSTRATIVO DE LAS PRUEBAS, Tesis Aislada XI.P.5 P (10a.). Registro 2011412, Común, Penal, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, t. III, abril de 2016.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 28 de enero de 2005.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado el 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de abril de 2023.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; antes de las reformas de 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 06 de junio de 2023.
- PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Tesis Jurisprudencial 2a./J. 56/2014 (10a.), Registro 2006485, Constitucional, Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 6, t. II, Mayo de 2014.
- RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Tesis Jurisprudencial 2a./J. 163/2017 (10a.), Registro 2015828, Constitucional, Común, Segunda Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, t. I, diciembre de 2017.

Elaboración del derecho. Derecho económico y derecho de la economía

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

El artículo está orientado al análisis de la problemática que se presenta al buscar incluir los derechos emergentes en las divisiones tradicionales de derecho público y derecho privado, así como en el derecho social. Para ello, se revisan los elementos jurídicos, sociales, políticos y económicos que intervienen en la elaboración del derecho. Con base en la tesis de que el derecho no es totalmente autónomo ni neutral, se elabora un estudio de la relación entre derecho, Estado y poder. Estas reflexiones se enfocan en distinguir las características entre el derecho económico y el derecho de la economía con la finalidad de establecer sus diferencias y su influencia en la regulación de la economía.

Abstract:

This article is aimed at analyzing the problems that arise when seeking to include emerging rights in the traditional divisions of public law and private law, as well as in social law. To do this, the legal, social, political and economic elements that intervene in the development of law are reviewed. Based on the thesis that law is not totally autonomous or neutral, a study of the relationship between law, State and power is prepared. These reflections focus on distinguishing the characteristics of economic law and the law of the economy in order to establish the differences between these two conceptions of law and their impact on the regulation of the economy.

Sumario: Introducción / I. Elaboración del derecho / II. Estado, derecho y poder / III. El derecho económico como nuevo orden jurídico / IV. Derecho económico y derecho de la economía / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

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

Introducción

El objetivo del presente estudio se enfoca en analizar los obstáculos que se presentan en la incorporación de los derechos emergentes (derecho económico, derecho de la economía, derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la seguridad social, derecho ecológico o derecho ambiental) al sistema jurídico. No obstante, nuestro estudio se enfoca de manera específica en las vicisitudes¹ del derecho económico y el derecho de la economía.

Los derechos emergentes surgen como respuesta a los cambios económicos, políticos y sociales ante los cuales el derecho tradicional se ve rebasado. La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales, así como del ordenamiento jurídico positivo. Desde el enfoque dinámico del derecho, este debe adecuarse a los cambios sociales, políticos y económicos.

De ahí que el estudio del origen, clasificación, evolución e incorporación institucional del derecho económico y del derecho de la economía se elabora con base a los métodos histórico, retrospectivo, prospectivo y de derecho comparado. Como el derecho no puede pensarse con independencia de su contenido, el método adecuado para su conocimiento debe ser el método histórico que trate de captar la sustancia de las nociones jurídicas.

El análisis de su incorporación al sistema jurídico implica una reflexión en torno a su fundamento o justificación desde las fuentes formales y las reales del derecho. El estudio de estas fuentes está vinculado con el tema de la elaboración o creación del derecho.

Desde la perspectiva de la interrelación entre el Estado y el derecho, Estado y poder son nociones que se interrelacionan necesariamente, pues derecho y Estado, norma jurídica y poder político son, a fin de cuentas, como decía Bobbio, “dos caras de la misma moneda”. Asimismo, considerando que, en la realidad social, la relación entre derecho y política es estrecha, el derecho se considera como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio. Por tanto, en la búsqueda de explicar

¹ Esta expresión la retomamos de uno de los estudios emblemáticos sobre el derecho económico “Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917”, elaborado por el jurista Héctor Cuadra Moreno.

el origen y desarrollo de las concepciones del derecho económico y el derecho de la economía, el análisis de la interrelación entre derecho, Estado y poder es fundamental.

La presencia, en la actualidad, en el ámbito académico y profesional, así como en la doctrina jurídica de dos disciplinas de estudio del derecho, el derecho económico y el derecho de la economía, las que, de acuerdo con su objeto y fines, podemos considerar opuestas y contradictorias, plantea el análisis de su proceso de elaboración-creación, origen y evolución, así como el de su incorporación en el ordenamiento jurídico y del lugar que ocupan en la doctrina jurídica.

Es innegable que la incorporación de los principios esenciales del derecho económico (intervención del Estado en la economía, regulación de la economía, democracia económica, etcétera) en el ordenamiento jurídico mexicano está vinculada directamente a la transición del Estado liberal (Estado restringido) al Estado social (Estado ampliado). La Constitución mexicana de 1917 expresa los cambios jurídicos que postulan los principios del Estado social de derecho, que buscan eliminar los privilegios del capital privado, esto es, limitar las ambiciones de la inversión privada.

Un ejemplo emblemático de estos cambios es lo realizado en el artículo 3º, que instituye la democracia económica, pues en uno de los criterios establecidos para el sistema educativo, se señala en los incisos de la fracción II que: a) Será democrático, considerando la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; b) será nacional, en cuanto —sin hostilidades ni exclusivismos— atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura.

En los artículos 3º, 27, 28 y 123 de la Constitución de 1917, se vislumbran los antecedentes del derecho económico mexicano, que paulatinamente se fueron incorporando a nuestro sistema jurídico, y que encuentran su máxima expresión en la década de los años ochenta del siglo pasado con las reformas de los artículos 25 y 26 que, conjuntamente con los artículos 27 y 28, constituyen lo que ha sido calificado como el capítulo económico de la Constitución, con el cual los principios esenciales del derecho económico adquirirían rango constitucional.

Ahora bien, los conceptos de derecho económico y de derecho de la economía en el origen y evolución de este derecho emergente en las primeras décadas del siglo XX son expresiones que fueron utilizadas como intercambiables para hacer referencia a la relación entre el derecho y la economía, mientras se ubicaba a este derecho dentro de la división tradicional del derecho como derecho público (derecho administrativo) o derecho privado (derecho mercantil). Desde esta perspectiva, los tratadistas que lo incluían en el derecho público, por su orientación a tutelar el interés colectivo, lo designaban como derecho económico; mientras que, en su orientación de regulación de aspectos privados, los tratadistas hacen referencia a él como derecho de la economía.

En la búsqueda de distinguir en la actualidad las diferencias entre el derecho económico y el derecho de la economía, y la escuela del derecho y economía Análisis Económico del Derecho (AED), como suele ser denominado en las últimas décadas), consideramos como elemento fundamental para establecer la esencia de cada uno de ellos la distinción entre la tutela jurídica de intereses colectivos e intereses privados.

Históricamente, el reconocimiento de las nuevas disciplinas de estudio del derecho para ser consideradas como nuevas ramas del derecho y su incorporación al ordenamiento jurídico no ha estado ni está exento de dificultades. Los obstáculos para su reconocimiento e incorporación al sistema jurídico, principalmente, provienen de la concepción predominante del positivismo formalista y de sus dogmas, específicamente de los de la completud del derecho, la autonomía del derecho y su neutralidad así como el de la creación estatal del derecho por parte de un legislador racional.

La búsqueda de aceptación del derecho económico como nueva rama del derecho, históricamente implicó una reflexión en torno del proceso de elaboración, modificación y reforma del derecho; pero, asimismo, el análisis del sistema económico, de la relación entre el poder político y el tipo de Estado en el que se desarrollan las ramas emergentes del derecho. El predominio de las fuentes formales por encima de las fuentes reales del derecho implica una serie de límites para la incorporación de nuevos contenidos que reflejen la realidad social.

De vital importancia, consideramos la influencia de las concepciones que privilegian la creación estatal del derecho y la preeminencia de la ley elaborada por el legislador (la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia

analítica inglesa), al igual que la influencia de la escuela histórica alemana (Savigny) que se distancia de la concepción estatal de la creación del derecho y da énfasis al papel que desempeña el pueblo (la sociedad civil) en esta creación. De manera paralela, las nuevas teorías sociológico-jurídicas de finales del siglo XIX, Otto von Gierke, León Duguit y Eugen Ehrlich, identificadas por Manuel Atienza como “revuelta contra el formalismo”, generarán perspectivas jurídicas, desde la sociología jurídica, enfocadas a cuestionar la creación estatal del derecho e impulsar el papel que desempeña la sociedad en este proceso, abriéndose, así, el camino para el pluralismo jurídico y político.

En este debate con respecto a si el derecho es primordialmente creación estatal o es creación social, la escuela histórica, la sociología jurídica, el realismo jurídico, etcétera, desde una perspectiva integral del derecho, ocupan un lugar relevante.

Las formas del derecho tienen su origen en contextos históricos diferentes y están orientadas a resolver problemas sociales, económicos y políticos generados en los diferentes sistemas económicos: el liberalismo, el socialismo, la economía mixta y el neoliberalismo. Cada uno de ellos tiene diferentes estructuras de organización social, política, y jurídica. Todo fenómeno económico materializado en un sistema económico tiene sus expresiones estatales y jurídicas. Así, en el liberalismo, la organización estatal corresponde a un Estado mínimo (Estado restringido o Estado gendarme) subordinado al derecho privado. En el sistema económico socialista, se instaura un tipo de Estado social que pretende el control de los medios de producción mediante la propiedad pública y la planeación económica y social; la transferencia del poder social de la esfera privada a la pública implica el desarrollo del derecho económico más orientado a lo colectivo que a lo individual.

Por su parte, en la economía mixta, el Estado adopta la forma de un Estado amplio-social (estado de bienestar) que promueve la intervención del Estado en la economía; en este sistema, se desarrolla el concepto de derecho social. La inclusión del derecho social como una tercera división entre las tradicionales (derecho público y derecho privado) será impugnada por los juristas ortodoxos durante varias décadas.

En lo que respecta al neoliberalismo, este sistema ideológico se presenta como una combinación de Estado liberal y Estado social, es decir, como liberalismo social; pero promueve la reducción del Estado en la intervención de

la economía, principalmente como empresario; en el ámbito jurídico, impulsa reformas contrarias al derecho económico y promueve una tendencia más orientada a beneficiar el interés privado de los inversionistas tanto nacionales como internacionales.

Ahora bien, es una idea difundida entre los juristas que el derecho avanza constantemente; sin embargo, este avance desde la perspectiva del bien común no siempre es lineal y progresivo, sino que cuando protege el interés empresarial-individualista presenta retrocesos.

El resurgimiento de formas jurídicas orientadas en beneficio del capital privado expresa la relación de los grupos económicamente dominantes en la sociedad tanto a nivel nacional como internacional. Si históricamente, el contenido del derecho no hace sino reflejar los intereses de los actores que dominan la actividad económica, en este caso, las empresas transnacionales y los organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otros), entonces podemos observar que a partir de la década de los ochenta del siglo pasado se desplegó una legislación orientada a resquebrajar los derechos colectivos (derecho económico) e impulsar los intereses privados (derecho de la economía).

La expansión del modelo neoliberal tiene como efecto la transformación paulatina del Estado de bienestar (social) en Estado neoliberal; esto es, se desarrolla de manera progresiva el desmantelamiento de los estados de bienestar, y con la implementación de reformas jurídicas que impulsan los intereses del capital privado, paulatinamente, se desplaza el derecho económico orientado a los intereses colectivos por el derecho de la economía, enfocado a promover y proteger los intereses privados (la inversión privada).

De ahí, la necesidad de estudiar las características fundamentales del derecho económico y el derecho de la economía con el fin de distinguir sus diferencias.

I. Elaboración del derecho

La incorporación de nuevos derechos (derechos emergentes) a los sistemas jurídicos nacionales e internacionales implica el análisis de los procesos institucionales y sociales de la creación o elaboración del derecho en la búsqueda de

distinguir los obstáculos que se presentan para su reconocimiento doctrinal e institucional. En el proceso de incorporación del derecho económico y el derecho de la economía, se ha presentado una serie de cuestionamientos para su reconocimiento e institucionalización. Por ello, consideramos necesario una reflexión sucinta sobre los elementos básicos con respecto a la elaboración del derecho.

Históricamente, el derecho se ha manifestado por la costumbre y la ley (una real y la otra formal), dos fuentes que han servido de base para la elaboración del derecho, puesto que es un lugar común entre los especialistas la tesis de que la elaboración o creación del derecho puede llevarse a cabo por tres vías: 1. la legislativa, 2. la consuetudinaria (la costumbre) y 3. la jurisprudencial.

La creación del derecho consiste en el conjunto de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema jurídico, reconocidos como tales por la sociedad:

(...) la creación del derecho se manifiesta como un fenómeno complejo constituido por varios procesos o acciones que hacen posible su formulación y validación (identificación y declaración de sus normas), como la incorporación de los contenidos que se constituyen efectivamente en normas jurídicas. Gracias a este proceso de formalización-validación-incorporación, el derecho adopta o adapta sus predicados o contenidos de otros sistemas normativos, así como de su propia experiencia, decantación y estudio.²

Cuando se hace referencia a otros sistemas normativos, se consideran la moral, la costumbre, los convencionalismos, las normas religiosas y la propia experiencia jurídica creadora e integradora (legislativa y jurisprudencial). El derecho, de acuerdo con el positivismo formalista, se ha considerado como *autopoiético* (autorregulativo); es decir, se crea a sí mismo bien por la repetición de hechos o por procesos creados mediante leyes. En síntesis, el derecho es creado por el mismo derecho; sin embargo, una tesis amplia postula que no sólo es producto de una actividad racional, sino que su sustancia, contenido o materia provienen de diferentes fuentes sociales.

De ahí que el estudio de la elaboración o creación del derecho plantea la necesidad del estudio de las fuentes del derecho: formales, reales, históricas y

² Mario Álvarez Ledezma, *Conceptos jurídicos fundamentales*, pp. 33-34.

vinculadas a ellas, las de la fuerza creadora del derecho originadas por fenómenos sociológicos de todo tipo que determinan el contenido de este (fuentes reales principalmente): “Entre los juristas, el concepto de ‘fuentes’ es el generalmente aceptado para referirse a los elementos constitutivos que son necesarios para la creación del derecho; es decir, tanto a la formalización-validación, como a los contenidos que son materia de incorporación”.³

La distinción de las fuentes formales, reales e históricas del derecho ha sido preocupación constante entre los juristas. Por su parte, Álvarez Ledezma define las fuentes del derecho en el siguiente sentido:

Son fuentes formales todos aquellos procesos o actos a través de los cuales se identifica a las normas jurídicas dotándolas de juricidad (validez), es decir, de la protección especial que asegura su cumplimiento (la coacción). Se entiende por fuentes reales o materiales todos aquellos contenidos que constituyen la materia que se incorpora a las normas jurídicas, como valores o principios morales, aspiraciones o principios sociales, necesidades a satisfacer, criterios, costumbres, etcétera. Las fuentes históricas son los documentos o textos de Derecho positivo no vigente que fungen como inspiración o antecedentes para la creación del Derecho.⁴

En las fuentes formales, se distinguen: a) fuentes directas que producen normas jurídicas (legislación, costumbre, tratados internacionales y normas jurídicas individualizadas) y b) fuentes indirectas que coadyuvan en la elaboración, interpretación, orientación y estudio de la norma (jurisprudencia, principios generales del derecho y la doctrina).

De tal modo, para comprender cómo se **crea** y **recrea** el derecho, es menester analizar los ya mencionados **procesos** y **actos** por los cuales se **identifican** determinadas normas de conducta, dotándolas de juricidad (validez) así como la manera en que **se incorporan** al derecho, **desincorporan**, **confirman** o **renuevan** valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas, ya sea provenientes de otros sistemas normativos no jurídicos o de la experiencia legislativa, judicial y doctrinal del propio derecho.⁵

³ *Ibid.*, p. 35.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵ *Ibid.*, p. 34. Las negritas son del autor.

Ahora bien, la jerarquía de las fuentes formales del derecho está determinada con base en la teoría del derecho predominante en los teóricos y operadores jurídicos: el positivismo formalista-legalista, la escuela histórica y el realismo jurídico.

El positivismo formalista-legalista tiene su base en la escuela francesa de la exégesis; el positivismo jurídico no se interesa en tratar de explicar el contenido normativo y su relación con el acontecer histórico social, sino sólo en la descripción de la forma legal teniendo como características principales, de acuerdo con lo señalado por Manuel Atienza:

(...) Los expositores de la exégesis siguiendo a Bonnacase, suelen atribuir a la escuela (de la exégesis) las siguientes características: 1) Culto del texto legal e identificación entre Derecho y ley; como consecuencia del principio de división de poderes, la creación del Derecho se entiende que corresponde en exclusiva al poder legislativo, mientras que el juez no pasa de ser un mero aplicador de la ley, que en ningún caso puede cumplir una función creativa (...) 3) Todo el Derecho es un producto del Estado; por eso, la primera y, en cierto modo, la única fuente de Derecho es la ley.

(...) Por lo demás, es evidente que el modelo de ciencia jurídica de la escuela de la exégesis es acusadamente formalista: la investigación del Derecho empieza y se acaba en la norma estatal; la ciencia del Derecho es una ciencia autónoma e independiente de las otras ciencias sociales.⁶

Por formalismo jurídico hay que considerar, ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y lo valorativo. La actividad científica agota su cometido en la norma, bien en el sentido de elaborarla, bien en el de conocerla. El formalismo es siempre un positivismo normativo o normativista asociado a un conceptualismo.

En oposición a esta tesis formalista, que reduce la creación del derecho principalmente al poder legislativo y al Estado, para la escuela histórica alemana, en opinión de Savigny, es preciso rechazar la idea de que el hombre puede crear racionalmente el derecho. El derecho es, por el contrario, un fenó-

⁶ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, p. 178.

meno histórico producto del espíritu de un pueblo; el derecho surge en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa. Para Savigny, el derecho es un fenómeno de la cultura popular, como la lengua y las costumbres, que surge espontáneamente con base en las vivencias del pueblo. A diferencia de Austin, en lugar de la voluntad del soberano, para la escuela histórica, es la voluntad del espíritu del pueblo. Savigny aprecia mucho la costumbre jurídica que manifiesta el espíritu del pueblo escondido en la vida social. El autor afirma: “Es un verdadero error creer que para representar el espíritu de la nación debe la ley emanar de una asamblea electiva”.⁷

A este respecto, Manuel Atienza señala que:

En un sentido similar Otto von Gierke desde el concepto del pluralismo jurídico y político propuso la tesis que se encuentra en la afirmación de que el Derecho es un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos. El Estado es sólo una asociación más entre las diversas asociaciones de que se compone la sociedad, el Derecho no puede reducirse a Derecho Estatal. Como el Derecho no puede pensarse con independencia de su contenido, el método adecuado para su conocimiento debe ser un método histórico que trate de captar la sustancia de las nociones jurídicas.⁸

Ahora bien, en el análisis de la creación del derecho, consideramos necesario distinguir los dos modos de formación del derecho:

Stammler distingue entre dos modos de formación del Derecho: la derivativa y la originaria.

En el derecho originario una nueva norma jurídica sólo puede ser válida cuando descansa sobre los preceptos de Derecho a la sazón vigente. El derecho nace por vía derivativa cuando es el propio sistema de Derecho “el que dispone de qué modo ha de seguir formándose y desenvolviéndose en lo sucesivo”, es decir, cuando las normas jurídicas son manifestadas conforme a un proceso predeterminado en el sistema jurídico vigente. En efecto, es propio de todo sistema de Derecho el predeterminar los procesos de elaboración de futuras normas.⁹

⁷ Víctor M. Pérez Valera, *Teoría del derecho*, p. 97.

⁸ Atienza, *op. cit.*, p. 186.

⁹ Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 162.

Aunado a lo señalado, la elaboración del derecho no sólo es creadora, sino también reconstructiva. Desde una perspectiva dinámica del derecho, este no puede ser inmutable; sino que debe adecuarse a la realidad social, política y económica cambiante; la Constitución, como norma suprema, no está exenta de ser reformada: “Por ello, se hace necesario precisar los procesos de creación normativa. En relación con la Constitución es preciso distinguir dos momentos: el de su otorgamiento y el de su modificación, ya sea mediante reformas o adiciones”.

Con la labor reconstructiva del derecho, se posibilita la modificación o reforma del derecho vigente, pero además la incorporación de nuevos derechos con la finalidad de ofrecer respuesta a las necesidades sociales cambiantes, puesto que no es posible entender el fenómeno jurídico sin tener presente la sociedad en que nace y rige desde la perspectiva de que el derecho es un hecho social que surge a raíz de unas concretas necesidades sociales. La reforma jurídica es producto de la adecuación del derecho a la evolución de la vida social con la finalidad de superar la ineficiencia e insuficiencia del derecho vigente ante los cambios en las relaciones sociales y económicas.

Ahora bien, en el caso de los derechos económicos, es preciso señalar que su origen y evolución se relaciona directamente con las transformaciones del sistema económico y los tipos de Estado así como de un nutrido y complejo sistema institucional (jurídico, político, económico y social) dirigido al control del poder que influye en la orientación de la actividad económica y, por tanto, en el desarrollo del derecho.

II. Estado, derecho y poder

De manera general, observamos que derecho, Estado y poder son nociones que se interrelacionan necesariamente, pues derecho y Estado, norma jurídica y poder político son, a fin de cuentas, como decía Bobbio, “dos caras de la misma moneda”. Es decir, que desde el aspecto coactivo (uso de la fuerza) del derecho, este requiere del Estado, mientras que la integración del Estado requiere como elemento imprescindible al derecho. De ahí que derecho y Estado se implican, pues las normas jurídicas consideradas como modelos o guías de comportamiento social son declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

Tesis contemporáneas afirman que el derecho es una emanación del Estado. Todo el orden jurídico descansa en la voluntad estatal para elaborar las leyes, reglamentos y demás disposiciones de aplicación general:

Los conceptos de ‘Derecho’ y de ‘Estado’ son, pues, “conceptos conjugados”, que no pueden comprenderse el uno separado del otro. Pero esta conexión se acentúa todavía más con la aparición del Estado moderno, en cuanto órgano que monopoliza el uso legítimo de la fuerza física. Como dice Bobbio, el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que procede de este; y el Estado desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido a Derecho.¹⁰

Pues, como señala Hermann Heller, las normas jurídicas positivas no se establecen por sí mismas, sino que son promovidas, establecidas y aseguradas mediante disposiciones reales (estatales). Sin una positividad, por medio de actos de voluntad, el derecho no puede tener ni la firmeza que requiere la actual sociedad de cambio, ni eficacia. Sin la unidad táctica de la voluntad del Estado no existe unidad del orden jurídico positivo, pero sin ésta no hay justicia ni seguridad jurídica.¹¹

Así, el poder político recurre asiduamente a las normas legales para funcionar y preservarse. La ley, en este sentido, guarda una relación privilegiada con el ejercicio político del poder. El poder político requiere de un sistema legal que defina sus metas y establezca los criterios de la convivencia de los hombres; el sistema legal, por su parte, requiere la presencia de un poder que lo respalde y concrete sus lineamientos y expectativas. En el terreno de los hechos, todo sistema jurídico requiere un poder coercitivo que lo haga valer.

La relación entre derecho y política se hace tan estrecha que el derecho se considera como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio:

¹⁰ Atienza, *op. cit.*, p. 37.

¹¹ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, p. 212.

A propósito de ello, y prescindiendo ahora de los modos de su implantación originaria en una sociedad, puede decirse que el derecho es, en verdad, esa voluntad del más fuerte, del que es más fuerte por la causa que sea (económica, militar, etcétera) y que puede ser mayoritaria o minoritaria, justa o injusta pero que de hecho se hace obedecer y respetar como tal. Definiendo el Derecho como voluntad del más fuerte —advíertase— no se prejuzga, sin embargo, su valor, justificación, mérito o demérito. La voluntad del más fuerte puede ser “también” una voluntad justa. El Derecho siempre coincide con la voluntad del más fuerte; la justicia en cambio, puede no coincidir con ella.¹²

Se considera también que el derecho refleja el poder originario, incontestable y supremo del pueblo para encauzar su destino y regular su existencia mediante normas jurídicas. Generalmente, se afirma que el derecho aspira a realizar, mediante el ordenamiento de la conducta social, los más elevados fines, como la coexistencia pacífica de los hombres y los pueblos, la justicia y el bienestar social (democracia). Sin embargo, este punto de vista no es unánime, pues una importante corriente doctrinal estima que, el derecho debe despojarse de todo tipo de juicios políticos, morales, sociológicos o históricos; para ser objetivo, el análisis jurídico debe despojarse de prejuicios ideológicos o éticos, por lo que no ha de estudiarse a la luz de los fines que pretende atribuírsele como son, por ejemplo, el bien, la verdad o la justicia. Por otra parte, y en atención a sus fines, otra corriente de opinión afirma que el orden jurídico muchas veces responde y es creado para legitimar los intereses y ambiciones de quienes acaparan la riqueza y el poder político:

El Estado como tipo de organización política implica una unidad viva de múltiples interrelaciones sociales interdependientes y vinculadas entre sí gracias al poder unitario que las conforman; asimismo, el Estado implica una concreta manifestación de poder, que funge como el centro alrededor del cual se organiza toda la sociedad en su conjunto. De acuerdo con Hermann Heller, cabe afirmar que en la cooperación que suponen las relaciones de poder estatal existen tres

¹² Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 48.

elementos dinámicos y coexistentes: “el núcleo del poder que realiza positivamente el poder del Estado, los que lo apoyan y los partícipes negativos que a él se oponen.”¹³

Ahora bien, si vislumbramos al Estado como la forma de organización política de una sociedad, entonces su elemento esencial reside precisamente en la distribución o concentración del poder. Por lo tanto, a partir de este fundamento, existen dos grandes tipos de Estado: el democrático y el autócrata. Por consiguiente, el tipo de Estado y la forma de gobierno no están determinados por la intención contenida en una Constitución, sino por la realidad que se manifiesta por el ejercicio real y cotidiano del poder.¹⁴

De esta manera, el derecho es consecuencia de las decisiones políticas fundamentales que toman e imponen los factores reales de poder de una sociedad.

Es importante destacar que estas decisiones políticas fundamentales tomadas por los factores reales de poder, a las que se refieren autores clásicos como Ferdinand Lasalle y Carl Schmitt, son más frecuentes en el ámbito económico, mismas que se convierten en norma jurídica para mantener el orden que resulte más conveniente. Podemos ir al extremo de afirmar que tanto el modelo económico de una nación como su orden normativo son producto y consecuencia de las decisiones políticas que adoptan los grupos que pueden imponer su voluntad sobre el resto de la sociedad.¹⁵

Se dirá, con buena parte de razón, que ese propósito confuso de no identificar y agotar el Derecho en la simple voluntad del más fuerte, ha constituido con frecuencia instrumento eficaz para el enmascaramiento ideológico, tratando precisamente de ocultar la verdad de ese hecho, es decir, la coincidencia real entre Derecho y ley del más fuerte, invocándose para ello las más elevadas y con frecuencia ficticias razones de justicia.¹⁶

Por su parte, Hermann Heller argumenta que el factor fundamental para determinar el tipo de Estado (que llama forma) es la manera en que se distribuye su poder. De acuerdo con él, la manera en cómo se distribuye el poder

¹³ Víctor M. Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*, p. 209.

¹⁴ Rafael Muñoz Fraga, *Derecho económico*, p. 38.

¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁶ Díaz, *op. cit.*, p. 49.

del Estado determina la forma de éste. Esto es aplicable, en primer término, a las dos formas fundamentales del Estado (democracia y autocracia). Como se advierte, la definición de los dos tipos de Estado en la perspectiva sociológica de Heller es la manera en que el poder se organiza y se distribuye; el poder que es la capacidad por la fuerza para imponer decisiones. Para Heller, esta capacidad superior reside en el pueblo. Para Kelsen, lo importante es la definición jurídica formal que encontramos en la Constitución de cada país y, en general, en el sistema nacional de normas; allí se configura el tipo de Estado como república o como monarquía, y eso se hace por el legislador.¹⁷

Así, podemos observar que la forma que adoptan los distintos tipos de Estado (liberal, social, regulador y neoliberal) tiene una correspondencia con los regímenes de los derechos económicos que prevalecerán en un contexto histórico determinado. La tesis de la interrelación entre la organización estatal y los derechos económicos, que a su vez es compleja, fundamenta la necesidad del estudio de los regímenes estatales de los derechos económicos con la finalidad de fundamentar la relación entre la forma de Estado y los derechos económicos: esto es, la forma en que los cambios en los regímenes estatales se relacionan con los orígenes y evolución del derecho económico.

III. *El derecho económico como nuevo orden jurídico*

Desde los orígenes del derecho económico, en la segunda década del siglo XX, se planteó el debate sobre su clasificación como un derecho nuevo; si debía incluirse en las dos grandes divisiones tradicionales del derecho, el derecho público y el derecho privado,¹⁸ o como una nueva rama jurídica. En el primero de los casos, se ubicaría como una nueva división o como una yuxtaposición entre estas dos divisiones del derecho, mientras que en el segundo se clasificaría como una rama del derecho público o del derecho privado, o como una disciplina especial. Asimismo, es preciso señalar que este debate

¹⁷ Francisco J. Paoli Bolio, *Teoría del Estado*, p. 172 y p. 62.

¹⁸ Para resolver el problema que implica la clasificación dicotómica del derecho, hay que tener en cuenta estos tres elementos o entidades: individuo, sociedad y Estado, de donde derivan tres especies de relaciones: individuales, sociales y estatales. Ulpiano, en su clasificación, sólo tuvo en cuenta dos de estas relaciones: las individuales y las estatales. Reguló las primeras por medio del derecho privado y las segundas por el derecho público. Rubén Delgado Moya. *Derecho social económico*, p. 14.

se realiza en la primera mitad del siglo XX cuando el derecho económico es un derecho emergente, es decir, una disciplina en vías de formación y consolidación.

Su carácter de disciplina de estudio nueva —la sobreposición de dos disciplinas de estudio (la economía y el derecho)— dificulta en los inicios del derecho económico establecer su definición, la especificidad de su objeto y contenido así como su clasificación dentro de las divisiones y ramas tradicionales del derecho:

Esta realidad, que ha sido la que ha puesto en evidencia lo anacrónico de los conceptos fundamentales clásicos para explicar al derecho, como lo son la distinción cada vez más difícil del derecho público y privado; dogmas tales como el de la separación de lo económico y lo jurídico, ideas como las de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes en un contrato, para no mencionar sino a unos cuantos de entre los conceptos básicos:

Aun cuando los especialistas se han preocupado por señalar los antecedentes del derecho económico en la antigüedad, es un hecho innegable que su estudio sistemático se inicia en las primeras décadas del siglo XX. “Siendo el derecho económico un orden normativo propio de nuestro siglo, es en los cambios ocurridos durante el periodo referido que es menester buscar la especificidad de esta ‘rama del derecho’. De esta manera el profesor Cuadra recuerda, junto con el profesor Savy, que el nacimiento del derecho económico para las sociedades industriales se sitúa hacia 1930”.¹⁹

El derecho económico surge como respuesta a la crisis del Estado liberal cuando la vida económica comienza a transformarse más intensamente, abandonando hasta cierto punto y en determinados Estados-nación la ideología liberal. El derecho económico se instaura en los sistemas socialistas y de economía mixta como instrumento que regula, disciplina y sanciona la política económica y la planificación del desarrollo. La importancia del derecho público económico se acentúa cuando se inicia el desarrollo del intervencionismo de Estado en la economía, la aparición del liberalismo social y, sobre todo, la acción de las tendencias socialistas en el mundo occidental.

¹⁹ Víctor H. Lares Romero, “Sobre el contenido de la definición de derecho económico”, p. 26.

Así, no es gratuito que en la Constitución de Weimar de 1919 se introduzca el concepto de derecho económico, *Wirtschaftsrecht*, que en español equivale a derecho económico:

El derecho económico en su formación teórica, se desarrolla principalmente en Alemania e Italia. La primera obra al respecto es la de Arthur Nussbaum, escrita en 1920, bajo el título “El Nuevo derecho económico alemán”, referida, en esencia a las transformaciones sociales y económicas que se producen a consecuencia de la Primera Guerra Mundial, con directa repercusión en el derecho privado.²⁰

Antes de avanzar en el análisis de la clasificación del derecho económico, consideramos pertinente señalar que:

La distinción entre derecho privado y derecho público es el eje en torno al cual gira la jurisprudencia técnica en su aspecto sistemático. Cada una de las grandes ramas divídase en varias disciplinas, a las cuales suele darse el nombre de especiales. De acuerdo con la clasificación generalmente aceptada, pertenecen al público los derechos constitucional, administrativo, penal y procesal: al privado, el civil y el mercantil.²¹

Sin embargo, la distinción de rama o disciplina jurídicas es de suyo problemática, como señala el profesor Víctor Hugo Lares: “Ciertamente, no son los únicos problemas, pues aun cuando se sustente un punto de vista objetivo es difícil distinguir los límites entre, por ejemplo, una rama jurídica y una disciplina jurídica, aun para juristas acostumbrados a los pensamientos jurídicos más sutiles y más finos”.²²

En lo que se refiere a considerarlo como una nueva rama del derecho, el debate se centró respecto a si se podía considerar como una rama autónoma

²⁰ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 85.

²¹ Eduardo García Máynez, *Introducción al derecho*, p. 136.

²² Lares Romero, *op. cit.*, pp. 17-18. Para fundamentar su afirmación, el profesor Lares cita al profesor Farjat: “(...) las ramas del derecho corresponden a una lógica y a una coherencia interna del sistema jurídico y, bien entendido también a una lógica ‘social’. Una disciplina reagrupa, al contrario, normalmente varias normas (juristas de los negocios, juristas de empresas penalistas, laboristas, etcétera) e implica también conocimientos extrajurídicos. Esta distorsión entre rama y disciplina se explica porque no hay coincidencia normalmente entre las estructuras jurídicas y las estructuras sociales”.

del derecho público o del derecho privado. Si el derecho económico no podía considerarse autónomo, entonces debía ser integrado a una rama del derecho público o bien del derecho privado.

La mayoría de expertos en la materia encuadra el derecho económico como una rama del derecho público, esto es, como derecho público económico; o como una ampliación (una disciplina especializada) del derecho administrativo, es decir, como derecho administrativo económico. Por ejemplo, Héctor Cuadra señala que:

Laubadere plantea que el derecho económico no forma un derecho autónomo, una verdadera rama del derecho, lo ubica como derecho público económico, siendo éste la aplicación económica del Estado de los principios generales del derecho público. Sin embargo, para Chenot, el derecho público económico no es una parte, más o menos original, de una rama del derecho existente, es una nueva rama del derecho público.²³

No obstante, consideramos que el problema de clasificación del derecho económico como un nuevo orden jurídico se deriva de la concepción que sobre este se realice. Así, de acuerdo con la división que Héctor Cuadra realizó sobre las concepciones del derecho económico en concepción amplia, restringida e intermedia del derecho económico, podemos distinguir argumentos que permiten clarificar la explicación sobre esta problemática.

III.1. Concepción amplia del derecho económico

Para los defensores de la concepción amplia, una regla es de derecho económico desde el momento que rige relaciones humanas propiamente económicas. Según la concepción amplia, todas las normas, tanto de derecho público como de derecho privado, en cuanto referidas a la vida económica, integrarían este derecho; o, al menos, en cuanto supongan la participación del Estado —de un modo u otro— en la vida económica o la renuncia a la actitud abstencionista del Estado. La concepción amplia del derecho económico, señala el jurista Héctor Cuadra citando a Claude Champaud: “(...) una regla es de derecho económico desde el momento que rige relaciones económicas. Concebido así, el derecho económico es entonces el derecho de la organización y el desarro-

²³ Cuadra Moreno, *op. cit.*, p. 17.

llo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada, o del concierto de una y de otra”.²⁴ Esta concepción, analiza Cuadra, extiende desmesuradamente el campo del derecho económico que incorporará —según esto— una parte del derecho social, del derecho mercantil, del derecho administrativo y aun del derecho fiscal.

III.2. Concepción restringida del derecho económico

Según la concepción restringida, la expresión derecho económico tiende a reservarse para el derecho administrativo de la economía. Más precisamente, sería el derecho de la economía dirigida. El derecho económico es el derecho de la dirección de la economía. La concepción restringida del derecho económico lo define como el conjunto de reglas jurídicas que tiene por objeto dar a los poderes públicos la posibilidad de obrar activamente sobre la economía; es decir, es el derecho de intervención del Estado en la economía: “Con relación a la concepción amplia, la oposición es manifiesta. La primera define el derecho económico como aquel que engloba a la vez la acción económica de las empresas y la del Estado. La segunda toma únicamente en consideración la acción económica del Estado, de ahí su calificación de ‘concepción parcial’”.²⁵

Por su parte Jorge Witker señala:

En este contexto de cambio sustancial en la sociedad moderna el derecho económico, como rama especializada, pertenece al lugar de centro formador de principios que antes correspondió a otros sectores jurídicos en momentos históricos diferentes, como se afirma en este análisis en el campo económico y social, el intervencionismo estatal es el fenómeno en torno al cual el derecho moderno ha crecido vertiginosamente, creando y proyectando nuevas disciplinas tales como el derecho social, agrario, urbano, ambiental, espacial de integración, y por supuesto el derecho económico o derecho de la economía, como lo denomina la doctrina italiana.²⁶

²⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 86.

III.3. Concepción intermedia del derecho económico

Entre las dos concepciones extremas se sitúan concepciones que se pueden calificar de intermedias; entre ellas, destacan las de Farjat y las de Savy:

Para G. Farjat, el derecho económico es el ‘derecho de la concentración’ o de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados o públicos (...). Para el profesor Savy, el derecho económico es el conjunto de normas que tienden a garantizar un equilibrio, en un momento determinado, entre los intereses particulares de los agentes públicos y privados y un interés público general. En resumen es el derecho del interés económico general.²⁷

Visto así el problema, continua Héctor Cuadra, el objeto del derecho económico es estudiar la organización y la acción económica del Estado tendiente a la realización de los objetivos de la democracia económica tal y como son fijados por los poderes públicos. La misma administración del Estado tiene que reestructurarse para hacer frente a sus nuevas atribuciones y a su nueva misión.

III.4. La concepción del derecho económico como derecho social

Finalmente, otro elemento de debate es la conceptualización del derecho económico como parte de una tercera división del derecho, además de la del derecho público y derecho privado. La aceptación de incluirlo como nueva rama del derecho ha encontrado resistencia entre los tratadistas del derecho, sobre todo, para los que se aferran a los viejos conceptos individualistas; sin embargo, su inclusión ha tenido gran acogida en los medios jurídicos de criterio más innovador. Siguiendo la propuesta de Legaz y Lacambra, Novoa Monreal expone:

Legaz y Lacambra toca acertadamente este último aspecto. Según él, debe aceptarse la triple división del derecho, basándose en la clase de relaciones sociales que regula. Hay relaciones de subordinación, que son las que tienen un sujeto con la autoridad: su acento está con la obediencia, pues aquél debe acatar a ésta para mantener la organi-

²⁷ Cuadra Moreno, *op. cit.*, pp. 18-19.

zación. Hay también relación entre sujetos iguales e independientes entre sí, cuyo acento se sitúa en los derechos de cada uno y en el respeto de su libertad. Hay finalmente relaciones de sujetos en cuanto miembros de una comunidad integrada que pone el acento en la solidaridad y en los deberes de todos, en los cuales se obra como compañero camarada y que tienden a asegurar la colaboración de cada uno para el bien social. Las primeras corresponden al derecho público, las segundas al derecho privado y las últimas al derecho social. El derecho social presupone una más profunda socialización de la persona y la realización de valores morales más hondos, mediante la inserción de todos los hombres en la comunidad organizada bajo el signo de la solidaridad humana.²⁸

En lo que se refiere al derecho económico, algunos tratadistas lo clasifican como derecho público (derecho constitucional y derecho administrativo), mientras otros lo han clasificado dentro del derecho privado (derecho mercantil, derecho de la empresa o derecho corporativo); sin embargo, algunos tratadistas lo clasifican como derecho social. Así, en la clasificación de las disciplinas jurídicas, Álvarez Ledezma²⁹ clasifica el derecho económico (conjuntamente con el derecho del trabajo, el derecho agrario, el derecho de la seguridad social, el derecho ecológico) en el derecho social.

Algunos tratadistas, al incluir el derecho económico en el derecho social, han elaborado el concepto de derecho social económico:

Por derecho social económico entendemos el conjunto de leyes que tiende a establecer una equilibrada, justa distribución de los bienes y de las cargas comunes de la sociedad que se encuentra bajo el control del Estado y a mantener adecuada provisión de satisfactores y de medios materiales de vida. Derecho social económico es el conjunto de principios e instituciones que tienen por objeto lograr la adecuada y racional distribución de los bienes materiales entre todos los integrantes de la comunidad humana.³⁰

²⁸ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, pp. 143-144.

²⁹ Álvarez Ledezma, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

³⁰ Delgado Moya, *op. cit.*, p. 28.

IV. Derecho económico y derecho de la economía

En el proceso de evolución del derecho económico, los tratadistas utilizaron, de manera tradicional, las expresiones derecho económico y derecho de la economía como sinónimas. Sin embargo, su distinción la podemos ubicar desde la perspectiva de la clasificación (derecho constitucional y administrativo o derecho mercantil) y con base en la concepción (ampliada, restringida o intermedia) que tienen como marco de referencia. Así, el concepto de derecho económico, desde una concepción restringida, se enfocó de manera preferencial al derecho público administrativo, esto es, a la regulación del Estado en la economía; mientras que el concepto de derecho de la economía los especialistas lo utilizaron con referencia al derecho mercantil (derecho de la empresa).

Para algunos tratadistas, el uso indistinto de estas expresiones no implicó problema alguno. No obstante, a raíz del desarrollo de un enfoque de análisis jurídico denominado Análisis Económico del Derecho (AED), cuya influencia en el estudio de la relación derecho y economía se ha ubicado como relevante a finales del siglo XX y principios del XXI en el medio académico y profesional, relacionándolo con el derecho de la economía. Consideramos necesario esclarecer las diferencias entre los conceptos de derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía (AED).

Jacquemin y Schrans, en su obra *Le droit économique* (1974), distinguen entre una locución y otra y entienden que tal distinción no carece de importancia. A juicio de estos autores, la noción de derecho de la economía es esencialmente descriptiva y puede designar el conjunto bastante heterogéneo de las reglas de derecho que se aplican a la actividad económica; mientras que la noción de derecho económico sería, según ellos, más cualificativa e insistiría sobre la perspectiva de un encuentro interdisciplinario que transforma la regla de derecho. Por encuentro interdisciplinario se entiende aquí el encuentro o conexión entre ciencia del derecho y ciencia de la economía. También Farjat, en *Droit économique* (1971), distingue entre derecho económico y derecho de la economía; ve tras esta última expresión una concepción vaga que podría aplicarse a todos los tiempos.³¹

³¹ Vicente Santos Martínez, *Derecho económico y derecho mercantil*.

En este mismo sentido, en la academia mexicana se ha planteado la necesidad de esclarecer la distinción entre derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía.

Al analizar el concepto de derecho de la economía, la reflexión es la siguiente: estamos frente a un término que ha causado confusión con el concepto de derecho económico, lo cual nos obliga a fijar un criterio respecto a este concepto. En términos muy generales, la economía es la actividad que realiza una sociedad en su conjunto para satisfacer sus necesidades materiales mediante la producción, distribución o consumo de bienes y servicios. También es evidente que esas relaciones sociales que se establecen como consecuencia de esas actividades tiene un marco normativo que regula dicho proceso. Con base en lo anterior, se afirma que todos los actos económicos (lícitos) se desarrollan en un marco normativo que regula los intercambios, transacciones, operaciones de cualquier tipo; es decir, que todo acto económico está regulado por una norma, sea esta de carácter formal o no:

Se ha dicho en reiteradas ocasiones, de manera equivocada, que todo acto económico forma parte del Derecho Económico. No es así, si en esa relación jurídica no está presente el Estado, en su carácter de imperio, no es materia del Derecho Económico. Dicha confusión se debe en gran parte al hecho de la indebida interpretación que se le otorga a la combinación de los vocablos derecho y economía.³²

No obstante, la distinción entre derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía no es sólo terminológica, sino sustantiva. Las distinciones las podemos realizar con base en el origen, la definición, el objeto y principios de estas tres concepciones. Si bien cada uno de estos temas son relevantes, por cuestiones de espacio nos limitaremos tan sólo a exponer algunas de las definiciones más significativas.

IV.1. Derecho económico

De acuerdo con la definición de Jorge Witker, el elemento esencial del derecho económico es la intervención y la participación del Estado en la economía; es decir, el conjunto de normas jurídicas que determinan y regulan la

³² Muñoz Fraga, *op. cit.*, pp. 12-13.

presencia del Estado en la economía. Esta doble función estatal a que nos referimos, intervención y participación, influye en los sistemas jurídicos donde el derecho abarca nuevas funciones de organización de unas relaciones sociales más equitativas y del equilibrio entre las fuerzas económicas existentes en el contexto social. Este cambio de funciones por las cuales abandona su papel anterior de gendarme o de policía pasiva, observadora de “dejar hacer y dejar pasar”:

El derecho económico es una disciplina que nace en forma simultánea con la intervención del Estado en el campo de los asuntos económicos. Cuando la economía deja de ser orientada por los principios de la libre concurrencia y entra en crisis que culmina en 1929-1930, el Estado pasa a asumir funciones preponderantes en la regulación de la producción, distribución y consumo de mercancías, teniendo como finalidad proteger a los consumidores y sectores débiles de la sociedad.

Esta ampliación de funciones del Estado se refleja en la expansión de la legislación y normas jurídicas que en una primera instancia, dan forma y contenido al derecho administrativo, que encuentra en Francia el lugar de su mayor esplendor.³³

En un sentido similar, Muñoz Fraga define el derecho económico como la disciplina jurídica que estudia el orden normativo que se crea y aplica para regular la relación del Estado frente a otros agentes económicos. De conformidad con la definición arriba propuesta, podemos afirmar que cada Estado, en lo particular, tiene su propio derecho económico en el que cada forma de organización social tiene su propio orden normativo que justifica y regula la presencia del Estado en su relación económica con los distintos agentes que participan en ella.³⁴

Es relevante señalar que algunos de los principios básicos del derecho económico han sido institucionalizados en las Constituciones de varios Estados. En el caso de México, el conocido como capítulo económico de la CPEUM (artículos 25, 26, 27 y 28), es un ejemplo de ello.

³³ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 83.

³⁴ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 10.

Para Roberto Báez Martínez: el derecho económico es un conjunto de normas imperativo atributivas previstas en la Constitución y demás leyes, cuyo objetivo es regular la economía interna; las relaciones entre los factores económicos públicos, privados y sociales y lograr así un equilibrio entre ellos, en aras de alcanzar una estabilidad objetiva, equitativa y permanente.³⁵

IV.2. Derecho de la economía

Históricamente, al clasificar el derecho económico en el derecho mercantil y principalmente como derecho de la empresa, se orientó a algunos tratadistas (Schroeder y Lehmann) a utilizar el concepto derecho de la economía, enfocando el “nuevo derecho” desde una concepción económica individualista por encima de una concepción colectivista. Se trataba de impulsar el nuevo derecho emergente como derecho de la empresa (derecho mercantil) diferenciándolo de un derecho social —también emergente a principios del siglo XX—. De esta manera, se identifica al derecho de la economía como derecho de la empresa. El corolario de esta tesis es identificar al derecho mercantil y al derecho de la empresa. es decir, que son la misma cosa, esto es, “el derecho especial de la organización empresarial productiva de bienes y servicios”:

Para los autores italianos, más que de derecho económico de dirección habría que hablar de derecho de la economía. Por ejemplo, para Giovanni Quadri, y en general para la doctrina italiana, el derecho de la economía se ubica en el derecho público conceptualizado como una nueva disciplina que estudia y sistematiza las normas jurídicas por las cuales el poder público actúa en la economía. Para otro autor, el derecho de la economía es el derecho aplicable exclusivamente a la intervención de las personas públicas en la economía (empresas públicas).³⁶

La cuestión para distinguir el derecho económico y el derecho de la economía, está en función de la jerarquía que se atribuya a cada uno de ellos; es decir, su encuadramiento en el derecho público o el derecho privado. Los tratadistas subsumen a ambos en el derecho público; sin embargo, algunos especialistas consideran desde una concepción restringida al derecho de la

³⁵ Roberto Báez Martínez, *Principios básicos de derecho económico*, p. 11.

³⁶ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 18.

economía como una rama especial del derecho mercantil, esto es, del derecho privado:

También podemos precisar la diferencia que existe entre derecho privado de la economía y el derecho público de la economía. El primero se refiere a normas para reglamentar la empresa privada, el segundo se trata de todas aquellas normas de derecho público que reglamentan la conducta de las personas, correspondientes a un sector público en la vida económica del país.³⁷

Desde una concepción amplia, algunos especialistas confieren mayor primacía al derecho de la economía:

Por lo tanto, debemos insistir en que los actos económicos están normados; es decir, se llevan a cabo bajo reglas de carácter general, elaboradas e impuestas por una autoridad facultada para ello; pero ello no significa que se esté dentro del ámbito del Derecho Económico, ya que se requiere, como se ha señalado la participación del Estado, en su carácter de imperio, para estar dentro de él. Es así como distinguimos con toda precisión este concepto: los actos económicos están normados, sin importar su dimensión o sujetos participantes, a esto le llamaremos: derecho de la economía.³⁸

Sin embargo, a la distinción entre derecho económico y derecho de la economía se incorporará un nuevo enfoque, el denominado AED. Este nuevo enfoque, si bien algunos especialistas lo ubican como un tipo del resurgimiento del derecho de la economía orientado al derecho privado —de manera específica al derecho mercantil—, presenta características diferentes, las cuales están más dirigidas a la relación entre economía y derecho o derecho y economía (*Law and economics*):

El análisis económico del derecho recibe influencias teóricas diversas (realismo jurídico, eficiencia, microeconomía, escuela neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo y sociologismo, teorías críticas del derecho, etcétera)

³⁷ Rafadi, “El derecho de la economía y el derecho económico”.

³⁸ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 14.

busca aplicar a las normas jurídicas los paradigmas macroeconómicos, basado en determinadas conductas humanas.³⁹

A este enfoque, Muñoz Fraga lo ubica como análisis económico del derecho o economía del derecho:

El análisis económico del derecho consiste en el análisis de las normas en relación con su eficiencia en el ámbito mercantil. (...) es así como algunos estudiosos del Derecho se han dedicado al análisis del costo que tiene la aplicación del Derecho. Esta vertiente del estudio del Derecho se ha tomado como novedad, ya que hay gran preocupación en Estados y gobiernos sobre la conveniencia económica de aplicar el Derecho o dejarlo de hacer cuando esto resulte inconveniente por costoso.

En consecuencia, cuando escuchemos el término de “análisis económico del Derecho”, nos limitaremos a pensar en el estudio que se realiza sobre el costo de aplicar la norma jurídica en cualquier ámbito de la vida social.⁴⁰

De acuerdo con Jorge Witker, en la década de los setenta, el movimiento de *Law and economics* se consolida definitivamente. Un grupo de académicos de diversas Facultades de Derecho de Estados Unidos comienza a hacer uso de la economía en sus estudios de la ley. Richard Posner es uno de los representantes más importantes de este periodo.⁴¹

El concepto derecho de la economía para Richard A. Posner, hasta cerca de 1960, era sinónimo del análisis económico del derecho monopolista, al cual él considera como “antiguo derecho”, y con ello quizá estaba haciendo referencia al derecho económico enfocado a la regulación de la producción y del mercado. Para Posner, el “nuevo derecho y economía”, que para él surge en 1960, es la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto: a campos del derecho común; como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación

³⁹ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 18.

⁴⁰ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 20.

de la ley y la administración judicial, e, incluso, al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia. El nuevo derecho y economía se inició con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social, aun cuando precisa que la lista de los fundadores del nuevo derecho y economía estaría gravemente incompleta sin el nombre de Gary Becker.⁴²

El AED es una forma de estudiar el derecho que difiere de las formas tradicionales. Mediante este tipo de análisis, se pretende el uso de las herramientas económicas; es decir, las herramientas de la economía como ciencia para analizar sistemas normativos.

El AED, desde la perspectiva del enfoque del derecho y la economía, es el estudio de la ley aplicando los principios económicos, de manera específica, la eficiencia mercantil, así como considerando al mercado como su premisa básica. El estudio de los marcos jurídicos, desde una perspectiva de derecho y la economía, es mucho más orientado a la práctica regular del derecho empresarial, pues el AED se enfoca a corregir las fallas del mercado removiendo los obstáculos del intercambio al estilo de las leyes de competencia y las regulaciones estatales. Con el AED se pretende entender sistemas jurídicos analizando las consecuencias que producen en un mundo en el que individuos racionales ajustan su actuar a las reglas que los rigen. Así, en este ensayo hemos estudiado las diferencias sustantivas entre el derecho económico, el derecho de la economía y el análisis económico del derecho, y que su creación y desarrollo han sido producto de contextos sociales, económicos y políticos diferentes. El derecho económico es la base sustantiva del Estado social, mientras que el derecho de la economía y el AED se enfocan a privilegiar los intereses de la inversión privada. Por consiguiente, son dos modelos de derecho diametralmente distintos.⁴³

⁴² Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, p. 55.

⁴³ *Vid.*, Adriana García García y Dirk Zavala Rubach. *Derecho de la economía*, p. XV.

V. Conclusiones

La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales así como del ordenamiento jurídico positivo. Ello plantea la necesidad de modificar o reformar el derecho a fin de que este dé respuesta a situaciones no contempladas en el derecho vigente.

De ahí que estimamos útil resaltar que el derecho es tanto estático como dinámico. En su aspecto estático, contiene elementos que deben prevalecer, pero, en su aspecto dinámico, debe adecuarse a los cambios y transformaciones sociales, políticas y económicas:

Visto desde un enfoque estrictamente jurídico, se puede decir que un orden jurídico se integra por un conjunto de situaciones jurídicas que existen en un momento dado en determinada sociedad. A su vez la situación jurídica consta de un conjunto de derechos y obligaciones. Las situaciones jurídicas y los derechos subjetivos constituyen la estructura del derecho en su aspecto estático. Los actos jurídicos y los actos materiales constituyen los fenómenos de formación y de realización del derecho: integran el aspecto dinámico de éste.⁴⁴

Así pues, desde el enfoque dinámico del derecho, éste debe adecuarse a los cambios económicos, sociales y políticos. Si el derecho es un producto de la vida social, si es la vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, así como tantas riquezas de matices y que se encuentra en continua y constante transformación. La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas dan lugar a reformas jurídicas, las cuales demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales así como del ordenamiento jurídico y positivo. Sin embargo, es preciso mencionar que, en la doctrina jurídica, se pueden distinguir teorías o escuelas del derecho que obstaculizan o facilitan la adecuación del derecho a las transformaciones sociales, políticas y económicas.

Para ello, es necesaria la superación de una concepción estatista en la elaboración del derecho, puesto que los intereses de la sociedad no siempre coin-

⁴⁴ Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, p. 35, *apud* Víctor A. Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*.

ciden con los del Estado; por otra parte, las garantías que requiere la sociedad entrañan derechos para ésta y obligaciones para el Estado.

Asimismo, también se plantea como necesario superar la concepción dogmática del derecho, que sólo acepta una división dicotómica del derecho; esto es, derecho público y derecho privado, debido a que esta división tradicional de él deja al margen a un grupo importante de normas que por su esencia y naturaleza no corresponden ni a las actividades públicas del gobierno ni a la utilidad de los particulares.

La superación de los dogmas de la completud, la autonomía y la neutralidad del derecho implica una revisión de las concepciones estatistas del derecho y su relación con el poder; para ello, es necesario un análisis de las corrientes teóricas predominantes en la concepción del derecho y la relación de éste con el Estado y el poder.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Álvarez Ledezma, Mario I. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Mc Graw Hill, 2008.
- Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*. México, Fontamara, 1998.
- Báez Martínez, Roberto. *Principios básicos de derecho económico*. 2ª ed., México, Pac, 2005.
- Cuadra Moreno, Héctor. “Reflexiones sobre el derecho económico”. *Estudios de derecho económico*, Vol. 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- Delgado Moya, Rubén. *Derecho social económico*. México, Sista, 1989.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. reimpr. de la 2ª ed., Madrid/España, Taurus ediciones, 1989.
- García García, Adriana y Dirk Zavala Rubach. *Derecho de la economía*. México, Oxford University Press, Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), 2009.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al derecho*. 46ª ed., México, Porrúa, 1994.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. trad. Luis Tobio, México, FCE, 1975.
- Lares Romero, Víctor Hugo. “Sobre el contenido de la definición de derecho económico”. *Temas de derecho económico mexicano*. José Juan González Márquez, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 1993.
- Muñoz Fraga, Rafael. *Derecho económico*. México, Porrúa, 2011.

- Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 9ª ed., México, Siglo XXI, 1988.
- Paoli Bolio, Francisco José. *Teoría del Estado*. México, Limusa, 2012.
- Pérez Valera, Víctor Manuel. *Teoría del derecho*. México, Oxford University Press, 2009.
- Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. en español, México, FCE, 2007.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Filosofía del derecho*. 2ª ed., México, Oxford University Press, 2009.
- Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 2010.
- Witker, Jorge. “Derecho económico”. *Antología de estudios sobre la naturaleza del derecho*, Jorge Witker (comp.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- _____. *Introducción al Derecho Económico*. 9ª ed., México, Mc Graw Hill, 2012.

Electrónicas

- Santos Martínez, Vicente. “Derecho económico y derecho mercantil”. *Anales de Derecho*, Vol. 2, 1982, Universidad de Murcia, pp. 37-70. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/83521/80541>
- Rafadi. “El derecho de la economía y el derecho económico”. *Club ensayos*, 14 de diciembre de 2015. <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/EL-DERECHO-DE-LA-ECONOM%C3%8DA-Y-EL-DERECHO/3065936.html>

La regulación económica como privatización de la función pública

Arístides Gutiérrez Garza*

Resumen:

En el periodo neoliberal, se realizaron modificaciones a la estructura de la administración pública para implementar mecanismos regulatorios en determinadas áreas de la economía. Estas modificaciones reconfiguraron la estructura administrativa estatal y, en consecuencia, el derecho público se ha venido transformando para dar paso a nuevas relaciones jurídicas que permiten la reproducción del sistema capitalista en su espacio nacional y transnacional.

Abstract:

In the neoliberal period, modifications were made to the structure of the public administration to carry out the implementation of regulatory mechanisms in certain areas of the economy. These modifications reconfigured the state administrative structure and, consequently, public law has been transforming to give way to new legal relationships that allow the reproduction of the capitalist system in its national and transnational space.

Sumario: Introducción / I. La pérdida de control estatal y la autoridad privada / II. La regulación pública y la regulación económica / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor-investigador del Departamento de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Introducción

En el periodo neoliberal,¹ se transformaron diversas instituciones estatales con el propósito fundamental de generar un mercado eficiente para mejorar el crecimiento económico nacional. Así, el planteamiento central de la necesidad de modificar las instituciones administrativas estatales en torno al mercado fue el de buscar garantizar el funcionamiento adecuado de las relaciones capitalistas con la competencia y regulación económica, que contribuiría a aumentar la productividad, así como mejorar los servicios públicos hacia los consumidores y obtener beneficios sociales para la población. Sin embargo, a más de 30 años de las modificaciones estructurales y del cambio del diseño institucional, la economía del país se mantuvo siempre en niveles bajos de productividad, y el crecimiento económico no fue el esperado. La liberalización económica, la desregulación y la privatización, pilares fundamentales del periodo neoliberal,² no lograron que las condiciones económicas del país mejoraran.

Aunado a lo anterior, hay que señalar que el proceso de globalización económica ha modificado las dinámicas entre el Estado y el mercado, y de igual forma, entre lo público y lo privado. De esta manera, se pueden entender dos dinámicas generales. La primera, que se presenta a nivel interno mediante los procesos que conllevan la desnacionalización estatal y

¹ Los gobiernos neoconservadores, a partir de las posturas fundamentalistas desarrolladas por José Shumpeter, Milton Friedman y Friderick Von Hayek, y llevadas a cabo por el Gobierno de Estados Unidos de América con Ronald Reagan como presidente y Margaret Thatcher en Gran Bretaña, generaron un cambio radical en la configuración estatal. Con la caída del muro de Berlín, el mundo terminaba una etapa de bipolaridad. Bajo estas circunstancias, los neoliberales comandados por los Estados Unidos y sus fuerzas financieras llevaron a cabo un plan generador de reestructuración económica. Por consecuencia, los organismos financieros se han abocado a generar préstamos a los países denominados del tercer mundo, como consecuencia de las crisis sistémicas del sistema capitalista. Para ello llevaron un plan denominado Consenso de Washington con el propósito de salir de la crisis, pero reestructurando la economía de los países con problemas económicos. Ludolfo Paramio, *La social democracia*, p. 60.

² El neoliberalismo es entendido como una política y práctica económica. Harvey señala que el neoliberalismo “consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas (...) en aquellas áreas en las que no existe mercado, como la tierra, el agua, la educación, la atención sanitaria, la seguridad social o la contaminación medio ambiental, este debe ser creado cuando sea necesario mediante la acción estatal”. David Harvey, *Breve historia del neoliberalismo*, pp. 6-7.

la desestatización del sistema político con procesos que se identifican con la desregulación, liberalización del mercado y privatización. Pero, además, con nuevos procesos que tienen que ver con el incremento de la prestación de servicios públicos realizados por particulares, el aumento de estos en la prestación de funciones públicas que colaboran con el Estado, la participación de asociaciones públicas y privadas, así como el establecimiento en la estructura administrativa estatal de organismos tendientes a generar grados de autonomía respecto al poder Ejecutivo, como lo son organismos desconcentrados y los órganos constitucionales autónomos.

Y la segunda, por la transnacionalización de los procesos económicos y el desarrollo de las nuevas tecnologías que afectan la estructura interna de los estados³ con el establecimiento de un ordenamiento transnacional que interactúa con los planos local y nacional, y que el Estado no tiene la capacidad para regular y controlar.

Existen sectores en los cuales el Estado⁴ ha transformado sus atribuciones, las cuales repercuten en cambios hacia figuras e instituciones provenientes del mercado, esto es, de lo que tradicionalmente fue considerado como un espacio regulado por el derecho público. En este contexto, estas modificaciones se han insertado en espacios considerados como públicos; incluso actividades que eran consideradas propias del *imperium* estatal y que ahora son los particulares las que las llevan a cabo. De esta forma, se ha reconfigurado el aparato administrativo estatal y, por consecuencia, el derecho público se ha venido transformando

³ Sassen plantea que la mayoría de los estudios sobre globalización no se enfocan en los cambios que suceden al interior o al seno de los Estados y sus relaciones con el espacio transnacional, que pueden ser un vital ejemplo para comprender de qué manera la globalización afecta las relaciones entre el Estado y la sociedad. Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derechos*, pp. 232-234.

⁴ El Estado puede conceptualizarse bajo diversas perspectivas, como aquellas que se establecen desde la sociología o ciencia política, y señalan como Estado, a aquel que detenta el monopolio legítimo de la violencia (Max Weber), como aquel en el que un instrumento de dominación de una clase sobre otra (Marx), como aquel en el que el Estado detenta el monopolio legal del uso de armas dentro de su territorio sometido a sus leyes (Wallerstein). Desde una perspectiva jurídica, se ha llegado a identificar al Estado con el derecho (Kelsen). Sin embargo, el concepto de Estado adquiere un matiz diferente cuando este se vincula y relaciona con la manera de intervenir y regular la sociedad. Se puede hablar del Estado liberal, de Estado social de derecho o un Estado neoliberal y regulador. En cada uno de estos conceptos, el Estado y el derecho adquieren características específicas, por lo que cuando se habla de forma de Estado se hace alusión al modo con que interviene el poder político en la sociedad. Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 158.

y ha generado relaciones jurídicas que permiten la reproducción del sistema capitalista.⁵

Por tanto, se afirma que la regulación económica genera un desplazamiento hacia la privatización de las funciones estatales, concede autonomía a la toma de decisiones técnicas y especializadas, lo que genera problemas de legitimación política, fragmentación y ruptura democrática estatal.

I. La pérdida de control estatal y la autoridad privada

El concepto de autoridad privada es problemático porque desde un punto de vista del derecho público sólo existe una autoridad con un poder tal que le permite establecer e imponer sanciones. En la actualidad, existen empresas y grupos que tienen un poder tanto económico como político, que pueden establecer injerencia en espacios que antes eran controlados por el Estado.⁶

En primer lugar, Porter señala que las empresas o grupos privados han creado toda una estructura privada para mejorar su eficiencia o, en su caso, suplir las deficiencias de los poderes estatales. En segundo lugar, no se ha tomado en cuenta la importancia de conocer la manera o la forma en que se constituyen las identidades y los intereses de los estados y otros actores no estatales. El autor citado destaca que existe conocimiento especializado generado por los actores privados en el que se han aplicado reglas derivadas de esta tecnificación y especialización del conocimiento y que hace que tengan una autoridad técnica.⁷

⁵ En cada etapa de la sociedad se establecen relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio de sus fuerzas productivas. Así, las relaciones de producción constituyen una estructura económica de la sociedad que corresponde un entramado jurídico y político. Por lo que, cuando se hace alusión al sistema capitalista como modo de producción corresponde una específica estructura jurídica y política (un determinado derecho y Estado como forma de organización el poder político y económico). Karl Marx, *Introducción general a la crítica de la economía política 1857*, p. 66. De esta forma, el capitalismo como modo de producción se presenta bajo la relación trabajo-capital a través del intercambio de mercancías para la obtención de ganancias. Para ello se requiere una clase que realice el trabajo (clase trabajadora) y aquella que posea los medios de producción (Clase capitalista) William I. Robinson, *Una teoría sobre el capitalismo global*, p. 24. Wallerstein define al capitalismo de la siguiente manera: “Un sistema histórico definido por priorizar la acumulación incesante de capital”. Immanuel Wallerstein, *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*, p. 124. El Estado y el derecho adquieren características específicas conforme a la necesidad de expansión y de acumulación del capital.

⁶ Susan Strange, *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*, p. 73.

⁷ Tony Porter, “Private Authority, Technical Authority, and the Globalization of Accounting Standards”, pp. 2-3.

Por tanto, la autoridad privada se refiere a un “actor o a un conjunto de reglas que es capaz de obtener el cumplimiento como resultado de la creencia de lo que es correcto, y como tal, se encuentra entre la coerción y la negociación”.⁸ Para Porter, el surgimiento de la autoridad privada presenta tres elementos: “La eficiencia, el poder, y las tendencias históricas de largo alcance, como el crecimiento de los mercados globales”.⁹

De esta forma, la autoridad técnica hace referencia al aumento del conocimiento de las nuevas tecnologías, pero además envuelve una dimensión normativa con reglas específicas mediante la cual se establece la creencia en una superioridad inherente en la tecnología o ciencia.¹⁰ Por último, el autor señala que la autoridad pública se constituye por el sector público y se legitima en referencia a la gestión de los bienes públicos y el bienestar de los ciudadanos, mientras que la autoridad privada se legitima con referencia a la superioridad inherente al sector con relación a maximizar los méritos del mercado; por último, la autoridad técnica se legitima por la ciencia y las técnicas con base en el método científico.¹¹

De esta forma, “privado” se refiere a todo aquello que no es Estado, que no se encuentra basado en él o creado por él. Al mismo tiempo, “autoridad” se define como una forma institucionalizada de expresión de poder que se legitima mediante formas de consentimiento normativas no coercitivas o de reconocimiento de autoridad por parte del gobernado.¹² Ahora bien, ¿de qué formas estas autoridades privadas intervienen en los espacios que antes eran autoridad estatal? Strange señala que el desplazamiento de la autoridad del Estado hacia el mercado fue producto de políticas estatales. En este sentido, ha sido necesario que el Estado desregule¹³ para regular; o, como señala Santos: “La desvinculación del Estado no puede ser obtenida sino a través de una fuerte intervención estatal. Paradójicamente el Estado debe

⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹¹ *Ibid.*, pp. 6-7.

¹² Tim Büthe, “Governance Through Private Authority? Non-State Actors in World Politics”, pp. 281-290.

¹³ De esta forma, “la desregulación, prevé una mengua del ámbito de lo público, trasladando a propósito o mediante omisiones constantes por parte del poder estatal, la capacidad y posibilidad de generar regulación con fuerza normativa a los agentes o grandes grupos económicos, el objetivo sería evitar la interferencia pública intencional en las opciones abiertas que le ofrece el mercado a todo sujeto”. Aleida Hernández Cervantes, “La producción jurídica de la globalización económica”, pp. 125-126.

intervenir para dejar de intervenir, es decir, tiene que regular su propia desregulación”.¹⁴

Las empresas transnacionales tienen un papel importante en el control de la producción, en la industria, los servicios y el comercio. Strange menciona cuatro aspectos importantes sobre los cuales el Estado ha perdido el control. En primer lugar, debido a las políticas privatizadoras, el Estado ha dejado de intervenir en sectores de la producción y de la economía nacional, dejando a las empresas el control de estas áreas económicas. En segundo lugar, el Estado pierde el control debido a la posibilidad de la reubicación de la industria, esto es, el traslado de la producción a países en vías de desarrollo. En tercer lugar, de la gestión de las relaciones laborales, que pasó a ser regulada por los Estados y por una fuerte colaboración con los organismos sindicales nacionales, este control estatal permitió que las condiciones laborales de los trabajadores se negociaran en el contexto local y nacional. Sin embargo, debido a la influencia de los mercados financieros y otras fuerzas económicas que escaparon del control estatal, así como la deslocalización de la producción, las negociaciones de las condiciones laborales ya no se realizan en el contexto nacional. Ahora las empresas tienen suficiente poder para presionar a los Estados respecto a las condiciones laborales debido a la posibilidad de trasladar su inversión a otros Estados con condiciones de igual o inferior nivel. Y, en cuarto lugar, tiene que ver con la capacidad de los Estados de gestionar impuestos a las empresas transnacionales. Es difícil tener un control de impuestos efectivo por parte de los Estados hacia las empresas transnacionales.¹⁵

Por último, Strange señala diez responsabilidades en las que el Estado reclama el control, pero que están siendo sometidas a transformaciones importantes: 1) la seguridad nacional, 2) el sistema monetario, 3) la regulación del modelo económico y el Estado, 4) la capacidad del Estado para regular los vaivenes económicos, 5) la capacidad para proveer bienestar social, 6) la capacidad para recaudar impuestos, 7) el control estatal sobre el comercio exterior, 8) el desarrollo económico sobre territorio estatal, 9) la capacidad estatal para generar un mercado competitivo y no establecer monopolio estatales y 10) el control de la seguridad interna.¹⁶ Concluye que el Estado sigue siendo

¹⁴ Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, p. 249.

¹⁵ Strange, *op. cit.*, pp. 87-100.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 112-124.

importante, pero el control de sectores y áreas se está reduciendo, y ahora tiene que compartirlo con otros actores no estatales; es decir, se modifica la relación Estado-territorio, Estado-democracia, Estado-economía.

II. La regulación pública y la regulación económica

La regulación pública y la económica se analizan con el objetivo de explicar de qué manera se presentan modificaciones en el aparato administrativo estatal. Por tanto, lo que se busca explicar es que, a partir de la desregulación, liberalización económica y privatización de sectores estatales, se han establecido mecanismos jurídicos en la administración pública que se acercan a las ideas y lógicas de mercado, transformando la intervención estatal en una actividad reguladora. Para ello, se reconfigura la estructura administrativa y se establecen mecanismos de eficiencia y competencia económica, lo que produce una estrecha interrelación entre actores públicos y privados.¹⁷

Esta dinámica no se presenta en todos los sectores de la administración, pero sí es conveniente aclarar que los sectores económicos estratégicos del Estado están siendo sometidos a esta dinámica. Lo que implica es importante porque se han sometido las áreas estratégicas del Estado a mecanismos administrativos que pretenden generar eficiencia económica y buscan hacer énfasis hacia la autorregulación mercantil; esto es, que el ámbito de lo privado (empresas y firmas) gestionen dichas actividades que antes fueron reguladas por el Estado. Por lo tanto, en teoría, el proceso de toma de decisiones se traslada hacia la relación entre órganos reguladores de la administración y los actores privados o sujetos regulados a partir de generar equilibrios en el mercado para conseguir eficiencia en la producción de los bienes y servicios que antes eran gestionados por el Estado, encubriendo el interés del mercado como si fuera de interés público nacional.¹⁸

De esta manera, los mecanismos de regulación de las relaciones entre órgano regulador y regulados son establecidos en contratos técnicos especiali-

¹⁷ Sol Picciotto, "Regulatory Networks and Global Governance", p. 3.

¹⁸ En el año 2013, en México, se llevaron a cabo reformas constitucionales en materia económica para permitir, por ejemplo, que el sector energético del país tuviera un esquema de competencia y libre mercado, el cual llevó a la participación de empresas transnacionales y nacionales en dicho sector. Además, se crearon nuevos órganos constitucionales autónomos como lo son la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

zados y muchas de las veces sujetos a Tribunales de Arbitraje. Es decir, las relaciones se contractualizan y, por tanto, se elimina cualquier mecanismo de derecho público, reemplazándolo por instrumentos del derecho privado, presentándose lo que es considerado como la huida del derecho administrativo¹⁹ y un proceso de fragmentación estatal.²⁰

Por tanto, la regulación y la competencia económica son técnicas que la administración estatal ha implementado con el objetivo de establecer la lógica del mercado como eje de articulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad. A su vez, permiten vincular los sectores económicos nacionales con la lógica del capital transnacional. Esta arquitectura de la regulación es emblemática porque ha permitido una amalgama de relaciones entre lo público y lo privado a través del mecanismo del mercado, transformándose en elemento de interés público nacional.²¹

El término “regulación”²² presenta varias dificultades para ser definido, ya que es usado en diversas áreas del conocimiento con diferentes sentidos. En el derecho y la economía, el concepto adquiere una connotación distinta, pero les une el mercado como elemento en común. De esta forma, se han postulado una serie de teorías y explicaciones acerca de lo que cada área tendría que establecer al respecto. Por un lado, la economía busca que el mercado sea eficiente, por el otro, el derecho requiere de cierto tipo específico de normas que alienten la dinámica mercantil. El mercado como concepto no es de fácil definición; Polanyi lo explica de esta manera:

¹⁹ Ariño Ortiz aduce que la huida del derecho administrativo se refiere a la “búsqueda de la administración de esquemas que tienden a la eficacia económica, por tanto, hay un acercamiento hacia formas de organización de empresas que eliminan cualquier cercamiento en la empresa pública, en todos sus aspectos: objetivos, status jurídico, régimen de personal, autonomía empresarial, régimen patrimonial y financiero, etcétera se quiere con ello —según se nos dice— despolitizar la empresa, convertirla en una empresa de verdad, lo que exige es la privatización de su régimen jurídico”, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, p. 42.

²⁰ Strange, *op. cit.*, p. 13.

²¹ Como lo afirma Sassen: “Gracias a la supuesta neutralidad de los mercados estos resultan esenciales para lograr eficiencia y, por tanto, para alcanzar el bienestar público general”, *op. cit.*, p. 268.

²² “Es habitual referirse a las agencias federales estadounidenses como las antecesoras de las autoridades nacionales de regulación que se encuentran hoy en día en la mayor parte de los Estados europeos y, por extensión, se admite, muchas veces sin decirlo, que ellas dieron origen a la noción de regulación (...) En efecto las primeras agencias, comenzando por la *Interstate Commerce Commission*, tenían como misión reglamentar *regulate* la actividad económica de las empresas de ciertos sectores mediante la utilización de poderes de policía que les delegaba el Congreso, con el fin de preservar

Tal economía supone la existencia de mercados donde la oferta de bienes disponibles (incluidos los servicios) a un precio dado será igual a la demanda de ese precio. Supone la presencia del dinero, que funciona como un poder de compra en manos de sus propietarios. La producción estará controlada entonces por los precios, ya que los beneficios de quienes dirigen la producción dependerán de ellos; la producción de los bienes dependerá también de los precios, ya que los precios forman ingresos, y es con la ayuda de estos ingresos que los bienes producidos se distribuyen entre los miembros de la sociedad.²³

Entonces, resulta necesario plantear cómo establecer que este sistema económico de mercado funcione de forma eficiente. Para ello necesita el aparato estatal, pero no un aparato estatal que intervenga en el desarrollo del sistema económico que, en términos generales, tendería a buscar lo siguiente:

No debe permitirse que nada inhiba la formación de mercados, ni que se formen ingresos si no es a través por las ventas. Tampoco debe de haber interferencia alguna con el ajuste de los precios al cambio de las condiciones del mercado, ya se trate de los precios de los bienes, la mano de obra, la tierra o el dinero. Por tanto, no sólo debe de haber mercados para todos los elementos de la industria, sino que ninguna medida o política deberá influir sobre la acción de los mercados. Ni el precio, ni la oferta, ni la demanda deben ser fijados o regulados; sólo se permitirán las políticas y medidas que ayuden asegurar la autorregulación del mercado creando condiciones que conviertan al mercado en el único poder organizador de la esfera económica.²⁴

Los argumentos retomados por Polanyi explican de forma general el planteamiento al respecto: para que pueda existir una economía de mercado se necesita crear condiciones para ello. En este caso, el Estado y el derecho fungen como

el interés público. Estas agencias constituían una forma de intervencionismo económico dentro de un marco político en el que no existía la posibilidad de crear empresas públicas, salvo, muy excepcionalmente, ni de nacionalizar empresas privadas. La reglamentación era una alternativa a la competencia, cuando esta no existía, o no tenía la capacidad de garantizar que se satisficiera el interés público. Gérard Marcou, “La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado”, pp. 25-26.

²³ Karl Polanyi, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, pp. 118-119.

²⁴ *Ibid.*, p. 119.

entidades que tienden a producir las técnicas de regulación. No se requiere un Estado policía ni uno que genere fomento económico, sino que simplemente produzca las condiciones necesarias para la reproducción del mercado; es decir, se requiere un Estado con funciones distintas: un Estado regulador.

Por tanto, el término regulación es un concepto ambiguo e indeterminado; su origen se presentó en Estados Unidos a partir de la implementación de agencias como entidades de la administración pública.²⁵ La regulación en un sentido amplio es aquella en la que se establecen los mecanismos por los que se orienta el comportamiento o la conducta conforme a una regla, y puede enmarcarse en cualquier ámbito de lo social. Así, la regulación es guiar o conducir un comportamiento conforme a cualquier tipo de reglas, y no solamente las establecidas por el derecho estatal.²⁶ Por lo que cualquier relación social podría ser sometida a regulación. En el ámbito jurídico-estatal, regulación puede ser confundida con reglamentación. Esta última deviene del poder estatal para elaborar cualquier normatividad en el ejercicio de sus funciones.²⁷ En este contexto, el que ha tenido la capacidad para llevar a la concreción del término ha sido el Estado. Por tanto, “daremos entonces por hecho que la regulación, editada, controlada o bajo los auspicios del Estado, no es ni cuantitativa ni cualitativamente contraria a la reglamentación”.²⁸

De esta forma, la regulación puede ser vista como una actividad y un instrumento. La primera tiene que ver con la regulación en términos generales; esto es, una “actividad que tendría por función garantizar los equilibrios en

²⁵ Marcou, *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁶ “En términos generales se refiere a los medios por el cual una actividad, persona, organismo o institución es guiada a un comportamiento de manera regular o conforme a la ley. En un principio, puede hacerse referencia a la regulación de cualquier tipo de comportamiento social, lo cual da al término un alcance muy amplio. Sin embargo, este es particularmente más usado, en relación con la actividad económica. En el contexto de los estudios socio-legales, el concepto tiene dos principales ventajas. Primero, deja una útil ambigüedad en la medida en que tal comportamiento regular es generado internamente o implica intervención externa. Segundo, este abarca todo tipo de reglas, no solo la ley formal del Estado”. Picciotto, *op. cit.*, p. 1.

Por tanto, el término proviene de la jerga de la economía y del ámbito anglosajón. “Su traslación al castellano provoca un traslape de significados. Para nosotros la regulación se relaciona con reglas, con normas de ordenación general. En la jerga regulatoria económica-institucional tiene una aplicación más amplia, y la función ordenadora es una de ellas”. José Roldán Xopa, *Derecho administrativo*, p. 244.

²⁷ Frank Modern, “Los usos de la noción de regulación en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea”, p. 11.

²⁸ *Ibid.*, p. 104.

el mercado o los equilibrios sociales, esta finalidad es asumida como propia por los Estados y, de hecho, constituye el fin con base al cual se justificó en la teoría clásica, su existencia”.²⁹

Y, como instrumento, se puede entender como aquellos mecanismos que posibilitan el ejercicio de la regulación, de guiar la conducta o el comportamiento, de forma tal que sea impuesto de manera heterónoma e unilateral como lo es el Estado “y, más en concreto, el poder ejecutivo, como ejecutor de las decisiones del parlamento, el sujeto al que se le reconoce la autoridad y al que se le atribuyen las potestades necesarias para imponer heteronomía e unilateralmente determinadas reglas a los administrados”.³⁰

Esto lleva a plantearse el tipo de regulación que es necesaria para el sistema económico de mercado. La regulación en materia económica presenta tres características principales: a) régimen de libre competencia y competencia, b) un sistema de supervisión para que evite generar conductas monopólicas o dominantes en el mercado, c) reglas que den certeza, transparencia e imparcialidad, es decir, grados de neutralidad que beneficie el libre juego del mercado.³¹

La regulación de la competencia es de vital importancia para el mercado, ya que la competencia tiende a ser vista desde dos perspectivas: perfecta e imperfecta. La primera es un modelo ideal y tiene las características de “multitud de agentes económicos en la búsqueda de maximizar la ganancia, la libre competencia sin barreras que impidan la participación en el mercado, no hay restricciones al comercio entre países, intercambio de productos e información completa”.³² Mientras que la imperfecta es aquella en que se generan monopolios, no existe variedad de empresas, ni variedad de productos en el mercado, el precio es fijado por el monopolio para obtener una mayor utilidad.³³ Por lo que el trabajo de los organismos reguladores es buscar el equilibrio perfecto del mercado.

Para Aman, existen tres tipos de reformas regulatorias que modifican la distinción público y privado, y que se presentan en términos globales: 1) las que enfatizan al mercado como sustituto de los cambios de la regulación

²⁹ Mercé Darnaculleta Gardella, *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*, p. 369.

³⁰ *Ibid.*, p. 369.

³¹ Gérard Timsit, “La regulación y la teoría del derecho”, pp. 326-327.

³² Jorge Witker y Angélica Varela, *Derecho de la competencia económica en México*, p. 4.

³³ *Loc. cit.*

legislativa, 2) las que ven al mercado como herramienta regulatoria, 3) las que ven al mercado en asociación con el Estado y la contratación de servicios públicos.

En el primer tipo de reformas, lo que se establece es una delegación de poder a los actores privados porque se deja en manos de los mercados y a los actores privados la regulación del servicio; además, se evitan los problemas derivados de la democracia. Así, el desregular un sector permite regresar las funciones a los particulares, por lo cual se entiende que el mercado va a ser favorable para los consumidores.³⁴

En el segundo tipo, se utiliza la regulación del mercado para establecer incentivos entre las entidades reguladas; por ejemplo, cuando se compensa a una industria por bajar los niveles de la contaminación que produce. Este tipo de regulación es importante; sin embargo, señala Aman, que aunque la regulación busque renacionalizar ciertos procesos globales, de alguna forma el proceso legislativo termina sometiendo y armonizando los intereses globales. Este tipo de procesos fomentan una integración de economías nacionales hacia economías globales; es decir, se producen estructuras regulatorias que se encuentran en competencia con otros Estados.³⁵

En el tercer tipo de reformas, el mercado, en asociación con el Estado y la contratación de servicios públicos, señala la combinación de aspectos en ambas reformas regulatorias, y se presentan a partir de llevar a cabo tareas que antes realizaba el Estado. En este sentido, en la mayoría de las contrataciones no es usual que sean acompañados por alguno de los procesos administrativos; lo que se genera es que el mercado sustituya a la ley y a los ciudadanos, convirtiéndose en simples consumidores sin que estos pueden ser involucrados en las decisiones de los servicios públicos.³⁶

El autor señala que, en estos procesos, los cuales presentan un acercamiento hacia el mercado, es necesario conocer cuál es el alcance de los poderes privados y cómo son llevadas a cabo sus técnicas para el logro de fines públicos. Por último, los procesos legislativos generalmente se ven ahora influenciados

³⁴ Alfred C. Aman, "The Globalization State: a Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy", p. 824.

³⁵ *Ibid.*, pp. 828-830.

³⁶ *Ibid.*, p. 832.

por una perspectiva global, es decir, existe una influencia mayor de actores globales en las legislaciones nacionales.³⁷

Para implementar dichas reformas, fue necesario realizar modificaciones a la estructura administrativa de los Estados; es decir, fue necesario introducir un modelo administrativo en donde las dependencias tengan mayor autonomía de gestión. Autonomía entendida como la libertad de actuación y realización de tareas sin influencia política y que la toma de decisiones se estableciera a partir de cuestiones técnicas y procedimentales.³⁸ En el caso de México, fue posible a través de los organismos desconcentrados de la administración.³⁹

A los órganos desconcentrados de la administración se les dotó de facultades para poder alcanzar grados autónomos (eliminar influencia política) de actuación. El principal objetivo de la comisión es ser un organismo dotado de autonomía técnica y operativa para la realización de sus actividades. De esta forma, se entiende que no solo en el área económica se han establecido este tipo de organismos, también en el sector salud y social se han creado estos organismos reguladores.

Ahora bien, el grado de autonomía es medido de acuerdo con los siguientes elementos: poder de decisión y mando,⁴⁰ poder de nombramiento, poder de revisión, poder de información, poder presupuestal.⁴¹ Dependiendo del grado facultativo de cada de una de las dependencias, es el nivel de autonomía adquirido. En México hay varios factores que influyen para que estos

³⁷ *Ibid.*, p. 846.

³⁸ Para Roldán estas modificaciones en la estructura de la administración se trataron de un “injerto del derecho estadounidense. Esto genera el encuentro con nuevas formas organizativas previamente establecidas que tienen una lógica diversa...En el caso que nos ocupa la desconcentración administrativa —en la cual se inserta la mayor parte de los órganos reguladores— llegó, en un principio, a nuestro país inspirada en el modo de organización centralista francesa, pero tuvo que adaptarse a un régimen de administración presidencialista y federal. Con el mismo espíritu de importación jurídica, la nueva desconcentración se ve influida por el modelo estadounidense de las *administrative agencies*”, Roldán, *op. cit.*, p. 233.

³⁹ “Algunos organismos desconcentrados en México son los siguientes: La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Federal de Competencia, la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Reguladora de Energía”. Hay que señalar que la Comisión Federal de Competencia y la Comisión Federal de Telecomunicaciones se convirtieron en Órganos Constitucionales Autónomos, como se explica en las páginas siguientes de este trabajo. *Ibid.*, p. 236.

⁴⁰ Un conflicto respecto al poder de decisión y mando (creación de lineamientos sobre derechos de audiencia) con relación al Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Presidencia de la República, respecto de la capacidad generar normatividad reglamentaria. Los lineamientos fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el día 21 de diciembre de 2016.

⁴¹ Roldán, *op. cit.*, pp. 237-244.

organismos sean débiles y funcionen con grados mínimos de autonomía e independencia, como las influencias políticas o la captura de las entidades reguladoras por los entes regulados.

En México, tres son los diferentes tipos que pueden considerarse como organismos desconcentrados de la administración pública con funciones reguladoras. En el sector financiero: la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNVB), la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) y la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR). En el sector económico: la Comisión Reguladora de Energía (CRE), la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) y la Comisión Federal de Competencia (COFECO); estas dos últimas, en la actualidad, Órganos Constitucionales Autónomos. En el sector social: la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA), la Comisión Nacional de Agricultura y Pesca (CONAPESCA).⁴³

Existen, además de los organismos desconcentrados, los denominados Órganos Constitucionales Autónomos: el Banco de México, el Instituto Nacional Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, el Instituto Nacional de Transparencia, el de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Fiscalía General de la República, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

⁴² La captura de los entes regulados hace referencia a los beneficios que una industria recibe por los entes reguladores e impide que se dé entrada a otras industrias y se genere competencia; es decir, quien regula no es el órgano regulador, sino el regulado: “El Estado —la maquinaria y el poder del Estado— puede ser un recurso o una amenaza para cualquier industria. Con su poder para prohibir u obligar, para tomar o dar dinero, el Estado puede ayudar o dañar selectivamente a un gran número de industrias. La industria del petróleo, un gigante político, consume ingentes beneficios políticos; a la vez, las aseguradoras marítimas tienen su más modesto banquete. Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quién recibirá los beneficios o cargas de la regulación, que forma tomará la regulación, y los efectos de esta sobre la asignación de recursos. La regulación puede ser perseguida activamente por una industria, o puede ser impuesta sobre la misma. Una tesis central de este trabajo es que, como regla general, la regulación es conseguida por la industria y es diseñada y operada básicamente para su beneficio”. George J. Stigler, “La teoría de la regulación económica”, p. 35.

⁴³ Alfonso Carballo Pérez *et al.*, *Fortaleza institucional de las agencias reguladoras en México. Documento de investigación en regulación Núm. 2012-03*, p. 19.

Los Órganos Constitucionales Autónomos⁴⁴ son entidades de la administración bajo un régimen específico. Son considerados con competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y ejecutivas sobre ciertos sectores técnicos y especializados. Hay que mencionar que no todos los Órganos Constitucionales Autónomos realizan actividades regulatorias.

En el año 2013, se llevó a cabo una reforma constitucional para crear dos Órganos Constitucionales Autónomos que se especializan en áreas de regulación económica y regulación en telecomunicaciones:⁴⁵ la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.⁴⁶

Estos órganos modifican las funciones del Estado porque son entidades que pueden crear normas, emitir resoluciones y llevar a cabo actos administrativos. De esto se desprende este tipo de organismos que se encuentra acorde a la división clásica de funciones estatales en el sentido de que el principio de división de poderes establecido a nivel constitucional puede ser interpretado de forma flexible y ha evolucionado de acuerdo con la necesidad y fines históricos del momento.⁴⁷

Hay que añadir, además, que la administración pública mexicana se somete a un procedimiento que tiende a analizar la eficacia y los costos de los procedimientos y trámites de la administración por la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria.⁴⁸

⁴⁴ Los Órganos Autónomos Constitucionales son aquellos que se encuentran establecidos constitucionalmente, entablan relaciones de coordinación con otros órganos del Estado, cuentan con autonomía presupuestal y financiera y deben de atender ciertas funciones primarias de forma eficaz en beneficio de la sociedad, tal y como lo advierte la siguiente jurisprudencia: ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS. Tesis P./J. 20/2007, Registro 172456, Constitucional, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647.

⁴⁵ ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Tesis P./J. 46/2015 (10a.), Registro 2010881, Constitucional Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada el 11 de junio de 2013, artículo 28.

⁴⁷ INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE; Tesis: P./J. 45/2015 (10a.), Registro 2010672, Constitucional, Décima Época, Libro 25, t. I, diciembre de 2015, p. 38.

⁴⁸ La creación de este organismo fue en el año 2000 a través de la reforma realizada a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

De lo anterior se desprende que existe una transformación importante en la estructura tradicional del Estado. Una vez que fue privatizada la mayoría del sector económico del Estado (lo que se conoce como retirada del Estado), se dio pauta a que los servicios públicos y actividades económicas de interés nacional fueran sometidos a esta técnica administrativa. El sometimiento de los servicios públicos a una regulación de este tipo, dotó de valores y principios de mercado a la actuación del Estado. En efecto, el planteamiento de este acercamiento del Estado al mercado se ve reflejado en las tendencias de la Nueva Gerencia Pública en las que se establecen elementos del mercado, como lo afirma Guerrero:

Por tanto, aunque la nueva gerencia ostenta como apellido el vocablo público, nada la vincula a esa noción, pues sus propósitos y resultados se encaminan a la privatización del Estado. En segundo lugar, aunque lleva por nombre la voz *gerencia*, no es ella en el sentido clásico su fundamento, sino la noción de mercado, al cual propone como modelo sustituto del esquema “burocrático” del Estado. Aquí tienen su origen las propuestas a favor de: 1) establecer mercados intragubernamentales y orientar al gobierno hacia el consumidor, no hacia el ciudadano; 2) desarrollar la competencia en la provisión de bienes y servicios públicos y 3) introducir el “espíritu empresarial” en el gobierno.⁴⁹

Para entender lo anterior, Aman hace hincapié en el factor de la globalización, que conlleva la necesidad de competir por las inversiones transnacionales. Así, los gobiernos han delegado ciertas funciones públicas a los particulares, que se convierten cada vez más en actores privados buscando competir en los mercados globales.⁵⁰ Para el autor, delegar los servicios públicos a los particulares ocurre en un contexto global regulatorio en el que los actores no estatales ahora son una parte fundamental en el gobierno. Los Estados se asocian con los actores privados porque les permite traspasar la barrera territorial.⁵¹

⁴⁹ Omar Guerrero, “Nueva gerencia pública: ¿gobierno sin política?”, pp. 381-382.

⁵⁰ Alfred C. Aman, “Globalization, democracy, and the need for a new administrative law”, pp. 131-132.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 132-134.

De igual forma, Picciotto afirma que la globalización se presenta por redes de gobernanza multilateral en tres aspectos principales: primero, por una desestabilización de la jerarquía regulatoria (el monopolio jurídico del Estado) debido a la producción de diferente normatividad en los distintos espacios y dimensiones, ocasionando problemas de legitimidad y aplicabilidad, además de traslapar diferentes sistemas normativos, lo que genera una fragmentación de la esfera pública creando espacios privados donde solo actores económicos poderosos pueden tener acceso, generando una privatización de la justicia.⁵² En un segundo aspecto, se borran las distinciones de las formas normativas (públicas y privadas) debido a la erosión entre los derechos público y privado, así como al cambio de derecho formal a formas cuasi legales de regulación en los espacios globales, es decir, el denominado *soft law* frente al *hard law*.⁵³ En el tercer aspecto, se presenta una fragmentación funcional de los Estados debido al traslado de ciertas funciones estatales a entidades públicas autónomas especializadas; es una extensión global que va más allá del proceso de tecnificación de los Estados modernos; es decir, el crecimiento de los organismos reguladores puede ser visto como una respuesta a la complejidad de los problemas actuales. Por tanto, se concede bastante autonomía a la toma de decisiones técnicas dentro de un marco de políticas establecido por los gobiernos. Estas nuevas formas de gobernar (gobernanza) son descentralizadas e interactivas, lo que genera problemas en su legitimación.⁵⁴

Por último, señala el mismo autor, esta fragmentación funcional puede ser un reflejo de cambios más profundos en la relación de lo público y lo privado. La transferencia de áreas especializadas a algunos organismos reguladores es descrita por la necesidad de aislar las decisiones de la influencia de intereses privados y de los intereses políticos y electorales dominantes, por lo que refleja cambios en los procesos políticos con la ruptura de la representación democrática.⁵⁵

De esta forma, la regulación interviene en las relaciones actuales donde se ha determinado que su objetivo principal es mantener en equilibrio las relaciones de mercado. Además, se puede atribuir como una forma en que el Estado fragmenta sus funciones a través de un régimen de cuestiones técnicas y

⁵² Picciotto, *op. cit.*, p. 8.

⁵³ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 14

⁵⁵ *Loc. cit.*

especializadas. A pesar de ello, cierta presencia del Estado permanece como si fuese un simple observador del funcionamiento de las relaciones económicas y sociales. En teoría, ejerce su presencia (unilateralidad, imperatividad y coercibilidad) cuando existen las fallas del mercado o monopolios (externalidades) que lo desequilibran; regula, no reglamenta, aunque la regulación lleve implícita cierta reglamentación.⁵⁶

III. Conclusiones

Existe una transformación importante en la tradicional estructura del Estado a partir de una reconfiguración administrativa llevada a cabo durante el periodo neoliberal. Para ello, se establecieron mecanismos de eficiencia y competencia económica a partir de la creación de instituciones como los órganos reguladores y, en ciertos sectores de la economía, los Órganos Constitucionales Autónomos.

Estos mecanismos y técnicas implementados al interior del Estado han funcionado para vincular los sectores económicos nacionales al sistema capitalista nacional y transnacional. Dicha arquitectura institucional ha generado relaciones en las que el tradicional núcleo público privado ha sido modificado; esto es, se han realizado desplazamientos importantes hacia lo que puede considerarse como la privatización de las funciones públicas a partir del desarrollo de la regulación en los Estados.

Esta pérdida de control estatal sobre los sectores estratégicos de la economía y los servicios públicos ha tenido implicaciones importantes: la idea del mercado ha limitado la presencia del derecho público, existe ausencia de controles estatales y de procedimientos administrativos adecuados y, por consecuencia, no hay una normatividad estatal que atienda el interés público y ciudadano. El interés público se distorsiona porque existe una injerencia de intereses privados en actividades que deberían ser públicas. De igual forma, al llevar a cabo la privatización de la mayoría de los sectores económicos del Estado (lo que se conoce como retirada del Estado) se ha generado la ausencia

⁵⁶ Esto es, se deja que la sociedad se autorregule normativamente: “La regulación estatal se centra en la atribución de competencias, en el establecimiento de procesos y en el reconocimiento de los efectos de la autorregulación, dejando a ésta la fijación y el control de los contenidos normativos primarios”. Modern, *op. cit.*, p. 280.

de procesos democráticos en dichas instituciones; esto es, su legitimación se lleva a cabo a partir de los intereses del mercado, del costo-beneficio y no a partir de las problemáticas y de las necesidades que requiere la sociedad. Así, toda esta estructura conlleva la pérdida del control público en sectores y actividades económicas importantes, por lo que el Estado se encuentra sometido y subordinado a las relaciones del mercado, teniendo una intervención frágil y dispersa, cediendo el control a los particulares a través de un andamiaje institucional creado para ello.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada, Comares, 1999.
- Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. México, FCE, 2012.
- Darnaculleta Gardella, Mercé. *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Harvey, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, Akal, 2007.
- Hernández Cervantes, Aleida. “La producción Jurídica de la globalización económica”. *Globalización, neoliberalismo y derechos de los pueblos indígenas en México*, Rodrigo Gutiérrez Rivas y Mylai Burgos Matamoros (Coord.), UNAM, UASLP, Mispat, 2014, pp. 1-24.
- Marcou, Gérard. “La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado”. *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Gerard Marcou y Frank Moderne, t. I, Comparaciones y Comentarios, Colombia, L’ Harmattan-Universidad del Rosario, 2009, pp. 11-93.
- Marx, Karl. *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*. México, Siglo XXI, 1989.
- Modern, Frank. “Los usos de la noción de regulación en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea”. *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Gerard Marcou y Frank Moderne, t. I, *Comparaciones y Comentarios*, Colombia, L’ Harmattan-Universidad del Rosario, 2009.
- Paramio, Ludolfo. *La socialdemocracia*. Buenos Aires, FCE, 2009.
- Picciotto Sol. “Regulatory Networks and Global Governance”. *W.G. Hart Legal Work Shop*, University of London-Institute of Advanced Legal Studies, 29 de junio 2006.

- Polanyi Karl. *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México, FCE, 2003.
- Porter, Tony. "Private Authority, Technical Authority, and the Globalization of Accounting Standards". *Bussines and politics* 7, Núm. 3, 2005.
- Roldán Xopa, José. *Derecho administrativo*. México, Oxford, 2008.
- Robinson, William I. *Una teoría sobre el capitalismo global*. México, Siglo XXI, 2013.
- Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos*. Madrid, Katz, 2010.
- Sousa, Santos Boaventura de. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Ciencias Políticas y Sociales, ILSA, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de derecho, 1998.
- Stigler, George J. "La Teoría de la regulación económica". *Privatización, desregulación, y ¿competencia?*, Germa Bel I Queralt (Coord.), Madrid, Civitas Ediciones, 1996.
- Strange, Susan. *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. 2ª ed., Barcelona, Icaria, 2003.
- Timsit, Gérard. "La regulación y la Teoría del Derecho". *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Gerard Marcou y Frank Moderne, Tomo I, *Comparaciones y Comentarios*, Colombia, L' Harmattan-Universidad del Rosario, 2009.
- Wallerstein, Immanuel. *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*. México, Siglo XXI, 2005.
- Witker, Jorge y Angélica Varela. *Derecho de la Competencia Económica en México*. México, IJ-UNAM, 2003.

Hemerogeáficas

- Aman Alfred, C. "The Globalizing State: A Future Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy". *Vanderbilt journal of transnational law*, Vol. 31, Núm. 3, octubre 1998, New York, pp. 769-869.
- _____. "Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law", *Indiana journal of global legal studies*, Vol. 10, Núm. 1, invierno 2003, Indiana, pp.125-155.
- Büthe, Tim. "Governance Through Private Authority: Non-State Actors in World Politics". *Journal of International Affairs*, Vol. 58, Núm. 1, otoño 2004, New York.
- Carballo Pérez, Alfonso, Ignacio R. Camacho Mier y Margherita Corina Terán, y Eduardo E. Romero Fong. *Fortaleza institucional de las agencias reguladoras en México. Documento de Investigación en Regulación Núm. 2012-03*, noviembre 2012, México, COFEME.
- Guerrero, Omar. "Nueva gerencia pública: ¿gobierno sin política?". *Revista Venezolana de Gerencia*, Año. 8, Núm. 23, julio-septiembre, 2003, Maracaibo, pp. 379-395..

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 11 de junio de 2013.

- ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis P./J. 46/2015 (10a.), Registro 2010881, Constitucional, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, t. I, enero de 2016,
- INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. Tesis P./J. 45/2015 (10a.), Registro 2010672, Constitucional, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, t. I, diciembre de 2015.
- ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS. Tesis P./J. 20/2007, Registro 172456, Constitucional, Novena Época, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, mayo de 2007.

Positivismo jurídico y falacia naturalista

Francisco Javier Castillejos Rodríguez*

Resumen:

El objetivo de este artículo es explicar la relación entre falacia naturalista, tradición empirista y positivismo jurídico. Desde el punto de vista del empirismo, no es posible derivar enunciados evaluativos de enunciados descriptivos. En filosofía, a este requerimiento metateórico se le llama la guillotina de Hume. Tal exigencia presupone un dualismo metafísico entre hecho y valor. Desde esta perspectiva, la moralidad no es un objeto de la razón: los valores son subjetivos y arbitrarios. Sin embargo, este modelo tiene muchos problemas. Los compromisos, los valores epistémicos, los conceptos éticos densos y las razones para la acción independientes del deseo constituyen contraejemplos a aquella representación empirista. En realidad, descripción y evaluación están vinculados y son interdependientes.

Abstract:

The aim of this paper is to explain the relationship among naturalistic fallacy, empiricist tradition and Legal Positivism. From an empiricist point of view, it is not possible to derive evaluative statements from descriptive statements. In philosophy, this meta-theoretical requirement is called Hume's Guillotine. Such request presupposes a fact/value metaphysical dualism. From this perspective, morality is not an object of reason: values are subjective and arbitrary. However, this model has a lot of problems. Commitments, epistemic values, thick ethical concepts and desire-independent reasons for action are some counter-examples to that empiricist picture. In fact, description and evaluation are linked and interdependent.

Sumario: Introducción / I. Positivismo y racionalidad instrumental / II. Positivismo y tesis de la separación / III. La racionalidad positivista y su crítica / IV. La sofística de la falacia naturalista / V. Falacia naturalista y juicios morales / VI. Reflexión final / Fuentes de consulta

* Licenciado en Derecho por la UNAM, maestro y doctor en Filosofía por la UAM-I., Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

Desde el célebre *Tratado de la naturaleza humana* de David Hume, hasta los *Principia Ethica* de G. E. Moore, es habitual hablar en filosofía de la imposibilidad de derivar un ‘deber ser’ de un ‘es’. Al tipo de argumentación en que se deducen enunciados evaluativos de enunciados descriptivos se le conoce con el nombre de ‘falacia naturalista’ (*naturalistic fallacy*).¹ El *locus classicus* de dicha perspectiva se encuentra en el siguiente texto de Hume:

En todo sistema de moralidad que he conocido siempre he notado (...) que en lugar de las cópulas usuales de las proposiciones *es* y *no es*, no encuentro ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. (...) como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada; y al mismo tiempo debería darse una razón para lo que parece totalmente inconcebible: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son enteramente diferentes de ella.²

Conforme a este planteamiento, los defensores del empirismo —tanto clásico como contemporáneo— han fundamentado sus concepciones en el requerimiento lógico de evitar deducir un deber ser de un es de manera paralela a la edificación de un modelo minimalista de racionalidad. En el ámbito de las ciencias sociales —en particular, en la sociología y la teoría económica—, se ha dado una formulación equivalente que ha tenido como consecuencia la distinción entre investigaciones positivas, por un lado, y aproximaciones de corte normativo o prescriptivo, por otro.³

En la teoría del derecho, algunos exponentes clásicos del positivismo jurídico han hecho suyo el requerimiento de evitar la falacia naturalista. Hans Kelsen, por ejemplo, sostiene:

¹ La expresión ‘falacia naturalista’ fue acuñada por George E. Moore para enfatizar el error de definir ‘bueno’ a partir de propiedades como el placer, lo deseado, etcétera. Esto se debe a que ‘bueno’ es una noción simple, indefinible, inanalizable y que, además, no es reducible a una propiedad natural ni a un objeto suprasensible. En este contexto, Moore argumenta que las éticas naturalistas y las éticas metafísicas son las que regularmente incurrir en la falacia naturalista, pp. 6-17 y 38-39.

² David Hume, *A Treatise of Human Nature*, p. 302.

³ Es el caso, por ejemplo, de Max Weber en el ámbito sociológico y de Lionel Robbins en el contexto de la ciencia económica. Max Weber, “La ‘objetividad’ cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, p. 41; Lionel Robbins, *An Essay on the Nature & Significance of Economic Science*, pp. 147-148.

Nadie puede negar que la afirmación de que algo es —esto es, la afirmación con la cual se describe un hecho—, es sustancialmente diferente de la afirmación de que algo debería ser, esto es: de la afirmación con la cual se describe una norma; y por ello, de que algo sea no puede seguirse que algo deba ser, del mismo modo que de que algo deba ser, no puede seguirse que algo sea.⁴

En este punto, Kelsen hace suyas, de manera explícita, las siguientes palabras de Arthur N. Prior: “(..) es imposible deducir una conclusión ética desde premisas enteramente no éticas”.⁵ Por su parte, Alf Ross —otro exponente del positivismo jurídico clásico— enfatiza que aquellos modelos filosóficos que mezclan cuestiones de conocimiento con aspectos deónticos o prácticos tienen un *status* contradictorio.⁶

Una de las consecuencias más sorprendentes de la falacia naturalista es la tesis de que los enunciados evaluativos son subjetivos, emotivos o irracionales. A diferencia de los enunciados descriptivos —los cuales tendrían significado cognitivo—, las evaluaciones sólo poseen significado emotivo: quedan fuera del alcance de la razón. Esta dicotomía conduce a un dualismo metafísico según el cual los valores no pertenecen al mundo de los hechos. De ahí que el único modelo adecuado de racionalidad sea la argumentación científicista, *i.e.*, la racionalidad instrumental. Para decirlo en términos crudos: nuestras facultades racionales sólo pueden justificar medios, no fines; sólo sirven para describir lo que el mundo *es*, pero no para decir lo que el mundo *debería ser*. La tesis kelseniana de que la justicia es un ideal irracional y aquella de Ross según la cual el concepto de conocimiento práctico es imposible, han sido formuladas ambas en este contexto.⁷ Este espectro de posiciones metaéticas no-cognitivistás se ha etiquetado con el nombre de ‘escepticismo de la razón práctica’.⁸

En las siguientes páginas formularé una crítica a dicho paradigma positivista de racionalidad. En particular, me concentraré en el reduccionismo ra-

⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 28-29.

⁵ Arthur N. Prior, *Logic and the Basis of the Ethics*, p. 18.

⁶ Alf Ross, *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, pp. 17-19.

⁷ Sobre el particular, *vid.*, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, p. 28; Alf Ross, *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, pp. 17-19.

⁸ Tomo esta expresión de Christine M. Korsgaard, “Skepticism about Practical Reason”, p. 103.

cional del positivismo jurídico clásico y en la sofística implícita en la noción de falacia naturalista. Mi objetivo es demostrar que una concepción adecuada de racionalidad no puede reducirse al modelo medios-fines y que la formulación de la falacia naturalista incorpora, desde su propia terminología, los elementos para su refutación.

I. Positivismo y racionalidad instrumental

El positivismo jurídico clásico se construyó sobre la base de tres tesis: a) la tesis social —el derecho es una cuestión de fuentes sociales—; b) la tesis de la separación —la relación entre derecho y moral no es necesaria sino contingente—; y c) la tesis semántica —términos como derechos y deberes no poseen el mismo significado en contextos jurídicos y morales—. ⁹ Siguiendo la distinción de Jeremy Bentham entre lo que el derecho es (*what the law is*) y lo que el derecho debe ser (*what the law ought to be*), el positivismo jurídico del siglo XX estableció como requerimiento metateórico que la reflexión filosófica de los juristas debía de concentrarse en los aspectos descriptivos de la disciplina jurisprudencial, dejando a un lado los aspectos evaluativos tradicionales. ¹⁰ Si bien no todos los positivistas jurídicos compartieron una perspectiva no-cognitivista en el plano metaético, una parte importante de este paradigma hizo suya una concepción de racionalidad equivalente a la del empirismo. Es el caso de Hans Kelsen, Alf Ross y de los juristas directamente influenciados por ellos. ¹¹

El modelo empirista de racionalidad se puede sintetizar en la siguiente afirmación de Hume: “La razón es y sólo puede ser la esclava de las pasiones y nunca puede pretender otro oficio más que servir las y obedecerlas”. ¹² En este

⁹ Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, pp. 37-38.

¹⁰ Sobre esta distinción, la cual separa la *expository jurisprudence* de la *censorial jurisprudence*, Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, p. 324.

¹¹ Es importante señalar que algunos exponentes del positivismo jurídico no fueron partidarios de una perspectiva no-cognitivista de la moral. Por ejemplo, Bentham fue uno de los grandes filósofos utilitaristas europeos y fundamentó su concepción sustantiva en el famoso principio de utilidad (*principle of utility*). Por su parte, Herbert L. A. Hart ha enfatizado que la tesis de la separación del positivismo jurídico es perfectamente compatible con el rechazo de las tesis fundamentales del no-cognitivism. Bentham, *op. cit.*, pp. 1-8; Herbert L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, pp. 83-84.

¹² Hume, *op. cit.*, p. 266.

sentido, la razón humana se encuentra limitada desde dos puntos de vista. Por una parte, ella queda enfocada exclusivamente al descubrimiento de la verdad y la falsedad; por otra, las cuestiones de la moralidad, al no ser asuntos de hechos, quedan totalmente fuera del alcance de la razón. Ello conduce a una bifurcación de las capacidades humanas: la razón, por un lado, y las pasiones, voliciones y acciones, por otro. Estas últimas no pueden ser verdaderas y falsas, por lo que no pueden ser ni contrarias ni acordes a la razón.¹³ Así, Hume sostiene *ad pedem litterae*: “No es contrario a la razón preferir la destrucción del mundo entero a un rasguño en mi dedo”.¹⁴

En este contexto, la tradición empirista adopta el paradigma de la racionalidad instrumental: la deliberación —si es racional— consiste en seleccionar los medios que nos permitan alcanzar nuestros fines. Desde esta perspectiva, la facultad racional interviene en el cálculo de medios, pero no en la justificación de los fines en sí mismos.¹⁵ En otros términos: la racionalidad instrumental es completamente neutral en lo que respecta a los fines; por tanto, la aceptabilidad o fundamentación de nuestros objetivos, metas, acciones o ideales dependerá de otros factores que no son racionales.¹⁶ La postulación de un abismo existente entre medios y fines, entre hechos y evaluaciones, entre ciencias fácticas y reflexiones normativas es un presupuesto necesario de esta concepción.¹⁷

El proceso instrumental de la razón de desenvuelve aproximadamente en los siguientes términos: nuestros fines son elegidos por nuestros deseos. Estos son los que determinan lo que hacemos. La racionalidad es la facultad que decide cuáles medios son los mayormente adecuados para conseguir los fines que deseamos. Pero la razón tiene una fuerte limitante: no puede determinar ni justificar los fines. Al final, las cuestiones de carácter ético quedan fuera de los estándares racionales.¹⁸ Este paradigma ha sido tan influyente que incluso se le ha identificado como ‘modelo clásico de racionalidad’ (*classical model of rationality*).¹⁹

¹³ *Ibid.*, pp. 295 y 301.

¹⁴ *Ibid.*, p. 267.

¹⁵ Weber, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.*, Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, pp. 15 y 19; Robbins, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ Robbins, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸ Korsgaard, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹⁹ John R. Searle, *Rationality in Action*, p. 5.

En términos contemporáneos, se asume que la racionalidad consiste —entre otros aspectos— en actuar de conformidad con razones para la acción (*reasons for action*).²⁰ Pero el concepto de racionalidad instrumental entiende esto en términos restringidos: de existir razones para actuar, estas sólo pueden ser dependientes de los deseos.²¹ Lo contrario sería —como veremos más adelante— incurrir en la falacia naturalista. De ahí que para Hume la razón no sea capaz de producir una acción o dar lugar a una volición.²²

Esta perspectiva racional llega a sus últimas consecuencias en la contemporánea teoría matemática de la decisión. Al reflexionar sobre los límites de la razón humana y su papel en la toma de decisiones, Herbert A. Simon señala: “La razón es enteramente instrumental. No puede decirnos a dónde ir. A lo mucho, nos puede decir cómo llegar ahí”.²³ El modelo de utilidad marginal y el famoso teorema de la imposibilidad de Arrow se han desarrollado con fundamento en este paradigma de la racionalidad.²⁴

Como consecuencia de que la racionalidad queda limitada a cuestiones de hecho y su único ámbito de acción es el cálculo de medios, el espectro de las ciencias sociales —desde la sociología hasta la economía, pasando por la ciencia jurídica— debe ser neutral y libre de valores. A partir de Weber, a dicho requerimiento metateórico se le ha denominado principio de libertad valorativa (*Prinzip der Wertfreiheit*).²⁵ En otras palabras: la investigación

²⁰ *Ibid.*, p. 29. Por ‘razones para la acción’ se entienden aquellos hechos del mundo, estados intencionales o entidades proposicionalmente estructuradas distintas a las anteriores, que fáctica o contrafácticamente influyen en nosotros para realizar una conducta. *Ibid.*, pp. 102 y 116.

²¹ *Ibid.*, p. 26.

²² Hume, *op. cit.*, p. 266.

²³ Herbert A. Simon, *Reason in Human Affairs*, p. 7.

²⁴ La utilidad marginal se refiere a la satisfacción adicional resultante del consumo de una unidad adicional de un bien o servicio. Si bien existe una especie de “cálculo” de dicha satisfacción — pensemos en la fórmula $MU_y = \Delta U / \Delta y$, según la cual la utilidad marginal de ‘y’ es igual al nivel de satisfacción dividido por el nivel de consumo—, el supuesto del que se parte es que las preferencias de las personas, y por tanto la utilidad marginal de los bienes, tienen un carácter subjetivo. De ahí que, desde perspectivas radicales de racionalidad instrumental similares a las de Lionel Robbins, no puedan compararse las utilidades de diversas personas, ya que dicha comparación interpersonal queda fuera del ámbito de la ciencia. Sobre este tema, *vid.*, David A. Besanko y Ronald R. Braeutigam, *Microeconomics*, pp. 77-79; Lionel Robbins, *op. cit.*, pp. 138-139. Por su parte, Arrow ha sostenido que, bajo la suposición de una comunidad de tres votantes que deben seleccionar entre tres alternativas que de forma exclusiva y particular cada uno prefiere, no existe un procedimiento de elección racional que permita pasar de las preferencias individuales a las colectivas. Sobre este teorema, *vid.*, Kenneth J. Arrow, “A Difficulty in the Concept of Social Welfare”, pp. 328-329.

²⁵ Hans Albert, *Traktat über Kritische Vernunft*, p. 83.

científico-social se refiere exclusivamente a lo que es, no a lo que debería ser. Las implicaciones de este modelo en la teoría del derecho son inmediatamente visibles en la edificación del paradigma del positivismo jurídico clásico, como se verá a continuación.

II. Positivismo y tesis de la separación

En la teoría del derecho, el positivismo jurídico clásico hizo suyas las exigencias epistemológicas empiristas y aterrizó el requerimiento de *Wertfreiheit* en el sentido de que la ciencia jurídica habría de explicar el derecho que es y no abordar el problema del derecho como valor, *i.e.*, del derecho como *debería ser*.²⁶ El deslinde entre el derecho real y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, entre lo que es y lo que debe ser en términos jurídicos, constituyó la plataforma giratoria en torno a la cual el positivismo jurídico planteó el problema de la relación entre derecho y moral. Para clarificar este punto, utilizaré una taxonomía propuesta por Robert Alexy.

Desde la perspectiva de Alexy, las diversas teorías del derecho pueden ser clasificadas tomando como criterio su posicionamiento frente a la temática de la relación entre derecho y moral. Por un lado, se encuentran las posturas positivistas, *i. e.*, aquellas que se basan en la tesis de la separación según la cual no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Por otro lado, se encuentran las posturas no-positivistas, *i. e.*, aquellas que se sostienen en la tesis de la vinculación según la cual dicha conexión necesaria existe.²⁷ Si bien el positivismo jurídico se ha entendido de diversas maneras —*v. gr.*, pensemos en la distinción de Bobbio entre positivismo metodológico, positivismo como teoría y positivismo ideológico,²⁸ en la de Mastronardi entre positivismo analítico y positivismo realista,²⁹ o en la más reciente entre positivismo excluyente y positivismo incluyente—,³⁰ todas sus modalidades

²⁶ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pp. 105-106.

²⁷ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 13-14.

²⁸ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, pp. 39-40.

²⁹ Philippe Mastronardi, *Angewandte Rechtstheorie*, p. 100.

³⁰ El positivismo jurídico excluyente (*Exclusive o Hard Legal Positivism*) y el positivismo jurídico incluyente (*Inclusive, Soft o Incorporationist Legal Positivism*) interpretan la tesis de la separación de manera divergente. Para el primero, los criterios morales no pueden ser ni condiciones necesarias

adoptan la tesis de la separación, aun cuando la interpretación de esta última pueda variar en más de un sentido.

En este contexto, la separación del derecho y la moral —la *Trennung von Recht und Moral* en términos de Kelsen— constituye el grito de guerra de los positivistas.³¹ Ya en el siglo XIX, el jurista John Austin afirmaba: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”.³² Desde la perspectiva del positivismo jurídico clásico, la tesis de la separación es determinante: “El derecho puede ser identificado en su existencia y contenido por referencia únicamente a hechos sociales sin recurrir a ningún argumento moral”.³³ Esta conclusión tuvo dos consecuencias en el ámbito de la reflexión jurídica: una definicional y otra disciplinar.

Desde el punto de vista definicional, el positivismo jurídico clásico estableció el siguiente requerimiento metateórico: el derecho debe definirse en términos valorativos neutrales y, por tanto, sin referencia a ningún contenido moral. En esta dirección, el derecho no debe caracterizarse desde un punto de vista evaluativo, sino desde una perspectiva exclusivamente descriptiva.³⁴ Ello presupone una estricta separación entre la atribución de validez jurídica a las normas y la formulación de valoraciones ético-normativas.³⁵ El derecho, despojado de todo contenido moral, puede definirse simplemente como un sistema normativo, institucionalizado y coactivo.³⁶ Para decirlo en palabras de Bobbio:

ni suficientes para el *status* jurídico de una norma. Para el segundo, si bien no hay un contenido moral necesario en el derecho, un sistema jurídico en particular podría —por regulación convencional— hacer que ciertos criterios morales sean necesarios o suficientes para la validez de dicho sistema. Dentro de los positivistas incluyentes se encuentran Philip Soper, Jules L. Coleman, David Lyons, Neil MacCormick, W. J. Waluchow y el Hart tardío del *Postscript*. Sobre esta temática, puede consultarse: Brian Bix, *Jurisprudence. Theory and Context*, pp. 48-49.

³¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 132-133.

³² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 184.

³³ Rolando Tamayo, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 407. Ello también es aplicable al garantismo de Ferrajoli. No obstante que éste se basa en una crítica al positivismo jurídico tradicional identificado como paleopositivismo, sigue compartiendo sus tesis clásicas y se opone a modelos no-positivistas como los de Dworkin o Alexy. Para una caracterización general del garantismo, *vid.*, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 19 y ss.

³⁴ Sobre este requerimiento, *vid.*, Alexy, *op. cit.*, p. 13; H. L. A. Hart, *Derecho, libertad y moralidad*, pp. 98-101; Carlos S. Nino, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, pp. 79-80; del mismo autor, *Introducción al análisis del derecho*, p. 37.

³⁵ Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, p. 12.

³⁶ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 149; Rolando Tamayo, *op. cit.*, pp. 196-200.

(...) positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (...) y no la mayor o menor correspondencia con un sistema de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas.³⁷

Desde un punto de vista disciplinar, la separación del derecho y la moral condujo a una diferenciación entre especialidades jurídicas. Por un lado, están la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*) y la teoría del derecho (*Rechtstheorie*) cuya función es describir el derecho que es. Por otro lado, está la filosofía del derecho (*Rechtsphilosophie*), cuyo propósito es reflexionar en torno al deber ser del derecho. El positivismo jurídico, al excluir la aproximación evaluativa de las investigaciones jurídicas, se identificó como una teoría general del derecho (*Allgemeine Rechtslehre*).³⁸ Para decirlo en términos de Luhmann: En virtud de que la moral no tiene ninguna relevancia jurídica, la teoría del derecho se reduce a una autodescripción del sistema jurídico.³⁹

Es en este punto en el que la racionalidad empirista y la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser tienen su consecuencia más grave: el problema de la justicia queda desterrado de manera definitiva de la investigación jurídica. Hans Kelsen lo explica de la siguiente manera:

La ciencia depende del conocimiento y tiene por objetivo explicar, no gobernar. Su objeto consiste en describir el mundo (...). Por consiguiente, debe limitarse a explicar y describir un objeto sin juzgarlo bueno o malo, es decir, sin considerar si se ajusta o no a un valor presupuesto (...). La afirmación científica no debe implicar que algo *es* un fin (...). La ciencia puede determinar los medios, pero no los fines.⁴⁰

Alf Ross comparte la misma idea: el papel del conocimiento sólo puede consistir en proporcionar una guía hipotética en la toma de decisiones, tenien-

³⁷ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, p. 42.

³⁸ Sobre estos conceptos, *vid.*, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 9; Mastronardi, *op. cit.*, p. 1; Dietmar Von Der Pfordten, *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, p. 13.

³⁹ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, pp. 70 y 141.

⁴⁰ Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, pp. 254 y 257.

do como antecedente un motivo irracional determinado.⁴¹ Como conclusión, el derecho y la justicia son objetos distintos: la ciencia jurídica sólo puede construirse conforme a un paradigma positivista en el cual las cuestiones sobre lo justo quedan excluidas de manera tajante.⁴²

Al final, el fantasma del empirismo de Hume se hace presente: en virtud de que los enunciados descriptivos acerca del derecho son verdaderos —o falsos—, solo ellos pueden integrar válidamente una teoría jurídica. En cambio, los enunciados evaluativos —al no ser verdaderos ni falsos— quedan excluidos de la teoría.⁴³ Si representamos un conjunto de enunciados descriptivos como ‘ $P_1, P_2 \dots P_n$ ’ y un enunciado evaluativo como ‘ C ’, resulta que, asumiendo que las inferencias lógicas sólo son válidas si se integran únicamente de descripciones y que la concepción empirista de la racionalidad es correcta, la siguiente derivación sería francamente inválida:

$$(P_1, P_2 \dots P_n) \rightarrow C \quad 44$$

Como resultado de lo anterior, la distinción tradicional entre razón teórica y razón práctica —*spekulative Vernunft* y *praktische Vernunft* en la terminología kantiana—⁴⁵ queda descartada desde la modelación empirista. La única racionalidad existente es la primera. La racionalidad práctica, por su parte, queda eliminada en virtud de su carácter contradictorio.⁴⁶

Tanto la concepción positivista de la racionalidad como la tesis que sostiene la separación entre lo que es y lo que debe ser tienen diversos problemas. Para combatirlos, me auxiliaré de algunos conceptos provenientes de la filosofía del lenguaje —en particular, de la teoría de los actos de habla—, de la filosofía de la mente presupuesta en esta última y de los desarrollos propios del modelo de racionalidad comunicativa.⁴⁷

⁴¹ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 370.

⁴² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung*, pp. 25, 28 y 50.

⁴³ Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, p. 35.

⁴⁴ En este contexto se habla del ‘dilema de Jørgensen’ (*Jørgensens’s dilemma*). Según éste, las inferencias lógicas sólo pueden hacerse entre enunciados que son verdaderos o falsos. Sin embargo, inferencias que no cumplen con dicho requisito e involucran aspectos normativos tienen lugar cotidianamente. Sobre este tema, *vid.*, Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 139-140.

⁴⁵ Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, pp. 2 y 13.

⁴⁶ Alexy, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁷ En particular, parto de la teoría de los actos de habla en su formulación canónica dada por John L.

III. La racionalidad positivista y su crítica

El principal problema del modelo empirista de racionalidad —incluyendo en el mismo al positivismo lógico del siglo XX, por lo menos desde Rudolf Carnap hasta Frank P. Ramsey— es su índole reduccionista. La racionalidad del positivismo jurídico clásico, al coincidir en lo fundamental con el modelo empirista, se limita a una función instrumental. Se trata, utilizando la terminología de Carlos Pereda, de la adopción de un concepto austero de razón, *i. e.*, de una imagen que establece procesos tan estrictos y difíciles de cumplir, que al adoptar el algoritmo y el esquema medios-fines como paradigmas, incurre en un vértigo argumental simplificador.⁴⁸ En este punto, la pregunta que habría de hacerse es la siguiente: ¿Los animales que identificamos como racionales lo son sólo porque efectúan cálculos sobre medios para alcanzar fines? ¿Es así como empleamos el predicado ‘racional’ en nuestro discurso ordinario?

Sobre el concepto de ‘racionalidad’, Donald Davidson enfatiza:

Algunos animales piensan y razonan (...). Cada uno de estos logros, actividades, acciones o errores es suficiente para mostrar que tal animal es un animal racional, ya que ser un animal racional es precisamente tener actitudes proposicionales, sin importar cuán confusas, contradictorias, absurdas, injustificadas o erróneas puedan ser éstas.⁴⁹

De manera adicional, Davidson precisa que la racionalidad implica la posesión de lenguaje: “La conclusión de estas consideraciones es que la racionalidad es un rasgo social. Únicamente los capaces de comunicarse la tienen”.⁵⁰ Por consiguiente, es necesario que los animales humanos pasen por un proceso de aprendizaje del lenguaje natural para poder desenvolverse en el espacio de las razones.⁵¹ Para decirlo en términos de Habermas: el lenguaje es el medio universal de encarnación de la razón.⁵²

Austin, Paul Grice y John R. Searle. El modelo de racionalidad comunicativa proviene principalmente de la obra de Jürgen Habermas.

⁴⁸ Carlos Pereda, *Razón e incertidumbre*, pp. 9 y 49-53.

⁴⁹ Donald Davidson, “Rational Animals”, p. 95.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 105.

⁵¹ John McDowell, *Mind and World*, pp. 125-126. En este punto, es necesario precisar la diferencia entre estados intencionales (*intentional states*) —también llamados actitudes proposicionales (*propositional attitudes*)— y actos de habla (*speech acts*). Los estados intencionales son fenómenos mentales como las creencias, los deseos o las dudas, que se encuentran dirigidos a, o son acerca

La tesis que pretendo defender es la siguiente: las constricciones universales de la racionalidad se encuentran ya incorporadas a nuestro arsenal mental y lingüístico.⁵³ Esto se hace manifiesto, en particular, en la misma estructura de los estados intencionales — $El(p)$ — y de los actos de habla — $AH(p)$ —. ⁵⁴ Ello significa que la racionalidad no es una capacidad distinta y separada de nuestras actitudes proposicionales y nuestro lenguaje. Cualquier bestia biológica que los posea ya tiene las constricciones de la racionalidad:

$$[El(p) \wedge AH(p)] \rightarrow R$$

Para ser más precisos: si un animal posee la capacidad de tener creencias, deseos y demás estados intencionales, y además puede realizar actos de habla —*i.e.*, posee lenguaje—, ya tendrá las constricciones de la racionalidad en esas mismas estructuras. No requiere de ninguna facultad agregada llamada racionalidad o algo por el estilo. Ser racional equivale a tener esas estructuras.⁵⁵ Para sostener esta tesis, se requiere de algunas consideraciones adicionales.

de, objetos y estados de cosas en el mundo. Los estados intencionales se encuentran integrados de un modo psicológico —*i.e.*, la manera específica en la que se dirigen a los objetos— y de un “contenido proposicional” —*i.e.*, aquello a lo que se dirigen—. Por su parte, los actos de habla son acciones como prometer, afirmar o dar una orden, las cuales constituyen la unidad básica de la comunicación. Al igual que los estados intencionales, los actos de habla tienen un contenido proposicional. Sin embargo, en lugar del modo psicológico, cada acto de habla posee una fuerza ilocucionaria (*illocutionary force*), la cual se identifica con el tipo de acto de habla del que se trata: prometer, afirmar, ordenar, etcétera. Sobre estos temas, *vid.*, John L. Austin, *How to do Things with Words*, pp. 12 y 99; John R. Searle, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, pp. 1 y 6; del mismo autor, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, pp. 16, 21 y 30. El concepto de ‘actitud proposicional’ proviene de Bertrand Russell, *An Inquiry Into Meaning and Truth*, p. 167.

⁵² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 23.

⁵³ Por constricciones de racionalidad entiendo aquellos estándares universales que ordinariamente asociamos con el concepto de razón: coherencia, consistencia, posibilidad de crítica, sujeción a la demanda de justificación y diversos *compromisos* relacionados con la verdad, la sinceridad, la evidencia, etcétera. Sobre dicho concepto, *vid.*, John R. Searle, *Rationality in Action*, pp. XIV, 110 y 181-184; Alexy, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁴ En esta simbolización me apoyo, con ligeros cambios, en la propuesta de Searle. Utilizo **El** para representar los estados intencionales en general —creencias, deseos, etcétera— y **AH** para hacer lo propio con los actos de habla —promesas, mandatos, etcétera—. El complemento **p**, por su parte, lo empleo como indicador del contenido proposicional. Sobre esta forma de simbolizar, *vid.*, John R. Searle, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, p. 6. De manera adicional, utilizo **R** para referirme, indistintamente, a la racionalidad o a las constricciones de la racionalidad.

⁵⁵ John R. Searle, *Rationality in Action*, p. 22.

En primer lugar, una teoría de la racionalidad debe explicar todos aquellos fenómenos que asociamos ordinariamente con el predicado ‘racional’; de otra manera, se estará formulando una concepción reduccionista y seguramente falsa de la racionalidad.⁵⁶ Esto es precisamente lo que sucede con el modelo empirista. Ni la racionalidad se reduce a la formulación de enunciados verdaderos o falsos sobre hechos, ni se limita a una función instrumental que restringe la reflexión a un cálculo de medios para alcanzar fines —desentendiéndose de la justificación de las metas últimas—. Si bien la racionalidad no se circunscribe solamente a la capacidad de argumentar, la demanda de justificación es una constricción racional. Y lo que es más importante: la argumentación tiene lugar en prácticamente todo el espectro de las acciones humanas: en la ciencia, en el mundo cotidiano, en la moral, en la política, etcétera.⁵⁷ De ahí que una explicación adecuada de la racionalidad deba coincidir con un concepto amplio de racionalidad que evite la unilateralidad empirista y abarque los aspectos cognitivo-instrumentales, práctico-morales y estéticos de la razón.⁵⁸

En segundo lugar, es importante enfatizar que las razones para la acción dependientes de los deseos explicitadas por el modelo empirista no agotan la dimensión de la racionalidad. Desde la perspectiva de la concepción amplia a la que me he referido, existen también razones para la acción independientes-del-deseo (*desire-independent reasons for action*) —y esta es la característica central de la racionalidad—.⁵⁹ De esta manera, se conectan los estados intencionales y los actos de habla con las razones: al tener creencias o al hacer promesas —por mencionar sólo dos casos—, no nos queda más remedio que asumir compromisos de determinado tipo. La creencia es un compromiso

⁵⁶ En este punto sigo a Grice: si una tesis filosófica rechaza como falsos, absurdos o lingüísticamente incorrectos ciertos tipos de afirmaciones que ordinariamente serían efectuados, es casi seguro que dicha tesis es falsa. *Vid.*, Paul Grice, *Studies in the Way of Words*, p. 172.

⁵⁷ Pereda, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ Este concepto amplio de racionalidad coincide con lo que Habermas denomina racionalidad comunicativa (*Kommunikative Rationalität*). Sobre este concepto, *vid.*, Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1: *Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, pp. 28 y 37-38; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 18. En esta dirección, se integra la distinción kantiana tradicional entre razón especulativa y razón práctica, superando las concepciones minimalistas de la razón. Sobre estos conceptos, *vid.*, Francisco Castillejos, *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*, pp. 211-212.

⁵⁹ John R. Searle, *Rationality in Action*, p. 32.

con la verdad; una promesa es un compromiso con la materialización de una acción futura. Y esos compromisos son razones para la acción independientes-del-deseo: se deben mantener, aunque los sujetos en cuestión no deseen realizarlos en algún momento dado. Por tanto, como animales racionales no actuamos de manera neutral en términos de verdad, corrección, sinceridad, etcétera. Esto se debe a que la asunción de compromisos no es una propiedad separada de los estados intencionales y los actos de habla; se trata de una restricción universal de la racionalidad incorporada ya a dichas estructuras de la mente y el lenguaje.⁶⁰

Para probar lo anterior, formularé algunos actos de habla típicos y explicitaré qué restricciones racionales forman parte de su estructura. Lo que pretendo enfatizar es que dichos actos, independientemente de su fuerza ilocucionaria, incluyen ya los patrones de racionalidad. Pensemos en los siguientes ejemplos:

- 1) Mañana paso a tu casa a mediodía.
- 2) Cierra la puerta.

La oración (1) es una instancia de una promesa y (2) lo es de un mandato. Tanto en (1) como en (2), asumimos que el contenido proposicional es consistente, no-contradictorio y que es de posible ejecución en la realidad. Asimismo, ambas expresiones presuponen la existencia de un mundo común del cual puede darse cuenta mediante los enunciados pertinentes. Además, tanto en las promesas como en los directivos se crean razones para actuar independientes-del-deseo: en (1) se crea una razón para el hablante en la forma de un compromiso hacia una conducta futura; en (2) se crea una razón para el oyente en la forma de una obligación. Y dichas razones se mantienen sin que los deseos en pro o en contra del cumplimiento de las emisiones sean relevantes. Finalmente, siempre es posible que tanto (1) como (2) sean sometidos a crítica y a una demanda de justificación bajo las siguientes modalidades: ‘¿Por qué prometes eso?’ o ‘¿por qué me ordenas eso?’. En esta dirección, se ve que las restricciones universales de racionalidad están incorporadas a los mismos actos de habla sin necesitar de algo más —*v. gr.*, de un fundamento o de una

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 119-120, 173-174 y 182-183. La presencia de estos compromisos es lo que permite explicar las expectativas o presunciones que hacemos como participantes en conversaciones. Sobre el particular, *vid.*, Grice, *op. cit.*, pp. 26-28.

racionalidad anterior—. ⁶¹ Además, ni (1) ni (2) son enunciados descriptivos de hechos. Y esta situación no implica que estén excluidos del mundo de la racionalidad. Por lo contrario: sólo los animales racionales pueden hacer promesas y mandatos, con todo lo que ello implica.

La asunción de compromisos no sólo es una restricción universal de la racionalidad, sino que es tan fundamental que, sin ella, la realidad social no sería posible. En este contexto, considero válido el siguiente condicional contrafáctico: si los seres humanos tuvieran limitadas sus capacidades a la estrecha dimensión de la racionalidad instrumental, nuestra compleja realidad institucional tal y como la conocemos no tendría posibilidades de existir. ⁶²

Y si esto es así, resulta legítimo sostener que, en nuestras interacciones como animales sociales que poseen mente y lenguaje, pasamos constantemente de lo que ‘es’ —*i. e.*, de estados intencionales y actos ilocucionarios— a lo que debería ser —*i. e.*, a compromisos bajo la forma de restricciones racionales—. Este punto es el que abordaré a continuación.

IV. La sofística de la falacia naturalista

El modelo empirista de racionalidad se ha edificado bajo dos presupuestos: el primero tiene que ver con una imagen sobre cómo se relacionan las palabras con el mundo —*i. e.*, una determinada concepción del lenguaje—; el segundo, con una visión de cómo se encuentra integrada la realidad —*i. e.*, una *Weltanschauung*—. A partir de una distinción básica de fuerzas ilocucionarias, el modelo empirista —y junto a este, el positivismo jurídico clásico— ha derivado en una dicotomía lingüística y un dualismo metafísico muy particular. El Cuadro 1 permite ilustrar esta cuestión.

Tanto la dicotomía como el dualismo de linaje empirista están errados. Lo que me interesa enfatizar aquí es lo siguiente: de una inicua distinción entre fuerzas ilocucionarias no se infiere una dicotomía lingüística, ni mu-

⁶¹ De ahí que un planteamiento fundacionalista en este contexto —*v. gr.*, ‘¿cuáles son los fundamentos racionales de la racionalidad?’ o ‘¿es racional la racionalidad?’— sea falaz. No se pueden presentar argumentos para justificar la racionalidad sin cometer una *petitio principii*, porque el mismo proceso de argumentación ya presupone restricciones de racionalidad. Un ejemplo de este planteamiento puede verse en Armando Cántora, *Los presupuestos irracionales de la racionalidad*, pp. 7 y 12. Una crítica a esta forma de vislumbrar el problema de lo racional se encuentra en: John R. Searle, *Rationality in Action*, p. XIV.

⁶² John R. Searle, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, p. 128.

Cuadro 1: Dicotomía lingüística y un dualismo metafísico.

Distinción de dos fuerzas ilocucionarias	Dicotomía lingüística	Dualismo metafísico
Describir Evaluar	Enunciados descriptivos Enunciados evaluativos	Hechos/Valores

cho menos una concepción del mundo como la indicada. No cabe duda de que estas inferencias de corte empirista incurren en una falacia de *non sequitur*. A pesar de la extensa influencia que ejerció la tradición empirista a principios del siglo XX, la reacción filosófica a sus argumentaciones no tardó en aparecer. De manera paralela a las críticas de los dogmas del empirismo —Quine, Sellars, Davidson— a la refutación de la falacia descriptiva en filosofía del lenguaje —Austin—, al rechazo del fundacionalismo empirista —el último Wittgenstein— y a la rehabilitación de la filosofía práctica en el terreno de la teoría política —Rawls—, se desarrollaron en el terreno filosófico contundentes objeciones a la dicotomía descriptivo/evaluativo, al dualismo metafísico hecho/valor y a la tesis de que es imposible derivar un ‘deber ser’ de un ‘es’.⁶³

Es sobre todo a partir del artículo de Quine “Dos dogmas del empirismo” de 1951 —con su crítica a la dicotomía analítico/sintético y al reduccionismo propio de la teoría verificacionista de los positivistas— el momento en que el edificio del empirismo comenzó a derrumbarse desde sus mismos cimientos.⁶⁴ La embestida que se desarrolló en la filosofía analítica en los años cincuenta y sesenta del siglo XX en contra de los fundamentos de la tradición empirista fue tan fuerte que en la actualidad no queda casi rastro de esta úl-

⁶³ Dichas objeciones se desarrollaron tanto en la tradición de la filosofía analítica como fuera de ella. El caso de Rawls es interesante porque no intenta, desde un punto de vista metaético, refutar la tesis que señala la imposibilidad de derivar un ‘deber ser’ de un ‘es’ ni aquella que sostiene el dualismo hecho/valor; simplemente las pasa por alto y construye su modelo retomando el papel sustantivo tradicional de la filosofía política bajo el nombre de justicia como imparcialidad. Sobre esta cuestión, *vid.*, John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 11. Para esta reconstrucción que va desde las críticas de Quine al empirismo hasta la obra de Rawls, me he basado principalmente en John R. Searle, “Contemporary Philosophy in the United States”, pp. 6-10.

⁶⁴ Willard V. Quine, “Two Dogmas of Empiricism”, pp. 20 y ss.

tima. El empirismo, filosóficamente hablando, está muerto. Es por esta razón que todas las ramas de la investigación filosófica actual —*v. gr.*, la filosofía del lenguaje, la filosofía de la mente, la filosofía de la ciencia, la epistemología, la ética y la filosofía política— han adoptado una modelación que se identifica como postempirista o postpositivista.⁶⁵ A continuación explicaré cual es la influencia de todo esto en el tema que comentamos.

Al provenir de una interpretación muy particular de un párrafo del *Tratado de la naturaleza humana* de David Hume, el requerimiento de evitar derivar enunciados evaluativos de enunciados descriptivos se ha bautizado como ‘Ley de Hume’ (*Hume’s Law*) o ‘guillotina de Hume’ (*Hume’s Guillotine*).⁶⁶ No obstante que en la tradición filosófica se ha discutido la pertinencia de dicha interpretación, lo cierto es que esta ha devenido dominante en los estudios especializados.⁶⁷ Incluso en autores como Hare y Nowell-Smith, la célebre guillotina de Hume ha adquirido formulaciones sofisticadas.⁶⁸

Existen dos aspectos problemáticos en la noción de falacia naturalista que se han explicitado por los modelos postpositivistas en filosofía. En primer lugar, el requerimiento de evitar derivar un ‘deber ser’ de un ‘es’ se sostiene en una concepción pobre y reduccionista del lenguaje (A). En segundo lugar, el mismo se plantea teniendo como *background* metafísico un abismo entre hechos y valores que es contradicho una y otra vez por la práctica social (B). Veámoslos por partes.

A. *La pobreza de la concepción del lenguaje del empirismo y del positivismo jurídico clásico.* Desde dicha perspectiva, el lenguaje se explica por una semántica pictórica (*pictorial semantics*) según la cual el lenguaje es primordialmente descriptivo y las proposiciones con significado cognitivo —haciendo a un lado los juicios analíticos— son aquellas que tratan cuestiones de hecho.⁶⁹ La formulación clásica de la semántica empirista se encuentra en el aforismo 4.01 del *Tractatus* de Wittgenstein: “La proposi-

⁶⁵ En este sentido: John R. Searle, “Contemporary Philosophy in the United States”, pp. 6-11.

⁶⁶ En torno a estas expresiones, *vid.*, Max Black, “The Gap between ‘Is’ and ‘Should’”, p. 166; Hilary Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, p. 14.

⁶⁷ Sobre la ambigüedad de las afirmaciones de Hume y la observación de que él mismo —en el contexto de su filosofía moral— hace una transición del ‘es’ al ‘debe’, resultan interesantes: Alasdair MacIntyre, *A Short History of Ethics*, pp. 172-174; del mismo autor, *Whose Justice? Which Rationality?*, pp. 310-311.

⁶⁸ Richard M. Hare, *El lenguaje de la moral*, pp. 37-39; Patrick H. Nowell-Smith, *Ethics*, p. 37.

⁶⁹ Putnam, *op. cit.*, pp. 10 y 15.

ción es un retrato de la realidad. La proposición es un modelo de la realidad tal como nosotros la pensamos”.⁷⁰ En este sentido, el positivismo lógico del siglo XX distinguió entre: a) proposiciones analíticas —*i. e.*, verdades formales— b) proposiciones sintéticas, empíricas o fácticas —*i. e.*, descriptivas de hechos— y c) proposiciones éticas, metafísicas y estéticas.⁷¹ Estas últimas, al no ser verdaderas ni falsas, se les consideró sin significado cognitivo; fueron identificadas como expresiones de sentimientos y emociones.⁷² El radicalismo empirista las llegó a nombrar pseudo-proposiciones (*pseudo-propositions*).⁷³ La conclusión era evidente: sólo las proposiciones analíticas y sintéticas son significativas; las demás quedan fuera del espacio de la razón. El positivismo jurídico clásico se basó en la misma idea.⁷⁴

Esta tesis es, por decir lo menos, extravagante. Se basa en una concepción reduccionista y bastante pobre de la teoría del significado y las funciones del lenguaje. Al plantearse desde la perspectiva empirista, una inocua distinción entre fuerzas ilocucionarias da lugar, de manera falaz, a la radical dicotomía descriptivo/evaluativo. El problema aquí es que una taxonomía de los actos lingüísticos significativos no se puede reducir sólo a descripciones y a evaluaciones.⁷⁵ Lo que presupone la idea de falacia naturalista es una reducción de ese tipo.

Tanto en la línea de Oxford, con Austin a la cabeza, como en la de Cambridge, con el último Wittgenstein, la filosofía analítica de segunda generación pasó de una posición positivista a una concepción postpositivista del lenguaje. La idea fundamental fue la siguiente: la suposición de que el lenguaje significativo queda restringido a la enunciación o descripción de estados de cosas es errónea. A dicha postura Austin la llamó falacia descriptiva (*descriptive fallacy*).⁷⁶ El lenguaje ordinario, por tanto, no se reduce a sus usos descriptivos

⁷⁰ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, p. 62.

⁷¹ Putnam, *op. cit.*, p. 10.

⁷² Alfred J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, pp. 104 y 110-112.

⁷³ Frank P. Ramsey, “Appendix: Critical Notice of L. Wittgenstein’s «Tractatus Logico-Philosophicus»”, p. 280.

⁷⁴ Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 7-8 y 64-66; del mismo autor, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, p. 35.

⁷⁵ Otro problema radica en que la distinción entre describir y evaluar no es tan clara como parecería en un principio. Las evaluaciones pueden ser entendidas como una variante de los asertivos y, en ocasiones, como una especie de directivos. En torno a la simbolización compleja de los actos de habla, *vid.* John R. Searle, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, pp. 12-20.

⁷⁶ John L. Austin, *How to do Things with Words*, pp. 1-3.

y evaluativos. Existe una gran cantidad de usos del lenguaje más allá de dicha dicotomía. Desde esta línea debe comprenderse que las fuerzas ilocucionarias de describir, informar y enunciar no tienen una posición privilegiada en la práctica lingüística.⁷⁷ Describir y evaluar son sólo dos fuerzas ilocucionarias entre muchas otras. En realidad, los usos lingüísticos significativos son cuantiosos y muy variados. Una taxonomía de fuerzas ilocucionarias incluye un amplio espectro compuesto por varios tipos lingüísticos que admiten diversas subvariantes: asertivos, directivos, compromisorios, expresivos y declaraciones.⁷⁸ Si esto es así, entonces la dicotomía presupuesta en la falacia naturalista no se sostiene, ya que se basa en una representación acerca de cómo se relacionan las palabras con el mundo que es errónea y, además, anticuada en términos filosóficos.

B. *La superposición de hechos y valores como contraejemplo al dualismo.* La tradición filosófica occidental se ha caracterizado por asumir una serie de distinciones binarias que han adoptado en ciertos momentos formulaciones excéntricas. Entre ellas, se encuentran las siguientes: determinismo/libertad, cuerpo/mente y hecho/valor.⁷⁹ Su *status* exótico se debe a que, tal como están planteadas, parece que las variantes del primer término —determinismo, cuerpo, hecho— son aceptadas sin más, mientras que las correspondientes al segundo —libertad, mente y valor— se consideran problemáticas y requieren de una extensa explicación. En Kelsen, las clásicas dicotomías occidentales están asumidas bajo la forma ser/deber ser (*Sein/Sollen*), realidad/valor (*Wirklichkeit/Wert*) y derecho/justicia (*Recht/Gerechtigkeit*).⁸⁰ Todas ellas se encuentran en Alf Ross y en la vertiente contemporánea más ortodoxa del positivismo jurídico.⁸¹

⁷⁷ John L. Austin, “Performative Utterances”, pp. 221 y 236-237.

⁷⁸ John R. Searle, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, pp. 12-17. Para decirlo en términos wittgensteinianos: los juegos de lenguaje (*Sprachspiele*) existen en innumerables géneros. Sobre esta idea, *vid.*, Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, pp. 25 y 39-41.

⁷⁹ John R. Searle, “Fact and Value, ‘Is’ and ‘Ought’ and Reasons for Action”, p. 161.

⁸⁰ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, p. 25. En particular, el dualismo *Sein/Sollen* en Kelsen es complejo porque es utilizado básicamente de dos formas diferentes: por un lado, sirve para hacer una distinción entre la naturaleza y las normas sociales: mientras que la naturaleza es un *Sein*, las normas sociales constituyen un *Sollen*. Por otro lado, se emplea para establecer una distinción entre el derecho y la justicia: mientras que el derecho equivale al fenómeno jurídico tal como es, la justicia se refiere al derecho tal como debería ser. En este sentido, la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*) estudia las normas jurídicas —las cuales se identifican como un deber ser—, pero estas son abordadas únicamente desde una perspectiva de su

En el caso específico del dualismo hecho/valor, las preguntas empiristas habituales han sido: ¿cómo se puede hablar de valores en un mundo que se encuentra integrado exclusivamente de hechos con un *status* neutral? ¿Cómo podemos saber lo que es debido cuando la razón está imposibilitada a decirnoslo? El carácter irresoluble de estos cuestionamientos es sólo aparente. Ello se debe a que se plantean asumiendo el falso presupuesto de que existe un abismo entre lo que es y lo que debe ser. La identificación de los términos hecho y valor como designaciones de categorías de lo real mutuamente excluyentes impide una adecuada respuesta a la cuestión. En este sentido, el falso presupuesto está encerrado en el mismo vocabulario en que se enuncia el problema.⁸²

El inconveniente aquí es que la vida cotidiana está repleta de contraejemplos al dualismo hecho/valor. Una primera clase de contraejemplos tiene que ver con la facilidad con que, en las prácticas sociales, pasamos legítimamente de un ‘es’ a un ‘deber ser’. Pensemos en el siguiente ejemplo:

- 1) María prometió que vendrá a clase el lunes.
- 2) Por tanto, María debe venir a clase el lunes.

La oración (1) es fácilmente identificada como un enunciado descriptivo. La oración (2), por su parte, la entendemos sin ambigüedad como un enunciado de deber ser. El paso de (1) a (2) es perfectamente ordinario y legítimo.⁸³ No hay nada falaz ni misterioso en esta situación. ¿Esto a qué se debe? A que la promesa es, por definición, un acto de habla en el que el mismo agente se coloca en una obligación. Al hacer una promesa se crea un compromiso, el cual se constituye en una razón para la acción que deviene independiente de los deseos del emisor. Y lo que afirmamos de las promesas se aplica a los demás actos de habla: asertivos, directivos, etcétera. *Ergo*, la normatividad —

realidad tal como es. Sobre esta distinción de usos, *vid.*, Hans Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del derecho?*, pp. 13-15.

⁸¹ Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, pp.15-16 y 39-40; Paolo Comanducci, “Introducción”, p. 11.

⁸² Este falso presupuesto se encuentra presente también en los problemas clásicos de la libertad y de la mente. Sobre estos planteamientos, *vid.*, John R. Searle, *Rationality in Action*, p. 4; del mismo autor, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, pp. 26-29.

⁸³ Este planteamiento lo tomo de John R. Searle, “How to Derive ‘Ought’ from ‘Is’”, pp. 44 y 56. Para contraejemplos similares, *vid.*, Black, *op. cit.*, pp. 169 y 180; Ulises Moulines, “Hechos y valores: falacias y metafalacias. Un ejercicio integracionista”, p. 39.

bajo la forma de compromisos— está implícita en las estructuras de nuestro arsenal mental y lingüístico; por tanto, está presente en todas las dimensiones de nuestras interacciones sociales.⁸⁴

Lo anterior se debe a que la realidad social no se reduce a lo que Hume denominaba ‘cuestión de hecho’ (*matter of fact*).⁸⁵ Cuando hablamos de hechos producidos por animales sociales, no nos referimos a simples hechos brutos, sino a hechos institucionales que se desarrollan siempre en términos de reglas constitutivas.⁸⁶ En el caso del modelo de racionalidad comunicativa, el *Sollen* suele presentarse integrado a la realidad social en términos contrafácticos: los participantes en la comunicación no tienen más remedio que asumir presuposiciones pragmáticas, entre las cuales se encuentran pretensiones de validez universales vinculadas a la corrección, la verdad y la veracidad de las emisiones lingüísticas.⁸⁷ Dichas presuposiciones son las que explicitan la conexión interna entre sociedad y razón.⁸⁸ Esta relación entre facticidad empírica y contra-facticidad normativa exige abandonar el dualismo hecho/valor de manera definitiva.⁸⁹

Una segunda clase de contraejemplos está vinculada con la presencia de valores epistémicos en el conocimiento científico. La ciencia, en su propósito de lograr una descripción correcta del mundo, no tiene otra alternativa que asumir el cumplimiento de estándares como la coherencia, la simplicidad, la razonabilidad, etcétera. Ello implica que también las descripciones científicas—al igual que las demás prácticas sociales—presuponen valores, *i. e.*, un deber ser. Descripción y evaluación están entretejidos y son interdependientes.⁹⁰ Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las definiciones y clasificaciones: una vez que se ha determinado el significado de una palabra vía una fórmula definitoria o se ha hecho una taxonomía, se han establecido ya criterios de evaluación para una amplia gama de interacciones lingüísticas.⁹¹

⁸⁴ John R. Searle, *Rationality in Action*, p. 182.

⁸⁵ Hume, *op. cit.*, p. 301.

⁸⁶ Gertrude E. M. Anscombe, “On Brute Facts”, pp. 71-72; John R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, pp. 33-34 y 50.

⁸⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, pp. 410-412.

⁸⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 23.

⁸⁹ En este mismo sentido: John L. Austin, *How to do Things with Words*, p. 149.

⁹⁰ Putnam, *op. cit.*, pp. 3 y 30-32.

⁹¹ Pereda, *op. cit.*, p. 75; John R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, pp. 134-136.

Una tercera clase de contraejemplos tiene que ver con los llamados conceptos éticos densos (*thick ethical concepts*).⁹² Tanto en el lenguaje ordinario como en el discurso científico existen palabras que admiten ambos usos — el descriptivo y el evaluativo—. Pensemos en palabras como cruel, crimen, valiente, conservador o país democrático. Dichos términos generalmente ignoran la dicotomía descriptivo/evaluativo y, sin embargo, son perfectamente significativos.

Para concluir, desde el momento en que hablamos, definimos, afirmamos, prometemos, elaboramos teorías científicas o tenemos creencias, nos sometemos —implícita o explícitamente— a criterios de evaluación bajo la forma de compromisos, valores o pretensiones de validez. Una de las características de los animales racionales es poseer un conjunto de términos metalingüísticos —*v. gr.*, verdadero, falso, válido, inválido, exacto, inexacto, etcétera— cuya función es valorar el éxito o fracaso de sus emisiones lingüísticas.⁹³ Por tanto, puede afirmarse que la guillotina de Hume es una fórmula que, en los términos en que está planteada, se autorrefuta: el requerimiento de que ningún enunciado de deber ser puede inferirse válidamente a partir de enunciados verdaderos que describen cómo son las cosas del mundo, incorpora una terminología evaluativa —*v. gr.*, inferencia válida y verdad— que anula el sentido de la exigencia: afirmar que algo es verdadero, o que es resultado de una inferencia válida, equivale a sostener que debería ser creído o reconocido.⁹⁴ Es por esta razón que la guillotina de Hume no tiene aplicación efectiva ni en la vida ordinaria ni en la práctica científica.

V. *Falacia naturalista y juicios morales*

La noción de falacia naturalista y el dualismo hecho/valor encierran algo más que el requerimiento manifiesto en la guillotina de Hume. En el fondo, y más allá de una taxonomía lingüística y de una concepción acerca de la estructura del mundo, el planteamiento empirista formula una tesis extrema: aquella según la cual los enunciados evaluativos son subjetivos, emotivos e irracionales.⁹⁵ Las consecuencias de ello para la filosofía práctica son catas-

⁹² Putnam, *op. cit.*, pp. 34-40.

⁹³ John R. Searle, *Rationality in Action*, pp. 146-147.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁵ Putnam, *op. cit.*, pp. 1, 7 y 19.

tróficas: los juicios morales, al no ser enunciados analíticos o sintéticos con significado cognitivo, son arbitrarios. Quedan fuera del control racional y, por consiguiente, no tiene sentido discutir sobre ellos. *De gustibus non est disputandum*. Para decirlo en términos de Hume: “La moral no es un objeto de la razón”.⁹⁶

Esta forma de escepticismo de la razón práctica se le conoce, en el plano metaético, como no-cognitivismo.⁹⁷ Al sostener que los juicios morales no son significativos, que no son proposiciones genuinas y sí expresiones de sentimientos y emociones de los agentes, se ha bautizado a dicho modelo con el nombre de emotivismo.⁹⁸ Al negar el universalismo moral, se identifica a dicha imagen de los juicios morales como escéptica y relativista.⁹⁹ El siguiente cuadro explicita la conexión entre el dualismo hecho/valor, el requerimiento de evitar la falacia naturalista y el no-cognitivismo de los enunciados evaluativos en el marco del modelo empirista de racionalidad:

Racionalidad empirista		
Dualismo metafísico	Requerimiento metateórico	Consecuencias morales
Hechos/Valores	De enunciados descriptivos no se pueden derivar enunciados evaluativos.	Los juicios morales —como una especie de enunciados evaluativos—, quedan fuera de la esfera de la racionalidad.

La tesis de la separación del derecho y la moral propia del positivismo jurídico clásico se ubica en este marco. La argumentación positivista es la siguiente: mientras que la identificación del derecho puede hacerse por criterios racionales —*i. e.*, empírico-descriptivos—, no sucede lo propio con la temática moral. En el terreno de la moralidad opera sólo una aproximación irracional, subjetivista y relativista. Si la postura de Alf Ross sobre este punto es extrema al sostener que el conocimiento práctico es imposible, la posición

⁹⁶ Hume, *op. cit.*, p. 301.

⁹⁷ Alexander Miller, “Non-Cognitivism”, p. 321.

⁹⁸ Charles L. Stevenson, *Ética y lenguaje*, pp. 194-195; Ayer, *op. cit.*, pp. 104 y 110.

⁹⁹ William K. Frankena, *Ethics*, p. 109; John L. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, p. 17.

de Kelsen sobre el particular es igualmente radical: la justicia es un ideal irracional.¹⁰⁰ Esta perspectiva frente a los problemas de la razón práctica ha constituido un dogma presente en todos los epígonos recalcitrantes de esta forma de entender el positivismo jurídico.¹⁰¹

La superación del modelo de racionalidad empirista tiene dos consecuencias desde el punto de vista de la reflexión jurídica:

A. Desde el punto de vista definicional, el derecho no se reduce a su dimensión empírica. Ello implica asumir alguna variante de la tesis de la vinculación: entre el derecho y la moral existe una conexión conceptual necesaria. En esta dirección, el derecho incluye implícitamente una pretensión de corrección o justicia.¹⁰² Por este motivo, se requieren argumentos morales para la identificación del derecho. Los avances del paradigma constitucional en la teoría jurídica contemporánea comparten esta visión y se autocomprenden como una aproximación postpositivista al problema del derecho. Ya sea que dicho modelo se desarrolle desde las trincheras de una teoría interpretativa que gira en torno al concepto de integridad —Dworkin¹⁰³— o como una teoría discursiva en la que los elementos de legalidad y eficacia social deben ser complementados con la corrección del contenido jurídico —Alexy—,¹⁰⁴ la conclusión es la misma: el derecho no se agota en la dimensión de la facticidad.¹⁰⁵ Para decirlo en otros términos: cuando definimos el derecho, no sólo nos referimos a lo que es, sino también a lo que debe ser el derecho. Esto es: la definición del derecho incluye necesariamente criterios evaluativos concernientes al fenómeno jurídico.

¹⁰⁰ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, p. 28; Alf Ross, *Directives and Norms*, p. 64.

¹⁰¹ *Vid.*, Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico*, p. 117; Hoerster, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁰² Se trata de una visión del derecho que ya el mismo Radbruch había avanzado. Recordemos que, para dicho jurista, el derecho positivo no puede definirse de otra forma que como un ordenamiento y una institución cuyo sentido está determinado para servir a la justicia. Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, p. 220.

¹⁰³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 17 y ss; *Law's Empire*, p. 225.

¹⁰⁴ Alexy, *op. cit.*, pp. 13-14, 84 y 123.

¹⁰⁵ Esta es una tesis que Habermas enfatiza una y otra vez: en el fenómeno jurídico, la positividad del derecho y su pretensión de aceptabilidad racional van juntas. Sobre este tema, *vid.*, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, pp. 57-58. Sobre la negación de las tesis positivistas con base en el paradigma constitucional, *vid.* Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, pp. 33, 110 y ss.

B. Desde el punto de vista disciplinar, la diferencia entre teoría del derecho y filosofía del derecho no se sostiene. Las pretensiones de la vieja *Allgemeine Rechtslehre* como teoría puramente descriptiva se caen por completo. Si se quiere hacer una descripción adecuada del fenómeno jurídico, no queda más alternativa que incluir en esta los aspectos valorativos implícitos del derecho.¹⁰⁶

Al probarse el carácter falaz de la guillotina de Hume, los puntos de vista emotivistas en materia metaética y jurídica quedan desacreditados. Sin embargo, es común incurrir en el error de que es necesario postular un abismo entre los hechos y los valores para evitar cierto tipo de argumentación conservadora. En particular, se tiene el temor de que la superación del dualismo metafísico que comentamos conduzca a la justificación de prácticas discriminatorias apelando al concepto de naturaleza.¹⁰⁷ Por ejemplo, en ocasiones se asume que la guillotina de Hume permite hacer una crítica a todas aquellas posturas que justifican como morales —por ser conforme a la naturaleza— a instituciones como el esclavismo, el patriarcado o el matrimonio tradicional. Asimismo, se sostiene que el dualismo imposibilitaría tachar como inmorales —por ser supuestamente *contra natura*— a prácticas como la homosexualidad o los matrimonios igualitarios.¹⁰⁸ El paradigma del filósofo que incurre constantemente en la falacia naturalista sería Aristóteles, en sus tesis acerca de la gobernanza y la esclavitud por naturaleza.¹⁰⁹ Pero este es un mal entendimiento de la noción de falacia naturalista.

¹⁰⁶ Es por esta razón que sólo por razones pedagógicas la filosofía del derecho puede dividirse en teoría del derecho (*Rechtstheorie*) y ética del derecho (*Rechtsethik*). Sin embargo, ambas marchan juntas en su tarea reflexiva. Como dato adicional, es conveniente recordar que la palabra inglesa *jurisprudence* se traduce indistintamente como teoría del derecho o filosofía del derecho. Sobre estas diferenciaciones, *vid.*, Pfordten, *op. cit.*, pp. 13-16.

¹⁰⁷ Se trata aquí de una concepción de la naturaleza que se identifica como teleológica; en este sentido, las preguntas acerca de la ocurrencia efectiva de los sucesos no son distintas de aquellas que tienen que ver con la bondad de lo que acaece. Por tanto, según este modelo, lo que sucede es evaluado como bueno, como algo que debe suceder. Sobre este asunto, *vid.*, Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 189.

¹⁰⁸ Este planteamiento es bastante común, *vid.*, Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, pp. 39-40. Desde mi punto de vista, prefiero denominar ‘fundamentación naturalista de la discriminación’ a dichas argumentaciones en lugar de identificarlas como falacia naturalista.

¹⁰⁹ Aristóteles, *Política*, p. 53.

El desacierto del planteamiento anterior es el siguiente: la guillotina de Hume no es, ni es posible que sea, una crítica a prácticas discriminatorias. Al sostenerse en una perspectiva no-cognitivistista de la moral, la tradición empirista queda imposibilitada a hacer críticas de ese tipo. Al contrario, la noción de falacia naturalista es un cuestionamiento radical a la tradición cognitivistista de la ética y la filosofía política. Para dejarlo claro: la adopción de un modelo cognitivistista y universalista de la moral es el presupuesto necesario para que una crítica moral contra posturas conservadoras sea posible y fundamentada —cosa que, precisamente, la tradición empirista excluye—. Sin estándares racionales de crítica y evaluación, ¿cómo sería posible cuestionar la homofobia, la transfobia, la misoginia, la xenofobia o el autoritarismo político?

VI. Reflexión final

La racionalidad humana es una capacidad que, como hemos comentado, está integrada en la estructura de nuestras actitudes proposicionales y actos de habla. Gracias a la misma, podemos actuar en el mundo de diversas formas. Nuestra racionalidad nos permite desenvolvernos en la vida cotidiana mediante la comunicación y la toma de decisiones; nos habilita para crear instituciones —*v. gr.*, dinero, matrimonios, normas jurídicas y derechos humanos—; nos faculta para tener creencias y nos posibilita la elaboración de teorías de distinto tipo —científicas, filosóficas y de justificación moral—. En este sentido, los reduccionismos extravagantes de índole empirista y positivista simplemente no son adecuados si los contrastamos con nuestras prácticas sociales efectivas. Tanto la noción de falacia naturalista como la guillotina de Hume devienen deficitarias en el momento en que se explicita su conexión con el concepto de racionalidad instrumental y con un modelo no-cognitivistista de la moralidad. Como se infiere de los modelos comunicativos de racionalidad y acción, existe una relación interna entre sociedad y razón —*i. e.*, entre prácticas sociales y criterios de evaluación— que encuentra su lugar nativo en nuestras facultades falibles tanto mentales como lingüísticas. Ello implica, en el ámbito de las discusiones jurídicas, que la tesis de la separación del derecho y la moral es falsa. Para decirlo en términos contrafácticos: si los requerimientos empiristas y positivistas clásicos fueran apropiados, la sociedad humana —tal como la conocemos y apreciamos— no tendría ninguna posibilidad de existir. Es por este plexo de razones que propongo abandonar,

de manera definitiva, las teorías positivistas del derecho en cualquiera de sus modalidades.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Albert, Hans. *Traktat über kritische Vernunft*. Tubinga, Mohr Siebeck, 1991.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2008.
- Aristóteles. *Política*. Buenos Aires, Losada, 2005.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianápolis, Hackett Publishing Company, 1998.
- Austin, John L. "Performative Utterances". *Philosophical Papers*. Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 220-239.
- . *How to do Things with Words*. 2ª ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1975.
- Ayer, Alfred J. *Language, Truth and Logic*. Londres, Penguin Books, 1971.
- Bentham, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. Nueva York, Prometheus Books, 1988.
- Besanko, David A. y Ronald R. Braeutigam. *Microeconomics*. 2ª ed., Nueva Jersey, John Wiley & Sons, 2011.
- Bix, Brian. *Jurisprudence. Theory and Context*. 4ª ed., Durham, North Car., Carolina Academic Press, 2009.
- Bulygin, Eugenio. *El positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2006.
- Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán, Edizioni di Comunità, 1977.
- . *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 1991.
- Castillejos, Francisco. *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*. México, Tirant Humanidades/UAM-I, 2014.
- Cíntora, Armando. *Los presupuestos irracionales de la racionalidad*. Barcelona, Anthropos/UAM-I, 2005.
- Comanducci, Paolo. "Introducción". *Análisis y derecho*. Paolo Comanducci (comp.), México, Fontamara, 2004, pp. 7-22.
- Davidson, Donald. "Rational Animals". *Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 95-105.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978.
- . *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2006.
- Frankena, William K. *Ethics*. New Jersey, Prentice-Hall, 1973.
- Grice, Paul. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989.
- Habermas, Jürgen. *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Band 1: *Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981.
- _____. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992.
- Hare, Richard M. *El lenguaje de la moral*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 49-87.
- _____. *The Concept of Law*. 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____. *Derecho, Libertad y moralidad*. Madrid, Editorial Dykinson, 2006.
- Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- Horkheimer, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Argentina, Terramar, 2007.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. ed. bilingüe alemán-español, México, Miguel Ángel Porrúa/UAM-I, 2001.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es justicia?* Barcelona, Ariel, 1992.
- _____. *¿Qué es la Teoría pura del derecho?* México, Fontamara, 2001.
- _____. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.
- _____. *Reine Rechtslehre*. Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.
- Korsgaard, Christine M. "Skepticism about Practical Reason". *Varieties of Practical Reasoning*, Elijah Millgram (coord.), Cambridge, Mass, The MIT Press, 2001, pp. 103-125.
- Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, Herder/UI, 2005.
- MacIntyre, Alasdair. *A Short History of Ethics*. Nueva York, Macmillan, 1966.
- _____. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 1988.
- Mackie, John L. *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- Mastronardi, Philippe. *Angewandte Rechtstheorie*. Berna, Haupt Verlag, 2009.
- McDowell, John. *Mind and World*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1996.
- Miller, Alexander. "Non-Cognitivism". *The Routledge Companion to Ethics*. John Skorupski (comp.), Londres, Routledge, 2010, pp. 321-334.
- Moore, George E. *Principia Ethica*. Cambridge, Cambridge University Press, 1922.
- Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*. México, Fontamara, 1995.

- _____. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona, Ariel, 2003.
- Nowell-Smith, Patrick H. *Ethics*. Middlesex, Penguin Books, 1954.
- Pereda, Carlos. *Razón e incertidumbre*. México, Siglo XXI Editores-UNAM, 1994.
- Prior, Arthur N. *Logic and the Basis of Ethics*. Oxford, Clarendon Press, 1949.
- Putnam, Hilary. *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.
- Radbruch, Gustav. "Arbitrariedad legal y derecho supralegal". *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*. Stanley L. Paulson, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 213-225.
- Ramsey, Frank P. "Appendix: Critical Notice of L. Wittgenstein's «Tractatus Logico-Philosophicus»". *The Foundation of Mathematics and Other Logical Essays*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1931, pp. 270-286.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford, Oxford University Press, 1979.
- _____. *Practical Reason and Norms*. Princeton, Princeton University Press, 1990.
- Robbins, Lionel. *An Essay on the Nature & Significance of Economic Science*. Londres, Macmillan, 1935.
- Ross, Alf. *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*. Copenhagen, Levin & Murksgaard, 1933.
- _____. *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- _____. *Directives and Norms*. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- _____. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, EUDEBA, 1997.
- _____. "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural". *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1997, pp. 7-29.
- Ruiz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2002.
- Russell, Bertrand. *An Inquiry into Meaning and Truth*. Londres, George Allen & Unwin, 1940.
- Searle, John R. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- _____. "A Taxonomy of Illocutionary Acts". *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 1-29.
- _____. *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- _____. *Rationality in Action*. Cambridge, Mass., The MIT Press, 2001.
- _____. "Contemporary Philosophy in the United States". *The Blackwell Companion to Philosophy*, Nicholas Bunnin y E. P. Tsui-James (coords.), 2ª ed., Malden, Blackwell Publishers, 2003, pp. 1-22.

- _____. *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*. Barcelona, Paidós, 2005.
- _____. “Fact and Value, ‘Is’ and ‘Ought’ and Reasons for Action”. *Philosophy in a New Century. Selected Essays*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 161-180.
- _____. *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Simon, Herbert A. *Reason in Human Affairs*. Stanford, Stanford University Press, 1983.
- Stevenson, Charles L. *Ética y lenguaje*. Buenos Aires, Paidós, 1971.
- Tamayo, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. 2ª ed., México, Themis, 1998.
- Von der Pfordten, Dietmar. *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*. Munich, C. H. Beck, 2013.
- Weber, Max. “La “objetividad” cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”. *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973, pp. 39-101.
- Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Londres, Kegan Paul, 1922.
- _____. *Investigaciones Filosóficas*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 2011.

Electrónicas

- Moulines, Ulises. “Hechos y valores: falacias y metafalacias. Un ejercicio integracionista”. *Isegoría*, Núm. 3, 1991, España, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 26-42. <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/365/366> (consultada el 25 de julio de 2023).

Hemerográficas

- Anscombe, Gertrude E. M. “On Brute Facts”. *Analysis*, Vol. 18, Núm. 3, enero 1958, Oxford, Oxford University Press, pp. 69-72.
- Arrow, Kenneth J. “A Difficulty in the Concept of Social Welfare”. *Journal of Political Economy*, Vol. 58, Núm. 4, agosto 1950, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 328-346.
- Black, Max. “The Gap Between ‘Is’ and ‘Should’”. *The Philosophical Review*, Vol. 73, Núm. 2, abril 1964, Durham, Duke University Press, pp. 165-181.
- Quine, Willard V. “Two Dogmas of Empiricism”. *The Philosophical Review*, Vol. 60, Núm. 1, enero 1951, Durham, Duke University Press, pp. 20-43.
- Searle, John R. “How to Derive ‘Ought’ from ‘Is’”. *The Philosophical Review*, Vol. 73, Núm. 1, enero 1964, Durham, Duke University Press, pp. 43-58.

¿El gobierno morenista es democrático?

Antonio Salcedo Flores*

Resumen:

Esta investigación responderá la pregunta. Para hacerlo, recurrirá a la etimología griega; a grandes pensadores, como Charles Montesquieu, Abraham Lincoln y Hannah Arendt; a la Organización de las Naciones Unidas, a la Organización de los Estados Americanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De todos ellos, obtendrá un concepto de democracia que confrontará algunas acciones del gobierno de la Cuarta Transformación, muy particularmente los decretos de abril de 2019 y febrero de 2021, que aumentaron de manera exponencial la prisión preventiva oficiosa; medida que es una de las causas por las que el 7 de noviembre de 2022 el Estado mexicano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México.

Abstract:

This research will answer the question. To do so, he will resort to Greek etymology, to great thinkers, such as Charles Montesquieu, Abraham Lincoln and Hannah Arendt; to the United Nations, the Organization of American States and the Inter-American Court of Human Rights. From all of them you will obtain a concept of democracy that will confront some actions of the Government of the Fourth Transformation, most particularly the decrees of April 2019 and February 2021, which exponentially increased informal preventive detention; a measure that is one of the reasons why, on November 7, 2022, the Morenista State was condemned by the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Tzompaxtle Tecpile and others vs. Mexico.

Sumario: Introducción / I. La democracia / II. La prisión preventiva oficiosa / III. La Cuarta Transformación comete crímenes de lesa humanidad / IV. La Cuarta Transformación no gobierna de forma democrática / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Derecho, profesor-investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Los movimientos totalitarios dependen de la pura fuerza del número.¹

Introducción

El gobierno morenista de la Cuarta Transformación se dice a sí mismo democrático. Sus opositores lo califican de totalitario. Nosotros realizaremos un viaje por los cinco años que ha estado en el poder. Analizaremos cuál ha sido su relación con los derechos humanos, particularmente con los de libertad, presunción de inocencia y debido proceso, cuyo respeto es considerado un indicador confiable para saber si un régimen es democrático o no.

Elaboraremos un concepto de democracia a partir de las ideas de grandes pensadores, de pronunciamientos y ordenamientos de organismos internacionales especializados en derechos humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo confrontaremos con las acciones de la Cuarta Transformación en materia de prisión preventiva oficiosa, figura jurídica que, por definición, es contraria a la libertad y a la presunción de inocencia.

Analizaremos la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2022 y notificada el 27 de enero de 2023 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, precisamente en la parte que se refiere a la prisión preventiva oficiosa.

Expondremos algunas ideas sobre la prisión preventiva oficiosa como crimen de lesa humanidad a la luz del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional.

Incorporaremos otras acciones de la Cuarta Transformación relacionadas con las condiciones requeridas a los gobiernos democráticos.

Finalmente, con base en todo lo anterior, daremos respuesta a la pregunta planteada en el título de la investigación: ¿El gobierno morenista es democrático?

¹ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, p. 435.

I. La democracia

En la etimología de los griegos, es entendida como *el gobierno del pueblo*. La palabra se encuentra formada por los términos *demos* = pueblo, *krátos* = gobierno, *ia* = cualidad.

Gobierno republicano o democrático, dice Montesquieu: “Es aquel en que el pueblo entero, o parte del pueblo, tiene el poder soberano”.²

“Es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, agrega Lincoln.³

La democracia o acción política “descansa en la presunción de que podemos producir la igualdad a través de la organización, porque el hombre puede actuar en un mundo común, cambiarlo y construirlo, junto con sus iguales y sólo con sus iguales”, advierte Arendt.⁴ Respalda por Jürgen Habermas y su teoría sobre la legitimidad democrática: “Sin embargo, para los participantes en el proceso democrático mismo la explicación sigue siendo insatisfactoria mientras permanezca sin aclarar cómo las minorías pueden ser protegidas de una tiranía de las mayorías”.⁵

La Organización de las Naciones Unidas concretó:

(...) son elementos esenciales de la democracia: el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; la libertad de asociación, la libertad de expresión y de opinión; el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley; la celebración de elecciones periódicas, libres y justas por sufragio universal y por voto secreto como expresión de la voluntad de la población; un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas; la separación de poderes; la independencia del poder judicial; la transparencia y la responsabilidad en la administración pública; medios de comunicación libres, independientes y pluralistas.⁶

El Departamento de Asuntos Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para

² Charles Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, p. 39.

³ Abraham Lincoln, “Pronunciamento de Gettysburg”.

⁴ Arendt, *op. cit.* p. 640.

⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 369.

⁶ ONU, “Declaración de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Democracia”.

los Derechos Humanos y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral declararon: “La democracia y los derechos humanos son interdependientes, con un vínculo complejo y simbiótico de apoyo recíproco (...). La democracia no puede definirse sin derechos humanos”.⁷

La Organización de los Estados Americanos estableció:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ resolvió: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.¹⁰

De conformidad con lo anterior, es posible concebir la democracia como el gobierno de la mayoría, en el que se respetan los derechos humanos; el acceso al poder y su ejercicio, con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos; la transparencia y la responsabilidad en la administración pública, así como medios de comunicación libres, independientes y pluralistas.

A continuación, analizaremos el concepto de la prisión preventiva oficiosa, que es el faro que orienta esta investigación, en virtud de que, entre los valores fundamentales de un régimen democrático, se encuentra la libertad, bien permanentemente asediado por la prisión.

⁷ ONU, Mesa Redonda Internacional sobre Democracia y Derechos Humanos.

⁸ OAS, “Carta Democrática Interamericana”.

⁹ Nuestro país reconoció su competencia por aprobación del Senado el 1 de diciembre de 1998. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación, DOF*, de su Aprobación: 8 de diciembre de 1998. Vinculación de México: 16 de diciembre de 1998, por Aceptación. Entrada en vigor internacional: Al momento de cada Aceptación. Entrada en vigor para México: 16 de diciembre de 1998. Publicación en el *DOF* de la Promulgación: 24 de febrero de 1999. Fe de Erratas: 25 de febrero de 1999.

¹⁰ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 191.

II. La prisión preventiva oficiosa¹¹

Es la privación de la libertad de una persona a quien se presume inocente, pero que ha sido señalada por las fuerzas de seguridad como participante en un hecho ilícito, especialmente catalogado para un momento y por un gobierno determinados. Dicha privación de la libertad no la ordena el juez, sino que la establece el legislador, primario o secundario, mediante la elaboración de una lista, y la concreta el acusador al encuadrar los hechos que investiga en esa lista. Para su imposición no se requiere argumento, dato, prueba, alegato o juicio alguno; basta el señalamiento que haga cualquier miembro de las fuerzas de seguridad pública o, incluso, algún particular. Su duración máxima, en México, según establece el artículo 20, fracción IX, de la Constitución, es de dos años. Aproximadamente, el 95% de las personas a quienes se les aplica recibe sentencia condenatoria; es decir, en estos casos pudo haberse prescindido del proceso judicial, pues la condena estaba prácticamente dictada antes de que iniciara el juicio.¹² La prisión preventiva oficiosa se encuentra prohibida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹³ la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁵ tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte por haberlos firmado, ratificado y convalidado. La prisión preventiva oficiosa ha sido prohibida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁶ cuya jurisprudencia es obligatoria para nuestro país.

¹¹ Antonio Salcedo, “¿México cumple los estándares internacionales sobre prisión preventiva?”, pp. 237-250.

¹² Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Estudios sobre la Población Carcelaria de México, Informes de 2011 y 2020.

¹³ Declaración Universal por la que México votó a favor el 10 de diciembre de 1948, sin requerir de ratificación, por no tratarse de un Tratado, arts. 9º, 10 y 11.1.

¹⁴ Convención que fue aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980. Publicación de su Aprobación, *DOF*: 9 de enero de 1981. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981, por Adhesión. Entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981. Publicación de la Promulgación, *DOF*: 7 de mayo de 1981, arts. 7.1, 7.3, 8.1 y 8.2.

¹⁵ Aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980. Publicación de la Aprobación en el *DOF*: 9 de enero de 1981. Vinculación de México: 23 de marzo de 1981, Adhesión. Entrada en vigor internacional: 23 de marzo de 1976. Entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981. Publicación de la Promulgación en el *DOF*: 20 de mayo de 1981. Fe de Erratas: 22 de junio de 1981, arts. 9.1 y 9.3.

¹⁶ “Del artículo 7.3 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos) se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva

Varios organismos internacionales especializados en derechos humanos han recomendado al Estado mexicano que derogue la prisión preventiva oficiosa o, cuando menos, la adecúe a los estándares internacionales, ya que, en la forma como está legislada en México, es claramente antijurídica y puede llegar a constituir crímenes de lesa humanidad debido a que es la encarcelación de una persona en violación de normas fundamentales de derecho internacional cometida como parte de un ataque sistemático contra la población civil perpetrado por el Estado mexicano.¹⁷

II.1. El juez es despojado de su jurisdicción

La prisión preventiva oficiosa despoja al Poder Judicial de sus atribuciones, lo convierte en un autómata controlado por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo; el primero le ordena que en todos los casos en que, desde la letra de la ley, haya establecido la prisión preventiva oficiosa, el juez debe acatarla sin oportunidad para que estudie el caso, valore las pruebas, escuche las alegaciones o emita un juicio; sólo debe obedecer y, de forma automática, forzosa e ineludible, debe cumplir con la imposición de la prisión preventiva oficiosa.

El Poder Ejecutivo, a través de la fiscalía correspondiente, abre e integra la carpeta de investigación, presenta ante el juez, imputa, solicita la vinculación a proceso de la persona indiciada. Si lo hace en relación con uno de los delitos enlistados en la Constitución o por la ley secundaria, como merecedores de prisión preventiva oficiosa, el juez de la causa, obedeciendo la letra de la ley, inevitablemente tendrá que imponer esa medida cautelar sin que pueda hacer otra cosa, imposición que el juez debe llevar a cabo aun cuando no la solicite la fiscalía, ya que la ley le ordena que la imponga oficiosamente.

Como puede verse, la prisión preventiva oficiosa ha despojado al juez de su jurisdicción y a nosotros nos ha arrebatado las garantías judiciales necesarias para la defensa de los derechos humanos de libertad, presunción de inocencia y debido proceso, entre otros, en virtud de que, al separar al juez del estudio y de la decisión del caso, también extingue las formalidades esenciales del procedimiento, que sólo el juez puede garantizarnos, hace imposible el cumplimiento del principio general consistente en que el juez es el único que puede

es una medida cautelar y no punitiva”. Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. El texto entre paréntesis, es del autor.

¹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7° Crímenes de lesa humanidad, 1, e).

ordenar legítimamente la detención de una persona; principio enarbolado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ratificado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser un juez o tribunal”.¹⁸

Por ello es que la prisión preventiva oficiosa viola flagrantemente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 1° y 14; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 9°, 10, y 11.1; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 7.1, 7.3, 7.6, 8.1 y 8.2, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9.1 y 9.3.

El relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados ha sido convocado por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, también de las Naciones Unidas, para que intervenga, se pronuncie y actúe conforme a su mandato en la atención de la problemática de la prisión preventiva oficiosa mexicana. Dicha convocatoria tuvo lugar formalmente en las tres ocasiones que el Grupo de Trabajo consideró que la prisión preventiva oficiosa, además de vulnerar los derechos humanos, atenta en contra de la autonomía y de la independencia de los jueces, magistrados, ministros, etcétera.¹⁹

II.2. Aumento exponencial de la prisión preventiva oficiosa

En abril de 2019, el gobierno de la Cuarta Transformación, es decir, el emanado del partido político Movimiento de Regeneración Nacional, MORENA, aprovechando su mayoría en el Poder Legislativo Federal, Congreso de la Unión, realizó una reforma constitucional por la que aumentó con ocho ilícitos la lista de seis delitos que, hasta entonces y desde 2011, merecían prisión preventiva oficiosa. Con esa misma mayoría legislativa, en febrero de 2021, elaboró un decreto por el cual modificó nueve leyes federales para incorporar las reformas constitucionales de 2019 y, además, estableció nuevos delitos para el catálogo de la prisión preventiva oficiosa. Cuando los morenistas llegaron al poder, en el año 2018, sólo seis delitos merecían prisión preventiva oficiosa; en 2021, eran setenta y siete los delitos que la merecían, hoy se ha

¹⁸ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá.

¹⁹ Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de Naciones Unidas, Opinión 1/2018, párrs. 73 y 82; Opinión 14/2019, párrs. 84 y 92; Opinión 64/2019, párrs. 97 y 105.

perdido la cuenta debido a que la lista fue creciendo día a día. Por ejemplo, el titular del Poder Ejecutivo Federal advirtió que iba a presentar una iniciativa de ley para que se ampliara la lista con delitos laborales. Otro partido político anunció que presentaría su propia iniciativa para los delitos ambientales. Otro incluiría delitos políticos (...). La lista y la pesadilla parecían no tener fin.

¡Todos los problemas que no habían sido capaces de solucionar con los medios adecuados los querían resolver con el derecho penal, particularmente con la prisión preventiva oficiosa!

Perdieron de vista que la prisión preventiva oficiosa es un delito de lesa humanidad debido a que atenta en contra de los derechos humanos considerados pilares, entre los que se encuentran la libertad, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho a no ser víctima de tortura,²⁰ que están tutelados por normas fundamentales del derecho internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal y como lo han resuelto varios organismos internacionales y nacionales especializados en derechos humanos, entre los que se encuentran la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,²¹ el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas,²² el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas,²³ la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴ y la Universidad Autónoma Metropolitana;²⁵ organismos que instaron, reiteradamente, al Estado mexicano para que derogara la prisión preventiva oficiosa del sistema jurídico mexicano interno o, cuando menos, la adecuara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Antonio Salcedo, “La prisión preventiva oficiosa y la tortura, dos flagelos nacionales actuales”.

²¹ Informes de los años 2019 y 2020, publicados en abril de 2020 y abril de 2021, respectivamente.

²² Opiniones 14/2019 y 64/2019.

²³ Observaciones Finales al Séptimo Informe Periódico de México. Aprobadas entre el 23 de abril y el 17 de mayo de 2019.

²⁴ Caso López Álvarez vs. Honduras, *vid.*, cita 15 a pie de página.

²⁵ En 2019, comparecimos ante el Congreso de la Unión y lo único que conseguimos fue que abriera un microsítio con nuestras peticiones y los resultados de nuestras investigaciones. En 2020, acudimos ante el Presidente de la República, quien, casi dos años después, nos respondió que nada había podido hacer. En el Poder Judicial de la Federación promovimos el juicio de amparo indirecto 196/2021, que sobreseyeron con el argumento de que “carecíamos de interés legítimo”.

II.3. La Sentencia del Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México

La Corte Interamericana de Derechos Humanos juzgó al gobierno de la Cuarta Transformación y lo encontró culpable por violar, de forma generalizada, de manera sistemática y con la prisión preventiva oficiosa, los derechos humanos de libertad personal, presunción de inocencia y debido proceso de las personas que se encuentran bajo su tutela jurídica.²⁶ ¡Veamos las partes sustanciales de la sentencia!

La Corte considera que para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria y tampoco afecte el derecho de la presunción de inocencia se necesita:

(...) que: a) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir, con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y c) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.²⁷

“Por último, para este Tribunal no hay duda acerca del hecho que estas figuras (el arraigo y la prisión preventiva) resultan contrarias a la Convención por los motivos expuestos”.²⁸

Los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por unanimidad, encontraron al Estado mexicano:

(...) responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, y a no declarar contra sí mismo contemplado en el artículo 8.2. g) del mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos estable-

²⁶ Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, párr. 97.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Ibid.*, párr. 173.

cida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la figura del arraigo (...) El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2° de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva (...) El Estado es responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, contenidos en los artículos 8.2. b), d), e), y g), y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).

Y, también por unanimidad, dispusieron:

7. El Estado deberá dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal, en los términos de los párrafos 210, 211, 214 a 216, y 218 a 219 de la presente Sentencia.

8. El Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva, en los términos de los párrafos 212, 213, y 217 a 219 de la presente Sentencia.

Las violaciones por las que fue condenado el gobierno mexicano son sistemáticas y generalizadas; sistemáticas porque el Poder Constituyente Permanente y los legisladores secundarios las perpetran cuando crean Constitución y leyes secundarias que establecen prisión preventiva oficiosa. Por su parte, el titular del Poder Ejecutivo Federal, así como los titulares de los diversos poderes ejecutivos estatales, cometen las violaciones cuando no vetan y sí promulgan, mandan publicar y hacen entrar en vigor las reformas constitucionales y legales que disponen prisión preventiva oficiosa. Finalmente, los jueces federales y estatales que aplican preceptos constitucionales y legales que mandan prisión preventiva oficiosa también atentan en contra de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que es una norma fundamental del derecho

internacional, que prohíbe la prisión preventiva oficiosa. Los atentados son generalizados porque se perpetran en contra de todas las personas que se encuentran sujetas a la tutela jurídica del ilustre Estado mexicano.

El gobierno mexicano, con él la Cuarta Transformación, de manera generalizada y sistemática, con la prisión preventiva oficiosa que ha establecido en la Constitución, en más de doce leyes federales, en infinidad de leyes estatales y en la jurisprudencia del Poder Judicial Federal, ha impuesto encarcelación y privación grave de la libertad física a cerca de cincuenta mil personas,²⁹ de la población civil, en violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, dependiente del Poder Ejecutivo Federal, en junio de 2022, en su *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria*, informó que en nuestro país existían 226,916 personas privadas de la libertad en centros penitenciarios; de ellas, 92,595 lo estaban por prisión preventiva. Dada la naturaleza de la prisión preventiva oficiosa, se estima, sin que haya cifras ni informes precisos, que más del cincuenta por ciento de la última cifra corresponde a personas privadas de la libertad por la prisión preventiva oficiosa.

III. La Cuarta Transformación comete crímenes de lesa humanidad³⁰

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional previene:

Artículo 7° Crímenes de lesa humanidad.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional (...)

²⁹ Luis María Aguilar. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Proyecto de Resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, octubre de 2022.

³⁰ Antonio Salcedo, “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”, pp. 239-264.

La prisión preventiva oficiosa ha llevado al encarcelamiento a casi cien mil personas en nuestro país.

La prisión preventiva oficiosa, en la Sentencia del Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, fue encontrada violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento fundamental del derecho internacional que tutela los derechos humanos de libertad, presunción de inocencia y debido proceso, que la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 7 de noviembre de 2022, consideró vulnerados.

Los tres poderes públicos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, han participado, respectivamente, y con mayor intensidad desde los meses de abril de 2019 y febrero de 2021, en la creación, entrada en vigor y aplicación de las leyes federales y estatales que establecen la prisión preventiva oficiosa, por lo que han perpetrado un ataque generalizado y sistemático dirigido contra la población civil.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya juzgó y resolvió que la prisión preventiva oficiosa atenta en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo anterior, es claro que quienes han creado, puesto en vigor y aplicado la Constitución y las leyes que disponen la prisión preventiva oficiosa han cometido los crímenes de lesa humanidad previstos y sancionados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 7º apartado 1, inciso e).

IV. La Cuarta Transformación no gobierna de forma democrática

Si tomamos en cuenta que, como quedó establecido en el apartado 1 de este trabajo, una de las características de los gobiernos democráticos es el respeto a los derechos humanos, resulta claro que este requisito no lo cumple el gobierno morenista, en virtud de que los derechos humanos pilares, consistentes en la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso, son violados de forma sistemática y generalizada por su gobierno, según lo demostró la

condena que le impuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 7 de noviembre de 2022 en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México.

Esas graves violaciones a los derechos humanos por parte del gobierno morenista se agudizan si las relacionamos con otras de sus acciones.

Por ejemplo, con la lucha que, desde su posición de Presidente de la República, usando los recursos públicos y manipulando a ciertos medios de comunicación, ha emprendido el titular del Poder Ejecutivo Federal en contra del Instituto Nacional Electoral (INE), el Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI), el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; organismos autónomos que garantizan la celebración de elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal y secreto, a los que públicamente y sin fundamento ha descalificado, atacado y recortado el respectivo presupuesto de operación. Lo anterior muestra que el gobierno morenista tampoco cumple el requisito de respeto a la celebración de elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, propio de los gobiernos democráticos.

El régimen de partido único, MORENA, con partidos aliados e incondicionales, para el solo efecto de tener la mayoría de votos en las campañas electorales, las consultas populares y las consultas de toda especie, impide considerar que la Cuarta Transformación cumpla con el requisito de pluralidad de partidos y organizaciones políticas esencial de las democracias.

Un ataque obsesivo, inmotivado y falto de todo fundamento legal que, desde la cúpula del Poder Ejecutivo Federal, con la ayuda del Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados, se ha desatado en contra del Poder Judicial Federal, muy particularmente en contra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de su ministra presidenta, Lic. Norma Lucía Piña Hernández, a quien, sin prueba alguna, acusan de corrupción. Los atentados, hasta ahora, han llegado a las calumnias, a la obstaculización de la función y al recorte del presupuesto para el año 2024, en el que se descontará al Poder Judicial de la Federación una tercera parte del dinero con que viene operando, es decir, entre 15,000 y 25,000 millones de pesos. Lo expuesto en este apartado demuestra que el gobierno morenista no respeta la separación ni la independencia de los poderes públicos, así como que el titular del Poder Ejecutivo Federal

tampoco cumple la obligación que le impone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 89: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: (...) XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones”. ¿Cuál es la falta del Poder Judicial de la Federación? Haber garantizado los postulados y mandatos constitucionales y democráticos referentes a la división de poderes, a la publicidad y a la transparencia en el manejo de los dineros públicos, al acceso a la información, a la distribución legítima del presupuesto, al freno de los actos abusivos, a los pesos y contrapesos.

Mención aparte merece la jurisprudencia que integró el Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro-Norte,³¹ del Poder Judicial de la Federación, en julio de 2023. Con ella y en cabal cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, y *García Rodríguez y otro vs. México*, ordenó que, en los juicios de amparo promovidos contra la prisión preventiva oficiosa, se concedan las suspensiones provisional y definitiva para que se prescinda de la prisión preventiva oficiosa y, en su lugar, se imponga una medida cautelar distinta. Esa orden la mandó para 18 estados de los 32 que integran la República Mexicana. Es decir, el Pleno Regional, acatando la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prohibió la prisión preventiva oficiosa en 18 Estados de la Federación.

¡Echemos un vistazo a la resolución del Pleno Regional Centro-Norte!:

Ciertamente, el pronunciamiento hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias correspondientes a los casos *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* y *García Ramírez y otro vs México*, en lo que aquí concierne, se condenó al Estado mexicano y se declaró la inconventionalidad de la prisión preventiva oficiosa (...).³²

(...) cuando la parte quejosa solicite la suspensión provisional contra la prisión preventiva oficiosa, ésta deberá concederse con efecto de tutela anticipada”.³³

³¹ Contradicción de Criterios 40/2023, julio de 2023.

³² Párr. 208.

³³ Párr. 210.

(...) al estar interesada la sociedad en el resguardo y protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales en que México forme parte, el efecto de la suspensión será para que el juez responsable, (...) prescinda de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, reclamada en el juicio de garantías y previo cumplimiento de los principios del sistema oral-acusatorio, esencialmente el de contradicción, proceda al debate de imposición de diversas medidas cautelares.³⁴

Lo anterior debe ser suficiente para contener el frenético aumento de la lista en que habían incurrido los gobiernos federal y estatales de la Cuarta Transformación.

La reacción de los Poderes Ejecutivo y Legislativo Federales en contra del Poder Judicial de la Federación no podía tardar; menos aun si tenemos presente que, tanto el Ejecutivo como el Legislativo en funciones, han concedido cuantiosos apoyos a las fuerzas armadas, a las que consideran un aliado leal para sus pretensiones de mantenerse en el poder, así como que un elemento fundamental en su Plan de Desarrollo es la encarcelación masiva de sus opositores, lo cual estaban consiguiendo con la prisión preventiva oficiosa, que hoy, desde la jurisprudencia internacional y nacional, se encuentra prohibida.

Los decretos del Ejecutivo Federal para encubrir y negar información sobre el destino de los recursos públicos, y sobre sus planes para favorecer al ejército y demás fuerzas armadas en la asignación del presupuesto que se recorta al sector salud, a la educación, a los programas sociales, a los organismos autónomos, etcétera, son incompatibles con el requisito democrático de transparencia y responsabilidad en la administración pública que exige la democracia.

La persecución, difamación y descalificación que el titular del gobierno morenista ha emprendido en contra de los medios de comunicación independientes y pluralistas, así como en contra de las y los periodistas que cuestionan y critican las políticas y los actos de su gobierno, impiden a la Cuarta Transformación cumplir con este otro requisito para los regímenes democráticos.

Por lo que hasta aquí hemos visto, tenemos que reconocer que el gobierno morenista tampoco respeta el acceso al poder y su ejercicio, que es el

³⁴ Párr. 220.

otro requisito de la democracia, según el concepto que obtuvimos de grandes pensadores, de la ONU, la OEA y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el apartado 1 de esta investigación, donde quedó sentado que la democracia es el gobierno de la mayoría, en el que se respetan los derechos humanos; el acceso al poder y su ejercicio, con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos; la transparencia y la responsabilidad en la administración pública, así como medios de comunicación libres, independientes y plurales.

V. Conclusiones

Parece que los hechos han demostrado fehacientemente que el gobierno moronista no cumple los requisitos de la democracia definida por Montesquieu, Lincoln, Arendt, la ONU, la OEA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁵

Fuentes de Consulta

Bibliográficas

Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, Guillermo Solana, (trad.), 13ª ed., Alianza, Madrid, 2019.

Barrita López, Fernando A. *Prisión preventiva y ciencias penales*. Porrúa, 3ª. ed., México, 1999.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Manuel Jiménez Redondo (intr. y trad.), 4ª ed., Trotta, Madrid, 2000.

³⁵ “El artículo 7º de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías reconocidas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. Corte IDH, Caso Familia Barrios vs. Venezuela, párr. 53. En el mismo sentido Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, párr. 71.

- Lincoln, Abraham. “Pronunciamento de Gettysburg”. Pensilvania, 19 de noviembre de 1863.
- Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (trad.), Javier Torres Nafarrete, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura; Herder, 2ª ed. en español, México, 2005.
- Montesquieu, Charles. *Del espíritu de las leyes*. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, (trad.), Sarpe, Colección Grandes Pensadores, Madrid, 1984.
- Salcedo González, Sandra. “Reforma constitucional de derechos humanos. La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos”. *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, José Antonio Ibáñez Aguirre y Sandra Salcedo González (coords.), Universidad Iberoamericana, México, 2014.

Electrónicas

- Salcedo Flores, Antonio. “Audiencias Públicas Prisión Preventiva Oficiosa”. Solicitud e Investigaciones. Parlamento Abierto, Cámara de Diputados LXIV. [http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencias-Prision-Preventiva-Oficiosa/Materiales-de-las-Audiencias/Documentos-de-Interes/\(offset\)/10](http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Audiencias-Prision-Preventiva-Oficiosa/Materiales-de-las-Audiencias/Documentos-de-Interes/(offset)/10)
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. “Estudios sobre la Población Carcelaria de México”, Informes de 2011 y 2020.
- ONU. “Declaración de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Democracia”. Nueva York, 2002.
- _____. “Mesa Redonda Internacional sobre Democracia y Derechos Humanos”, Nueva York, 2011.
- OAS. “Carta Democrática Interamericana”. Lima, 11 de septiembre de 2001. https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm
- OEA. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. el 7 de mayo de 1981. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011, párr. 53, Serie C, No. 237.
- Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141.
- Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de fecha 26 de agosto de 2011, párr. 71, Serie C, No. 229.
- Corte IDH. Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Notificada el 27 de enero de 2023. Serie C, No. 470, párr. 97. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf
- Corte IDH. Caso Vélez Lóor vs. Panamá. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218.

Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127, párrafo 191.

ONU. Oficina del Alto Comisionado. “Lamenta el aumento del catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa”. México, 20 de febrero 2019. <https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-lamenta-extension-de-delitos-a-los-que-se-aplica-la-prision-preventiva-oficiosa/>

_____. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

_____. “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. <https://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>

Hemerográficas

Salcedo Flores, Antonio. “¿México cumple los estándares internacionales sobre prisión preventiva?”. *Alegatos*, Núm. 99, mayo-agosto 2018, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 237-250.

_____. “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”. *Alegatos*, Núm. 102-103, mayo-agosto/septiembre-diciembre 2019, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 239-264.

_____. “La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales”. *Alegatos*, Núm. 107 enero-abril 2021, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 97-126.

Sendero transformador en *nuda vida*: análisis de caso

Iraís Cabrera Briz*

Resumen:

La presente investigación tiene como objetivo identificar los elementos de la actuación del gobierno federal y de los gobiernos estatales ante la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2. Una circunstancia con efectos negativos fue la desarticulación entre el gobierno federal y los gobiernos locales para la implementación de la inoculación. Es por ello que reflexionaremos respecto a la participación de estos, las acciones del gobierno federal y a la concentración de poder en la figura presidencial. Por otra parte, explicaremos cómo el fenómeno de la judicialización de la política fue definiendo el comportamiento de los gobiernos locales y federal ante la pandemia.

Abstract:

This research aims to identify the elements that influenced the actions of the states and federal government in the face of the health emergency caused by SARS-CoV-2 virus. A circumstance with negative effects was the disarticulation between the federal government and local governments for the implementation of inoculation. That is why we will reflect on their participation the actions of the federal government and the concentration of power in the presidential figure. On the other hand, it will be explained how the phenomenon of judicialization of politics defined the behavior of local governments in the face of the pandemic.

Sumario: Introducción / I. Regulación jurídica / II. Discriminación / III. Violencia / IV. Acoso laboral / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestra en Derecho Corporativo y Empresarial por el Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla, miembro de la Red de Norteamericanistas del Centro de Investigaciones sobre América del Norte de la UNAM.

Introducción

En el presente ensayo, se analiza la discriminación, la violencia y el acoso laboral de los cuales fue objeto la trabajadora desde el estudio de caso ocurrido en el estado de Tlaxcala, originándose a partir de la determinación notificada a la trabajadora respecto de su separación de forma permanente del puesto de trabajo, siendo removida a otro, en una institución privada, sin estar debidamente fundada y motivada dicha determinación; ejecutando en contra de la trabajadora actos de violencia psicológica, económica y de discriminación por razón de género y edad, impidiéndole con ello continuar desarrollándose en condiciones de igualdad una vida libre de violencia de género. Como consecuencia, se implementó como estrategia legal la interposición de un juicio de amparo indirecto ante el Juzgado de Distrito del Vigésimo Octavo Circuito asignado por razón de turno a fin de que la trabajadora pudiera continuar en su puesto de trabajo, gozando de su salario en condiciones de igualdad, respetando su dignidad humana, integridad personal, honra y una vida libre de violencia, sin discriminación por razón de género y edad durante la tramitación del mismo hasta en tanto se resolviera en forma definitiva, solicitando para tal fin la suspensión provisional, puesto que de no concederse la trabajadora sería objeto de consecuencias de difícil e imposible reparación, como podría ocurrir a través del despido injustificado o la rescisión.

Sin embargo, derivado de la notificación personal del citado juicio de amparo a la patronal y con lo cual tenía que dejar en su puesto a la trabajadora, ocurre el primer acto de violencia psicológica incitada por la parte patronal, así como acoso laboral del cual fue objeto durante la secuela procesal, existiendo amenazas para la trabajadora y represalias para todo aquel relacionado con ella, acontecimientos por los cuales se presentó queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos, queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Igualmente, se presentó formal querrela ante la unidad de investigación competente adscrita a la Procuraduría General de Justicia del Estado de Tlaxcala. Finalmente, la trabajadora fue despedida injustificadamente empleando violencia psicológica al momento de dicho despido. Incluso fue perseguida y videograbada en la institución hasta que logró salir de esta, circunstancia por la cual se presentó demanda ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje; empero, ante la declaratoria de emergencia sanitaria emitida en marzo de 2020, derivada de la contingencia generada por

la COVID-19, y al no haber existido un acceso a la justicia cabal, la patronal despidió personal de seguridad, intendencia, administrativo y de otras áreas como represalia por haber tenido contacto con la trabajadora durante el proceso del caso materia de estudio, concluyéndose después de más de 2 años al reanudarse las actividades por los impartidores de justicia ante la declaratoria de emergencia con la celebración de un convenio entre parte patronal y trabajadora, dándose por concluido en forma definitiva dicho caso.

Por lo anterior, el propósito de este escrito es analizar las diferentes vías a través de las cuales se trató de salvaguardar los derechos humanos de la víctima así como el sendero seguido a fin de no ser objeto de prácticas discriminatorias por razón de género y edad. Empero, al haber ejercitado acciones para salvaguardar sus derechos humanos y evitar continuar siendo objeto de prácticas discriminatorias tal y como lo previene nuestra Carta Magna en su artículo 1, se convirtieron en motivo de violencia psicológica, amenazas, acoso laboral, desencadenándose en despido injustificado. Por ello, se desprende la siguiente interrogante de investigación: ¿la discriminación, violencia y acoso laboral son hechos aislados o concatenados en el mundo fáctico? El cuestionamiento se analiza a partir de una experiencia concreta de un caso específico ocurrido en el estado de Tlaxcala, desde el punto de vista de la trabajadora; supuestos que no ocurrieron de forma aislada, sino como circunstancias concatenadas con el fin de dañar y menoscabar la dignidad de la trabajadora, la cual es “tema primigenio para el discurso moderno de los derechos humanos, mismo que está integrado en numerosas constituciones, convenciones internacionales y declaraciones”.¹ Fue la respuesta del Estado en este caso omisa, como “guardián al cerrar la puerta de la ley”.² Se advirtió como limitante del estudio de un sólo caso en las ciencias sociales el que “no puede disociarse de un determinado contexto espacio-temporal”,³ además de contemplar una “generalización modesta, limitada y circunstanciada”.⁴

¹ Michael Rosen, *Dignidad: su historia y significado*, México, p. 18.

² Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*, p. 94.

³ Gilberto Giménez, “El problema de la generalización en los estudios de caso”, p. 46.

⁴ *Loc. cit.*

I. Regulación jurídica

En nuestro país, con el fin de evitar prácticas discriminatorias, violencia psicológica y acoso laboral, estas se encuentran reguladas, en primer término, por normas internacionales, al haber contraído el Estado mexicano la obligación de prohibir normas jurídicas o la actuación de las autoridades del Estado que propicien desigualdades manifiestas o discriminatorias de una persona por razón de género y resulten atentatorias contra la dignidad humana. Para ello, son aplicables a nuestro caso concreto los siguientes instrumentos internacionales: artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, en la cual se establece la prohibición de violencia contra la mujer, así como, los artículos 1, 5, 8 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, Conferencia Internacional del Trabajo en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la discriminación (empleo y ocupación) suscrito en 1958, ratificado por nuestro país el 11 de septiembre de 1961 y Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso de la OIT, ratificado por México el 6 de julio de 2022, en vigor a partir del 6 de julio de 2023. De esta forma, se establecen “derechos supraestatales: como límites externos y no sólo internos a los poderes públicos, base normativa de una democracia internacional”.⁵

El Convenio 111 sobre discriminación es obligatorio para México y sus alcances son: establecer políticas públicas de no discriminación, lograr la participación de patrones, trabajadores y sindicatos, presentar iniciativas, aprobarlas y publicar leyes y demás disposiciones normativas que impidan la discriminación; incluso en contratos colectivos evitar cláusulas que fomenten prácticas discriminatorias, derogar aquella normatividad que obstaculice su erradicación. Del referido convenio se desprende la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la OIT, 1958, magnificando su aplicación al establecer de forma obligatoria que todas las autoridades deberán coordinarse para prevenir la discriminación en todas las áreas, materializán-

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 57.

dose en los siguientes efectos: reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT), reforma al artículo 2º, publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 30 de noviembre de 2022, artículos 86, 527-A, 541 fracción I, 892 y 994 fracción VI por iniciativa de reforma aprobada por el Senado el 10 de marzo de 2023⁶ a la señalada LFT. Con el propósito de coordinación de autoridades en materia de discriminación, existen en nuestro país 31 leyes antidiscriminatorias, 26 cláusulas antidiscriminatorias en constituciones locales, y en 28 estados se encuentra tipificada la discriminación.⁷

El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso, ratificado por México el 6 de julio de 2022, entró en vigor el 6 de julio de 2023. Es una estrategia ineficaz, puesto que “el Estado no entiende cabalmente el carácter obligatorio de los tratados internacionales en el ámbito nacional”,⁸ lo cual constituye una violación a los derechos contemplados en el Convenio y por tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al no ajustar el Estado sus políticas públicas y normatividad en la praxis. Como muestra de ello existe la “Recomendación General 01/2023 sobre la violencia laboral y por razón de género en la Ciudad de México”.⁹

Aun cuando se reformó la Ley Federal del Trabajo, en específico la incorporación del artículo 3º bis, con el cual guarda relación el Convenio de referencia, aún no se han establecido mecanismos para garantizar la armonización normativa; esto es, que en centros de trabajo y reglamentos interiores de trabajo se establezcan mecanismos de salvaguarda de las trabajadoras para evitar que sean objeto “de conductas anómalas por parte del patrón, que constituyen falta de probidad, teniendo el derecho a ser oída, y a tener una defensa”,¹⁰ durante la relación laboral, puesto que en el caso analizado se le impidió en su lugar de trabajo ejercer dichos derechos para, posteriormente, ejercitar acciones administrativas y judiciales ante la falta de mecanismos protectores,

⁶ Ley Federal del Trabajo.

⁷ Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, “Hace 14 años se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”.

⁸ Gustavo Fondevila, “Utilidad y eficacia de tratados y convenios internacionales en México: cultura laboral y discriminación hacia las mujeres”, p. 195.

⁹ Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, “CDHCM emite Recomendación General en el marco de la entrada en vigor del Convenio 190 de la OIT”.

¹⁰ Iraís Cabrera Briz, “Constituye una causa de rescisión de la relación laboral imputable al patrón en términos del artículo 51, fracciones II, V y IX, de la Ley Federal del Trabajo, la suspensión temporal del trabajador, no prevista en un reglamento interior de trabajo, y al vulnerar su garantía de audiencia”, p. 205.

las cuales generaron actos de violencia en contra de la trabajadora “lo que trae aparejado un menoscabo a la dignidad, integridad y honor”. Esto conllevaría una verdadera representación sindical, la cual no existió en el caso materia de análisis.

Por ello, en los supuestos de violencia y discriminación contra la mujer, hay un deber de reparación del daño resentido con el objeto de que los responsables y la sociedad en general modifiquen patrones de conducta adoptados desde directrices culturales, de conformidad con el principio de progresividad dispuesto en el precepto 8º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la cual conforma el Sistema regional interamericano y universal en materia de protección de derechos humanos.

La normatividad nacional aplicable al caso objeto de análisis es la: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), artículo 1º, la cual establece de forma explícita la “prohibición de toda forma de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.¹¹

La Dignidad humana es una cualidad que se ejerce con base en la moralidad, como fue para Kant;¹² sin embargo, esta no es sólo una cuestión ética, sino requisito *sine qua non* y, por tanto, parte medular de derechos humanos, regulada como se estableció en líneas que anteceden en el artículo 1º de la CPEUM, debiéndose entender como derecho fundamental la dignidad humana al ser:

(...) merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1º, último párrafo; 2º, apartado A, fracción II; 3º, fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

¹² Rosen, *op. cit.*, p. 35.

importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.¹³

Dicha dignidad humana, concatenada con el artículo 4° de nuestra norma fundamental, garantiza la no discriminación como derecho subjetivo público y un deber jurídico de igualdad de la mujer con el fin de no ser objeto de inferencias que menoscaben sus derechos. Esto trae aparejado el derecho a una vida libre de violencia y de no discriminación, obligando con ello a las autoridades ya sean jurisdiccionales o administrativas, a sujetar su actuación a medidas integrales con perspectiva de género; esto es desde medidas de prevención, investigación, impartición de justicia debiéndose evitar condicionar el acceso a la justicia de las mismas y así impedir invisibilizarlas.

Desde la prerrogativa de igualdad, la mujer tiene libertad para dedicarse al trabajo, comprendido en el artículo 5° de nuestra Carta Magna, vinculado con el artículo 2° de la Ley Federal del Trabajo, que establece la prohibición de discriminación con el fin de que la trabajadora tenga un trabajo digno o decente, entendiéndose por tal lo siguiente:

Artículo 2°. Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la

¹³ Jurisprudencia 1a./J.37/2016 (10a.), Décima Época, 2012363, Libro 33, agosto de 2016, t. II, p. 633.

seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.¹⁴

Como consecuencia de prácticas discriminatorias, violencia psicológica y acoso laboral desplegados en contra de la trabajadora, a fin de ejercer su derecho de acceso a una justicia, así como su garantía de audiencia contenidas en los artículos 14 y 17 Constitucionales, se promovió demanda de garantías ante el Juzgado de Distrito del Vigésimo Octavo Circuito con residencia en el estado de Tlaxcala, a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación por razón de edad y género en el ámbito laboral, a una vida libre de violencia contra la mujer, contenidos en los artículos 1° y 4° de nuestra Carta Magna, al constituir los actos del patrón equivalentes a los de autoridad, tratándose de un particular en términos de lo establecido en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 5° de la Ley de Amparo, que a la letra establece:

Son partes en el juicio de amparo (...) II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general (...).¹⁵

Lo anterior con el objeto de mantener el goce del derecho de trabajo y, por ende, puesto que su cumplimiento es inmediatamente exigible y aunque está primeramente dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, los cuales se encuentran obligados a no interferir en el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que el acoso laboral es equivalente a un acto de tortura, actos crueles, inhumanos y degradantes prohi-

¹⁴ Ley Federal del Trabajo, reforma publicada el 18 de mayo de 2022, artículo 2°.

¹⁵ Ley de Amparo, artículo 5°.

bidos por nuestra Carta Magna en su precepto 22, por lo que es indispensable acreditar para la procedencia del amparo que:

Los actos reclamados se generen en una relación de supra a subordinación, o bien en una relación de coordinación equiparable o asimilable (asimétrica) e impacten a la quejosa en contextos de relevancia pública; y, los actos reclamados generen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas en perjuicio de la parte promovente en detrimento de sus derechos humanos.¹⁶

Además, intervinieron para su investigación la fiscalía del estado de Tlaxcala, por el delito de discriminación y amenazas; el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), derivado del conocimiento por una queja presentada a petición de parte; la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), dado que establece elementos para prevenir e identificar factores de riesgo psicosocial, como es violencia psicológica, existente en el lugar de trabajo de la mujer por la Norma Oficial Mexicana (NOM) 035; posteriormente, conoció la Junta Local de Conciliación y arbitraje en el estado de Tlaxcala, hoy juzgados locales laborales. Para la procedencia de la reparación debe ser solicitada ante los juzgados de fuero común de la entidad federativa señalada, la cual es independiente a la presentada ante autoridades administrativas.

De igual modo, se constriñen otros derechos humanos, los cuales fueron menoscabados en este supuesto, como son el derecho a la vida, integridad psicológica y moral, el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a una vida libre de violencia, prohibición de discriminación, trato digno, derecho a la honra, al trabajo, al medio ambiente laboral sano, condiciones justas de trabajo, igualdad, así como el derecho a un nivel de vida adecuado.

Este tipo de supuestos se deben analizar con perspectiva de género, combinando la aplicación de estándares más altos de protección de los derechos humanos, con el fin de respetar la dignidad humana y hacer efectivos los derechos humanos de las mujeres; observando con ello el principio de optimización interpretativa de los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal que orientan la interpretación de los preceptos constitucionales en esa materia y son de ineludible observancia para todas las autoridades; en términos de lo dispuesto por los artículos 1º, 103 y 133 de la CPEUM.

¹⁶ Jurisprudencia I.5o.T.J/8L (11a.), Undécima Época, 2026108, Libro 23, t. IV, marzo de 2023, p. 3424.

Del citado artículo 1° Constitucional, se desprende el principio de progresividad, el cual ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad; al respecto, Dworkin y Hart, citados por Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz, opinan:

Reivindicaron la normatividad de los principios, colocando en el centro, la necesidad de asumir los principios como verdaderas normas e incluso como normas de cierre del sistema jurídico, en la medida que, en la argumentación primigenia de Dworkin, venían a llenar todo vacío del Derecho, convirtiéndose en el argumento central a favor de la única respuesta correcta.¹⁷

Por ello, los principios “son normas fundantes y fundamentales, es decir, deben estar en el lugar más elevado del edificio del sistema de normas, se llega así al tercer momento, el de la constitucionalización y/o fundamentalidad de los principios”.¹⁸

El debate parece, en este punto, iluminar para dejar de lado la tradicional y acaso inútil separación entre parte dogmática y parte orgánica de las constituciones e ir hacia la identificación mucho más exhaustiva en torno a la tipología normativa. Primero, formal de enunciados que recogen las constituciones, pero luego, también, como sugiere las tesis de Ferrajoli, hacia una “ordenación jerárquica”¹⁹ con base en los contenidos materiales de los principios regulativos.

Existe un amplio consenso en la discusión actual acerca del hecho de que se puede evitar tanto la constitucionalización excesiva como la falta de ella sólo en el marco de una teoría de los márgenes de acción en la cual los principios formales desempeñan un papel decisivo.²⁰

Por tanto, este supuesto se debe analizar desde la teoría de los derechos fundamentales conforme a la cual los principios son mandatos de optimización; así como desde la teoría de la constitución, denominada también “constitucionalismo discursivo”, la cual combina cinco elementos: 1) derechos

¹⁷ Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, p. 85.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 106-107.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ Robert Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, pp. 100-104.

fundamentales, 2) ponderación, 3) discurso, 4) jurisdicción constitucional, 5) representación.²¹

A partir de la teoría de los derechos humanos y los principios, como máximo de optimización, podemos analizar el estudio de caso en el cual dichos actos discriminatorios iniciaron con la determinación de separación del puesto y lugar de trabajo para ser cambiada a uno de menor rango, basadas en una discriminación directa consistente en el trato diferenciado fundado en cuestiones de género y edad como ocurrió al emitir señalamientos por parte de superiores sobre que era mujer y estaba “vieja”, en su forma peyorativa, para continuar laborando en su puesto de trabajo como lo había desempeñado, a pesar de haber realizado actividades en favor de la institución, incluso recibir reconocimientos y ser conocida en todos los actos públicos, privados y de dominio de la población en dicho territorio como la encargada de ese puesto de trabajo; igualmente, durante las funciones que desempeñó no se le pagó de acuerdo a la responsabilidad desempeñada.

II. Discriminación

La discriminación, en el contexto del caso que se analiza, comenzó con un hecho que pudo haber sido aislado, pero que, al combinarse con violencia, constituyó el sendero del acoso laboral, el cual tendría su culminación con la terminación de la relación laboral. Por ello, hemos de comprender que:

Discriminación significa cualquier alteración o modificación de los derechos laborales o de seguridad social de los trabajadores, de sus familiares o de sus dependientes económicos; produce, en todo caso, una violación a las normas de igualdad. Todos los seres humanos descendemos del mismo tronco, pero nos distinguimos —no nos diferenciamos— por rasgos étnicos, por formación cultural, por creencias.²²

De igual modo, el 11 de junio de 2003 fue publicada la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en la cual se norma que discriminación es:

²¹ *Ibid.*, p. 128.

²² Patricia Kurczyn Villalobos, “El trabajador frente al genoma humano. Reflexiones en torno al derecho genómico”, p. 177.

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.²³

Ahora bien, en el supuesto que se analiza, la trabajadora recibió, por parte de la parte patronal y de directivos varones, un trato diferenciado con respecto a otra trabajadora en razón de su edad y género, aconteciendo una discriminación de forma directa al habersele negado el pago al salario inherente a las labores que desempeñaba, puesto que se “niegan estímulos o derechos económicos, en términos generales, al modificar cualquier condición de trabajo sin justificación legal”.²⁴

Igualmente, la Organización Internacional del Trabajo en su Convenio 111, enuncia:

El término discriminación comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, sexo, 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. b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados.²⁵

²³ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, artículo 1º, fracción III.

²⁴ Patricia Kurczyn Villalobos, *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, p. 35.

²⁵ OIT, “Convenio 111”, artículo 1º.

En virtud de prácticas discriminatorias en razón de edad y género contra la trabajadora de forma directa, con el objeto de vulnerar su dignidad y al contar con varias vías a fin de salvaguardar sus derechos, pero sobre todo con el fin de no ser objeto de forma reiterada de prácticas discriminatorias, se presentó denuncia por el delito de discriminación en contra de la parte patronal en virtud de converger materia laboral y penal. Por consiguiente, existe un procedimiento ordinario laboral con el que la trabajadora puede solicitar la reinstalación y/o el pago de prestaciones. Pero el objeto de este no es la subsistencia de la relación de trabajo, haciéndole saber al patrón que está incurriendo en conductas anómalas que constituyen falta de probidad; tampoco se le da el derecho a la trabajadora de ser oída y tener una defensa de forma inmediata y efectiva para continuar percibiendo su salario, ni mucho menos existían medidas de protección para la trabajadora en materia laboral.

Por lo anterior, pueden solicitarse medidas de protección al estar tipificada la discriminación en el Código Penal para el Estado de Tlaxcala al considerársele en contra de la dignidad de las personas y que a la letra establece:

Artículo 375. Se impondrán de uno a tres años de prisión y multa de setenta y dos a doscientos dieciséis días de salario, al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud: I. Provoque o incite al odio o a la violencia; II. Veje, injurie o excluya a alguna persona o grupo de personas; III. Niegue o restrinja derechos laborales en el acceso a un puesto, cargo o comisión, y IV. Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general. Iguales penas se impondrá al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.²⁶

²⁶ Código Penal del Estado de Tlaxcala, artículo 375.

Por consiguiente, la discriminación ocurre en contraposición a la igualdad, “estableciendo, si bien somos iguales, no somos idénticos. Pruebas contundentes se confirman con las recientes informaciones genómicas al descubrir el muy bajo porcentaje de diferencia genética entre los seres humanos”.²⁷ Tenemos diferencias culturales, étnicas, edad, sexo, físicas; empero, ello no nos hace superiores ni inferiores, sino que estamos en un plano de igualdad y en caso de no estarlo se buscará la equidad para poner a los desiguales en circunstancias de semejanza ante los otros. En la medida en que se realicen prácticas contrarias a la igualdad se estará frente a la discriminación y por ello se podrán solicitar medidas de protección a fin de no continuar resintiéndose los efectos de esa situación; sin embargo, las prácticas discriminatorias ocurren, como hemos analizado, de forma directa y consisten en el trato diferenciado fundado en cuestiones de género y edad o indirecta; esto es, aunque en apariencia sea neutro, tiene una repercusión negativa para la mujer, vertical u horizontal, es decir, de superiores o patrones y/o de compañeros trabajadores, de forma positiva al otorgar mayores prerrogativas o sucederá su contraposición, la discriminación negativa, o sea negar los derechos laborales, mejores oportunidades, prestaciones laborales a las que tiene derecho en virtud de la relación laboral, como ocurrió en el caso materia de análisis sobre la determinación notificada a la trabajadora respecto de su separación de forma permanente del puesto de trabajo, siendo removida a otro de menor rango, constituyendo con ello la negativa de acceso a un mejor nivel de vida, así como el trato diferenciado frente a terceros “debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido”.²⁸

III. Violencia

El trato diferenciado en detrimento de la dignidad de la trabajadora, y por consiguiente, en contraposición al derecho humano fundamental de igualdad, realizado de forma vertical y negativa, es decir, por el patrón al negar derechos laborales, podría ser un hecho aislado; pero cuando esta parte que ostenta el capital emplea medidas dentro de su centro de trabajo con el objeto de invis-

²⁷ Patricia Kurczyn Villalobos, “El trabajador frente al genoma humano. Reflexiones en torno al derecho genómico”, p. 177.

²⁸ Tesis Aislada XI.2o. C.10C (10a.), Registro 2019856, Décima Época, Libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1541.

bilizar a la trabajadora frente al otro, constituye violencia psicológica, que es la más utilizada al no dejar huellas físicas; por ello, “la violencia, sólo puede encontrarse en el dominio de los medios y no en el de los fines”.²⁹

Es indudable que se utiliza la violencia hacia la trabajadora como medio para lograr fines antijurídicos³⁰ con el objeto de que la trabajadora sea quien solicite la rescisión de la relación laboral, o al verse dañada de forma emocional decida abandonar su fuente de trabajo sin solicitar el cumplimiento de las prestaciones que legalmente le corresponden. El verdadero objetivo de la violencia es que renuncie.

La violencia psicológica ejecutada en contra de la trabajadora será en detrimento de su libre desarrollo de la personalidad; por ello, “toda violencia garantiza un poder”³¹ al invisibilizar a la trabajadora durante los diversos procedimientos al ser objeto de violencia de manera reiterada, debiéndose entender que:

La violencia solo es proteica. Su forma de aparición varía según la constelación social. En la actualidad, muta de visible en invisible, de frontal en viral, de directa en mediada, de real en virtual, de física en psíquica, de negativa en positiva, y se retira a espacios subcutáneos, subcomunicativos, capilares y neuronales, de manera que puede dar la impresión de que ha desaparecido. En el momento en que coincide con su contrafigura, esto es, la libertad, se hace del todo invisible. Hoy en día, la violencia material deja lugar a una violencia anónima, desubjetivada y sistémica, que se oculta como tal porque coincide con la propia sociedad.³²

La violencia psicológica se edificó a partir de comentarios hirientes por parte de sus compañeros de trabajo como: “¿Por qué no se va, si nadie la quiere aquí?”; circunstancia en la cual la trabajadora cavila sobre rescindir la relación laboral por los malos tratos recibidos por el patrón, por tanto, sin responsabilidad para ella, en términos de la fracción IX, dado que la trabajadora estaba resintiendo “actos en contra de su dignidad”³³ concatenada con la frac-

²⁹ Walter Benjamín, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, p. 23.

³⁰ *Ibid.*, p. 38.

³¹ *Ibid.*, p. 40.

³² Han Byung-Chul, *Topología de la violencia*, pp. 45-46.

³³ Ley Federal del Trabajo, reforma publicada el 12 de junio de 2015, artículo 51.

ción II del artículo 51 de la LFT vigente hasta antes de la reforma y que la LFT vigente establece en su artículo 47 fracción II en relación a la fracción XV:

(...) incurrir el patrón y demás directivos y representantes dentro de la fuente de trabajo en faltas de probidad u honradez, actos de violencia psicológica como en este supuesto aconteció de forma reiterada, aunado a las amenazas recibidas, injurias, hostigamiento y acoso laboral, constituyéndose con ello en malos tratamientos en contra de la trabajadora.³⁴

Supuesto que implicaba presentar su aviso de rescisión de la relación laboral, lo cual no presentó porque nuestra Carta Magna establece la prohibición de la esclavitud en su artículo 1º, párrafo 3 y, por tanto, de conformidad con el artículo 5º del citado ordenamiento, es libre de dedicarse al trabajo que elija, aunque “es en realidad una esclava”³⁵ subordinada a cubrir sus necesidades básicas para su subsistencia y las de su núcleo familiar. Y “es una esclava absoluta, en la medida en que sin amo alguno se explota a sí misma de forma voluntaria”.³⁶ Y al autoexplotarse decide quedarse esperando que sea el Estado el que la salvaguarde de la violencia psicológica de la cual es objeto a través de los procedimientos jurídicos señalados en apartados que anteceden, siendo el Estado omiso al ser el guardián de ley encargado de cerrar la puerta a la proletaria, ante una contingencia sanitaria que desapareció el acceso a la justicia pronta y expedita, evitando se respetara la integridad personal, honra y dignidad humana de la trabajadora de conformidad con los artículos 1º, 5º y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.³⁷

En esta relación patrón-trabajador, observaremos cómo “el esclavo de Hegel obliga también al amo a trabajar. La dialéctica del amo y el esclavo conduce a la totalización del trabajo. El sujeto neoliberal como empresario de sí mismo no es capaz de establecer con las otras relaciones que sean libres de cualquier finalidad”.³⁸ Siendo la violencia psicológica dominación y su forma como se externa la mutación de la misma.

³⁴ *Ibid.*, artículo 47.

³⁵ Han Byung-Chul, *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, p. 57.

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, artículos 1º, 5º y 11.

³⁸ Han Byung-Chul, *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, p. 63.

IV. *Acoso laboral*

Estamos en el punto en que la trabajadora ha sido invisibilizada con la violencia psicológica hasta convertirse en “la vida desnuda, es decir, la vida que se puede matar”.³⁹ Y al no tener certeza jurídica ni acceso a una justicia completa, se ha menoscabado su seguridad jurídica; y el Estado, al ser omiso, la ha revictimizado al no ejercer control de convencionalidad; el principio de optimización interpretativa al no otorgar todas las medidas con perspectiva de género a fin de salvaguardar su dignidad, pues; “*bíos y zoé*, derecho y hecho entran en una zona de indistinción irreductible”.⁴⁰

Desde la primera practica de discriminación se transformó en violencia psicológica reiterada y con actitudes del patrón y subordinados hacia la trabajadora como no asignar trabajo, aislamiento social, restringir posibilidades de comunicación, ignorar a la persona, enfrentar a los compañeros de trabajo, insultar, criticar, amenazar, ignorar y excluir. Deja a la trabajadora en “la nueva categoría jurídica de ‘vida sin valor’ o ‘indigna de ser vivida’”.⁴¹

Podremos solicitar medidas cautelares, medidas de protección o suspensión del acto reclamado, pero ninguna restituirá la dignidad aniquilada, la honra, la salud emocional de la trabajadora invisibilizada, pues la relación laboral con el patrón se convirtió en “vida mantenida sólo por efecto de las técnicas de reanimación que se basan en una decisión jurídica; ella ya no es más vida, sino muerte en movimiento”.⁴²

Y de eso se trata realmente el acoso laboral: de la pérdida de la salud psíquica por prácticas discriminatorias agravadas, de forma horizontal o vertical, tendientes a ser negativas para convertirse en violencia sistémica; esto es, prolongar un periodo de tiempo, intensificando hasta convertir a la trabajadora en invisible para el Estado, para su entorno, para sí; ha destruido sus lazos afectivos, de comunicación que durante la vigencia de la relación laboral construyó, orillándola a abandonar su fuente de trabajo o ejercitar una rescisión, pues la trabajadora, ante la falta de salvaguarda de sus derechos fundamentales por parte del Estado, al no realizar este una ponderación y no aplicar los principios constitucionales dentro de su jurisdicción constitucional, al no

³⁹ Agamben, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁴¹ *Ibid.*, p. 212.

⁴² *Ibid.*, pp. 284-285.

existir mecanismos de protección eficientes en la legislación laboral hacia la trabajadora frente al capital, sin romper la relación de trabajo y sin poner en peligro su subsistencia ante la pérdida del fruto de su fuerza de trabajo, aunado a los argumentos esgrimidos por las autoridades jurisdiccionales dan el carácter a la trabajadora de poseer la *nuda vida* y, por consiguiente, inmerecible de ser despedida con dignidad, respetando sus derechos laborales, como ser humano sujeta de derechos, olvidando la obligación de los patrones para con la trabajadora contenida en el artículo 132 fracción VI de la LFT, que establece: “Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltrato de palabra o de obra”.⁴³

El acoso laboral es “la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente en el lugar de trabajo o derivado de él, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta”.⁴⁴

Por tales circunstancias, de la discriminación a la violencia hay un sendero transformador por el acoso laboral, teniendo como desenlace la terminación de la relación de trabajo en cualquier modalidad, ya sea despido injustificado, rescisión de la relación laboral u abandono de la fuente de trabajo. La trabajadora al haber sido invisibilizada se encuentra en un estado de vulnerabilidad, pues dejó de ser “humana, las vidas que cuentan como vidas y, finalmente, lo que hace que una vida valga la pena”.⁴⁵

Estará frente a la pérdida de su fuente de subsistencia, de su forma de vida durante tantos años, de amistades y personas a las que apoyó, que mostraron su verdadera personalidad; estará frente aquellos sueños cumplidos e ilusiones que se quedaron en el camino para encontrarse con el duelo, el cual:

Implica olvidar a alguien o que algo más venga a ocupar su lugar, como si debiéramos aspirar a una completa sustitución. Tal vez un duelo se elabora cuando se acepta que vamos a cambiar a causa de la pérdida sufrida, probablemente para siempre. Quizás el duelo tenga que ver con aceptar sufrir un cambio (tal vez debiera decirse *someterse* a un cambio) cuyo resultado no puede conocerse de antemano. Sabemos que hay una pérdida, pero también hay un efecto de transformación de la pérdida que no puede medirse ni planificarse.⁴⁶

⁴³ Ley Federal del Trabajo, reforma publicada el 18 de mayo de 2022, artículo 132.

⁴⁴ OIT, *Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: una cuestión de principios*, p. 20.

⁴⁵ Judith Butler, *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*, p. 46.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 48.

Hay resistencia a elegir los derechos humanos fundamentales y estabilidad en el empleo sobre lo que se ha transformado con violencia y ya no existe, pues fue anulada su dignidad durante dicho proceso y se “ha despojado de un lugar, con el sentimiento de pasar por algo temporal, en el cual el duelo va a terminar y se recuperará cierto equilibrio previo. Pero quizás, revele, los lazos que nos ligan a otro, enseñan que dichos lazos constituyen lo que somos”.⁴⁷

En el sendero hacia la terminación de la relación laboral, siempre habrá un duelo en algún momento de la vida laboral, siempre habrá un rompimiento, una pérdida y nos llevará a interrogarnos:

¿Qué “soy”, sin ti? Cuando perdemos algunos de estos lazos que nos constituyen, no sabemos quiénes somos ni qué hacer. En un nivel, descubro que te he perdido a “ti” sólo para descubrir que “yo” también desaparezco. En otro nivel, tal vez lo que he perdido “en” ti, eso para lo que no tengo palabras, sea una relación no constituida exclusivamente ni por mí, ni por ti, pero que va a ser concebida como *el lazo* por el que estos términos se diferencian y se relacionan.⁴⁸

Por último, en aras de reparar ese daño moral ocasionado por prácticas discriminatorias, violencia y hostigamiento, se busca, a través del dinero, “forzar a instaurar la paz, es el poder del dinero”,⁴⁹ por medio de un convenio o cualquier tipo de retribución económica, dejando la interrogante: ¿cuánto vale la salud mental, la dignidad, la vida?

V. Conclusiones

Hemos analizado el sendero del acoso laboral, el cual puede iniciar o no por prácticas discriminatorias; puede ser de forma directa o indirecta, positivas o negativas, pero siempre constituirán violencia como medio y no como fin al

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Han Byung-Chul, *La expulsión de lo distinto: Percepción y comunicación en la sociedad actual*, p. 13.

negarle prestaciones laborales a la trabajadora, ya que el fin es invisibilizarla como persona, vulnerar su dignidad humana para transformarla en *nuda vida*, la que *no vale la pena que exista* frente al capital. En su caso recibirá, después de un largo sendero de violencia, la indemnización constitucional y demás prestaciones económicas que pudiera recibir como forma de buscar el acuerdo desde su acepción etimológica *ad y cordis*; es decir, hacia el corazón. Este es el sentimiento intangible que constriñe el haber sido vulnerado en sus derechos humanos laborales, en su dignidad, en contraposición a la violencia de la cual ha sido objeto la trabajadora.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2018.
- Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. ed. de Kindle, Lima, Palestra Editores. 2019.
- Benjamín, Walter. *Para una crítica de la violencia*. Madrid, Taurus, 2001.
- Butler, Judith. *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Byung-Chul, Han. *La expulsión de lo distinto: percepción y comunicación en la sociedad actual*. 1ª ed. de Kindle, Barcelona, Herder, 2017.
- _____. *Psicopolítica neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. ed. de Kindle, Barcelona, Herder, 2021.
- _____. *Topología de la violencia*. 3ª ed. de Kindle, Barcelona, Herder, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.
- _____. y Juan Ruiz Manero. *Un debate sobre principios constitucionales*. ed. de Kindle, Lima, Palestra Editores, 2014.
- Rosen, Michael. *Dignidad: su historia y significado*. México, Trillas, 2015.

Electrónicas

- Cabrera Briz, Iraís. “Constituye una causa de rescisión de la relación laboral imputable al patrón en términos del artículo 51, fracciones II, VY IX, de la Ley Federal del Trabajo, la suspensión temporal del trabajador, no prevista en un reglamento interior de trabajo, y al vulnerar su garantía de audiencia”. *Revista Latinoamericana de Dere-*

cho Social, Núm. 24, enero-junio 2017, México, Universidad Autónoma de México, pp. 195-205. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429649658007> (consultado el 4 de septiembre de 2023).

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. “CDHCM emite Recomendación General en el marco de la entrada en vigor del Convenio 190 de la OIT”. Boletín 88/2023, 6 de julio de 2023. [https://cdhcm.org.mx/2023/07/cdhcm-emite-recomendacion-general-en-el-marco-de-la-entrada-en-vigor-del-convenio-190-de-la-oit/#:~:text=El%206%20de%20julio%20de,los%20trabajadores%20en%20el%20pa%C3%ADs.\(consultado el 4 de septiembre de 2023\).](https://cdhcm.org.mx/2023/07/cdhcm-emite-recomendacion-general-en-el-marco-de-la-entrada-en-vigor-del-convenio-190-de-la-oit/#:~:text=El%206%20de%20julio%20de,los%20trabajadores%20en%20el%20pa%C3%ADs.(consultado el 4 de septiembre de 2023).)

Fondevila, Gustavo. “Utilidad y eficacia de tratados y convenios internacionales en México: cultura laboral y discriminación hacia las mujeres”, *Andamios*, Vol. 7, Núm. 14, septiembre-diciembre, 2010, pp. 161-199. <https://www.scielo.org.mx/pdf/anda/v7n14/v7n14a8.pdf> (consultado el 14 de marzo de 2023).

Giménez, Gilberto. “El problema de la generalización en los estudios de caso”. *Cultura representaciones sociales*, Vol. 7, Núm. 13, sept. 2012, Ciudad de México, pp. 40-62. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102012000200002&lng=es&nrm=iso (consultado el 7 de septiembre de 2023).

Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal. “Hace 14 años se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”. 11 de junio de 2017. <https://www.gob.mx/inafed/articulos/hace-14-anos-se-promulgo-la-ley-federal-para-prevenir-y-eliminar-la-discriminacion> (consultado el 6 de septiembre de 2023)

Kurczyn Villalobos, Patricia. *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*. México, IIJ -UNAM, 2004. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1363/6.pdf> (consultado el 3 de diciembre de 2021).

_____. “El trabajador frente al genoma humano, Reflexiones en torno al derecho genómico, Reflexiones en torno al derecho genómico”. *Reflexiones en torno al derecho genómico*, Marcia Muñoz de Alba Medrano, (coord.), México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 169-190. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/211/14.pdf> (consultado el 3 de diciembre de 2021).

Legislación

Código Penal del Estado de Tlaxcala, publicado el 31 de mayo de 2013 en el No. 2 Extraordinario del *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*; última reforma publicada el 13 de septiembre 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 el 28 de mayo de 2021.

Jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.). Registro 2012363, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Primera Sala, Libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 633.

Jurisprudencia I.5o.T. J/8 L (11a.). Registro 2026108, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época, Tribunales Colegiado de Circuito, Libro 23, t. IV, marzo de 2023, p. 3424.y entonces

- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 2 de abril de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 7 de julio de 2021.
- Ley Federal del Trabajo, publicada el 1 de abril de 1970 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 12 de junio de 2015.
- Ley Federal del Trabajo, publicada el 1 de abril de 1970 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 18 de mayo de 2022.
- Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, publicada el 11 de junio de 2003 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada 18 de mayo de 2022.
- Tesis Aislada XI.2o.C.10 C (10a.). Registro 2019856, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Tribunales Colegiado de Circuito, Libro 66, t. II, mayo de 2019.

Instrumentos Jurídicos internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* 7 de mayo de 1981, adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.
- OIT. “Convenio 111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”. publicado en el *Diario Oficial de la Federación* 3 de enero de 1961, suscrito en 1958, ratificado el 11 de septiembre de 1961.
- OIT. *Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: una cuestión de principios*. San José, 2011.

Derecho y discapacidad intelectual

Carlos Humberto Durand Alcántara*

Resumen:

Al ser los cuerpos humanos producto del imaginario social y de su contexto histórico-social, la pregunta que precede y motiva este trabajo es qué grado de influencia guarda el discurso del derecho en la conformación de los cuerpos y las conductas de estos en la sociedad heredera del liberalismo decimonónico.

Abstract:

Since human bodies are products of the social imaginary and their historical-social context, the question that precedes and motivates this work is what degree of influence does the discourse of law have on the formation of bodies and their behaviors in the heir society of nineteenth-century liberalism.

Sumario: I. Desarrollo / II. Un acercamiento al problema en cuestión / III. Juridicidad, normalización e institucionalización / IV. De la excepcionalidad del derecho / V. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos aspectos del enmarque general / VI. Algunos aspectos acerca de la discapacidad intelectual y su juridicidad en la actual coyuntura / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Antropología, Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, profesor-investigador del Departamento de Derecho UAM-A., miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

I. Desarrollo

La sociología jurídica, como disciplina, se encuentra constituida por un conjunto de enunciados que pretenden describir tanto los fenómenos que pueden ser vistos como causantes o determinantes de las normas jurídicas como los que pueden ser vistos como efectos de ellas.¹ Los efectos pueden reducirse a la mera recepción de los mensajes emitidos, pero también pueden ser los fenómenos causados por esas normas.

En particular, este trabajo analizará las conductas observables en relación con los discursos jurídicos respecto de los otrora concebidos como “locos o enfermos mentales”, en nuestros días, identificados en el marco internacional del derecho como discapacitados intelectuales, personas de quienes sin duda existe una gran deuda histórica por resignificar sus vindicaciones sociojurídicas y políticas como seres humanos.

El trazo desde el cual oriento este ensayo se sitúa en la incorrespondencia entre lo que en la postmodernidad en el argot sociojurídico y político se concibe como discapacidad intelectual y aquellos imaginarios que desde acepciones racistas,² clasistas y discriminatorias calificaron como locura o retraso mental.

En nuestros días, ninguna ley impide estar efectivamente desequilibrado, así como ninguna ley impide tener perturbaciones emocionales o ninguna ley imposibilita siquiera tener un orgullo pervertido, si acaso estas fueran algunas acepciones para caracterizar al fenómeno aquí tratado.³

¹ Óscar Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, p. 29.

² La discriminación estructural es histórica, sistemática, institucionalizada, multidimensional indisoluble de las relaciones de poder. El enfoque estructural visibiliza patrones de conductas generalizados y normalizados, pero sobre todo resalta el escalamiento del problema, dadas las desigualdades acumuladas por distintas adscripciones identitarias y la afectación de derechos que generan situaciones de exclusión social y violencia sistemática. Patricio Solís, *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*.

³ Al referirse Foucault a los calificativos del anormal “loco” en la modernidad capitalista, señala: “Son las nociones que encontramos constantemente en toda esta serie de textos ‘inmadurez psicológica’, ‘personalidad poco estructurada’, ‘mala apreciación de lo real’. Todas éstas son expresiones que hallé efectivamente en las pericias en cuestión: ‘profundo desequilibrio afectivo’, ‘serias perturbaciones emocionales’. O bien: ‘compensación’, ‘producción imaginaria’, ‘manifestación de un orgullo pervertido’, ‘juego perverso’, ‘erostratismo’, ‘alcibadismo’, ‘don juanismo’, ‘bovarismo’, etcétera”. *Los anormales*, p. 29.

Sin embargo, la interpretación y, fundamentalmente, la aplicación de la ley sí puede establecer una “estandarización o esquematización” de lo que el discurso dominante sugiera como lo “normal y lo anormal”. En esta tesitura, son los agentes interpretadores de la norma (juez, psiquiatra, magistrado o psicoanalista, etcétera) quienes coadyuvan en la interpretación de la hoy denominada discapacidad intelectual. Bajo esta óptica, en el Estado de derecho se visualizan normas como la interdicción, como una acción del aplicador de la ley para poner en entredicho la capacidad jurídica de los que se concibe como personas jurídicas o ciudadanos no capaces de ejercitar *per se* el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

La “normalización” que enmarca a las sociedades capitalistas encuentra en la aplicación del derecho la “legitimación de estándares” en el tratamiento de la discapacidad intelectual que va desde la sustentación de cierta juridicidad que se plantea a partir de legitimar el ejercicio del aislamiento a la segregación de aquellos que se conciben como “enfermos mentales”, esto es, la aplicación de un derecho administrativo–burocrático del Estado, que, en el mejor de los casos, institucionaliza el apartamiento hospitalario en el que se le niegan sus derechos fundamentales a las personas con discapacidad intelectual, fenómeno que, incluso, se puede llegar a establecer bajo paradigmas de orden fascista, lo cual se conoce como el establecimiento de “régimenes especiales de derecho”.

Es importante precisar que no hay una visión uniforme de la discapacidad intelectual, sino un conjunto de historias particulares como la trazada por Scheerenberger.⁴

Además, resulta trascendente ubicar en el marco del tema tratado aspectos que se explican desde la etnología y la cultura, es decir, que cada pueblo tiene en cada momento histórico determinadas necesidades y unos axiomas en relación con los cuales se establece lo que es “adecuado socialmente” y lo que “resulta inadecuado” (diferencia); unos encargados (versados) que precisan la forma de distinguir (criterios de selección) a los sujetos (diferentes), el adjetivo con que se les ha de reconocer (terminología), la función que han de desempeñar en la sociedad (división del trabajo) y el trato que se les ha de otorgar (tratamiento).⁵

⁴ R. C. Scheerenberger, *A History of Mental Retardation. A Quarter Century of Promise*.

⁵ Antonio L. Aguado Díaz, *Historia de las deficiencias*.

Si bien la sociología y especialmente la que concierne al derecho podría brindarnos pautas trascendentes en este estudio, la sustentación aquí realizada concibe una visión más cercana a la complejidad y en la que resultan aleatorios y en ocasiones equidistantes algunos planteamientos que conciernen a la psiquiatría, el psicoanálisis, la medicina, la antropología y aun disciplinas aparentemente tan “distantes”, como podría ser la ecología, entre otras.

II. Un acercamiento al problema en cuestión

Históricamente, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial han sido despojadas de su autonomía, segregadas en instituciones donde sus vidas se vieron truncadas por condiciones aterradoras. No tenían derecho a rechazar arbitrajes psiquiátricos y no tenían acceso debido a la atención médica que requerían. La familia no brindaba atención, no tenían vinculación a la vida independiente o las destrezas necesarias para ponerla en práctica.

Desde la filosofía, Federico Nietzsche señalaba:

Que los enfermos no hagan enfermar a los sanos (y eso sería tal debilitamiento): éste debería ser el punto de vista supremo sobre la tierra; pero para eso hace falta ante todo que los sanos permanezcan separados de los enfermos, protegidos incluso de la visión de los enfermos para no confundirse con ellos.

Los enfermos nunca tendrían derecho a poder hacer ni a deber hacer lo que ellos pueden hacer, lo que ellos deben hacer: pero para poder hacer que sólo ellos deben hacer, ¿cómo podrían tener libertad para hacer de médicos, de consoladores, de «salvadores» de los enfermos? (...) Y por eso, ¡aire puro! ¡aire puro! ¡Y alejarse, en cualquier caso, de las inmediaciones de todos los manicomios y hospitales! (...) Si se ha comprendido en toda su profundidad (y exijo que precisamente aquí se llegue a lo profundo, se comprenda en profundidad) en qué medida la tarea de los sanos sencillamente no puede ser cuidar enfermos, sanar enfermos, entonces se ha comprendido también una necesidad más: la necesidad de médicos y enfermeros que estén ellos mismos enfermos: y a partir de ahora tenemos y afe-rramos con las dos manos el sentido del sacerdote ascético.⁶

⁶ Federico Nietzsche, *Genealogía de la moral*, pp. 165-167.

Quien para oler no tiene sólo la nariz, sino también los ojos y los oídos, siente casi en cualquier parte donde hoy ponga el pie algo así como un aire de manicomio, de hospital (...) hablo, claro está, de las zonas culturales del hombre, de todo tipo de ‘Europas’ que han ido surgiendo sobre la tierra. Los enfermizos son el gran peligro del hombre: no los malvados, no los ‘depredadores’. Los malogrados, derrotados, destruidos de antemano (...) son ellos, son los más débiles los que más socavan la vida entre los hombres, los que envenenan y cuestionan del modo más peligroso nuestra confianza en la vida, en el hombre, en nosotros mismos (...).⁷

Este tipo de pasajes de horror en el tratamiento del enfermo en la visión de Nietzsche da cuenta de la vieja tradición eugenésica que concebía la supuesta preeminencia de razas o grupos humanos superiores:⁸

Las personas fueron despojadas del derecho al amor, sus hijos fueron revueltos arbitrariamente. No se les permitía votar ni participar en la vida pública. Si tenían alguna queja sobre lo anterior, se le negó el acceso a la justicia. Las vidas fueron truncadas. La ‘muerte civil’ describe cómo se despojó a las personas no solo de su autonomía, sino también de sus derechos.⁹

Quién mejor que Michel Foucault a partir de sus investigaciones, que inició en los años sesenta del siglo XX, en las cuales, desde una mirada retrospectiva, advirtió los espeluznantes escenarios en que se colocó el tratamiento de la discapacidad intelectual.¹⁰

⁷ *Ibid.*

⁸ “Históricamente se desarrollaron diferentes estrategias que, de manera general, perseguían la eliminación de enfermedades y patologías, o la proliferación de cualidades consideradas óptimas (salud física y mental, inteligencia, fuerza), por medio de la reproducción de los mejores ejemplares de la sociedad. Sin embargo, a pesar de estas prácticas a lo largo de la historia se reconoce que el término —eugenesia fue acuñado en 1883 por el británico Sir Francis Galton quien la definió como la ciencia que trata todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza, así como de aquellas que la pueden desarrollar, hasta alcanzar la máxima superioridad.

A partir de este momento, Galton dotó de carácter científico al perfeccionamiento humano, convirtiéndolo en una propuesta ideológica— política, cuya característica principal fue legitimar las diferencias raciales con base en el darwinismo social y el determinismo biológico para, por medio de estrategias políticas, biológicas, y sociales reducir los grupos considerados ‘no aptos’ (...). Carlos Pereda, *Diccionario de injusticias*, pp. 295–296.

⁹ Suzanne Grant Lewis, “Opinion: the Urgent Need to Plan for Disability-Inclusive Education”, p. 165.

¹⁰ Al referirse a este fenómeno, vinculándolo en la modernidad con la segregación y los leproarios

III. *Juridicidad, normalización e institucionalización*

La sustentación política de la modernidad se cifró, entre otros aspectos, en la visión positivista de su devenir, circunstancia enmarcada en el Derecho de Occidente; así, criterios inherentes a la razón, la ciencia y el progreso —del capitalismo— trazaron derroteros otrora fundados desde los clásicos metafísicos, como Aristóteles, Platón y Sócrates, entre otros, pasando también por el cristianismo, hasta enfundarse en el decantado *ius naturalismo*, que plasmó derechos de los seres humanos de “índole universal”, bajo el supuesto de ser inalienables e imprescriptibles. Estos axiomas normativos constituyeron las bases del orden y de la normalización social enmarcados en todas las constituciones liberales.

En el tema aquí trazado, constituye un reto delimitar, bajo los criterios del positivismo jurídico, normas que en nuestros días derivarían en la construcción del ser humano, como una entidad omnipresente, autocontenida —en la norma—; es decir, personas que gozan, entre otros aforismos del orden jurídico, de plena igualdad, libertad, fraternidad, etcétera.

Si bien el debido tratamiento de aquello que solemos llamar derecho o normatividad implica la regulación de las relaciones sociales y de nuestras conductas, este guarda en su análisis un evidente debate, fundamentalmente a partir de la existencia de una visión hegemónica del derecho desde el positivismo jurídico, como derecho vigente, que se aplica en las sociedades contemporáneas, y que, entre otros múltiples aspectos, establece un orden normativo abstracto; es decir, formalmente sustentado, pero, en su práctica, constreñido a problemas inherentes al ejercicio del poder y a la lucha entre las clases y núcleos sociales, circunstancias que necesariamente implicarían su debida readecuación, esto es, explicar la interrogante acerca de: ¿qué óp-

Foucault señala: “Ahora bien, ésa es la forma en que se describe, y creo que aún en la actualidad, la manera en que se ejerce el poder sobre los locos, los enfermos, los criminales, los desviados, los niños, los pobres. En general se describen los efectos y los mecanismos de poder que se ejercen sobre ellos como mecanismos y efectos de exclusión, descalificación, exilio, rechazo, privación, negación, desconocimiento; es decir, todo el arsenal de conceptos o mecanismos negativos de la exclusión. Creo y sigo creyendo que esta práctica o modelo de la exclusión del leproso fue efectivamente un modelo históricamente activo, aun en nuestra sociedad. En todo caso, cuando a mediados del siglo XVII se inició la gran caza de los mendigos, los vagabundos, los ociosos, los libertinos, etcétera y se la sancionó, ya fuera con la expulsión de las ciudades de toda esta población flotante o bien con su confinamiento en los hospitales generales, creo que lo que la administración real activaba políticamente era una vez más la exclusión del leproso (...)”. Foucault, *Los anormales*, p. 51.

tica debemos distinguir en nuestros días en la comprensión y aplicación del derecho?

En este tenor, cuestiono: ¿en qué medida, en la posmodernidad neoliberal, seguirá siendo aceptable la adaptación y ejercicio de los derechos que se fundaron bajo los supuestos de un Estado democrático que adoptó el imaginario del contrato social? A lo que Theodor Adorno y Max Horkheimer,¹¹ de la Escuela de Frankfurt, le dieron un sentido ilusorio, y quienes además satirizaron acerca de los fundamentos desarrollados, entre otros, por Rousseau:

George Canguilhem¹² afirmaba que la “norma” es un concepto “polémico” y Michel Foucault¹³ entenderá lo polémico como lo “político”. En efecto, para el autor de *Vigilar y castigar* la norma tiene un funcionamiento político en el contexto de la sociedad disciplinaria. El poder que disciplina funciona como un poder de normalización, lo que quiere decir que su funcionamiento tiene como condición de posibilidad que la norma y sus formas de coacción se activen en beneficio del despliegue de tales modalidades modernas de ejercicio de poder.¹⁴

En los hechos, la concreción o praxis de los llamados derechos humanos, vinculándolos a criterios de otras ópticas disciplinarias,¹⁵ así como, ubicán-

¹¹ Según ellos, (refiriéndose a su ya clásica obra *Dialéctica de la Ilustración*), Bolívar Echeverría parafrasea: “(...) el comportamiento mágico despliega una astucia muy peculiar como arma de conservación de la identidad de un sujeto humano: el mago se mimetiza con una figura inventada de lo otro todopoderoso y hostil para, en representación de ella entablar un diálogo con la comunidad humana y entrar con ésta en un contrato mediante accede a hacer una excepción en su hostilidad a cambio de recibir un sacrificio con el que la comunidad le ofrenda una parte de sí mismo. La astucia del mago consiste en comportarse como si la existencia humana tuviese alguna importancia para lo otro, como si ello se atuviera a lo que el ser humano hace o deja de hacer (...). En la mimesis mágico-mítica hay una peculiar impostura (...) le otorga una figura terrorífica con la que el ser humano puede mimetizarse para exigirse a sí mismo, en bien de la reproducción de su identidad, un sacrificio al que de otro modo no se sometería”. Bolívar Echeverría, “Acepciones de la ilustración”, p. 145.

¹² George Canguilhem, *Lo normal y lo patológico*, p. 187.

¹³ Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 57.

¹⁴ Rigoberto Hernández Delgado, “La positividad del poder: la normalización y la norma”, p. 81.

¹⁵ Foucault refiere: “La psiquiatría funciona —a principios del siglo XIX y ya avanzado éste, quizás hasta alrededor de 1850— no como una especialización del saber o la teoría médica, sino mucho más como una rama especializada de la higiene pública. Amén de ser una especialidad de la medicina, la psiquiatría se institucionalizó como dominio particular de la protección social, contra todos los peligros que pueden venir de la sociedad debido a la enfermedad o a todo lo que se puede asimilar directa o indirectamente a ésta. La psiquiatría se institucionalizó como precaución social, como

dolos en el contexto capitalista y en el marco de este estudio, denotaría, más bien, la existencia de seres “semihumanos” (los discapacitados intelectuales), siguiendo a Foucault; se trataría de los “anormales” (...). Así, por ejemplo, en la práctica, la supuesta igualdad jurídica, se reduce en su accionar a “singularidades” de quienes mandan en la sociedad, frente a los que obedecen.

Bajo qué óptica los regímenes jurídicos de las sociedades de Occidente, *contrario sensu* a la supuesta taxonomía de los derechos humanos (como principios de orden universal), podrían legitimar la pervivencia de miles de seres humanos, discapacitados intelectuales, a quienes no solo se les despoja (como puede suceder) de su patrimonio, sino del mismo derecho a poseer una vida con dignidad. No está por demás señalar que la locura fue en algunos momentos de la historia, inclusive, satanizada y criminalizada.

IV. De la excepcionalidad del derecho

Desde el enfoque de ciertos juristas doctrinarios, se ha planteado la tesis acerca de la “excepcionalidad del derecho”, es decir, situar al ser humano a partir de expresiones jurídicas de índole específico, a partir de cómo se sitúan en las relaciones sociales, ya sea por su género, condición de vulnerabilidad, pertenencia a un núcleo social expoliado, como por ejemplo, los pueblos indígenas, y bajo el contexto de este artículo, los discapacitados intelectuales.

Regresando a la filosofía, Nietzsche, al referirse al sentido especial del derecho, explica:

Hablar de lo justo y lo injusto en sí carece de sentido; por supuesto, no puede ser ‘injusto’ en sí dañar, violentar, explotar, aniquilar, en la medida en que esencialmente, esto es, en sus funciones fundamentales, la vida actúa dañando, violentando, explotando, aniquilando, y no puede ser pensada en absoluto sin este carácter. Incluso debemos

higiene del cuerpo social en su totalidad (...). Es una rama de la higiene pública y, por consiguiente, habrán de darse cuenta de que la psiquiatría, para poder existir como institución de saber, es decir, como saber médico fundado y justificable, tuvo que efectuar dos codificaciones simultáneas. En efecto, por una parte, debió codificar la locura como enfermedad; tuvo que patologizar los desórdenes, los errores, las ilusiones de la locura; fue preciso llevar a cabo análisis (sintomatología, nosografía, pronósticos, observaciones, historiales clínicos, etcétera) que aproximarán lo más posible esa higiene pública (...). Michel Foucault, *Los anormales*, p. 115.

confesarnos algo aún más inquietante: *desde el punto de vista biológico supremo, las situaciones jurídicas sólo pueden ser siempre estados de excepción que restringen parcialmente la auténtica voluntad de vivir, que aspira al poder,*¹⁶ y que subordinan como medios particulares la totalidad de los fines de dicha voluntad de vivir: como medios para lograr unidades de poder mayores.¹⁷

Resulta curioso identificar que esta excepcionalidad del derecho emergió en la modernidad capitalista bajo criterios desarrollados por el filósofo y jurista alemán Carl Schmitt,¹⁸ quien estableció en el marco del constitucionalismo burgués el sentido de lo que denominó “régimen especial”. Este autor es conocido por sus acepciones fascistas en virtud de la crítica de lo que denominaba “debilidades del liberalismo constitucional”. No está por demás señalar que Schmitt fue asesor de Adolfo Hitler, y en cuya prospectiva sociopolítica y jurídica el “enfermo mental” debería guardar un régimen normativo diferenciado, el cual en los hechos determinó el sacrificio de miles de seres humanos.

Para Walter Benjamin,¹⁹ la acepción de especialidad del derecho constituye un hecho general, ampliado y omnipresente en las sociedades capitalistas, aspecto que lo sitúa más allá de los discapacitados intelectuales; en términos de las asimetrías existentes entre las clases subalternas de la sociedad frente a los hegemónicos de manera que el tratamiento socio jurídico de las “enfermedades mentales” gozará de un régimen tan especial como así lo defina el poder.²⁰

Este acontecer acerca del Estado de excepción y el sentido que puede guardar la “verdadera locura” fue enunciado por Noam Chomsky en una larga disertación relativa al desorden y anomalías subyacentes al mun-

¹⁶ Cursivas del autor.

¹⁷ Nietzsche, *op. cit.*, pp. 91-93.

¹⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *passim*.

¹⁹ Walter Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte in Gesammelte Suchkamp*, *apud* Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, p. 86; Walter Benjamin, *Para una crítica de la violencia*; Walter Benjamin, *Discursos interrumpidos*.

²⁰ La primera mención del término Estado de excepción permanente se debe a Walter Benjamín. Walter en su conocida octava tesis sobre el concepto de historia, donde se lee: “La tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘Estado de excepción’ en que vivimos es la regla. Debemos llegar a un concepto de historia que corresponda a este hecho. Tendremos entonces ante nosotros, como nuestra tarea, la producción del Estado de excepción efectivo, con lo cual mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo”. Víctor M. Durand Ponte, “Estado de excepción permanente”, p. 2.

do actual, quien afirmó recientemente, que: “Hoy los locos manejan el manicomio”.²¹

V. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos aspectos del enmarque general

Más allá de la visión crítica que venimos advirtiendo en términos de la delimitación del derecho de Estado en torno a los significados normativo-políticos de la discapacidad intelectual, en este apartado sitúo en prospectiva la importancia que podría poseer (todo depende de la guía que guarde el nuevo Derecho internacional) en torno a los discapacitados. En esta tesitura, resulta significativo advertir; o en términos de Walter Benjamin, a un sujeto subalterno empoderado, como lo son específicamente las personas con algún tipo de discapacidad por; que se determinó a partir de la segunda década del presente siglo el advenimiento de un instrumento jurídico cualitativamente superior a la diversidad de tratados que sobre la materia se desarrollaron en el derecho internacional público. Me refiero a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con un largo historial en el marco internacional de lucha por el debido establecimiento de los derechos de las personas discapacitadas (PD), impul-

²¹ En una reciente entrevista de David Barsamian al Dr. Noam Chomsky se establece: El 20 de marzo pasado, el Panel de la ONU sobre Cambio Climático emitió su informe más reciente. La nueva evaluación de los científicos advirtió que queda poco tiempo que perder para enfrentar la crisis del clima. El secretario general de la ONU, Antonio Guterres, señaló: “El ritmo de aumento de la temperatura en el medio siglo pasado es el mayor en 2 mil años. Las concentraciones de dióxido de carbono son las más altas por lo menos en 2 millones de años. La bomba de tiempo del clima está haciendo tictac”. En la COP 27 comentó: “Estamos en ruta hacia el infierno climático y todavía tenemos el pie en el acelerador. Es el tema definitorio de nuestro tiempo, el desafío central de nuestro siglo”. Mi pregunta para usted es: se diría que la supervivencia es un tema apremiante, pero ¿por qué no hay un mayor sentido de urgencia para atenderlo de manera sustancial?

Noam Chomsky: Fue una declaración muy fuerte de Guterres. Creo que pudo serlo más. No es sólo el tema definitorio de este siglo, sino de la historia humana. Estamos ahora, como él dice, en un punto en que decidiremos si el experimento humano en la Tierra ha de continuar en forma reconocible. El informe fue claro y escueto. Estamos llegando a un punto en que se pondrán en marcha procesos irreversibles. No significa que todos moriremos mañana, pero rebasaremos puntos de inflexión en que ya no se podrá hacer nada más, donde no queda más que la pendiente hacia el desastre. David Barsamian y Noam Chomsky, “Chomsky: el cambio climático y la guerra en Ucrania, vía al desastre”, p. 12.

sado fundamentalmente por los propios protagonistas, circunstancia que a su vez fue respaldada por diversas movilizaciones tanto de la sociedad civil así como de la reacción política de ciertas instituciones dedicadas a los derechos humanos, finalmente el 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por sus siglas CIDPD, así como su Protocolo Facultativo. Ambos resolutivos entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.

Dicho documento normativo constituye la primera Convención Internacional sobre los Derechos Humanos que se sancionó en el siglo XXI.

Este instrumento tiene un carácter jurídico vinculante; es decir, que obliga a los Estados a que lo ratifiquen con el fin de adoptar y desarrollar políticas de no discriminación y medidas de acción en favor de los derechos de las personas discapacitadas, entre ellas, la propia adaptación de los ordenamientos jurídicos de cada país que ratifique el acuerdo.

No obstante, quedó un vacío en cuanto a la aplicación y la supervisión, generando el no cumplimiento de acciones que promuevan el reconocimiento de los derechos, el reconocimiento de la igualdad ante la ley y la eliminación de cualquier práctica discriminatoria. Actualmente (agosto de 2023), se contabiliza un total de 196 Estados signatarios y 106 ratificaciones,²² entre ellos México.

De manera particular, la CIDPD establece el reconocimiento de los derechos humanos (DD.HH.) de las personas con discapacidad (PD) y establece las correspondientes obligaciones de los Estados para lograrlo, entre las que destacan: A) el Estado debe garantizar el disfrute de los derechos de las PD sin discriminación y en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Para ello cada Estado está obligado a promover y proteger los derechos de las PD; B) también establece aquellas instituciones a nivel nacional e internacional que serán las encargadas de hacer efectiva la Convención y dar seguimiento; C) a nivel internacional, se establece el CDPD, cuyo cometido consiste en prestar asistencia a los estados en la aplicación de la Convención, y una conferencia de los estados parte encargada de examinar los aspectos relacionados con la aplicación.

²² Oficina del Alto Comisionado para los DD.HH. y la Oficina Regional para América del Sur, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *passim*.

Estos preceptos, entre otros, que integra la CIDPD tienen el propósito de sustituir el enfoque asistencial o médico respecto de la discapacidad por un enfoque social y de derechos humanos.

En esta óptica, encontramos los principios generales señalados en el art. 3 de los cuales delimito que son trascendentes los siguientes conceptos:

El respeto a la dignidad inherente, es decir, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas: el reconocimiento de la dignidad inherente se establece desde el Preámbulo de la Declaración Universal de los DD.HH.,²³ con la afirmación: “La dignidad inherente de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo”.

En este sentido, concebimos que el potencial de la dignidad del ser humano está presente en cada uno; sin embargo, puede ser promovido por el reconocimiento, el cuidado o puede ser alterado por el maltrato de otro ser humano.²⁴ Por ese motivo, es importante y responsabilidad de cada uno promover la dignidad presente en cada ser humano o el valor de cada persona. Respecto a las PD, se refuerza el valor de sus opiniones y experiencias, promoviendo la eliminación de prejuicios y estereotipos. Respecto a la autonomía individual, se entiende que las PD están en igualdad de condiciones con las demás y pueden tomar sus propias decisiones con el apoyo individualizado necesario.

Asimismo, encontramos el axioma relativo a la no discriminación: entendemos que la discriminación consiste en otorgar un trato de inferioridad dentro de un grupo a algunos de sus miembros por un motivo determinado, ya se trate de la raza, la religión, el sexo o, para el caso que nos ocupa, la discapacidad.

Pero este principio no sólo abarca la prohibición de actos discriminatorios, también atiende la adopción de medidas de protección y la eliminación de barreras que impiden la inclusión efectiva de las PD.

Y finalmente, por sólo mencionar alguno, encuentro el que corresponde a la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, que se fundamenta en el derecho a la participación en la vida política y pública. En este sentido,

²³ ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948”, preámbulo, p. 7.

²⁴ Cécile Furstenberg, “La dignidad inherente al hombre a respetar, proteger y promover en todo ser humano: una lucha que merece la pena para la protección de la humanidad”, pp. 47- 56.

las PD son ciudadanos de pleno derecho, los cuales también pueden elegir a sus gobernantes y ser designados por otros como representantes públicos.

VI. Algunos aspectos acerca de la discapacidad intelectual y su juridicidad en la actual coyuntura

Como así he referido en el enmarque de este trabajo, toda acepción conceptual, como es la de la discapacidad intelectual, corresponde a un tiempo y espacio culturalmente vividos, de ahí que este concepto guarde delimitaciones específicas al tiempo socialmente concebido. En nuestro caso, nos situamos en el enmarque de esta idea a partir de criterios que se ligan a la influencia del Occidente europeo, fundamentalmente a partir del contexto de la denominada modernidad y del problema del colonialismo.

Situó el “retraso mental” como una categoría diagnóstica, que ha sido definida arbitrariamente, la cual a lo largo de los años ha cambiado sustantiva e incesantemente.²⁵

También ubicando la clasificación de Rodríguez²⁶ y complementando a su vez con fundamentos relevantes que trazan Van Lon y Verdugo,²⁷ observamos cómo se va transformando de concepciones biologicistas, sobre todo en el campo de la psiquiatría, del psicoanálisis y, por supuesto, en el contexto del derecho, tanto nacional como internacional, a concepciones psicométricas de principios del presente siglo.²⁸ Con posterioridad, se ha ido avanzando paulatinamente a juicios multidimensionales con el inicio de la definición de la Asociación Americana del Retraso Mental (AAMR)²⁹ hasta las formulaciones del día de hoy, guiadas por patrones que brindan autodeterminación, independencia, no discriminación, así como sistemas de apoyo por parte del Estado a las PDI.

²⁵ S. Landesman, y C. Ramey, “Developmental Psychology and Mental Retardation: Integrating Scientific Principles with Treatment Practices”, pp. 409-415.

²⁶ Alexandro Rodríguez Lores, “La discapacidad como un fenómeno social: un acercamiento desde la sociología”.

²⁷ Jos Van Lon, “Un sistema de apoyos centrado en la persona. Mejoras en la calidad de vida por medio de los apoyos”, pp. 99-116.

²⁸ Miguel A. Verdugo y Belén Gutiérrez, *Discapacidad intelectual. Adaptación social y problemas de comportamiento, passim*.

²⁹ Ruth Luckasson *et al.*, *Mental Retardation. Definition, Classification and Systems of Supports*.

Regresando al enmarque sociojurídico, encontramos circunstancias que son consustanciales a las personas con discapacidad intelectual y que según los estándares establecidos existen problemáticas específicas que pueden ser recurrentes; al respecto encontramos: la negación de independencia y elección, el desafío de la autodeterminación, la falta de apoyo suficiente e individualizado, la profesionalización en la toma de decisiones de las PDI, la violación de los derechos humanos y, finalmente, la sobreprotección de las familias. Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el conjunto de sus leyes reglamentarias, en el caso particular del tema en estudio, las que corresponden al orden civil, que establecen la definición de persona y sus capacidades de uso y disfrute. La normatividad internacional como la mexicana, sitúa los estándares supuestamente medibles del discapacitado intelectual, circunstancia que determina corresponde, a una *capitis diminutio*, o capacidad mental disminuida, por lo cual se deben establecer cánones sustitutorios de la persona en su actuar, es decir, que en los hechos todos los mexicanos como personas físicas cuenten con capacidad de goce; sin embargo, la capacidad de ejercitar sus derechos estaría restringida en virtud de que la ley establece ciertas limitaciones mentales para actuar en sociedad.

Es así como en los estados nacionales rige una normatividad que sustituye el actuar de las personas con discapacidad intelectual en aquellos casos que así lo delimita el interpretador y aplicador de la ley. Estos sistemas se denominan de tutela, es decir, la existencia de una personalidad sustituta que representará a las PDI.

Más allá de estas consideraciones, la CIDPD, y concretamente el art. 12, ha sido el predecesor en la toma de conciencia de la naturaleza insatisfactoria de la ley de la tutela tradicional. A tal efecto, el artículo de referencia y el Comentario General No.1 de la ONU, del año 2010, revindican un cambio de paradigma que garantice la toma de decisiones para lograr el disfrute pleno e igualitario de la capacidad jurídica de las PDI. Para lograrlo, se requiere de la abolición de sistemas sustitutorios de la toma de decisiones y una reforma hacia un sistema de toma de decisiones con apoyos, entendiendo que se trata de una realidad universal y que se extiende a las PDI.

VII. Conclusiones

El discurso jurídico del positivismo hegemónico cosifica y aliena la idea de persona con discapacidad intelectual en virtud de que está permeada por la verdad relativa inherente no a un sujeto, sino a un objeto. A decir de Foucault, es una personalidad jurídicamente indiscernible, de la que la justicia, por consiguiente, de acuerdo con los términos mismos de sus leyes y sus textos, está obligada a desligarse. Lo que los magistrados y los jurados tienen frente a sí ya no es un sujeto jurídico, sino un objeto: el objeto de una tecnología y un saber de reparación, readaptación, reinserción, corrección.³⁰

El texto jurídico se coloca bajo la óptica de la otrora anomia avizorada en sus inicios por la sociología positivista aplicada, entre otros, por Emile Durkheim,³¹ en donde es recurrente la distorsión de la vida normal. Esta distorsión se ha manifestado en una serie de casos: el racismo y persecución de minorías, la devaluación de lo público por su mercantilización o las formas de alteridad sujetas a prescripción médica con vistas a su encierro; fenómenos que indican tantas situaciones de injusticia que se legitiman en la sociedad actual.

Más allá de la crítica al derecho de la postmodernidad en torno al análisis en que se ubican las personas con discapacidad intelectual, hemos observado, a partir de los propios protagonistas, un empoderamiento significativo que ha permitido avanzar no sólo en la vindicación de ciertos derechos, sino en la debida comprensión del problema en cuestión, ubicando dos aspectos principales: por un lado, la autodeterminación y autonomía del libre actuar de las personas con discapacidad intelectual y, siguiendo a Foucault, encontrar la capacidad del propio sujeto, a través de su autodescripción de circunstancias de vida, lo que Foucault define como criterio de confesión; por otro, la veridicción, o el de la palabra verdadera, así los criterios clínicos, psiquiátricos o jurídicos, generalmente como fenómenos de poder constituirían elementos aleatorios en la comprensión de la verdad.

Si la razón que brindó el positivismo y la ciencia es fundamental para tratar de entender la “locura”, habría que preguntar: ¿de qué manera tipificamos a quienes hoy determinan la crisis del paradigma neoliberal?

³⁰ Michel Foucault, *Los anormales*, p. 34.

³¹ Emile Durkheim, *La división social del trabajo*, *passim*.

Cierro con Foucault:

Creo que hay que tratar de entender por qué se quiso vincular de esta manera al individuo con su verdad, mediante su verdad y mediante la enunciación, hecha por él, de su propia verdad. Saber cómo el individuo está vinculado y cómo acepta vincularse al poder que se ejerce sobre él es un problema jurídico, político, institucional e histórico. Creo que también es un problema jurídico, pero sobre todo institucional, político e histórico el saber cómo, en una sociedad, el individuo se vincula con su propia verdad. Ese es el marco histórico en el cual me gustaría inscribir la investigación sobre la confesión.³²

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Adorno, Theodor y Max Horkheimer. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid, Trotta, 1998.
- Agamben, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer II, I*. Antonio Gimeno Cuspinera (trad.), Madrid, Pre-textos, 2003.
- Aguado Díaz, Antonio León. *Historia de las deficiencias*. Madrid, Escuela Libre Editorial, 1995.
- Asamblea General de la ONU. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 2006.
- Benjamín, Walter. *Discursos interrumpidos*. Madrid, Taurus, 1971.
- _____. “Über den begriff der geschichte” in *Gesammelte Surhkamp*, Vol. 12, Frankfurt 1972-1989.
- _____. *Para una crítica de la violencia*. Buenos Aires, Leviatán, 1995.
- Canguilhem, George. *Lo normal y lo patológico*. México, Siglo XXI, 1966.
- Correas Óscar. *Introducción a la sociología jurídica*. México, Fontamara, 2007.
- Durand Ponte, Víctor Manuel. “Estado de excepción permanente”. *Conceptos y fenómenos fundamentales de nuestro tiempo*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales, 2012.
- Durkheim, Emile. *La división social del trabajo*. México, Colofón, 2017.

³² Michel Foucault, *Obrar mal, decir la verdad*, p. 28.

- Echeverría, Bolívar. “Acepciones de la ilustración”. *Nicht für immer! ¡no para siempre! Introducción al pensamiento crítico y la teoría crítica frankfurtiana*, Raymundo Mier Ambra Polidori (ed.), México, Gedisa/UAM-Xochimilco, 2017.
- Foucault Michel. *Vigilar y castigar*, México, FCE, 1975.
- _____. *Los anormales*. México, FCE, 2000.
- _____. *Obrar mal, decir la verdad*, Siglo XXI, 2016.
- Grant Lewis, Suzanne. “Opinion: The Urgent Need to Plan for Disability-Inclusive Education”. *Devex*, 6 de febrero de 2019.
- Hernández Delgado, Rigoberto. “La positividad del poder: la normalización y la norma”. *Teoría y crítica de la psicología*, 2013, pp. 81-102.
- Luckasson, Ruth, Sharon Borthwich-Duffy, Wil H. E. Bruntinx, David L. Coulter, Ellis M. Craig, Alya Reeve, Robert L. Schalock, Martha E. Snell, Deborah M. Spitalnik, Scott Sprear y Marc J. Tasse. *Mental Retardation. Definition, Classification and Systems of Supports*, 9ª ed., Washington DC, AAMR. 1992.
- Nietzsche, Federico. *Genealogía de la moral*. México, Tomo, 2020.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Oficina Regional para América del Sur. “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad”. 2010.
- Pereda, Carlos (edit.). *Diccionario de injusticias*. México, Siglo XXI / UNAM, 2022.
- ONU. “Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948”. Preámbulo, 2023.
- Scheerenberger, R.C. *A History of Mental Retardation. A Quarter Century of Promise*. Baltimore, Paul H. Brookes Pub Co, 1987.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Argentina, Eudeba, 1970.
- Solís, Patricio. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. CDMX, Conapred, 2017.
- Van Loon, Jos. “Un sistema de apoyos centrado en la persona. Mejoras en la calidad de vida por medio de los apoyos”. *Mejorando resultados personales para una vida de calidad*, Miguel Ángel Verdugo Alonso (coord.), VII Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad, Salamanca, Amaru, 2009.
- Verdugo Alonso, Miguel Ángel y Belén Gutiérrez Bermejo. *Discapacidad intelectual: adaptación social y problemas de comportamiento*. Madrid, Pirámide, 2009.

Hemerográficas

- Barsamian, David y Noam Chomsky. “Chomsky: el cambio climático y la guerra en Ucrania, vía al desastre”. *La jornada*, 11 de abril de 2023, publicado originalmente, Noam Chomsky, TomDispatch, <https://tomdispatch.com>
- Furstenberg, Cécile. “La dignidad inherente al hombre a respetar, proteger y promover en todo ser humano: una lucha que merece la pena para la protección de la humanidad”. *Horizonte de Enfermería*, Vol. 26, Núm. 2, 2015, pp. 47-56.

- Landesman, S. y C. Ramey. “Developmental Psychology and Mental Retardation: Integrating Scientific Principles with Treatment Practices”. *American Psychologist*, Núm. 44, 1989, pp. 409-415.
- Rodríguez Lores, Alexandro. “La discapacidad como un fenómeno social: un acercamiento desde la sociología”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Núm. 16, abril 2012, Brasil. www.eumed.net/rev/cccss/20/

Vacuna COVID-19: una perspectiva desde el federalismo y judicialización de la política

Cielo Dafne Vargas Meza^{*}
Miguel Eduardo García Rodríguez^{**}
Carlos Esteban García Martínez^{***}

Resumen:

A través del estudio identificaremos los elementos de la actuación del gobierno federal y de los gobiernos estatales ante la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-COV-2. Observaremos como consecuencia negativa: la desarticulación entre el gobierno federal y gobiernos locales para la implementación de la inoculación. Reflexionaremos respecto a la participación de ambos gobiernos, las acciones del gobierno federal y a la concentración de poder en la figura presidencial. Por otra parte, explicaremos cómo el fenómeno de la judicialización de la política fue definiendo el comportamiento de los gobiernos locales y federal y de la implementación de una política pública sanitaria ante la pandemia.

Abstract:

Through the study we will identify the elements of the actions of the federal government and state governments in the face of the health emergency caused by the SARS-COV-2 virus. We will observe as a negative consequence: the disarticulation between the federal government and local governments for the implementation of inoculation. We will reflect on the participation of both governments, the actions of the federal government and the concentration of power in the presidential figure. On the other hand, we will explain how the phenomenon of judicialization of politics was defining the behavior of local and federal governments and the implementation of a public health policy in the face of the pandemic.

* Licenciada en Derecho por la UAM-A.

** Licenciado en Derecho por la UJED.

*** Alumno de la Licenciatura en Derecho UNAM.

Sumario: Introducción / I. Formulación del problema / II. Federalismo en México y concurrencia de facultades / III. Contexto de esferas competenciales respecto a la estrategia de políticas en materia de salud / IV. Marco jurídico de concurrencia de facultades / V. Estrategias de políticas durante emergencias sanitarias en el sistema federal / VI. Contexto de emergencia sanitaria: COVID-19 / VII. Implementación de la Estrategia Política de Vacunación para la prevención del virus SARS-CoV-2 / VIII. Del marco legal e institucional: ¿a quién corresponde la implementación de esta estrategia? / IX. ¿Qué autoridad aprueba el presupuesto para estas acciones extraordinarias en materia de salud? / X. Judicialización de la política / XI. Judicialización de la estrategia política de vacunación / XII. Conclusiones.

Introducción

El once de marzo de dos mil veinte, fue declarada la pandemia de COVID-19 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual derivó en una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes a nivel mundial y regional. Este fenómeno se enfrentó a la ausencia del desarrollo de un biológico para contrarrestar los riesgos del mismo y el poco conocimiento sobre el virus y sus cepas. En México, un país en vías de desarrollo, existe un gran número de población vulnerable (sectores o grupos de la población que, por su condición de edad, sexo, estado civil, origen étnico, educación, falta de acceso a servicios, se encuentran en condición de riesgo), el cual fue mayormente afectado.

Esta emergencia sanitaria obligó al Estado mexicano a actuar y establecer medidas extraordinarias para contrarrestar los riesgos de contagio y brindar la atención médica a los afectados, debiendo considerar las necesidades particulares de cada estrato social.

Uno de los mayores retos, durante la emergencia sanitaria, estuvo en la coordinación entre los órdenes de gobierno.

Los gobiernos de las entidades federativas atienden diversas problemáticas públicas considerando su propio contexto y necesidades. Cada nivel de gobierno detenta el poder para desempeñarse en su propio ámbito de competencia (de acuerdo a su realidad política social y cultural). Además, debe considerarse la articulación y comunicaciones entre diferentes instituciones.

Dentro del sistema jurídico, se regulan instrumentos que se utilizan para determinar a qué autoridad corresponde desplegar sus facultades para atender necesidades relacionadas con la protección de un derecho y un problema público. En el caso de que se generen controversias entre los distintos niveles de gobierno o entre particulares respecto a actos de las autoridades del Estado, el poder judicial tiene una posición relevante por su carácter deliberativo. Lo anterior se hace a través de los debates abordados en las controversias constitucionales, juicios de amparo y acciones de inconstitucionalidad.

Asimismo, el poder judicial funge como un contrapeso importante para los demás órdenes de gobierno al determinar, con base en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y leyes secundarias, cómo debe actuar cada nivel de gobierno y, en caso de omisión, les ordena hacerlo.

La inquietud presentada en esta investigación radica en la interrogante de cómo actuó el gobierno federal durante la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 y el por qué. A través de este estudio de caso se vislumbrará un análisis de los efectos del pacto federal, el grado de eficacia de las acciones del gobierno y el impacto de las demandas con las cuales se judicializó la política de la vacuna.

I. Formulación del problema

La inmunización contra la COVID-19 se enfrentó a una serie de obstáculos y retos; entre los principales se encuentran: el acceso oportuno, equitativo y suficiente a las vacunas; los aspectos técnicos y logísticos; la definición de grupos prioritarios; nuevas cepas de la enfermedad; competencia mundial por un suministro limitado, el número de dosis a administrar, así como la seguridad y la efectividad de estas.

Frente a la crisis de la COVID-19, se evidenció una desarticulación en las respuestas dadas al problema por parte de los distintos órdenes de gobierno especialmente en la política de vacunación. Lo anterior reflejó la desigualdad para el acceso de vacunas para los estados.

Este problema derivó en la promoción de demandas en las cuales se reclamaron los conflictos competenciales entre los ordenes federal y estatal, que fueron resueltas por el Poder Judicial de la Federación.

Antes que nada, nos parece importante exponer la organización del presente texto: primeramente, haremos una introducción al tema del federalismo en México. Abordaremos las características de la concurrencia de facultades. Asimismo, estudiaremos el contexto de esferas competenciales respecto a la estrategia de políticas en materia de salud. Considerando este marco político y jurídico, analizaremos la estrategia política de vacunación contra la COVID-19 en México. Y, por último, abordaremos la judicialización de la política de las vacunas en México y cómo el activismo judicial representa un avance en las democracias.

II. Federalismo en México y concurrencia de facultades

En términos teóricos, como señaló Hans Kelsen, el federalismo es lo opuesto a un estado unitario y se trata de un fenómeno de descentralización jurídica, política y administrativa.¹

Esta óptica permite comprender las interacciones que se presentan entre distintas instancias de gobierno, como las relaciones gobierno nacional-gobiernos estatales o relaciones interestatales, relaciones gobierno nacional-local, estatal-local, nacional-estatal-local e interlocal (como municipales).

En la federación existen estados autónomos con capacidades políticas y jurídicas propias; sin embargo, hay un sólo Estado soberano que los unifica y le son delegadas facultades en un gobierno federal. Guillermo Cejudo² define el federalismo como:

Un arreglo institucional para la distribución del poder, utilizado para distinguir jurisdicciones y diferencias competenciales. De igual manera, enuncia los principios de este sistema político, los cuales consisten en:

- a) **El principio de autogobierno**, principio de autonomía y de autogobernarse con determinación.
- b) Los estados tienen la posibilidad de escoger a sus gobernantes y de emitir sus propios ordenamientos jurídicos.
- c) **Las entidades federativas deciden ceder parte de su soberanía**. Esto

¹ Enrique Quiroz, *Lecciones de derecho constitucional*, p. 197.

² Guillermo Cejudo, “Guillermo Cejudo. Federalismo mexicano”.

relacionado con el principio de subsidiariedad que la federación actúa respecto a cuestiones que no se pueden resolver en el aspecto local.

- d) La distribución de competencias** que están establecidas en la CPEUM, en las cuales se prescriben las atribuciones para las entidades subnacionales y aquellas que son ejercidas exclusivamente por la federación.

Respecto de las características de este sistema, destacan las siguientes: se implementa la construcción de una Constitución que contenga de manera implícita la división de poderes, consistente en poder ejecutivo, legislativo y judicial. La conformación del Estado Federal en México se caracteriza por la distribución del poder entre la federación, entidades federativas y municipios —además de las comunidades indígenas—.

Laura Baca Olamendi define el término federalismo como:

Arreglo político institucional basado en una distribución funcional y territorial del poder entre un ámbito central y ámbitos locales (estados, provincias o territorios) independientes o federados, los cuales participan de un pacto que se sustenta en la Constitución.³

Se distingue una división de órdenes material: uno federal y otro local. En la Constitución, se regulan aquellos sectores que son exclusivamente competencia de la federación y aquellos que se pueden ampliar con las facultades implícitas a las entidades federativas a través de la concurrencia de facultades.

La coordinación federal, o concurrencia de facultades, consiste en la actuación de la federación con las entidades federativas de manera conjunta.

La distribución de facultades y competencias se encuentra en diversas disposiciones dentro de la CPEUM. En el artículo 49 se establece la división de poderes. En el artículo 124 está prescrita una división de competencias entre la federación y las entidades federativas; es decir, que todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas. Particularmente, las materias en las cuales se fijó una distribución de competencias se encuentran establecidas en el artículo 73 de esta misma Constitución.

³ Laura Baca Olamendi *et al.*, *Léxico de la política*, p. 238.

La concurrencia de facultades se define como el reparto de atribuciones entre la federación y las entidades federativas en diferentes sectores, entre ellos, el de salubridad (artículo 4º, 73, fracción XVI).

Para un mejor acercamiento en el conocimiento jurídico es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES

Si bien es cierto que el artículo “124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. También lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3º, fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4º, párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.⁴

Cuando se presenta la concurrencia de facultades, el legislador define las competencias y cuestiones materiales que los estados soberanos podrán reglamentar u operar de forma autónoma.

⁴ Controversia constitucional 29/2000, Poder Ejecutivo Federal, 15 de noviembre de 2001.

La concurrencia de facultades está explícita en la CPEUM y la distribución de competencias se establece en una ley general.⁵ La concurrencia de facultades implica la actuación de ambos niveles: federal y local (de manera simultánea), con base en los términos y forma que establezca el Congreso de la Unión a través de una ley general.

En materia de salud, existe concurrencia de facultades, la cual se explicará de manera pormenorizada en la siguiente sección.

III. Contexto de esferas competenciales respecto a la estrategia de políticas en materia de salud

La CPEUM y la Ley General de Salud (LGS) disponen de un sistema de coordinación federal en el sistema de salud en términos de diversos acuerdos.

La federación mexicana se caracterizó, durante la mayor parte del siglo XX, por el centralismo. Durante las reformas constitucionales de 1983, se inició el proceso de descentralización y con ello la distribución de competencias para las entidades federativas y la federación, creándose un marco legal para la concurrencia entre estos niveles de gobierno en materia sanitaria.

En la década de los ochenta, se buscó renovar el sistema de salud en México, se elevó el derecho a la protección a la salud a nivel constitucional.

IV. Marco jurídico de concurrencia de facultades

De conformidad con el artículo 4º de la CPEUM, hay concurrencia de facultades entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Existe un sistema de distribución competencial en el que participan tanto la federación como las entidades federativas, el cual se explica a continuación:

Artículo 4º. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servi-

⁵ Una ley general incide en todos los órdenes jurídicos que integran al Estado Mexicano, es decir, tanto a nivel federal como a nivel local. Su interpretación puede ser localizada en la tesis aislada: LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

cios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.⁶

El derecho a la salud tiene un carácter prestacional que implica una serie de acciones y obligaciones positivas por los poderes públicos.⁷ El Estado mexicano debe adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario y judicial, o de cualquier otra índole, para dar cauce a las prestaciones reconocidas por este derecho. La federación y las entidades federativas deben coordinarse para atender dicha tarea.

El artículo 73 de la ley suprema establece que la Secretaría de Salud emite las medidas preventivas en materia sanitaria que deberán obedecerse en toda la república. De conformidad con los artículos 4º y 73, fracción XVI, de la CPEUM, se advierte que para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud hay concurrencia de facultades.

Existen leyes secundarias que describen y regulan las diferentes acciones en materia sanitaria: la Ley General de Salud (LGS), las normas oficiales mexicanas, normas mexicanas y las leyes en materia de salud de las entidades federativas así como los reglamentos que regulan las instituciones y organismos de la Secretaría de Salud.

En la actualidad, y de conformidad con el artículo 5º de la LGS, le corresponde al Sistema Nacional de Salud hacer frente a los problemas sanitarios.

Retomando el enfoque central de la concurrencia de facultades, el artículo 1º del mismo ordenamiento establece lo siguiente:

Artículo 1º. La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4º.

⁷ Miguel Carbonell y José y Carbonell, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, p. 1.

de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.⁸

Existe concurrencia y distribución de recursos en materia de salubridad general y regulación sanitaria respecto a las bases y modalidades para el acceso a servicios de salud.

Considerando las materias anteriores, se hará el análisis de un estudio de caso.

V. Estrategia de políticas durante emergencias sanitarias en el sistema federal

En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tiene la obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables.

En términos del artículo 181 de la LGS, los reactivos e insumos para su aplicación en seres humanos deben ser de la mayor calidad y cumplir con los requisitos necesarios a efecto de salvaguardar su seguridad.

Empero ¿qué otras autoridades deben participar? En términos del artículo 157 bis 7 de la Ley General de Salud, se instituye la participación del Consejo Nacional de Vacunación para la emisión de los criterios y procedimientos para el control, eliminación o erradicación de enfermedades prevenibles por inmunización. Además, conforme a lo previsto en los artículos 157 bis 4, fracción I y 157 bis 5 de la Ley General de Salud, la Secretaría de Salud, con la opinión del Consejo Nacional de Vacunación, define los criterios y procedimientos para lograr el control, la eliminación o la erradicación de enfermedades prevenibles por vacunación, y determina las vacunas que se integran en el Programa de Vacunación Universal.

En cuestiones de capacidad técnica, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley General de Salud, corresponde a la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) analizar la procedencia de los biológicos que se sometan para la autorización sanitaria respectiva. Por otra parte, el Consejo de Salubridad General supervisa la implementación de la política emitida en materia de salud.

⁸ Ley General de Salud, artículo 1º.

El artículo 13 de la LGS establece que los gobiernos de las entidades federativas realizarán la organización y evaluación de los servicios de salubridad en materia de prevención y control de enfermedades transmisibles.

En el Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 1996, se regulan las bases para que los estados asuman las responsabilidades de dirigir los servicios de salud conforme a sus propias necesidades para que cada entidad en coordinación con la federación se hiciera cargo de las necesidades del sector salud.

Se advierte que el marco legal dota de facultades a las entidades federativas para coadyuvar en la implementación de políticas en materia sanitaria, en este caso de la Política Nacional de Vacunación para prevenir y mitigar la COVID-19. Sin embargo, esta política fue mayormente absorbida por la instancia federal, recobrando su protagonismo, dejando de lado la concurrencia de facultades y fortaleciendo una tendencia centralista.

VI. Contexto de emergencia sanitaria: COVID-19

En el contexto de la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2, así como los problemas sustanciales que radican en el sector salud, no necesariamente siguen una lógica lineal.

El objetivo primordial durante la pandemia era la mitigación de riesgos sanitarios así como la disminución de la carga de la enfermedad y defunciones ocasionadas por la COVID-19 y evitar la saturación de hospitales.

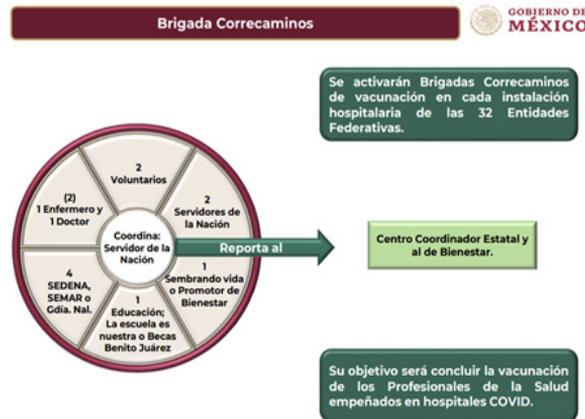
De acuerdo con las líneas de prevención y siguiendo los protocolos durante la emergencia sanitaria, el gobierno de México emitió el documento Rector de la “Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-CoV-2, para la prevención de la Covid-19, en México”, publicado en la página de Internet oficial.⁹

Se implementó el “Operativo Correcaminos” que establece la coordinación del ejecutivo federal con las 32 subcoordinaciones estatales. Este operativo estuvo compuesto por brigadas integradas por “Servidores de la nación”. Se desplegó la actuación de diversas autoridades no contempladas (original-

⁹ Gobierno de México, “Todo sobre el COVID-19”.

mente) para la regulación y ejecución de políticas en materia de salud, como la participación de la Guardia Nacional y las Fuerzas Armadas, cuyas atribuciones están conferidas para servicios de protección civil, situación de riesgos o desastres naturales.

Lo anterior se puede constatar en la siguiente imagen:



Fuente: Gobierno de México, Plan de Distribución de Vacunas.

Esta campaña fue atendida mayormente por autoridades de la Secretaría de Bienestar y de Seguridad Pública, mientras que la actuación de las autoridades de la Secretaría de Salud fue mínima; lo que dejó de manifiesto que las autoridades encargadas de intervenir en estas acciones, por ministerio de Ley, fueron relegadas por otras. Se refleja un desplazamiento de facultades de las autoridades encargadas de intervenir en estas acciones.

Asimismo, la Ley General de Salud contempla la coordinación de la federación con los estados para la elaboración de programas y campañas para la erradicación de enfermedades transmisibles. Durante la pandemia la actuación de las autoridades estatales fue mínima. Entonces, tal parece que derivó en un centralismo respecto a las actuaciones del gobierno federal en materia de salubridad.

VII. Implementación de la Estrategia Política de Vacunación para la prevención del virus SARS-CoV-2

El ocho de enero de 2021, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo por el que se dio a conocer el medio de difusión de la Política Nacional de Vacunación contra el Virus SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 en México,¹⁰ emitido por la Dirección General de Promoción de la Salud, de la Secretaría de Salud.

Con base en la opinión técnica del Grupo de Expertos en Asesoramiento Estratégico sobre inmunización (SAGE)¹¹ de la OMS, se determinó la prioridad de los grupos (conforme los biológicos creados). Los criterios establecidos fueron la evaluación de riesgo-beneficio para diferentes grupos de la población, la cantidad y el ritmo de suministro de vacunas, el comportamiento de la pandemia, el estado actual de epidemiología así como los efectos económico y social de la pandemia. Estos criterios parten de los valores y consideraciones de carácter ético. A pesar de ello, en México, la aplicación fue limitada y escasa y lo continúa siendo.

El gobierno de México señaló cuatro ejes prioritarios para la vacunación contra el virus SARS-CoV-2: 1. edad de las personas; 2. comorbilidades; 3. grupos de atención prioritaria, y 4. comportamiento de la epidemia. Se establecieron cinco etapas en total para atender a diferentes grupos de población.

Se determinó que las dependencias y entidades de la administración pública que forman parte del Sistema Nacional de Salud debían instrumentar mecanismos para garantizar la implementación de la campaña respetando los criterios establecidos. En la esfera competencial, ¿qué le corresponde a cada nivel de gobierno en la implementación de la Política Nacional de Vacunación en contra de la COVID-19?

El Ejecutivo federal puede modificar esta política en términos del artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal con base en el comportamiento del fenómeno sanitario y de la distribución de los reactivos.

El gobierno de México, a través del Subsecretario de Prevención y Promoción de Salud, rechazó la petición de los gobernadores del país de poder invertir

¹⁰ Gobierno de México, “Todo sobre el COVID-19”.

¹¹ Siglas en inglés.

en la compra de vacunas para avanzar en la estrategia contra la COVID-19 en sus estados.¹² Sin embargo, y a partir de las complicaciones que enfrentaron las autoridades en el manejo de la pandemia, y aunada a la presión política, mediática y social, posteriormente, se emitió un acuerdo¹³ por el cual se les permitió a los gobiernos de las entidades federativas la adquisición de los biológicos.

El Sistema Nacional de Salud, en el orden estatal, tiene participación programática para vigilar cuestiones extraordinarias, como el caso concreto de la pandemia.

Uno de los cuestionamientos más relevantes durante la pandemia fue si existía un precepto que prohibiera a las entidades federativas adquirir las vacunas. A partir de la concurrencia de facultades, se tiene que los estados sí pueden adquirir los reactivos. Por otra parte, los municipios no están dotados de competencia para prestar servicios de salud. Son las entidades federativas las que a través de las leyes estatales permiten a los municipios actuar en esta materia.

VIII. Del marco legal e institucional: ¿a quién corresponde la implementación de esta estrategia?

La Secretaría de Salud, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, debe dictar inmediatamente el diseño e implementación de la Política Nacional de Vacunación.

La regulación de cómo se procesan, cómo se analizan y cómo se liberan productos que se importan, en particular vacunas, se somete a la revisión de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, autoridad reguladora que evalúa la evidencia científica y clínica con el fin de garantizar la calidad, seguridad y eficacia de los productos con fundamento en el artículo 17 bis de la Ley General de Salud.

¹² Enrique Sánchez y Patricia Rodríguez Calva, “Estados no pueden comprar vacunas anticovid, reitera López-Gatell”.

¹³ Acuerdo por el que se establece como una acción extraordinaria en materia de salubridad general, que los gobiernos de las entidades federativas en su calidad de autoridades sanitarias, así como las personas físicas y morales de los sectores social y privado, integrantes del Sistema Nacional de Salud, coadyuvan con la Secretaría de Salud Federal en la implementación de la Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 en México.

En los artículos 157 bis 4 y 5 bis se fundamenta la participación del Consejo Nacional de Vacunación para la emisión de los criterios y procedimientos para lograr el control, la eliminación o la erradicación de enfermedades prevenibles por vacunación. Esta autoridad tiene facultades para realizar programas extraordinarios. Sin embargo, en la multicitada estrategia, no consta la actuación de esta autoridad sanitaria.

IX. ¿Qué autoridad aprueba el presupuesto para estas acciones extraordinarias en materia de salud?

Al tratarse de una cuestión extraordinaria, no hay una mención expresa del presupuesto para la política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV-2; sin embargo, dentro del ramo 12 del Presupuesto de Egresos de la Federación, se encuentran contemplados los programas de vacunación.

En términos del artículo 157 bis 12 de la Ley General de Salud, se establece que el Estado mexicano procurará el abasto y la distribución oportuna y gratuita así como la disponibilidad de los insumos necesarios. En el artículo 157 bis 13 de la misma ley, se señala que la Cámara de Diputados asignará, en cada ejercicio fiscal, los recursos presupuestarios suficientes para ese fin. En cuestiones de logística, la Secretaría de Salud es la que debe realizar las acciones de operación en las campañas de vacunación. Y en cuanto a la compra e importación del biológico, está involucrada la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La Secretaría de Salud, la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Hacienda reunieron fuerzas para coordinar el proceso que permitiera el acceso al suministro de los insumos. Estas tres autoridades firmaron el COVAX (Fondo de acceso global para vacunas COVID-19) y realizaron el pago de las mismas.

Por otra parte, se tiene que las relaciones fiscales entre la federación y las entidades federativas fueron muy limitadas, por lo que algunos estados acudieron ante el Poder Judicial de la Federación para resolver ciertas cuestiones que limitaban a los estados a suministrar los reactivos con base en sus necesidades, lo que dio pie a que se judicializara la política en materia sanitaria. Este fenómeno se vislumbró a una escala mayor cuando se abordó el tema de la inoculación de niñas, niños y adolescentes.

X. *Judicialización de la política*

Para la definición de la judicialización de la política se tomará en cuenta la siguiente proposición: “Es el proceso mediante el cual los tribunales y jueces llegan a elaborar o dominar cada vez más la hechura de políticas públicas que previamente eran elaboradas por otras agencias de gobiernos, especialmente los parlamentos y los ejecutivos”.¹⁴

Esta conceptualización considera dos elementos medulares: el incremento de poder y participación para las cortes, tribunales y juzgados, considerando el aumento de presencia y resultados en las esferas política y pública; y la utilización de la disciplina jurídica en otros ámbitos y disciplinas, fomentando la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad. En esta ruta se desarrolla el activismo judicial y la expansión de derechos humanos. Intervienen las cortes constitucionales a través de juicios estratégicos o el activismo judicial.

A continuación, señalaremos las variables explicativas que hacen posible la judicialización de la política. Para ello, se atenderá la propuesta de Rachel

Variables explicativas para la judicialización de la política.

Variable explicativa	Definición y elementos
Arquitectura institucional	Se refiere a los entramados institucionales y sus resultados. En este caso se refiere al diseño institucional de las cortes y, en general, del Poder Judicial.
Agenda política	Los problemas públicos arriban en la agenda gubernamental porque se debaten, se hacen visibles para otros y merecen la atención de las autoridades competentes, así como la influencia de factores que determinan el ingreso de un problema público a la agenda de gobierno.
Activismo judicial	El presupuesto que hace posible esta movilización, lo cual se relacionará con el comportamiento de los órganos jurisdiccionales y de los individuos o grupos que abordan problemáticas ante el Poder Judicial. ¹⁵
Diseño institucional del Poder Judicial	Dentro del sistema política, el Poder Judicial se distingue de los otros poderes por las atribuciones, acciones y facultades que ejerce y despliega.
Sistema político	Este concepto implica reglas, instituciones y actores políticos.

Continúa

¹⁴ C. Neal Tate y Torbojrn Valliner, *The Global Expansion of Judicial Power*.

¹⁵ Fernando R. Contreras Medina, *El arte en la cibercultura. Introducción a una estética comunicacional*.

<p>Expansión de D.D.H.H</p>	<p>Se analiza la relación del Poder Judicial con los otros dos poderes. Mientras más débil es y menos funcional la capacidad de lograr consensos, mayor será la probabilidad de expansión del Poder Judicial.¹⁶</p> <p>Existe una tendencia mundial respecto a la discursiva de derechos humanos.</p>
<p>Debilidad de instituciones democráticas</p>	<p>Una situación concreta que sucede dentro de sistemas donde el Poder Ejecutivo carece de legitimidad y gobernabilidad y con asambleas dentro del Congreso inestables.¹⁷</p>
<p>Movilización legal</p>	<p>Los movimientos que tienen el objetivo de plantear demandas sociales se han transferido a otras arenas; las disputas y demandas también han permeado ante los tribunales.</p>

Fuente: elaboración propia.

Sieder¹⁸ con algunas modificaciones realizadas a partir de la examinación de conceptos específicos.

XI. Judicialización de la estrategia política de vacunación

Se ha distribuido el poder, la responsabilidad de gestión y acción entre las entidades federativas para ejecutar acciones en materia sanitaria; sin embargo, no se ha definido en su totalidad la autonomía de los estados en cuanto a la organización del sistema. Se sigue actuando bajo un modelo centralizado.

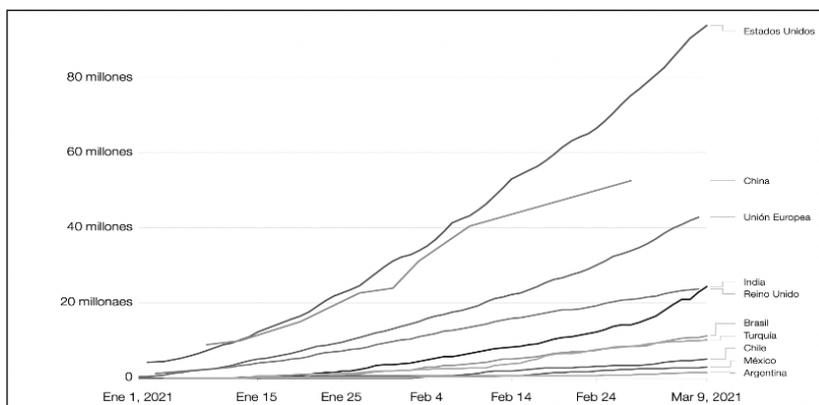
Una de las críticas más duras al Estado mexicano fue la falta de coordinación de la federación con las entidades, lo que dio como resultado la irrupción de facultades y la falta de atención a las necesidades particulares de los estados.

¹⁶ Pamela A. Loaiza Díaz, “La judicialización de la política en el Perú: una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010)”.

¹⁷ Controversias constitucionales: son los procesos que tienen como función principal permitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la resolución de los conflictos de constitucionalidad o legalidad surgidos de las distribuciones de competencia llevadas a cabo a través del sistema federal o del principio de división de poderes. José R. Cossío Díaz, *La controversia constitucional conceptualiza a las controversias*

¹⁸ Para septiembre de 2021, ya se habían presentado más de 250 amparos para que menores fueran inoculados. Dichos datos fueron presentados por la periodista Karina Suarez en un artículo publicado en el periódico *El País*, “La vacuna contra la covid para los niños en México se consigue en los tribunales”.

En diciembre del 2020, el subsecretario de Prevención y Promoción a la Salud expresó que los gobiernos estatales no podrían realizar compras alternas a las del gobierno federal para adquirir la vacuna contra el SARS-Cov-2. Para marzo del 2021, México se encontraba rezagado con respecto a otros países en la aplicación del biológico. Se utilizará como ejemplo la siguiente gráfica:



Fuente: Datos oficiales recopilados por *Our World in Data* al 10 de marzo de 2021.

Políticos y actores sociales, preocupados por la situación de rezago de la vacuna, manifestaron estar en desacuerdo con la decisión del gobierno federal, y declararon que ponía en riesgo a gran parte de la población mexicana y que provocaba la centralización del Sistema Nacional de Salud. Ante la toma de decisiones, algunos gobiernos de entidades federativas como Chihuahua y Estado de México promovieron una serie de controversias constitucionales,¹⁷ provocando el fenómeno de judicialización de la política.

Mediante controversias constitucionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció respecto a la competencia que tienen las entidades federativas, dentro del contexto de la pandemia. Por ejemplo, el caso presentado por el titular del ejecutivo municipal de Hidalgo del Parral, Chihuahua, de manera conjunta con el diputado local, Francisco Sánchez, quienes promovieron ante el máximo tribunal una controversia constitucional en la cual acusaron a la federación de mantener un monopolio para la compra de vacunas contra el SARS-Cov-2. El argumento principal de esta acción radica en

que excluir a estados y municipios de la estrategia de vacunación ha generado un retraso en su aplicación. Este intento judicial fue desechado; no obstante, generó precedente.

A lo anterior, se suma la resolución de la Controversia Constitucional 22/2021 promovida por el entonces presidente municipal de Huixquilucan, Estado de México, y resuelta por el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien determinó que, para combatir la pandemia, era necesario que las acciones de los tres niveles de gobierno fueran coordinadas desde la federación, como lo dispone la CPEUM; por lo que se reconoció la atribución que tienen los estados para adquirir la vacuna, y que dicha tarea no está constreñida únicamente al gobierno federal.

Considerando el marco histórico en el cual se reflejó que existían ineficiencias en la implementación de la estrategia para la vacunación y la nula respuesta del gobierno federal para la inoculación de los menores de edad, se comenzó una movilización legal.

De las resoluciones emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación —si bien no en todas, empero, en su gran mayoría— se reconoció que se debía aplicar a la brevedad el esquema completo de inmunización a los niños, niñas y adolescentes.¹⁸ Estas determinaciones, por su parte, obligaron al gobierno federal a incorporar a este grupo etario en el plan de vacunación, el cual no estaba contemplado en un inicio y con base en la evidencia científica se fue incorporando.

XII. Conclusiones

Hemos visto de manera sucinta el proceso del federalismo en materia de salud en México. A partir de ello, comprendemos que la coordinación entre la federación y entidades continúa en constante revisión para lograr el objetivo de efectuar la concurrencia de facultades; para atender las necesidades particulares de cada entidad federativa.

La emergencia sanitaria reveló la carencia de los servicios de salud pública así como la falta de infraestructura y el rezago institucional que no permiten la actuación de los gobiernos de las entidades.

También, observamos que la actuación de los sujetos involucrados en materia sanitaria no fue del todo coordinada. Así lo demuestran los resultados en

el atraso de la inoculación. Cabe agregar que la falta de coordinación no fue el único factor que influyó en las condiciones de la campaña de vacunación, empero es importante; que en materia sanitaria sí es necesario que exista la concurrencia de facultades para que las instituciones del orden federal y locales atiendan sus necesidades con base en las estructuras institucionales y el contexto socio-político.

Durante la crisis sanitaria, se advirtió un robustecimiento de la centralización a través de las decisiones del gobierno federal y de la actuación de instituciones nacionales para atender los principales problemas y enfermedades, lo cual no resultó positivo, puesto que los gobiernos de los estados advirtieron sus necesidades y a pesar de ello no fueron atendidas. Entonces, hubo un rompimiento entre los órdenes de gobierno que provocó un retraso en la vacunación. El entorno político fue una de las principales causas para la falta de cooperación de la federación con las entidades federativas para mitigar o prevenir las infecciones por el SARS-CoV-2.

Distintos actores políticos y sociales, así como activistas, realizaron una serie de acciones para lograr que los gobiernos estatales pudieran actuar de manera autónoma para atender sus demandas con base en sus condiciones. Además, la división política con intereses partidistas distintos provocó diferencias perniciosas para hacer frente al fenómeno de la pandemia del SARS-CoV-2.

En el contexto descrito, se desató la judicialización de la política de la vacuna: diferentes actores acudieron ante el poder judicial y utilizaron los mecanismos jurídicos para ser inoculados, actuando con base en la movilización legal.

La pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 debe dejarnos como experiencia que la falta de coordinación política entre niveles de gobierno (mediante el consenso, comunicación, transparencia, participación de los actores sociales, políticos, económicos y de los propios servicios médicos) detendrá o aplazará la evolución satisfactoria para la restauración de cualquier tipo de situación extraordinaria en la que se vea involucrada la sociedad mexicana.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- Baca Olamendi, Laura, Judith Bokser-Liwerant, Fernando Castañeda, Isidro H. Cisneros, Germán Pérez Fernández del Castillo (comps.). *Léxico de la política*. México, FCE, 2000.
- Carbonell Sánchez, Miguel y José y Carbonell. *El derecho a la salud: una propuesta para México*. México, UNAM-IIIJ, 2013.
- Contreras Medina, Fernando R. *El arte en la cibercultura. Introducción a una estética comunicacional*. Madrid, Biblioteca nueva, 2018.
- Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*. México, Porrúa, 2008.
- Quiroz Acosta, Enrique. *Lecciones de Derecho Constitucional*. México, Porrúa, 2002.
- Sieder, Rachel y María Teresa Sierra. *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*. CMI, 2011.
- Tate, C. Neal y Torbojrn Valliner. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York Press, 1995.

Electrónicas

- Cejudo, Guillermo. “Guillermo Cejudo. Federalismo mexicano”. *YouTube*, RRC. Red por la rendición de cuentas, 10 junio 2018. https://www.youtube.com/watch?v=Oy-nof_VqvXg (consultado el 13 de agosto de 2023).
- Gobierno de México. “Plan de distribución de vacunas”. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/605673/CPM_Sedena_Plan_distribuci_n_vacuna_CO-VI3D-19__12ene21.pdf.
- Gobierno de México. “Todo sobre el COVID-19”. <https://coronavirus.gob.mx/>
- Sánchez Enrique y Patricia Rodríguez Calva. “Estados no pueden comprar vacunas anticovid, reitera López-Gatell”. *Excélsior*, 21 de enero de 2021. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/estados-no-pueden-comprar-vacunas-anticovid-reitera-lopez-gatell/1428483> (consultado el 27 de mayo de 2023).
- Suarez, Karina. “La vacuna contra la covid para los niños en México se consigue en los tribunales”. *El país*, 9 de septiembre de 2021. <https://elpais.com/mexico/2021-09-10/la-vacuna-contra-la-covid-para-los-ninos-en-mexico-se-consigue-en-los-tribunales.html>

Hemerográfica

- Loaiza Díaz, Pamela A. “La judicialización de la política en el Perú: Una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010)”. *Revista de Ciencia Política*, Año 4, Núm. 7, Segundo semestre, 2013, pp. 179-195.

Legislación

- Acuerdo por el que se establece como una acción extraordinaria en materia de salubridad general, que los gobiernos de las entidades federativas en su calidad de autoridades sanitarias, así como las personas físicas y morales de los sectores social y privado, integrantes del Sistema Nacional de Salud, coadyuven con la Secretaría de Salud Federal en la implementación de la Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 en México. publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 2023. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5610327&fecha=25/01/2021#gsc.tab=0 (consultado el 25 de mayo de 2023).
- 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 29 de mayo de 2023.
- Controversia constitucional 29/2000. *Poder Ejecutivo Federal*. 15 de noviembre de 2001. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.
- Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984 en el *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 24 de marzo de 2023, artículo 1.
- LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Tesis Aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007,

Autoadscripción en los pueblos originarios de la Ciudad de México frente al Sistema de Registro

Martha Angélica Olivares Díaz*

Fernando Vargas Olvera**

Sofía Huerta Noguera***

Resumen:

En este trabajo, discutimos la importancia de la autoadscripción que tienen los pueblos originarios de la Ciudad de México para el ejercicio de sus derechos y los retos de la identidad en sociedades modernas. Analizamos críticamente, desde la antropología jurídica y del Estado, el Sistema de Registro y Documentación de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes, emitido por la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios e Indígenas Residentes (SEPI) del Gobierno de la Ciudad de México. Evidenciamos diversos argumentos contenidos en el *amicus curiae* presentado en el juicio TECDMX-JLDC-07/2023 y acumulados con la finalidad de brindar herramientas y argumentos desde la antropología jurídica y del Estado para la protección de los derechos de los pueblos y barrios originarios.

Abstract:

In this work, we discuss the importance of self-ascription that the native peoples of Mexico City have for the exercise of their rights and the challenges of identity in modern societies. We critically analyze, from legal and State anthropology, the Registration and Documentation System of native peoples and neighborhoods, and resident indigenous communities, issued by the Secretariat of Native and Resident Indigenous Peoples and Neighborhoods (SEPI) of the Government of Mexico City. We evidence various arguments contained in the amicus curiae presented in the TECDMX-JLDC-07/2023 trial and accumulated with the purpose of providing tools and arguments from legal and State anthropology for the protection of the rights of indigenous peoples and neighborhoods.

* Profesora-Investigadora, UACM, Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales, Academia de Cultura Científico y Humanística y Posgrado en Estudios de la Ciudad.

** Doctor en Antropología, CIESAS-CDMX/Foro Latinoamericano en Antropología del Derecho (FLAD).

*** Maestra en Antropología, UNAM/Foro Latinoamericano en Antropología del Derecho (FLAD).

Sumario: Introducción / I. Identidad, sutura y márgenes: lo originario en la CDMX / II. Antecedentes del Sistema de Registro y la subsunción de la autoadscripción / III. Análisis de los criterios del Sistema de Registro de la SEPI / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

Introducción

Las identidades y su reconocimiento en la legalidad y las políticas del Estado siguen siendo un tema complejo. Principalmente, porque las identidades son dinámicas y se transforman a partir de procesos de adaptación, fragmentación y cambios sociales a los que se enfrentan. En contextos de alta urbanización, como la Ciudad de México (CDMX), los grupos sociales cambian y adaptan su identidad cultural de forma intensiva frente a los nuevos contextos de territorialización, descampesinización y especulación inmobiliaria; como es el caso de los pueblos indígenas, los cuales han sobrevivido y adaptado a diversos cambios históricos como la conquista, la colonización y la modernización.

En la CDMX, las identidades étnicas se han diferenciado de los procesos de reivindicaciones étnicas por los pueblos indígenas junto con su reconocimiento como sujetos de derecho ante el Estado. Desde 1996, los pueblos del sur de la ciudad constituyeron *lo originario* como una identidad étnicamente diferenciada a lo indígena, pero políticamente articulada a los movimientos étnicos nacionales. Ciertamente, lo indígena y lo originario son categorías académicas y políticas similares que han sido enunciadas casi como sinónimos. Sin embargo, en los procesos de reconocimiento de derechos en la capital del país y con base en múltiples luchas autonómicas, los pueblos han reivindicado lo originario como un estandarte político por la defensa del territorio, pero también retomando una relativa separación étnica en contra de la discriminación que ejerce la ciudadanía metropolitana hacia los pueblos indígenas migrantes.

Con el emergente Sistema de Registro, el reconocimiento estatal de los pueblos originarios tiende a comprenderse en función de la existencia esencialista de líneas históricas comprobables de formación y adscripción territorial o cultural antes de la Conquista. Esta política multicultural pretende reducir el reconocimiento de mecanismos esencialistas sujetos a la comprobación objetivista, lo que influye en las identidades sobre lo originario, las cuales pierden

su dimensión adaptativa a los cambios históricos y, principalmente, su reinención en el ejercicio de la autoadscripción por los propios pueblos. Cuando las identidades se ven reducidas a criterios subjetivos, no fundamentales del reconocimiento estatal, su carácter transformador se pierde y la identidad se homogeneiza y se convierte en un candado étnico más que en una posibilidad de reivindicación sociocultural, política y jurídica. Así pues, identificamos un conjunto de tensiones entre la autoadscripción que los pueblos efectúan en la elaboración y redefinición de su identidad frente a el reconocimiento estatal.

En el presente artículo, analizaremos dichas tensiones desde las políticas estatales. Centraremos nuestro estudio en el Sistema de Registro y Documentación de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes, cuya convocatoria fue emitida y publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* del 30 de mayo de 2022. Dicho Sistema fue impulsado por la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios e Indígenas Residentes de la Ciudad de México (SEPI) desde la Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México, expedida en 2019.

La problemática planteada es la siguiente: la categoría de pueblo originario ha sido constituida como una identidad que ha sido parte de procesos de unificación territorial y política de los pueblos de la Ciudad de México. Con dicha identidad, los pueblos originarios han instrumentado la identidad como estrategia para preservar sus formas de organización social y comunitaria frente a los cambios territoriales, administrativos y político-electorales de la urbe en distintas épocas y coyunturas en la capital. Dichos cambios y transformaciones sugieren articulaciones y oposiciones entre los pueblos originarios y el Gobierno local de la CDMX.

En el devenir histórico-político de la identidad de los pueblos y barrios originarios, el reconocimiento gubernamental se ha establecido mediante políticas de censo y registro, tales como los diagnósticos, los Atlas, los padrones y más recientemente el Sistema de Registro de la SEPI. A diferencia de los padrones y el atlas, ninguna política de reconocimiento en la CDMX había sido condicionante de derechos hasta el Sistema de Registro. Por tanto, buscamos problematizar los criterios de evaluación del Sistema de Registro y Documentación de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residente así como realizar una revisión crítica de por qué la autoadscripción tiene que

ser el eje fundamental de reconocimiento y no una política pública que se plantea como el paso de evaluación para que los pueblos puedan acceder a sus derechos constitucionalmente respaldados.

I. Identidad, sutura y márgenes: lo originario en la CDMX

El primer reto teórico es poder reflexionar sobre las identidades, más allá de las propuestas de los estudios sobre cultura, hacia las perspectivas de la antropología jurídica y del Estado. Posteriormente, tejer puentes entre ambos enfoques para analizar el efecto de una política pública en las formas en que los pueblos originarios se adscriben como tales. En el caso del problema planteado, centramos los puentes epistémicos en la tensión misma entre adscripción y reconocimiento; en esa relación entre cómo nos concebimos a nosotros mismos y cómo nos conciben los demás. Así pues, concretamos analíticamente las oposiciones entre autoadscripción y reconocimiento en la historicidad sobre la acepción de lo originario por los pueblos del sur del entonces Distrito Federal desde la segunda mitad de la década de los noventa y en las siguientes décadas hasta la actualidad.

La identidad como concepto ha estado relacionada con las definiciones de cultura; podríamos afirmar que una es correlativa a otra. La primera influencia de la cultura en la identidad es totalizadora;¹ es decir, en comprenderla como un todo complejo de conocimientos, creencias, arte, moral, el derecho, las costumbres y todo hábito como sinónimo de civilización. La segunda influencia es de tipo mental, como superorgánica² y como sistema universal determinado por el lenguaje y concretado por prácticas.³ De pronto, observamos que la cultura discurre en una mediación entre su dimensión ideal y su sustento material, delimitada y/o condicionada por la organización social que la reproduce.

Así pues, enfocándonos en las definiciones de identidad, podemos encontrar un conjunto de definiciones que nos sugieren tales mediaciones. Desde la psicología, los estudios sobre la identidad se han centrado en el reconocimiento de la integridad psíquica y física del sujeto en correspondencia con su

¹ J. S. Kahn, *El concepto de cultura: textos fundamentales*, pp. 29-46.

² *Ibid.*, pp. 47-84.

³ *Ibid.*, pp. 157-248.

contexto social más amplio. Erving Goffman⁴ planteaba que la identidad es, en primer lugar, una cuestión subjetiva, reflexiva y experimentada por el propio individuo, el cual construye una imagen de sí mismo a partir de elementos que los demás forman para su identificación personal y social.

Stuart Hall⁵ evidencia la mediación entre los procesos mentales y materiales —o físicos— del sujeto, desde la sutura entre procesos de subjetivación y colocación identitarias. El término de sutura, Hall lo relaciona precisamente con la dinámica dialógica entre las formas de reconocimiento (sujeción) y de adscripción propia (subjetivación) “(...) por un lado, [en] los discursos y prácticas que intentan ‘interpelarnos’, hablarnos o ponernos en nuestro lugar como sujetos sociales (...) y por otro, los procesos que producen subjetividades, que nos construyen como sujetos susceptibles de decirse”.⁶ Desde otras perspectivas, la identidad es señalada desde la sutura, pero en términos de reconocimientos interno y externo. Para Gilberto Giménez,⁷ la identidad tiene su sustento en una concepción de ejercicio de autoconocimiento y reconocimiento mutuo entre pares.⁸

En este sentido, la sutura de la identidad de los pueblos originarios sugiere una anudación entre el reconocimiento estatal, de tipo categórico, frente a la adscripción de los propios pueblos como originarios. El meollo de la disputa está sustentado en el sentido de que el Estado y sus políticas del reconocimiento positivizan la complejidad que involucra una identidad, y la reducen a un conjunto de caracteres sujetos a comprobación y autenticación, soslayando la autoadcripción —como derecho— en una característica subjetiva que no asegura la acreditación de la identidad para un ejercicio pleno de derechos.

¿Cómo se ha reflexionado sobre la identidad de lo originario en la CDMX? Los pueblos originarios son aquellos que provienen de profundas raíces mesoamericanas. Sin embargo, este no es el único antecedente que determina su calidad originaria, pues los diversos procesos de contactos culturales como los coloniales

⁴ Erving Goffman, *Estigma. La identidad deteriorada*, p. 172.

⁵ Stuart Hall, “1. Introducción: ¿Quién necesita ‘identidad’?”, pp. 13-39.

⁶ *Ibid.*, p. 20; Eduardo Restrepo, “Sujeto e identidad”, pp. 97-118.

⁷ Gilberto Giménez, *Identidades sociales*, p. 136.

⁸ “(...) la identidad de los actores sociales, resulta siempre una especie de compromiso o negociación entre autoafirmación y asignación identitarias, entre auto identidad y sexo identidad. De aquí que existan discrepancias o desfases entre la representación de la propia identidad y la de los demás. Lo que ha dado lugar a la distinción entre identidades internamente definidas e identidades externamente imputadas”. *Loc. cit.*

o los de la conformación de una nación y los procesos de urbanización han conformado otros pueblos que también se adscriben con dicha identidad.

Desde la fundación de la ciudad como centro estratégico del país en 1824, los pueblos han estado en una tensión constante con los procesos de cambio territorial y transformación del espacio así como la consolidación de la cultura urbana metropolitana. Como resultado, los pueblos de la cuenca del valle de México se han transformado y adaptado; algunos pueblos han desaparecido y vuelto a constituirse; otros han sufrido fragmentaciones. Por ello, es importante aclarar que los pueblos originarios de la Ciudad de México no son únicamente aquellos pertenecientes a las culturas mesoamericanas, sino aquellos que incluso se conformaron en la Colonia o aun después de otros procesos históricos como la Revolución mexicana. Estos procesos orillaron a los pueblos a diferenciarse frente a la homogeneidad urbana y cultural de la urbe; distinción que ha sido respaldada en un origen o matriz cultural mesoamericana diferente al resto de la urbe en términos territoriales y culturales.⁹ Baruc Martínez relaciona dicha matriz en la definición de los pueblos mesoamericanos, comprendiendo como aquellos pueblos —o conglomerados— que se establecieron antes o después de la llegada de los europeos, basando su organización mesoamericana en la presencia agrícola de chinampas o lo que denomina el elemento primordial del *complejo milpa*.¹⁰ Así, para Martínez, lo mesoamericano no es sinónimo exclusivamente de la época prehispánica, aunque puede incluirla, sino que integra las épocas colonial y decimonónica así como de los siglos XX y XXI.

Si bien es cierto que la reivindicación de los pueblos como originarios como una denominación étnica no se articuló sino hasta entrada la década de los noventa del siglo XX, es importante puntualizar que en la historicidad de la conformación de la Ciudad de México como el centro político del país, los pueblos sistemáticamente han sido invisibilizados en la relación con el Gobierno federal y local en un mismo territorio, en los constantes cambios administrativos y territoriales de la urbe entre el siglo XIX y el siglo XX¹¹ y en los procesos de urbanización e industrialización de la ciudad en la segunda mitad del siglo XX.

⁹ Martha Olivares Díaz, “Los pueblos originarios de la Ciudad de México”, pp. 76-77.

¹⁰ Baruc Martínez Díaz, *Un Atl, In Tepetl, Desamortización del territorio comunal y cosmovisión náhuatl en la región de Tláhuac (1856-1911)*, pp. 11-12.

¹¹ Gustavo E. Emmerich, *Las elecciones en la Ciudad de México 1376-2005*, p. 419.

El problema de la identidad de lo originario no sólo constituye un problema de reconocimiento y/o de categorización, sino que es también un problema histórico en términos de procesos de larga duración. La dimensión histórica también es una cuestión fundamental en el reconocimiento de lo originario al punto de formar posiciones teóricas distintas: las de continuidad y las de transformación. Dichas posturas se han establecido en términos de cómo se comprenden los pueblos originarios; sus condiciones históricas que son parte del sustento de su ser originario. Estas posiciones, hasta cierto punto encontradas, han impactado en la adscripción y reconocimiento originario tanto en los pueblos como en términos de la política gubernamental.

En síntesis, las políticas gubernamentales —y la misma construcción identitaria por los pueblos— han estado articuladas y han sido enriquecidas por las perspectivas académicas.¹² En este tenor, el reconocimiento estatal no solamente ocurre en el campo de las legislaciones y la política pública, sino en la influencia que tienen las perspectivas antropológicas que se han sumado a las políticas del reconocimiento, principalmente aquellas que sugieren continuidades lineales, sustentadas por perspectivas mesoamericanistas, en las que la identidad de los pueblos originarios se ha comprendido de forma dual y categórica.¹³

La perspectiva asumida en este artículo parte de la comprensión de lo originario en términos de procesos identitarios asociados a la transformación de las identidades, producto de procesos fragmentación y reconstitución urbanas y comunitarias. Buscando tejer puentes conceptuales entre la posición transformadora y de continuidad, retomamos una tercera postura que Mario Ortega Olivares denomina *el núcleo resiliente* de la cosmovisión mesoamericana.¹⁴ El planteamiento es que existen continuidades mantenidas en un núcleo mesoamericano resiliente. La resiliencia significa que también este núcleo de la

¹² Fernando Vargas Olvera, *La judicialización de la identidad originaria. La impugnación electoral en San Andrés Totoltepec, Tlalpan, Ciudad de México*, p. 246.

¹³ Andrés Medina Hernández, *La memoria negada de la Ciudad de México: sus pueblos originarios*, p. 408; María T. Romero Tovar, “Antropología y pueblos originarios de la Ciudad de México. Las primeras reflexiones”, pp. 45-65.

¹⁴ Para Ortega Olivares, los pueblos originarios comparten una cosmovisión cuyo sustento permanente —o núcleo duro— proviene de una cultura mesoamericana precolonial, pero que se ha adaptado y transformado de acuerdo con las olas civilizatorias de la colonización, el México independiente y el Estado Mexicano posrevolucionario. Mario Ortega Olivares, “Pueblos originarios, mayordomías y cosmovisión. Resiliencia al colonialismo interno de la CDMX”, p. 83.

cosmovisión constituye una matriz abierta que puede moldearse y adaptarse a los cambiantes contextos políticos, jurídicos, administrativos y territoriales de la urbe.

Ahora bien, el Estado ha colocado la autoadscripción como un carácter subjetivo que debe acompañarse por otros criterios objetivos y comprobables tanto históricamente como con documentos o archivos. Esta subsunción de la autoadscripción responde a la misma estructuración histórica del Estado que, en el caso de la Ciudad de México, se ha articulado con respecto a la relación que la ciudad y sus gobiernos han tenido frente a los pueblos y barrios, principalmente al construirse como el centro político, económico y de gobernabilidad del país.

Es importante comprender que el Estado que estamos analizando se ha transformado históricamente y ha cambiado en ese sentido su relación con las poblaciones originarias e indígenas. En ese sentido, es preponderante considerar lo que Philip Abrams desarrolla en el capítulo titulado “Notas sobre la dificultad de estudiar el Estado” (2015).¹⁵ Abrams menciona que hay una diversidad de razones para considerar que estudiar al Estado tiene una serie de dificultades, pues no existe como un ente o una cosa *a priori*, sino que impone una ilusión de existencia así como una ideología y una tergiversación de los órdenes político y económico: “El Estado surge como una estructura dentro de la práctica política; entonces se cosifica —como la *res publica*, la cosificación pública, no menos— y adquiere una identidad simbólica manifiesta que se aparta progresivamente de la práctica como un recuento ilusorio de la práctica”.¹⁶ Sin embargo, el Estado, asegura Abrams, no es la realidad que está detrás de la máscara de esas prácticas políticas, sino que es la propia máscara que “nos impide ver la práctica política tal como es”.¹⁷

El Estado, asegura Abrams, “es un artefacto ideológico que atribuye unidad moral e independencia a los desunidos, amorales y dependientes funcionamientos de la práctica de Gobierno”.¹⁸ Por tanto, es importante no sólo considerarlo por su concepto, función, como un agente o una relación por encima del sistema-Estado y la idea-Estado.¹⁹ Al considerar al Estado como un

¹⁵ Philip Abrams *et al.*, *Antropología del Estado*.

¹⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ “(...) hay un sistema-Estado: un nexo palpable de la práctica y la estructura institucional centrada en el gobierno y más o menos extensa, unificada y dominante en una sociedad determinada. Y sus

sistema y una idea, es fundamental ubicar hasta dónde y en qué sentido llega su dominio más allá del sentido clásico de las instituciones del Estado. Para ubicar el terreno complejo y caótico de las identidades y el potencial ejercicio del poder estatal como forma de dominación, es importante observar sus márgenes, como lo exponen Veena Das y Deborah Poole.²⁰

Los márgenes,²¹ en ese sentido, son espacios, momentos o temporalidades donde se refuerza el sistema-idea del Estado en tanto existe un potencial colonizador de las complejidades socioculturales y políticas de las poblaciones, como las identidades y su complejidad. Los márgenes suponen límites tensionados entre las complejidades no estatales frente a las prácticas, formas y modos del poder estatal. Establecer un margen puede concretarse en conjunto de dinámicas de elección, inclusión y exclusión de caracteres en el proceso de estatalización de órdenes jurídicos, políticos y culturales no estatales. Al tiempo que ocurre la selección —en un ejercicio de exclusión—, los márgenes permiten la construcción o el reforzamiento de espacios políticos de resistencia. En este sentido, comprendemos la complejidad identitaria como condensada en las formas de autoadscripción que los pueblos ejercen al construir su identidad y el establecimiento del margen estatal cuando esta dinámica sociocultural y política se convierte en un criterio menor dentro de un conjunto de rasgos sometidos a la comprobación documental. Es decir, desde la sutura identitaria, la subjetivación —entendida como el ejercicio de la adscripción a una identidad originaria— ha sido relegada a los márgenes del reconocimiento estatal y a la comprobación documental.

Uno de los principales ejes de establecimiento de los márgenes estatales son los documentos de identidad que aseguran la administración de las identidades al positivizar sus complejidades, reduciéndolas a un conjunto de

fuentes, estructura y variaciones pueden ser examinadas de una manera empírica bastante sencilla. Hay, también, una idea-Estado, proyectada, difundida y adoptada con mayor o menor celo como creencia en diferentes sociedades en diferentes momentos”. *Loc. Cit.*

²⁰ “Uno de los aspectos de pensar al Estado en términos de su funcionalidad ordenadora es que los márgenes espaciales y sociales que tan a menudo constituyen el terreno de trabajo de campo etnográfico son vistos como espacios de desorden, sitios en los que el Estado no ha podido instaurar el orden”. Veena Das y Deborah Poole, “El estado y sus márgenes. Etnografía comparada”, p. 22.

²¹ Para Veena Das y Deborah Poole, “(...) los márgenes constituyen (...) sitios en donde la naturaleza puede ser imaginada como salvaje y descontrolada y donde el estado está constantemente redefiniendo sus modos de gobernar y de legislar (...) son sitios de práctica en los que la ley y otras prácticas estatales son colonizadas mediante otras formas de regulación que emanan de las necesidades apremiantes de las poblaciones, con el fin de asegurar la supervivencia política y económica”. *Ibid.*, p. 24.

criterios comprobables mediante cédulas, registros escritos, cartas de reconocimiento, certificados de nacimiento y/o defunción, sentencias judiciales y, particularmente, políticas de censo y registro, los cuales constituyen salvaguardas de identidad por el Estado. Y, principalmente, el control de identidades tiene un efecto en la misma acepción identitaria de los pueblos en tanto, como afirman Das y Poole, son los documentos que se vuelven ejes para determinar formas de vida e ideas que circulan y se socializan para dar una determinada definición de persona y de ciudadano.²² En este sentido, el Sistema de Registro constituye un documento que encarcela la identidad en lo que el Estado considera controlable; es decir, otros documentos que comprueben la existencia histórica lineal y categórica de los pueblos, desde la época prehispánica hasta la actualidad, dejando de lado la autoadscripción por ser de naturaleza caótica y compleja; la que presenta más problemas a las agendas de administración y gobernabilidad estatales.

La marginación de la autoadscripción no ha surgido del éter, sino que responde a décadas de formación de la identidad originaria por los pueblos de la urbe que históricamente han defendido el territorio comunal frente a las olas de urbanización de la ciudad. Tras el movimiento indígena, 500 años de resistencia en 1992, el levantamiento del EZLN en 1994 y el proceso de discusión en la Comisión para la Concordia y la Pacificación (COCOPA) para elaborar los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, los pueblos rurales del sur del Distrito Federal reivindicaron su calidad originaria como un estandarte de lucha territorial y de visibilidad política ante el Gobierno capitalino. En agosto de 1996, los pueblos de la delegación de Milpa Alta organizaron el Primer Foro de los Pueblos Originarios y Migrantes del Anáhuac.²³ En este foro, los comuneros milpaltenses adscribieron por primera vez su identidad como originarios, articulando en este término su filiación indígena y su legitimidad como herederos históricos de sus territorios y en diferenciación con la ciudad.

Posteriormente, en el 2000, los pueblos de la ciudad, del área metropolitana, del Estado de México y de Morelos —junto con la presencia de varios académicos y diversas organizaciones sociales e indígenas— realizaron el Primer Congreso de Pueblos Originarios del Anáhuac en el pueblo de San

²² “(...) estos documentos se encarnan en formas de vida a través de las cuales ciertas ideas de sujetos y ciudadanos empiezan a circular entre aquellos que utilizan estos documentos”. *Ibid.*, p. 31.

²³ Teresa Mora Vázquez, *Los pueblos originarios de la Ciudad de México. Atlas etnográfico*, p. 27.

Mateo Tlaltenango, Delegación Cuajimalpa. En este congreso, las poblaciones concretaron formalmente su identidad como pueblos originarios en la Declaración del Desierto de los Leones, que en lo general contiene un conjunto de pronunciamientos a favor del movimiento zapatista y demandas de reconstitución de sus poblaciones, con la defensa de su territorio y sus recursos naturales.²⁴

Después de ambos congresos, los pueblos originarios en la ciudad se reconocieron como una cultura diferenciada del resto de la urbe. A partir del encuentro con comunidades indígenas, articularon similitudes con respecto a la organización de la vida comunitaria y territorial, tradiciones y festividades religiosas así como sistemas normativos de matriz mesoamericana, colonial y posterior. Este ejercicio de autoconocimiento llevó a los pueblos y barrios originarios en la ciudad a diferenciarse de la vida urbana frente al proceso de construcción de una ciudad que no ha tomado en cuenta las características ambientales y culturales de los territorios de los pueblos. Hasta este momento, la autoadscripción jugó un papel fundamental en la unificación de los pueblos como una movilización étnica para la defensa territorial. Lo que analizaremos en el siguiente apartado es cómo los diagnósticos, legislaciones, atlas y padrones fueron relegando la autoadscripción a una característica subjetiva; al lugar que actualmente ocupa en el Sistema de Registro.

II. Antecedentes del Sistema de Registro y la subsunción de la autoadscripción

En este apartado, nos centramos en el proceso de marginación de la adscripción de los pueblos, que se desplazó como un criterio secundario; en la transición histórica de la identidad como un frente de unión política de los pueblos para la defensa del territorio hacia una política del reconocimiento que privilegió la comprobación, los documentos y la administración gubernamental (burocracia).

La reforma constitucional del 2001 impulsó nuevas demandas de reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho y de ejercicio de su

²⁴ Gustavo Castro Soto, “Los pueblos en lucha”, “reproducción de las declaraciones del ‘movimiento por la democracia y por la vida’ y del ‘Primer Congreso de Pueblos Originarios del Anáhuac’”, p. 20; Ortega Olivares, *op. cit.*, pp. 87-117.

libre determinación y autonomía política, lo que afectó directamente a la incipiente movilización de los pueblos originarios en el Distrito Federal. Un año después del Congreso del Anáhuac del 2000, los subdelegados y Coordinadores Territoriales de los pueblos constituyeron un Grupo de Coordinadores de Enlace Territorial y subdelegados auxiliares del sur del DF.²⁵ La reunión del grupo derivó en una carta de petición al entonces Gobierno del Distrito Federal con dos objetivos concretos: la elaboración de un diagnóstico que pudiera brindar conocimiento sobre la naturaleza de los coordinadores territoriales y la definición de su cargo como intermediarios entre los pueblos y el Gobierno.²⁶ Estas peticiones se tradujeron en el Diagnóstico de las funciones y facultades de los Coordinadores de Enlace Territorial de las Delegaciones del Sur del DF. El Diagnóstico fue uno de los primeros documentos de reconocimiento gubernamental de los pueblos como originarios, y sustentó la creación del Comité para Pueblos Originarios dentro del Consejo de Consulta y Participación Indígena del Distrito Federal y el Programa de Apoyo a Pueblos Originarios del DF (PAPO), ambos en el año 2003.

En el campo legislativo, el reconocimiento de los pueblos se inscribió en la Ley de Participación Ciudadana, principalmente en su reforma de 2010. La reforma a la Ley de Participación Ciudadana incluyó tres modificaciones relativas a los pueblos originarios: 1) el organismo participativo del *Consejo del pueblo*, que era exclusivo para aquellas demarcaciones territoriales que estaban consideradas como pueblos originarios; 2) el párrafo XXIII del artículo 6 que define a los pueblos originarios;²⁷ 3) el artículo transitorio décimo tercero que enuncia a los pueblos originarios reconocidos en la ley, principalmente a 40 pueblos originarios, pertenecientes a las delegaciones de Tláhuac, Milpa Alta, Xochimilco y Tlalpan.²⁸

En 2015, la Asamblea Legislativa incluyó los cuatro pueblos originarios de la delegación Magdalena Contreras y otros cuatro grupos de Cuajimalpa.

²⁵ Emmanuel Romero Calderón, *Los intersticios de la justicia y la etnicidad. Discursos de identidad indígena y originaria frente a la ley en la Ciudad de México*, p. 131.

²⁶ Verónica Briseño Benítez, "Acerca del programa de apoyo a pueblos originarios del Distrito Federal", p. 368.

²⁷ Asentamientos que, con base en la identidad cultural, social, étnica, poseen formas propias de organización y cuyo ámbito geográfico es reconocido por los propios habitantes como un solo pueblo y que para efectos de la elección de consejos de los pueblos el Instituto Electoral realiza su delimitación. Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, artículo 6°, párrafo XXIII.

²⁸ Si bien el artículo transitorio especifica a estos pueblos, también estipula que se entiende que no son

Con esta contabilización, la Ley de Participación Ciudadana reconoció a 48 pueblos originarios. Actualmente, el Sistema de Registro utilizó esta cifra para sustentar que, de inicio, solo existían 48 pueblos, argumentando certeza jurídica, mientras desconoció a más de 200 pueblos originarios.

Bajo la jefatura de gobierno de Marcelo Ebrard, las políticas se centraron en el reconocimiento de los pueblos para el acceso a programas sociales. La Asamblea Legislativa creó dos organismos gubernamentales y las primeras políticas de registro para pueblos y barrios originarios. La Secretaría de Desarrollo Rural y Equidad para las Comunidades (SEDEREC) fue constituida el 6 de febrero de 2007 cuando sus funciones aparecieron en la Ley Orgánica de la Administración Pública del DF.²⁹ Posteriormente, el 21 de marzo, Ebrard emitió un decreto por el que conformaba el Consejo de Pueblos y Barrios Originarios.³⁰ Específicamente, la Gaceta del DF, en sus considerandos sobre la creación del Consejo de Pueblos y Barrios Originarios, estipuló otra definición para los pueblos y barrios muy similar al artículo 2º constitucional.³¹

Entre las funciones inscritas en su decreto de creación, el Consejo de Pueblos y Barrios Originarios tenía la tarea de impulsar la elaboración de un Padrón y un Atlas de pueblos originarios. El Padrón de pueblos y barrios originarios retomó dos cifras hasta ese momento contabilizadas de pueblos y barrios originarios: 1) el listado de 117 pueblos y 174 barrios originarios, propuesto por la antropóloga Teresa Mora, en el Atlas Etnográfico de los pueblos originarios³² y 2) una lista de 256 demarcaciones territoriales de las cuales identificó 98 pueblos y 158 barrios originarios en el Distrito Federal,³³ proporcionada por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda del Distrito Fede-

todos los pueblos originarios del Distrito Federal, sólo se enlistan los que guardan la característica descrita en la fracción VI del artículo 6º de la presente ley. *Ibid.*, artículo transitorio décimo tercero.

²⁹ Romero Calderón, *op. cit.*, p. 131.

³⁰ El Consejo de pueblos y barrios de DF estuvo “(...) enfocado al fomento, preservación y difusión de la cultura originaria y tradicional de los pueblos y barrios originarios de la Ciudad de México”. Acuerdo por el que se Crea el Consejo de Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal.

³¹ “Que los pueblos y barrios originarios son descendientes de las poblaciones indígenas que habitaban el territorio de la Ciudad de México antes del proceso de colonización española, que han conservado sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, que habitan un territorio determinado y reconocen autoridades propias. Que estos pueblos indígenas en el Distrito Federal se han autodefinido como: Pueblos y Barrios originarios de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. *Ibid.*, p. 4.

³² Mora Vázquez, *op. cit.*

³³ Romero Calderón, *op. cit.*, p. 188.

ral (SEDUVI). Mientras la cifra publicada en el Atlas etnográfico obedecía a metodologías etnográficas y teóricas de identificación de los pueblos y barrios en los que, además, participaron en su elaboración integrantes de los pueblos originarios, la lista de la SEDUVI carecía de este respaldo metodológico y aval comunitario. Esto generó un conjunto de problemas con las poblaciones y grupos defensores y activistas.

Para 2011, el Consejo de Pueblos y Barrios detectó cerca de 80 pueblos que no habían sido integrados a este primer listado.³⁴ Ante la problemática de las metodologías de registro de pueblos, la solución fue la propuesta de una matriz de identificación³⁵ que contenía una serie de rubros a cumplir en un documento de registro para que el Consejo pudiera incluir en el Padrón a los pueblos y barrios faltantes. Mientras los pueblos ya reconocidos por las listas del Atlas y de la SEDUVI fueron integrados al padrón, el Consejo completó los restantes enfatizando la información de los seis rubros en fichas técnicas. El mismo consejo se dio a la tarea de realizar este trabajo de recopilación de información *in situ*, recorridos en el territorio, registro testimonial y recopilación bajo asamblea comunitaria. Esto derivó en la presentación oficial del padrón en agosto de 2011.³⁶

Como vemos, los procesos de reconocimiento de los pueblos originarios han tenido un importante impacto con la Asamblea Constituyente, la Constitución Política de la CDMX y el reconocimiento de los pueblos originarios como sujetos de derecho. En la publicación de la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* de 17 de abril de 2017,³⁷ fue retomado el Padrón del Consejo de Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal en el que se identifica una lista de 139 pueblos y 58 barrios originarios. Dicho padrón fue la base para la Asamblea Constituyente en el reconocimiento durante el proceso constituyente de la Ciudad de México. Es un documento en que “se identificaron de manera enunciativa y no limitativa” a diversos pueblos y barrios originarios.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ Los criterios de la matriz de identificación fueron: a) Clasificación oficial; poblacional, geográfica y de nomenclatura; b) Memoria histórica; c) Autoadscripción; d) Posesión, uso y usufructo de la tierra; e) Instituciones comunitarias y f) Manifestaciones de convivencia comunitaria. Romero Calderón, *op. cit.*, p. 189.

³⁶ Romero Calderón, *op. cit.*, p. 191.

³⁷ Aviso por el que se Dan a Conocer las Reglas de Operación del Programa General de Preservación y Desarrollo de las Culturas y Tradiciones de los Pueblos y Barrios Originarios de la Ciudad de México.

En síntesis, el proceso de reconocimiento de la identidad originaria ha constituido un proceso de etnicidad en términos de articular los movimientos étnicos de los pueblos originarios hacia un conjunto de políticas públicas con base en la identidad étnica. Sin embargo, observamos que en el tránsito de volver la identidad una cuestión de etnicidad, la complejidad de lo originario llevó a su encasillamiento bajo lógicas categóricas en una alianza entre las definiciones académicas y las agendas políticas del entonces Gobierno del Distrito Federal.

III. Análisis de los criterios del Sistema de Registro de la SEPI

El día 30 de mayo de 2022, se publicó la Convocatoria del Sistema de Registro. A pesar de que en esa publicación se informa que tendría vigencia hasta el 30 de agosto, la SEPI continuó recibiendo solicitudes después, hasta que el 30 de diciembre de 2022 se publicó en la *Gaceta Oficial* de la CDMX que el registro sería permanente. A pesar de que la SEPI no ha dado a conocer cómo publicará este registro, en cuáles medios y la temporalidad, el 11 de mayo de 2023 se publicó un primer corte: reconoció únicamente a 50 pueblos originarios.

La convocatoria especifica 13 criterios evaluatorios que debe presentar un pueblo para solicitar ser parte del registro y obtener su reconocimiento como originarios. Los criterios de la solicitud están basados —en su mayoría— en antecedentes documentales que demuestren o acrediten que el grupo social reúne todas los criterios y características objetivas y subjetivas previstas en el artículo 58 numeral 2, inciso a) de la Constitución de la CDMX y 7° de la Ley de Pueblos y Barrios Originarios.³⁸ Al respecto, es de notar que los pueblos que pretendan registrarse son reconocidos como grupos sociales, es decir, una antelación al reconocimiento; una conceptualización de su identidad que no les

³⁸ Tanto el artículo de la Constitución como el de la Ley de pueblos estipulan la siguiente definición de los pueblos originarios: “(...) aquellos que descienden de poblaciones asentadas en el territorio actual de la Ciudad de México desde antes de la colonización y del establecimiento de las fronteras actuales y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, sistemas normativos propios, tradición histórica, territorialidad y cosmovisión, o parte de ellas”. Constitución Política de la CDMX. “Capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas en la Ciudad de México”. No obstante, la definición de la Ley de Pueblos agrega a la definición lo siguiente: “(...) cuentan con autoridades tradicionales históricamente electas de acuerdo con sistemas normativos propios; y tienen conciencia de su identidad colectiva como pueblo originario”. SEPI, *Derechos indígenas en la Ciudad de México*, p. 78.

permite acceder a su ejercicio de derechos como sujetos de derechos. A continuación, evidenciamos diversos aspectos del Sistema de Registro que fueron sustentados como alegatos en el *amicus curiae* presentado en el juicio TEDC-MX-JLDC-07/2023 y Acumulados, principalmente en el tema del reconocimiento y la jerarquización de la autoadscripción en el Sistema de Registro.

La autoadscripción como criterio. En el Sistema de Registro, la autoadscripción se ha reducido a una jerarquización como parte de criterios objetivos y subjetivos sustentados por la Constitución local y la Ley de Pueblos. Esto quiere decir que los criterios objetivos son aquellos sujetos de comprobación documental, mientras que los subjetivos se remiten a las prácticas e imaginarios socioculturales de los pueblos, que usualmente se mantienen en las redes culturales y no siempre tienen registros documentales. La autoadscripción aparece en términos de la conciencia de una identidad colectiva como pueblo originario³⁹ en la Ley de Pueblos y Barrios Originarios, pero en el Sistema de Registro aparece como autoidentificación colectiva sin referir el derecho a la autoadscripción. Reducir la autoadscripción a estos criterios somete el ejercicio de autoadscripción de los pueblos, como derecho, a la documentación comprobable. Asimismo, estos criterios tienen aplicación para la formulación o instrumentación de políticas públicas de margen amplio, pero no pueden aplicarse a la identificación de la condición étnica de los pueblos y menos de ser criterios de evaluación para que un pueblo pueda o no acceder a derechos. Igualmente, los criterios objetivos son contextuales y producto de las negociaciones entre instancias gubernamentales más que condiciones o características *a priori* que determinan la cualidad e identidad étnica de las poblaciones. Además, estos criterios implican que los pueblos tendrán que hacer todo el trabajo de documentación sin ningún apoyo o recurso institucional para realizarlo. En este sentido, los márgenes impuestos al reconocimiento de derechos por el Gobierno de la CDMX inician por subsumir la autoadscripción, que es un derecho estipulado en las Constituciones local y federal, a un criterio subjetivo, dependiente de la acreditación documental.

Los criterios temporales. La Convocatoria del Sistema de Registro impone una limitación del reconocimiento a pueblos originarios de carácter mesoamericano que tengan antecedentes precoloniales comprobables. Desde la perspectiva antropológica de transformación, observamos que los pueblos

³⁹ *Ibid.*, p. 39.

originarios en la CDMX tienen diversas conformaciones identitarias y territoriales que se formaron en momentos históricos posteriores a la época prehispánica —o precolonial— y que vuelven compleja su condición identitaria y territorial. Así pues, las continuidades vuelven criterio de evaluación para el reconocimiento estatal suponen una instrumentación de las perspectivas académicas lineales y de continuidad, lo que termina por establecer asimetrías entre los pueblos mesoamericanos con antecedentes precoloniales y a aquellos que se han integrado en otros contextos históricos. En este sentido, el requisito histórico precolonial ha sido establecido por la SEPI en el Sistema de Registro como un obstáculo temporal de reconocimiento sustentado en las propias definiciones que el gobierno actual de la CDMX estipula en la ley de pueblos y barrios originarios. Queda la cuestión de saber qué tanto ha influido la perspectiva antropológica de continuidades en la formulación de este tipo de políticas cuyas consecuencias han ido en detrimento de las luchas autonómicas de los pueblos originarios de la ciudad.

Observar a los pueblos originarios desde la continuidad, como perspectiva teórica y de política del reconocimiento, permite que su identidad sea sometida a lógicas categóricas que la aíslan de su complejidad política y sociocultural. Comprender la historia como una linealidad que determina las identidades contemporáneas, para su reconocimiento de derechos por el Estado, lleva inevitablemente a establecer márgenes cuyo frente infranqueable es la temporalidad; así pues, la dinámica de reconocimiento se hace más manejable para el Estado al reducirla a un conjunto de rasgos culturales que potencialmente pueden ser instrumentados para condicionar y otorgar derechos. Constituye una deuda antropológica y académica para los pueblos originarios ir más allá de la historia como vigilancia de la identidad, y construir colaborativamente formas de registro y reconocimiento propuestas por los propios pueblos así como conceptos antropológicos que sirvan más a las agendas y luchas de los pueblos y no a los intereses de reconocimiento estatales.

Las comisiones asesoras y de delimitación. Otro elemento controversial de evaluación sobre la identidad, y que es parte de la operatividad del sistema de registro, es la conformación de una Comisión asesora y un Comité de delimitación. Ambas figuras tienen como función analizar, estudiar las solicitudes y emitir una opinión sobre cada uno de estos expedientes.⁴⁰ De acuerdo

⁴⁰ De acuerdo con la Convocatoria pública del Sistema de Registro, la Comisión asesora debe estar conformada por el Instituto Nacional de Antropología e Historia, la Comisión de Derechos Humanos

con lo expuesto por el actual director de Pueblos y Barrios Originarios de la SEPI, Carlos Bravo Vázquez, en una reunión informativa a puerta cerrada el día 14 de agosto del 2022, el trabajo de estos expertos tiene que ver con una labor de análisis, mas no de evaluación.⁴¹ De forma discrecional, la comisión asesora no ha transparentado la metodología de análisis y estudio de los expedientes para emitir una opinión. Sin embargo, la SEPI ha mencionado que los criterios que toma en cuenta esta comisión son con base en las características objetivas y subjetivas previstas en la Constitución Política de la Ciudad de México y la Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México.⁴² Cabe destacar que esta comisión está conformada por las siguientes personas: Rita Salgado Vázquez (Directora General de Derechos Indígenas de la SEPI), Diego Prieto Hernández (Director General del Instituto Nacional de Antropología e Historia), María Luisa del Pilar García Hernández (Cuarta Visitadora General de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México), Sandra Araceli Vivanco (Defensa Pública de Participación Ciudadana y de Procesos Democráticos del TECDMX), Mauricio Huesca Rodríguez (Consejero Electoral del IECM), José Luis Castro González (Representante del Instituto Nacional de Pueblos Indígenas, en CDMX) y Mardonio Carballo Manuel (periodista y poeta nahua, persona experta en la materia).⁴³

de la Ciudad de México, el Tribunal Electoral de la Ciudad de México por conducto de la Defensoría Pública de Participación Ciudadana y de Procesos Democráticos, el Instituto Electoral de la Ciudad de México por conducto por la Comisión de Participación Ciudadana así como por personas expertas en la materia. Mientras que el Comité de delimitación estará integrado por representantes de la Secretaría de Medio Ambiente, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, el Instituto Electoral de la Ciudad de México y el Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva, todos de la Ciudad de México.

⁴¹ De acuerdo con Carlos Bravo, “analizar los documentos, no los calificará, los analizará y en su caso podrá decir: al pueblo de San Mateo Xalpa le falta completar el listado de ciudadanos con derecho a emitir su voto en las asambleas o le falta incorporar o enriquecer más fiestas de las que registró aquí y dará una prevención al comité general de que tiene dos meses, tres meses para completar esta información para que se te reconozca, para que se te asuma como pueblo originario”, Sofía Huerta Noguera, “Con engaños y a puerta cerrada, realizan asambleas para registro de pueblos y barrios originarios”.

⁴² Con base en la respuesta que otorgó la SEPI a través de transparencia, la institución confirmó: “Al respecto de los ‘criterios que toma en cuenta’ la Comisión Asesora para emitir su opinión sobre cada expediente, para el caso de pueblos y barrios originarios, corresponden a los criterios y características objetivas y subjetivas previstas en el artículo 58 numeral 2 inciso a) de la Constitución Política de la Ciudad de México y 7° de la Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades indígenas Residentes en la Ciudad de México, manifestados también en la Base Décima de la Convocatoria”. Respuesta a la solicitud de información con folio PNT: 090162423000193.

⁴³ Respuesta a la solicitud de información con folio PNT: 090162423000193.

Es importante precisar que la información citada en el párrafo anterior no se encuentra en plataformas ni medios públicos, lo cual violenta el derecho de los pueblos y barrios al acceso a la información sobre este tipo de políticas de identidad. También, de manera implícita, se reconoce que estos grupos expertos otorgarán el reconocimiento pasando por encima del derecho a la autodescripción reconocido constitucionalmente. En ese sentido, se infiere una práctica indigenista y paternalista que no hace incluyente la participación de los pueblos por sus asambleas o autoridades comunitarias en el proceso del diseño, operatividad, ni consecuencias del sistema de registro.

Es de particular importancia para este análisis, el papel del Comité de delimitación. Su función es, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9° numerales 4 y 5 de la Ley de pueblos y barrios originarios, “delimitar los espacios geográficos⁴⁴ donde se encuentran asentados los grupos sociales que reúnen las características de Pueblos y Barrios Originarios”. Además, es importante precisar, de acuerdo con la publicación de la *Gaceta de la CDMX* del 11 de mayo de 2023, donde se dio a conocer la “Procedencia de la Inscripción de 50 Pueblos Originarios en el Sistema de Registro y Documentación”, la delimitación de los espacios geográficos.⁴⁵

La categoría de espacio geográfico expuesta no sólo en la convocatoria del Sistema de registro, sino en la ley de pueblos y en la Constitución de la Ciudad de México es controversial, pues niega la existencia del territorio en el que se reproduce la vida, la identidad y las formas comunitarias de los pueblos y barrios comunitarios por sus usos y costumbres; además de que es un

⁴⁴ En el artículo 9° numeral 5 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes de la Ciudad de México: “5. La delimitación del espacio geográfico de los pueblos y barrios no comprometerá los derechos sobre la propiedad en forma alguna. Se respetará la propiedad social, ejidal y comunal, pública y privada en los términos del orden jurídico vigente y en los términos registrales en los que se encuentra la misma”. SEPI, *Derechos Indígenas en la Ciudad de México*, 2022.

⁴⁵ “(...) para efectos de la delimitación de los espacios geográficos (...) se mantendrán los usos de suelo establecidos en los instrumentos rectores en materia de ordenamiento territorial, según los Programas Delegacionales de Desarrollo Urbano (PDDU) y el Programa General de Ordenamiento Ecológico del Distrito Federal (hoy Ciudad de México); asimismo, con la finalidad de salvaguardar los derechos político-electoral y de participación ciudadana de los pueblos originarios y de toda la población, se utilizará el marco geográfico de participación ciudadana aprobado por el IECM para los 50 pueblos originarios, mediante acuerdo de fecha 06 de enero de 2022”. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*. Aviso por el que se da a Conocer la Convocatoria Pública para Constituir el Sistema de Registro, y Documentación de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes de la Ciudad de México.

concepto que carece de sustento socio-antropológico y, por tanto, ignora la diversidad cultural y la propia identidad de los pueblos, los cuales, a su vez, se ven sujetos a reducir la complejidad histórica, sociocultural y simbólica de sus territorios. Ciertamente, uno de los ejes de la identidad originaria es la pertenencia al territorio y la complejidad del entramado relacional y de prácticas culturales así como políticas que los pueblos realizan al protegerlo, salvaguardarlo y reproducir su vida social. De la misma manera que la reducción de la autoadscripción a las categorías de autoidentificación, el territorio se reduce a un espacio geográfico, restando su importancia política y de reproducción de la vida a criterios geográficos y de ordenamiento territorial.

IV. Conclusiones

Históricamente, los pueblos originarios han luchado por su territorio, sus derechos políticos y el ejercicio de la libre determinación a través de su identidad. Al mismo tiempo, el gobierno de la ciudad —en sus diferentes facetas— ha expandido su gobernabilidad hacia estos territorios e, invariablemente, a las identidades originarias. El Sistema de Registro es la política de reconocimiento más reciente; constituye la expresión más acabada del reconocimiento gubernamental de tipo multicultural y, en su proyección, se condensa una agenda unidimensional, en la que el Estado mexicano pretende administrar y controlar a los pueblos indígenas, sus territorios y sus derechos.

En este arco de políticas del reconocimiento y de movilizaciones étnico-políticas, los márgenes de este Estado juegan un papel de límite y/o frontera: entre el desorden de la adscripción versus el orden del reconocimiento estatal; entre las perspectivas de continuidad versus las de transformación; entre la concepción del territorio versus el espacio geográfico; entre lo originario como complejidad sociocultural y política de los pueblos versus su categorización legislativa y de política pública estatales. Si bien podríamos pensar de forma dual que existen polos opuestos, la misma invocación del margen invita a considerar las dimensiones porosas; es decir, aquellas coyunturas donde el límite se mueve en favor de los pueblos.

Esto es, en estas fronteras se encuentran oportunidades de construcción de espacios de resistencia donde las identidades de los pueblos y barrios originarios operan mecanismos de defensa y ejercicios autonómicos por la protesta y

movilización social, la judicialización, el uso contrahegemónico del derecho para darle la vuelta y disputar las políticas regresivas de los gobiernos. Concretamente, desde estos márgenes, se pone en discusión un orden hegemónico que ignora la diversidad en todas sus expresiones. Desde estas fronteras, los pueblos entran en conflicto con un Estado que, en su diversificación, opera prácticas políticas que mantienen la exclusión y la desigualdad y que deben ser desenmascaradas.

Los pueblos y barrios originarios de la Ciudad de México viven sus identidades desde diferentes experiencias, historias, orígenes, tradiciones y resistencias. Que el Sistema de Registro pretenda homogeneizar esos procesos de autoreconocimiento y autoadscripción es negar su propia existencia. Se trata, en última instancia, de la autoconstrucción de lo que somos y tenemos; la identidad como una producción incesante de la vida cotidiana y del quehacer de cada grupo social, que incluye la construcción de valores, símbolos, ritualidades actitudes, habilidades, conocimientos, significados, formas de comunicación, organizaciones y bienes sociales que hacen posible la vida comunitaria. Este complejo identitario, vuelto derecho y política pública, debe ser retomado por las instituciones estatales desde su misma originalidad compleja, guardando su cualidad de transformación para perdurar de una generación a las siguientes a través de un proyecto colectivo de futuro desde los pueblos, y no desde las agendas político-partidistas del gobierno local.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Abrams Philip, Akhil Gupta y Timothy Mitchell. *Antropología del Estado*. México, FCE, 2015.
- Briseño Benítez, Verónica. “Diagnóstico de las funciones y facultades de los coordinadores de enlace territorial de las delegaciones del sur del Distrito Federal”. Dirección de atención a pueblos indígenas, México, 18 de junio de 2002.
- . “Acerca del programa de apoyo a pueblos originarios del Distrito Federal”. *Urbi indiano: la larga marcha a la ciudad diversa*, Pablo Yanes Rizo, Virginia Molina y Oscar González (coords.), México, UACM, GDF, 2005.
- Castro Soto, Gustavo. “Los Pueblos en lucha”. “Reproducción de las declaraciones del ‘Movimiento por la Democracia y por la Vida’ y del ‘Primer Congreso de Pueblos Originarios del Anáhuac’”, 2000.

- Das, Veena y Deborah Poole. “El estado y sus márgenes. Etnografías comparadas”. en *Cuadernos de antropología social*. Núm. 27, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 19-52.
- Emmerich, Gustavo Ernesto (coord.). *Las elecciones en la ciudad de México 1376-2005*. México, IEDF, UAM, 2005.
- Giménez, Gilberto. *Identidades sociales*. México, CNCA e Instituto Mexiquense de Cultura, 2009.
- Goffman, Erving. *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2006.
- Hall, Stuart. “1. Introducción: ¿Quién necesita “identidad”?”. *Cuestiones de identidad cultural*, Stuart Hall y Paul du Gay (comp.), Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2003, pp. 13-39.
- Kahn, J. S. *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Barcelona, Anagrama, 1975.
- Martínez Díaz, Baruc. *Un Atl, In Tepetl, Desamortización del territorio comunal y cosmovisión náhuatl en la región de Tláhuac (1856-1911)*. Tesis de maestría en historia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Medina Hernández, Andrés (coord.). *La memoria negada de la Ciudad de México: sus pueblos originarios*. México, UACM, 2007.
- Mora Vázquez, Teresa (coord.). *Los pueblos originarios de la Ciudad de México. Atlas etnográfico*. México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2007.
- Olivares Díaz, Martha. “Los pueblos originarios de la Ciudad de México, entre la civilización y la barbarie”. *El México bárbaro del siglo XXI*, Carlos Rodríguez Wallenius y Ramsés A. Cruz Arenas (coords.), México, Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco, 2013, pp. 367-399.
- Ortega Olivares, Mario. *Pueblos originarios, mayordomías y cosmovisión. Resiliencia al colonialismo interno de la CDMX*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco, 2021.
- Restrepo, Eduardo. “Sujeto e identidad”. *Stuart Hall desde el sur: legados y apropiaciones*. Eduardo Restrepo (coord.), EUA, Buenos Aires, CLACSO, 2014, pp. 97-118.
- Romero Calderón, Emmanuel. *Los intersticios de la justicia y la etnicidad. Discursos de identidad indígena y originaria frente a la ley en la Ciudad de México*. Tesis de maestría en Antropología, México, UNAM, 2013.
- Romero Tovar, María Teresa. “Antropología y pueblos originarios de la Ciudad de México. Las primeras reflexiones”. *Argumentos. Estudios críticos de la sociedad*, Año 22, Núm. 59, enero-abril 2009, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco, pp. 45-65.
- SEPI. *Derechos indígenas en la Ciudad de México*. Cuadernillo de divulgación, México, 2022.
- Vargas Olvera, Fernando. *La judicialización de la identidad originaria. La impugnación electoral en San Andrés Totoltepec, Tlalpan, Ciudad de México*. Tesis de maestría en Antropología, México, CIESAS, 2021.

Electrónica

Huerta Noguera, Sofía. “Con engaños y a puerta cerrada, realizan asambleas para registro de pueblos y barrios originarios”. *Desinformémonos*, 29 de agosto de 2022. <https://desinformemonos.org/con-enganos-y-a-puerta-cerrada-realizan-asambleas-para-registro-de-pueblos-y-barrios-originarios/>

Legislación

Acuerdo por el que se crea el Consejo de Pueblos y Barrios Originarios del Distrito Federal, publicado el 21 de marzo de 2007 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. <https://paot.org.mx/centro/gaceta/2007/marzo07/21marzo07.pdf>

Aviso por el que se da a Conocer la Convocatoria Pública para constituir el Sistema de Registro y Documentación de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes de la Ciudad de México, publicado el 30 de mayo de 2022 en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/951d623d31f2f601fc7eceb6dc593184.pdf

Aviso por el que se dan a Conocer las Reglas de Operación del Programa General de Preservación y Desarrollo de las Culturas y Tradiciones de los Pueblos y Barrios Originarios de la Ciudad de México, publicado el 17 de abril del 2017 en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/28ab41d066a241282dcef3296cbe616d.pdf

Constitución Política de la Ciudad de México, publicada el 5 de febrero de 2017 en la *Gaceta Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 27 de noviembre de 2019.

Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades indígenas Residentes en la Ciudad de México, publicada el 20 de diciembre de 2019 en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*.

Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, publicada el 17 de mayo de 2004 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma publicada el 8 de mayo de 2019.

Comentario de jurisprudencia sobre la renuncia de un trabajador a su empleo

Carlos Reynoso Castillo*

El criterio que aquí se comenta tiene como rubro: “Renuncia. Conforme al principio de primacía de la realidad, los tribunales laborales deben analizar su verosimilitud, tomando en cuenta las características particulares del caso y las condiciones personales del trabajador”.¹ Se trata de una posición de los tribunales mexicanos en materia laboral sobre un tema que ha estado desde hace tiempo en las preocupaciones de los abogados y la doctrina laboral, no solo en México, sino en varias partes del mundo.

Hay que recordar que, formalmente, la renuncia es un acto unilateral que reconoce el derecho de una persona para dejar su trabajo, cuando así lo considere necesario, y, en principio, no medie una causa para hacerlo, y debe ser el resultado de la expresión libre de su voluntad. Sin embargo, también históricamente, muchas empresas y patrones han hecho de las renunciaciones de los trabajadores un mecanismo que disfraza, en muchas ocasiones, una ruptura de la relación de trabajo por causas injustificadas y como una manera de evadir responsabilidades de ruptura, como serían las indemnizaciones a las cuales legalmente tendría derecho un trabajador.

Esta situación se ha traducido en la búsqueda por encontrar mecanismos legales para que una renuncia, a pesar de que aparezca con la firma autógrafa de un trabajador e incluso firmada ante testigos, no necesariamente oculte situaciones en las que el trabajador no expresó libremente su voluntad de dejar su trabajo. En ese camino se han intentado, en el derecho comparado, varias maneras para atacar este problema que buscan establecer presunciones y nulidades de este tipo de documentos.

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

¹ Tesis XVII.3o.C.T. J/1 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. V, Registro digital 2027272, Tribunales Colegiados de Circuito, Laboral, Libro 29, septiembre de 2023, p. 5230.

En el caso mexicano, la jurisprudencia da un paso más con este criterio, indicando que en el caso de que se presente una renuncia documentada de un trabajador, los tribunales deben llevar a cabo un trabajo de análisis detallado y minucioso de las circunstancias en las que se presentó dicha renuncia, de tal manera que el documento privado (carta de renuncia) no necesariamente en sí mismo pueda constituir una prueba plena y única de la voluntad del trabajador, sino que el tribunal deberá ver otros elementos, que la jurisprudencia denomina de “verosimilitud”, para dar o no plena validez al documento en cuestión. Si bien estamos lejos aún de poder eliminar este tipo de prácticas nocivas en muchos centros de trabajo, como las renunciadas firmadas en blanco al inicio de la relación laboral, este tipo de criterios avanza en la dirección correcta.

En el fondo, se trata de la aplicación del principio reconocido en el derecho de trabajo como la primacía de la realidad, según el cual, más allá de la formalidad de los documentos, se debe atender la realidad y materialidad de las circunstancias en las que ocurrió la renuncia; en ese sentido, los tribunales deben tomar en cuenta las características particulares del caso y las condiciones personales del trabajador. El criterio aquí comentado nos expresa una breve interpretación sobre el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, en la que se busca que no se puedan encubrir las relaciones laborales en donde se presentan elementos inherentes a una relación entre trabajador y patrón.

El principio de primacía de la realidad lo podemos observar en el artículo 17 párrafo tercero de la CPEUM, junto con el artículo 841 de la LFT. Este principio sugiere que cuando haya controversia entre lo que ocurre en la práctica y lo plasmado en los documentos, como pudiera ser también un contrato donde se hayan estipulado los derechos y obligaciones del patrón y trabajador, se habrán de privilegiar los hechos sobre los formalismos legales. De esta manera, los tribunales laborales deben apartarse de los formulismos excesivos que se han escrito en nuestras leyes y poder ver más allá de solo un documento, cuando lo importante es poder analizar la controversia con los hechos ocurridos durante esta, sin dejar de lado los elementos clave como la buena fe y la verosimilitud de los documentos proporcionados por ambas partes para emitir una sentencia.

Una idea expresada en este criterio jurisprudencial es que las resoluciones y sentencias en materia laboral deben ser verosímiles, y en las que debe existir

una relación lógica con los hechos, conductas, documentos y circunstancias presentadas en el juicio que alienten la búsqueda de la verdad en un caso concreto y dar una conclusión lo más justa e imparcial posible.

Un elemento por rescatar de este criterio es que se deja entrever que la labor del juzgador es un punto clave en la resolución de la controversia; en especial, se debe realizar un trabajo profundo de análisis y valoración de las pruebas, hechos y documentos que aportaron las partes, privilegiando siempre lo ocurrido en el terreno de los hechos. Es importante que este principio siga siendo una clave en la resolución de los conflictos laborales.

Hacienda municipal y controversia constitucional. Una nueva reflexión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Johan Martín Escalante Escalante*

El 31 de diciembre de 1994, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se reformó el artículo 105, fracción I de la Constitución federal, otorgando legitimación expresa al municipio para promover controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a partir de entonces, al resolver dichos medios de control constitucional, el alto tribunal comenzó a interpretar el artículo 115 de la Constitución federal, particularmente en cuestiones relativas a la hacienda municipal.

Uno de los primeros precedentes en los que la SCJN tuvo oportunidad de interpretar el contenido del artículo 115 constitucional, con relación a la hacienda municipal, es la controversia constitucional 4/98, fallada el 10 de febrero del 2000. En dicho precedente se indicó que la libre administración hacendaria es un régimen creado para fortalecer la autonomía y autosuficiencia económica de los municipios, con la finalidad de que puedan tener libre disposición y aplicación de sus recursos y satisfacer sus necesidades.

En el precedente se destacó que de la interpretación al artículo 115, fracción IV de la Constitución federal, se colige que los municipios deben recibir, sin excepción, las contribuciones que establezcan las legislaturas sobre la propiedad inmobiliaria, las participaciones federales y los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

* Licenciado en Derecho por la UAM-A, especialista en Derecho Tributario por la ELD, Secretario Auxiliar en la SCJN

Tomando como marco las mencionadas consideraciones, la SCJN resolvió a lo largo de dos décadas diversas controversias constitucionales en las que los municipios demandaban a los poderes ejecutivos locales por la falta de entrega o la retención de participaciones y aportaciones federales.¹ Para el alto tribunal, era claro que los municipios contaban con legitimación para promover dichas controversias constitucionales, esencialmente porque se consideraba que tales conflictos implicaban afectaciones a la hacienda municipal y, por tanto, al ámbito competencial de los municipios.

Este camino jurisprudencial tuvo un viraje en la sesión del 3 de diciembre de 2019 en la que el Pleno de la SCJN resolvió el recurso de reclamación 150/2019–CA, derivado de la controversia constitucional 279/2019, promovida por un el municipio Úrsulo Galván en contra del poder Ejecutivo del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, por la retención de participaciones y aportaciones federales; en dicho asunto, se consideró que la controversia constitucional era improcedente ya que la *litis* propuesta por el municipio actor versó sobre el mero incumplimiento de ministración de recursos en los

¹ En las siguientes jurisprudencias la Suprema Corte de Justicia de la Nación destacó las características de los mencionados recursos económicos:

- “APORTACIONES FEDERALES. CARACTERÍSTICAS. Estos fondos son de naturaleza federal y corresponden a una partida que la Federación destina para coadyuvar al fortalecimiento de los Estados y Municipios en apoyo de actividades específicas; se prevén en el Presupuesto de Egresos de la Federación, regulándose en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal, resultando independientes de los que se destinan a los Estados y Municipios por concepto de participaciones federales”. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, registro digital 192328.

- “PARTICIPACIONES FEDERALES. CARACTERÍSTICAS. La característica particular de estos ingresos consiste en que tanto la Federación como los Estados pueden gravar la misma fuente, pero convienen para que no se dé una doble tributación; los montos que se obtengan se entregan a la Federación quien a su vez los redistribuye, participando así de ellos. Por lo mismo, como el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados pueden establecer contribuciones sobre las mismas fuentes por tener facultades concurrentes, el legislador estableció la celebración de convenios de coordinación fiscal por virtud de los cuales los Estados, a cambio de abstenerse de imponer gravámenes sobre las materias que también prevén las leyes federales, podrán beneficiarse de un porcentaje del Fondo General de Participaciones formado con la recaudación de gravámenes locales o municipales que las entidades convengan con la Federación, en términos de lo dispuesto por la Ley de Coordinación Fiscal y del Presupuesto de Egresos de la Federación. A las Legislaturas Locales corresponde establecer su distribución entre los Municipios mediante disposiciones de carácter general”. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, registro digital 192329.

Conforme a la Ley de Coordinación Fiscal, las participaciones y aportaciones federales se entregan a los municipios por conducto de las autoridades estatales.

plazos legales previstos para ello; se considero que la *litis* no implicaba realizar alguna interpretación del artículo 115, fracción IV, de la Constitución federal respecto de las facultades del municipio actor o del poder demandado; es decir, que en ese tipo de conflictos no se planteaban violaciones a esferas competenciales reguladas en la Constitución federal.

La SCJN indicó que si bien antes se habían resuelto diversos asuntos en los que se planteaban conflictos de la misma naturaleza, de una nueva reflexión se concluía que en dichos asuntos no se consideró que la controversia constitucional es un medio de control destinado a garantizar la regularidad constitucional en materia de invasión de esferas competenciales y no para dilucidar cuestiones de mera legalidad, como son las relacionadas con el cumplimiento de plazos previstos en normas secundarias y que únicamente se refieren al pago oportuno de recursos, sin que tenga relación con aspectos de carácter competencial; así, en el precedente se consideró que tales conflictos, en el mejor de los casos, solamente implicaban violaciones indirectas a la Constitución federal.

También se consideró que en las controversias constitucionales en las que se analizaba la legalidad de la retención de recursos, la SCJN había estado realizando funciones propias de un tribunal de cuentas; es decir, de un órgano jurisdiccional de carácter ordinario que resuelve conflictos de pago de pesos entre órganos públicos en vez de tutelar los ámbitos competenciales de carácter constitucional.

Fue así que la SCJN concluyó que las controversias constitucionales en las que los municipios impugnaban la falta de entrega o retención de recursos por los poderes ejecutivos locales constituían conflictos de mera legalidad, en los que no se planteaban invasiones a esferas competenciales previstas en la Constitución.

A partir de la emisión de dicho precedente, se comenzaron a desechar las controversias constitucionales en las que los municipios demandan a los poderes ejecutivos locales por la omisión de entrega o la retención de aportaciones y participaciones federales así como los respectivos intereses.²

Este cambio de criterio ha generado que actualmente no haya certeza de cuál es el medio de control jurisdiccional con el que cuentan los municipios

² Por ejemplo, fueron desechadas las controversias constitucionales 114/2020, 183/2021, 56/2022, 69/2022 y 74/2022, entre otras.

para exigir la entrega de las aportaciones y participaciones federales que les corresponden.

Frente a esto se destaca que, según datos del Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED) y del Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC), las transferencias federales, es decir, las participaciones y aportaciones, son los recursos económicos más importantes para los municipios.³

Lo anterior se ilustra con los siguientes ejemplos:

EJERCICIO FISCAL 2023			
Boca del Río, estado de Veracruz		Pátzcuaro, estado de Michoacán	
<i>Tipo de recursos</i>	<i>Ingreso estimado</i>	<i>Tipo de recurso</i>	<i>Ingreso estimado</i>
Impuestos	\$139,953,948.26	Impuestos	\$26,824,996.00
Derechos	\$66,168,402.01	Derechos	\$20,094,095.00
Participaciones federales	\$312,215,142.00	Participaciones federales	\$140,756,471.00
Aportaciones federales	\$169,088,211.00	Aportaciones federales	\$167,043,345.00

En el caso del municipio de Boca del Río, Veracruz, en su Ley de Ingresos para el ejercicio fiscal 2023, se advierte que puede cobrar al menos 4 tipos de impuestos y 12 tipos de derechos; mientras que en el municipio de Pátzcuaro, Michoacán, según su Ley de Ingresos para el ejercicio fiscal 2023, puede cobrar, por lo menos, 2 tipos de impuestos y 11 tipos de derechos; no obstante, pese a este abanico de contribuciones, para ambos municipios es considerablemente superior el monto que tienen estimado recibir por transferencias federales que lo que estiman recaudar por sus contribuciones, lo que evidencia su alta dependencia de los recursos económicos federales.

En este contexto, el primer cuestionamiento que surge es: ¿la omisión de pago de aportaciones y participaciones federales representa una auténtica vio-

³ Al menos hasta 2019, el 72% de los recursos que integran la hacienda municipal correspondía a participaciones y aportaciones federales, las primeras representaban un 35% y las segundas, 37%. Fuente: INAFED-INDETEC.

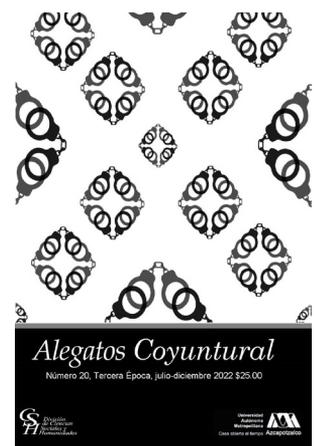
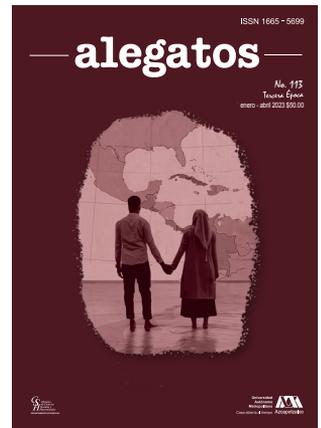
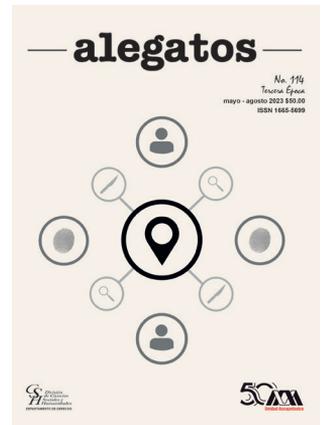
lación a la hacienda municipal tutelada en el artículo 115, fracción IV de la Constitución federal?

A lo anterior, se suma que el único medio de control para la protección del mandato contenido en la fracción IV del artículo 115 Constitucional es la controversia constitucional, pues no existe otro recurso, juicio o procedimiento de carácter jurisdiccional en el que el municipio tenga **legitimación expresa** para demandar la invalidez de actos, normas u omisiones de otros poderes u órganos que puedan afectar su hacienda.

El Pleno del alto tribunal ignoró que con la “nueva reflexión” dejaba al municipio desprovisto de un medio de control para pedir la tutela jurisdiccional de su hacienda, dejando la oportuna entrega de participaciones y aportaciones federales a la voluntad política de las autoridades estatales.

Es necesario reflexionar sobre la viabilidad de crear un medio jurisdiccional para tutelar la hacienda municipal, o bien, si debe retomarse el criterio anterior en el sentido de que las controversias constitucionales sí son procedentes para demandar la retención y omisión de pago de transferencias federales. Mientras tanto, o bien, pensar en ampliar la procedencia de medios de defensa que ya existen para que estén a disposición de los municipios.

Otras publicaciones
institucionales



*Doctrina***José Zamora Grant**

Equilibrios procesales. La víctima del delito en el sistema garantista y en el proceso penal acusatorio en México

Juan A. Castillo López

La sentencia de Amparo Indirecto 355/2021 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la prisión preventiva oficiosa

Gonzalo Carrasco González

Elaboración del derecho. Derecho económico y derecho de la economía

Arístides Gutiérrez Garza

La regulación económica como privatización de la función pública

Francisco J. Castillejos Rodríguez

Positivismo jurídico y falacia naturalista

*Investigación***Antonio Salcedo Flores**

¿El gobierno morenista es democrático?

Iraís Cabrera Briz

Sendero transformador en *nuda vida*, análisis de caso

Carlos H. Durand Alcántara

Derecho y discapacidad intelectual

Cielo D. Vargas Meza, Miguel E. García Rodríguez y**Carlos E. García Martínez**

Vacuna COVID-19: una perspectiva desde el federalismo y judicialización de la política

Martha A. Olivares Díaz, Fernando Vargas Olvera y**Sofía Huerta Noguera**

Autoadscripción en los pueblos originarios de la Ciudad de México frente al Sistema de Registro

*Reseñas y Documentos***Carlos Reynoso Castillo**

Comentario de jurisprudencia sobre la renuncia de un trabajador a su empleo

Johan M. Escalante Escalante

Hacienda municipal y controversia constitucional.
Una nueva reflexión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

ISSN 2007-6916



9 772007 691000